

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

ROGÉRIO MONTAI DE LIMA

**CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO:
UMA INTERFACE COM A JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

**Rio de Janeiro
2014**

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

ROGÉRIO MONTAI DE LIMA

**CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO:
UMA INTERFACE COM A JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Público e evolução social.

Linha de pesquisa: Acesso à justiça e efetividade do processo

Orientador: Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza Oliveira

**Rio de Janeiro
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

LIMA, Rogério Montai de. Constitucionalismo de transição e transformação: uma interface com a judicialização e ativismo judicial / Rogério Montai de Lima; Orientador Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza Oliveira. Rio de Janeiro, 2014.

Tese. Faculdade Estácio de Sá.

1. Ativismo Judicial - 2. Direito Constitucional – Lima, Rogério Montai de – Faculdade Estácio de Sá.

CDU:



Estácio

Universidade Estácio de Sá
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A tese

**CONSTITUCIONALISMO DE TRANSIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO: UMA INTERFACE COM A
JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**

elaborada por

ROGÉRIO MONTAI DE LIMA

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, 14 de março de 2014.


BANCA EXAMINADORA



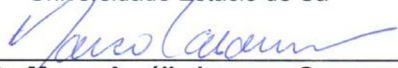
Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira – Presidente
Universidade Estácio de Sá



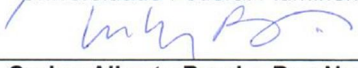
Prof. Dr. Nilton Cesar Flores
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto
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 minha Carol e ao meu Rogérinho, por seus amores sem limites ou fronteiras e que me fizeram resistir a tudo e a todos; que me deram paz quando eu mais precisei e me impulsionaram a seguir adiante.

AGRADECIMENTOS

A realização da presente Tese não teria se efetivado, não fosse a participação de algumas pessoas, às quais devo os meus mais sinceros agradecimentos.

Aos meus pais Paulo e Zelinda, que sempre me instruíram com grandiosas lições de humildade, simplicidade, honestidade, perseverança e senso de justiça, sempre me incentivando nos estudos e me ensinando a enfrentar os desafios da vida.

A Valéria, Amauri e Bruninho, pelo carinho, alegria, pelo estímulo e compreensão que me dispensaram nesta trajetória.

Aos meus amigos do doutorado, colegas e funcionários, especialmente Cláudia, Janaína, Cláudio, Aniel e Paulo - verdadeira família que construímos no decorrer deste curso, lançada a uma nova concepção científica onde caminhamos juntos nesta empreitada; pelos espíritos de solidariedade e tolerância, sendo que cada qual, ao seu modo, pôde contribuir para esta conclusão.

A todos os professores da Estácio, especialmente, aos mestres Vicente Barretto, Lenio Streck, Vanice Valle e Nilton Flores, por terem tido papel fundamental na escolha e construção desta pesquisa.

Finalmente, ao meu orientador Dr. Fábio de Oliveira, exemplo de humildade e competência - pelo seu brilhantismo na coordenação deste Programa; que tanto me aguçou o espírito, me ajudando a desenvolver o presente tema e me orientando a cada passo da presente Tese.

RESUMO

A presente tese tem como enfoque o estudo do Constitucionalismo de transição e transformação e sua conexão com o ativismo judicial. Destaca-se a abordagem histórica do constitucionalismo brasileiro e a atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião e defensor da Magna Carta, como mecanismo de efetivação de direitos humanos e fundamentais, sob o enfoque do ordenamento jurídico. Por ativismo judicial entende-se o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Tal mecanismo seria legal, razoável e constitucional? Até que ponto e em quais direitos? Como compatibilizar segurança jurídica e ativismo judicial? É possível? Quando? Utilizou-se o tipo bibliográfico-documental, sendo coletados dados na doutrina, na bibliografia nacional e internacional, em documentos e, principalmente, na jurisprudência. Também foi utilizada metodologia de estudo no espaço do Direito Comparado. Trata-se dos dados abordando-os dialeticamente, privilegiando-se um tratamento interpretativo no qual se buscará significados atribuídos por determinados sujeitos do estudo às categorias básicas que se incluem os objetos da pesquisa. Quanto à forma de raciocínio, o método utilizado foi o dialético. O constitucionalismo de transição e transformação brasileiro iniciou na década de 70 e se efetivou após a promulgação da Constituição de 1988. Todavia, a nova fase, ainda frágil carecia mesmo da atuação mais efetiva do legislativo, o que não ocorreu com eficácia. O Poder Judiciário tem tido efetivo papel nessa fase de transição e transformação do constitucionalismo brasileiro por meio de sua interconexão com o ativismo, que nada mais é do que a efetiva atuação do Supremo Tribunal para proteger a Constituição da usurpação de seus poderes como Magna Carta e garantir seu efetivo cumprimento. Como se trata de um país em desenvolvimento, cuja política constitucionalista democrática está em transição, é necessária uma atuação ativista para proteção dos direitos fundamentais, até que hajam leis mais eficazes, que possam garantir sua concreta aplicação.

