



Daniel Giotti de Paula

**As raízes e os fundamentos do
ativismo jurisdicional brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. José Ribas Vieira

Rio de Janeiro, junho de 2009.



Daniel Giotti de Paula

**As raízes e os fundamentos do
ativismo jurisdicional brasileiro.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. José Ribas Vieira

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Ana Lúcia de Lyra Tavares

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

UFRRJ

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 23 de junho de 2009.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da Universidade, do autor e do orientador.

Daniel Giotti de Paula

Graduou-se em Bacharel em Direito no ano de 2003 pela Universidade Federal de Juiz de Fora

Ficha Catalográfica

Paula, Daniel Giotti

As raízes e os fundamentos do ativismo jurisdicional brasileiro / Daniel Giotti de Paula ; orientador: José Ribas Vieira. – 2009.

194 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Democracia. 3. constitucionalismo. 3. ativismo. 4. pluralismo. 5. modernidade. I. Vieira, José Ribas. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A meus avós, Aparecida e Oswaldo;
Guarino e Rosa, todos *in memoriam*;

A meus pais, Márcia e Célio;

À minha irmã, Débora;

À Sarah.

Agradecimentos

Se um dos fundamentos teóricos desta dissertação é que a paixão move a política, é apropriado que também eu me entregue aos afetos. Não posso, portanto, deixar de dividir a alegria de ter cumprido essa etapa com quem ajudou e faz parte do meu círculo de vida.

Agradeço a toda ajuda divina recebida, principalmente nos momentos finais de escrita, em que a minha vida profissional me levou a assumir mais responsabilidades, quando em geral essas são reduzidas. Tenho que o esforço racional não pode prescindir desse aspecto místico, que também faz parte da formação humana e que senti, principalmente, nos últimos dias no solitário ato de escrever.

Ao Anderson e à Carmen, funcionários solícitos do Programa da Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, agradeço pela ajuda constante.

Aos amigos do mestrado, sobretudo Jorge Chaloub e Bernardo Medeiros, que leram capítulos desta dissertação, e sugeriram ajustes e aprimoramentos importantes, deixo votos de êxito em suas vidas acadêmicas. Agradeço também à Mônica de Ré, pelas indicações bibliográficas, e à Madalena Junqueira, pela ajuda sobre como formatar a dissertação.

Ao Professor José Ribas Vieira, meu mais sincero agradecimento pela oportunidade de trabalho em conjunto, pela fineza no trato e pelas muitas indicações bibliográficas.

Aos amigos Alexandre Carnevalli, Yuri Furtado, Fábio Pastorelli, Daniel Ávila e Márcia Mariko que imbuídos da visão maior de que o coroamento acadêmico de um colega, amigo, leva ao reforço da própria carreira, deram-me suporte para conciliar afazeres institucionais com compromissos acadêmicos. Menção especial à Márcia, companheira de atividades, que muitas vezes trabalhou além do que devia para deixar-me com mais tempo de dedicação ao mestrado. Também créditos ao meu amigo Daniel Ávila, que, com seu jeito peculiar, às vezes distante, às vezes próximo, ajudou a assentar idéias que fervilhavam em minha mente ou que simplesmente colaborou para confundi-las ainda mais.

Não poderia deixar de estender esses votos a outros colegas e amigos como Liciane Teixeira, Verena Dórea, Paulo Times, Jeanne Veríssimo e Everton

Bezerra, que traziam alegria ao ambiente da procuradoria e, ainda, à Juliana Pita e à Wagner Rôllo, por dividirem angústias e compartilharem soluções e esperança em nossa nova lotação.

Ao Márcio e ao Gabriel, que também se integraram a meu círculo de afetos - um pela entrada de sua irmã em minha vida, outro por entrar na vida de minha irmã -, registro meu desejo de que conquistem o que almejam profissional e academicamente. À Suzete, o agradecimento pelo tratamento afetuoso e pelos muitos momentos de alegria compartilhados, que reduziam a dureza do escrever.

À Sarah, correndo o risco de com as palavras não dimensionar o tamanho do amor e gratidão, espero que ao contemplar este trabalho, lembre-se de que minha caminhada no mestrado, em boa parte, foi ao seu lado, uma paixão de adolescência que recobri já em idade madura e que me leva, cada vez mais, a entender as “sem razões do amor” drumondianas. Ter sua companhia durante a escrita da dissertação foi reconfortante, embora não quisesse me furtar de momentos ao seu lado, como tive, para conseguir terminar o trabalho.

À minha irmã, deixo gravado o desejo de que essa etapa vencida por seu irmão no aprimoramento intelectual e profissional a estimule em sua jornada pelo direito que apenas se inicia.

A meus pais, exemplos pela trajetória de luta contra as adversidades da vida, meu amor mais sincero, aquele sem razão de ser, que muitas palavras nunca poderiam condensar. Fiquem apenas com o “eu te amo” e a eterna gratidão por terem me ajudado a chegar onde estou.

Resumo

PAULA, Daniel Giotti de. **As raízes e os fundamentos do ativismo jurisdicional brasileiro**. Rio de Janeiro, 2009, 194p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho pretende compreender as origens e os fundamentos do ativismo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, que tem sido intensificada desde a Emenda Constitucional 45/ 2004. Relacionando-o ao contexto das tensões entre constitucionalismo e democracia, ficou demonstrando que a consolidação de um constitucionalismo democrático, que levou à expansão do poder judicial de maneira global, apresenta peculiaridades no caso brasileiro, cujo processo historiográfico ainda revela a existência de estruturas arcaicas e o desenvolvimento de uma constitucionalização simbólica. A partir dessa análise histórica e teórica, é mostrado como no Brasil, em vez de um movimento ativista de reforço de direitos humanos pelo STF, a própria corte alarga seus limites jurisdicionais. Reconhece-se que a judicialização de relações sociais e políticas trouxe o judiciário para a cena democrática, mas se discute a legitimidade de se substituir a legislação pela jurisdição no papel de decidir questões morais de uma sociedade.

