

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

LEANDRO CORRÊA DE OLIVEIRA

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA:
JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Rio de Janeiro

2014

LEANDRO CORRÊA DE OLIVEIRA

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA:
JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Estácio de Sá, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Rio de Janeiro

2014

Dados Internacionais de Publicação na Catalogação na Publicação (CIP)

O48j Oliveira, Leandro Corrêa de

Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal / Leandro Corrêa de Oliveira. – Rio de Janeiro, 2014.

180f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Estácio de Sá, 2014.

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição constitucional. 3. Judicialização. 4. Ativismo judicial. 5. Representação (Política). 6. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDD 341.2



Estácio
Universidade Estácio de Sá
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A tese

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA: JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO
JUDICIAL E DIÁLOGO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

elaborada por

LEANDRO CORRÊA DE OLIVEIRA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

DOUTOR EM DIREITO

Rio de Janeiro, 12 de março de 2014.

BANCA EXAMINADORA



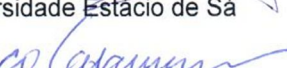
Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira – Presidente
Universidade Estácio de Sá




Prof. Dr. Lenio Luiz Streck
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Eduardo Manuel Val
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso
Universidade Federal Fluminense



Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira Das Neves Bolonha
Universidade Federal do Rio de Janeiro

*A Lezieny e Antônia (que acaba de chegar),
com todo meu amor.*

AGRADECIMENTOS

Para o desenvolvimento desta tese foram fundamentais as orientações do Prof. Fábio Corrêa Souza de Oliveira e das valiosas contribuições do Prof. Lenio Luiz Streck realizadas no programa de doutorado em Direito da UNESA-RJ

Para uma adequada compreensão dos vários temas tratados, com especial destaque para a hermenêutica filosófica, as conversas, presenciais e virtuais, com o Prof. Edson Vieira Filho foram de suma importância, implicando, não raro, na revisão e abandono de muitos dos conceitos que tinha como certos.

Quero dizer obrigado também aos professores Rafael Simoni, Alexandre Bahia e Dierle Nunes, pelos artigos enviados, pela disponibilidade, atenção e amizade.

Registro, finalmente, minha profunda gratidão à Faculdade de Direito do Sul de Minas, nas pessoas do Diretor Prof. Rafael Tadeu Simões, do Coordenador Prof. Leonardo Resende e do Presidente da Fundação Sul Mineira de Ensino Luiz Otávio Resende, pela confiança em mim depositada.

*Espera no Senhor e faze o bem;
habitarás a terra em plena segurança.
(Salmos 37:1)*

RESUMO
**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA:
JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGO NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Leandro Corrêa de Oliveira

Orientador: Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Resumo da Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Estácio de Sá – UNESA, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Doutor em Direito.

A expansão do poder judicial, que traduz uma visão de que há cada vez mais uma importante influência da jurisdição nas arenas políticas, não raro é vista sem a problematização acerca das causas e consequências desse fenômeno, não sendo raras as visões que têm nessa expansão uma resposta às instâncias majoritárias omissas e ineficientes, exercendo a jurisdição constitucional um necessário papel de representação argumentativa. Todavia, esse papel não é bem compreendido pelo próprio tribunal, como se percebe da análise das decisões exaradas em casos emblemáticos, não se comprovando que sua atuação se dá num vácuo legislativo. Há também ainda uma confusão entre uma questão contingencial, que decorre da existência de uma Constituição programática e dirigente (a judicialização), e um problema da Teoria do Direito (o ativismo), sendo de se perceber que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao adentrar nas decisões políticas, parte de uma visão de que os princípios jurídicos estabelecem uma ordem de valores. Com base no exposto, esta tese teve o objetivo de investigar o papel e a legitimidade política do STF e o porquê da suposta invasão aos demais Poderes. A função, portanto, do *guardião da Constituição* passa pela resposta à seguinte questão: deve o tribunal se ater ao asseguramento dos procedimentos democráticos ou estaria legitimado, em alguma medida, a adicionar conteúdos? Ainda no âmbito de uma pretensão de legitimidade das decisões, considerou-se a possibilidade de um diálogo deliberativo institucional que pudesse superar um antagonismo bastante presente entre supremacia do Legislativo e supremacia do Judiciário, que levasse em conta os atritos de pontos de vista opostos, com a deferência pelo tribunal das escolhas realizadas em outras instâncias ou o funcionamento deste como um importante ator para o aperfeiçoamento da representação política.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Ativismo. Judicialização. Representação política. Diálogos institucionais.

ABSTRACT

**THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN PERSPECTIVE:
JUDICIALIZATION, JUDICIAL ACTIVISM, AND DIALOGUE IN THE
SUPREME FEDERAL COURT**

Leandro Corrêa de Oliveira

Advisor: Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Abstract of the Doctorate Thesis submitted to the Law Graduation Program of Estácio de Sá University – UNESA as part of the necessary requirements to obtain the Law Doctor title.