Palavras-Chave: Direito; Constitucional; Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais; Posição; Juiz.

ABSTRACT

This thesis aims to focus the study of constitutionalism of transition and transformation and its connection with judicial activism. The historical approach of the Brazilian constitutionalism and the role of the Supreme Court, while guardian and defender of the Magna Carta, as effective mechanism of human and fundamental rights, under the focus of the legal system. By judicial activism means the creative role of the courts to bring a new contribution to the right, deciding about the uniqueness of the case, forming the judicial precedent, in anticipation, often, to the wording of the law itself. Such a mechanism would be legal, reasonable and constitutional? To what extent and in what rights? How to reconcile legal certainty and judicial activism? You can? When? Bibliographic type was used-documentary, being collected data in doctrine, in national and international bibliography, in documents and, mainly, in jurisprudence. Was also used in space study methodology of comparative law. These are the data addressing them dialectically, privileging an interpretive treatment which will seek meanings assigned by certain study subjects at basic categories that include objects of research. As the form of reasoning, the method used was the dialectic. The constitutionalism of transition and transformation in Brazil started in the 70 and if he realized after the promulgation of the Constitution of 1988. However, the new phase, still fragile lacked even the most effective performance of the legislature, which did not occur with effectiveness. The Judiciary has had an effective role in that sentence of transition and transformation of Brazilian constitutionalism through its interconnection with the activism, which is nothing more than the effective role of the Supreme Court to protect the Constitution of the usurpation of its powers as Magna Carta and ensure its effective implementation. As a developing country, whose democratic Constitutionalist politics is in transition, there is a need for a performance activist for protection of fundamental rights, until there are laws more effective, you can ensure your application.

Tags: Law; Constitutional; Judicial Activism; Fundamental Rights; Position; Judge.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Bancadas dos partidos na ANC.....	49
Tabela 2: Composição do acervo: relação entre classes originárias e recursais de 2006 a 2012	158
Tabela 3: Controle concentrado, 2008 a 2013	158

LISTA DE SIGLAS:

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANC – Assembleia Geral Constituinte
CF – Constituição Federal
CPP – Código de Processo Penal
MI – Mandado de Injunção
MS – Mandado de Segurança
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 88: INSTITUCIONALIDADE DEFINITIVA OU SEGUNDO MOMENTO DA TRANSIÇÃO POLÍTICA?	18
1.1 O CONTEXTO POLÍTICO - JURÍDICO NA FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	22
1.2 CONVOCAÇÃO E ATUAÇÃO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE	39
1.3 O JOGO DE FORÇAS DURANTE A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE	45
1.4 O RESULTADO FINAL DOS TRABALHOS DA ANC	53
2 CONTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	61
2.1 AMBIENTE POLÍTICO DETERMINANTE DE UMA NOVA ONDA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA	61
2.2 CONSTITUIÇÃO PARA QUÊ?	76
2.3 A EXPERIÊNCIA NA ÁFRICA DO SUL	81
2.4 CARACTERÍSTICAS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	84
2.4.1 O papel do Judiciário.....	88
2.4.2 Incorporação do pluralismo	92
3 DO ATIVISMO JUDICIAL E O CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS	97
3.1 CONSTRUINDO UM ACORDO SEMÂNTICO: CONCEITO DE ATIVISMO E SEUS ELEMENTOS REVELADORES	102
3.2 O ATIVISMO DE QUE COGITA O CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	115
4 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	128
4.1 A CRISE REPRESENTATIVA E O SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL	128
4.2 EXPERIÊNCIA ATIVISTA BRASILEIRA.....	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
REFERÊNCIAS	169