Com base em teorias jurídicas contemporâneas, explicita-se porque há descrença na dignidade da legislação e uma preferência pela hegemonia judicial. Argumentos em favor da exclusividade ou superioridade do Judiciário em questões constitucionais são testados. Ademais, enfatiza-se que a democracia envolve conflito e que o direito pode oferecer uma arquitetura constitucional de interação entre os órgãos estatais sem menosprezar o papel da política na construção da realidade.

Palavras-Chave

Democracia; constitucionalismo; ativismo; pluralismo; modernidade

Abstract

PAULA, Daniel Giotti de. **The roots and the grounds of brazilian jurisdictional activism**. Rio de Janeiro, 2009, 194p. Master Dissertation – Law Department, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This work aims to understand the origins and grounds of Supremo Tribunal Federal's jurisdictional activism, that has been increased since Emenda Constitucional 45/2004. By relating it with the context of tensions between constitutionalism and democracy, it has been demonstrated that the consolidation of a democratic constitutionalism, which has taken to the global expansion of judicial power, has special features in Brazil, whose historiography process still reveals the existence of archaic frameworks and the development of a symbolic constitutionalization. From this historical and theoretical analysis, it is showed how in Brazil, instead of taking place an activist movement of strengthening human rights by STF, the court itself extends its jurisdictional limits. It is acknowledged that the judicialization of social and political relations brought the judiciary to democratic scene, but it is discussed the legitimacy by replacing legislation for jurisdiction in the role of deciding moral issues from a society. Based in contemporary law theories, it is explained why there is a disbelief in the dignity of legislation and a preference for the judicial hegemony. There have been tested arguments in favor for the exclusiveness or the superiority of the Judiciary in constitutional issues. Furthermore, it is emphasized that democracy involves conflict and that law can offer a constitutional architecture of interaction between state departments without despising the politics' role in building the reality.

Key-Words

Democracy; constitutionalism; activism; pluralism; modernity

Sumário

1. Introdução	10
2. As teorias democráticas	14
2.1. A perspectiva do elitismo democrático e o modelo de democracia agregativa	15
2.2. A teoria democrática e deliberação pública	22
2.3. O modelo agonístico de democracia	26
2.4. Uma proposta radical de deliberação nos escombros de um mundo desencantado	30
3. A tensão entre democracia e constitucionalismo: entre dilemas e respostas	33
3.1. O modelo dogmático de jurisdição constitucional kelseniano:	35
3.1.1. Teoria pura do direito: aproximações necessárias	35
3.1.2. A jurisdição constitucional sob as hostes kelsenianas: a tese do legislador negativo	38
3.2. A ênfase nos direitos fundamentais pelas Constituições do pós-guerra: novos contornos para a tensão entre constitucionalismo e democracia	41
3.3. Os modelos substanciais e procedimentais de jurisdição constitucional	45
3.3.1. Um modelo substancialista de jurisdição constitucional	47
3.3.1.1. O ataque de Ronald Dworkin ao positivismo: o direito como um conjunto de regras e princípios jurídicos	48
3.3.1.2. O direito como integridade e a leitura moral da Constituição	50
3.3.1.3. A legitimidade da jurisdição constitucional na perspectiva substancialista de Ronald Dworkin: contornos de uma democracia constitucional	55
3.3.2. A jurisdição constitucional procedimentalista	58
3.3.2.1. Razão prática versus razão comunicativa	59

3.3.2.2. Normas gerais da ação e princípio do Discurso (D)	62
3.2.2.3. A teoria discursiva e o caráter dialógico do direito: contraposição ao pensamento dworkiano	67
3.2.2.4. O papel e a legitimidade da jurisdição constitucional procedimentalista	71
4. Aprofundando o debate em torno do papel das cortes constitucionais e dos parlamentos na interpretação constitucional	76
4.1. Jeremy Waldron e a dignidade da legislação	78
4.1.1. Democracia e revisão judicial	82
4.1.2. Juízes e legisladores raciocinando moralmente: quem é melhor?	92
5. Ativismo judicial e judicialização da política: duas faces da mesma moeda?	103
5.1. Origem e desenvolvimento da revisão judicial no contexto norte-americano	104
5.2. Delimitando os contornos do ativismo judicial	112
5.3. A judicialização da política: as relações entre direito e política ao longo da história e a efervescência de um novo constitucionalismo	123
6. O ativismo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal	130
6.1.A efervescência do constitucionalismo da efetividade na Constituição Federal de 1988	131
6.1.1. De como o caráter patrimonial explica o déficit democrático e a baixa “normatividade” jurídica brasileiros	131
6.1.2. Entre a legislação simbólica e a luta por direitos positivos e não escritos: a formulação de uma dogmática constitucional brasileira da efetividade	138
6.2. A expansão do Poder Judiciário no Brasil: o constitucionalismo de efetividade e a judicialização da política	147
6.3. O ativismo jurisdicional brasileiro: contextualização e consolidação de uma nova prática	155
6.3.1. O arcabouço institucional para o ativismo brasileiro	155

6.3.2. O discurso ativista no STF	160
6.3.3. Análise de casos: o ativismo na prática	163
6.4. Ativismo jurisdicional do STF e novas arquiteturas constitucionais	169
7. Conclusão	179
8. Bibliografia	181