The expansion of the judicial power, which translates the idea that more and more there is an important influence of the jurisdiction in political arenas, is not rarely seen without the problematization about the causes and consequences of this phenomenon. Views including a reaction to omitted and inefficient majoritarian instances in this expansion are not rare. Therefore, the constitutional jurisdiction has a necessary role of argumentative representation. However, this role is not really very understood by the court itself, as seen in the analyses of decisions recorded in emblematic cases, and its performance is not proved to happen in the legislative gap. There is also a mess between a contingency issue, which derives from the existence of a programmatic and directing constitution (the judicialization), and another of the Law Theory (the activism). It is possible to notice that the Supreme Federal Court (SFC), by entering into political decisions, founds on the idea that legal principles establish a value order. In light upon what was exposed, this thesis had as its objectives to investigate the role and political legitimacy of the SFC and the reason this so-called invasion happened to the other Powers. Therefore, the function of the *Constitution guardian* goes through the answer for the following question: should the court be only fixed to ensure democratic procedures or would it be legitimated, in any measure, to add contents? Still in the extent of a pretension of decision legitimacy, the possibility of an institutional deliberative dialogue was considered, which could overpass an antagonism that is very present between the supremacy of the Legislative and that of the Judiciary. This would take into consideration the discords of different points of view, with the deference by the court of choices made in other instances or its functioning as an important actor to improve the political representation.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Activism. Judicialization. Political representation. Institutional dialogues.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Apresentação.....	10
1.2 Metodologia e Plano da Tese.....	19
2 ELEMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO	23
2.1 Direito, Ruptura Paradigmática e a Superação do Positivismo Jurídico.....	23
2.2 O Constitucionalismo Contemporâneo.....	31
2.3 A Abertura aos Princípios, “Positivização dos Valores” e Protagonismo Judicial.....	38
2.4 A Distinção entre Regras e Princípios (ou de como não existem regras sem princípios e princípios sem regras).....	40
2.5 A Teoria da Constituição nas Perspectivas Procedimentalistas e Substancialistas.....	50
2.5.1 O paradigma procedimentalista do Direito.....	51
2.5.2 A teoria substancialista.....	62
2.5.3 A proposta conciliatória.....	65
3 A (DIFÍCIL) RELAÇÃO ENTRE DIREITO, MORAL E POLÍTICA: JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E REPRESENTAÇÃO	69
3.1 A Oposição entre Legislação e Jurisdição (a questão da última palavra).....	69
3.2 Judicialização e Ativismo Judicial: a Necessidade de uma Distinção	77
3.2.1 A judicialização da política	78
3.2.2 O ativismo judicial	79
3.2.3 A repristinação da jurisprudência dos valores e o <i>pan-principiologismo</i>	85
3.3 “Crise Institucional” e Ativismo Judicial: Faces de uma Mesma Moeda?.....	88
4 TEORIAS DIALÓGICAS E A NOVA CRÍTICA AO JUDICIAL REVIEW	93
4.1 O Modelo Marshall, a Jurisdição Constitucional e a Supremacia do Judiciário	93
4.2 A Emergência das Teorias Dialógicas: as Experiências do Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido	97
4.3 O Reflexo da Discussão nos Estados Unidos da América.....	99
4.4 O Possível Diálogo Deliberativo na Experiência Brasileira.....	101
4.4.1 A interpretação conforme a Constituição	102
4.4.2 Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.....	107
4.4.3 A modulação dos efeitos da decisão.....	109
5 CONSTRUINDO A NOVELA EM CADEIA: AS DECISÕES DO STF EM PERSPECTIVA	114
5.1 A Racionalidade da Jurisdição Constitucional.....	114
5.2 A Cláusula de Barreira (ADIs nºs 1.351 e 1.354).....	116
5.2.1 Os antecedentes e as ações propostas.....	116
5.2.2 A perspectiva da guarda da democracia	119
5.2.3 A perspectiva dialógica	122
5.3 Verticalização das Coligações Partidárias (ADIs nºs 2.626 e 2.628).....	123
5.3.1 Os antecedentes e as ações propostas.....	123
5.3.2 A perspectiva da guarda da democracia	127

5.3.3 A perspectiva dialógica	127
5.4 A Fidelidade Partidária (ADIs nºs 3.999 e 4.086).....	129
5.4.1 Os antecedentes e as ações propostas.....	129
5.4.2 A perspectiva da guarda da democracia.....	130
5.4.3 A perspectiva dialógica	133
5.5 A Lei da Ficha Limpa (ADCs nºs 29 e 30 e ADI nº 4.578).....	134
5.5.1 Os antecedentes e as ações propostas.....	134
5.5.2 A perspectiva da guarda da democracia.....	136
5.5.3 A perspectiva dialógica	140
5.6 Pesquisas com Células-Tronco (ADI nº 3.510)	141
5.6.1 Os antecedentes e as ações propostas.....	141
5.6.2 A perspectiva da guarda da democracia.....	142
5.6.3 A perspectiva dialógica	145
5.7 Demarcação de Terras Indígenas (Petição nº 3.388).....	146
5.7.1 Os antecedentes e a ação proposta	146
5.7.2 A perspectiva da guarda da democracia.....	147
5.7.3 A perspectiva dialógica	150
5.8 O Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo (ADPF nº 132 e ADI nº 4.277)	150
5.8.1 Os antecedentes e as ações propostas.....	150
5.8.2 A perspectiva da guarda da democracia.....	151
5.8.3 A perspectiva dialógica	155
5.9 A Possibilidade da Interrupção da Gravidez de Feto Anencéfalo (ADPF nº 54)	156
5.9.1 Os antecedentes e as ações propostas.....	156
5.9.2 A perspectiva da guarda da democracia.....	157
5.9.3 A perspectiva dialógica	163
6 CONCLUSÕES.....	165
REFERÊNCIAS.....	172