

ATIVISMO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
E A (I)LEGÍTIMA APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE
JUSTIFICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DIOGO BACHA E SILVA
Mestre em Direito pela FDSM
Professor do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço
Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço
Advogado

ATIVISMO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
E A (I)LEGÍTIMA APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE
JUSTIFICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



Belo Horizonte
2013

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
David França Ribeiro de Carvalho	Luciano Stoller de Faria
Dhenis Cruz Madeira	Luiz Manoel Gomes Júnior
Dircêo Torrecillas Ramos	Luiz Moreira
Emerson Garcia	Márcio Luís de Oliveira
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Maria de Fátima Freire Sá
Florisbal de Souza Del'Olmo	Mário Lúcio Quintão Soares
Frederico Barbosa Gomes	Nelson Rosenvald
Gilberto Bercovici	Renato Caram
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Rubens Beçak
Jean Carlos Fernandes	Vladmir Oliveira da Silveira
	Wagner Menezes

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2013.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial: Nous Editorial

Revisão: Fabiana Carvalho

Capa: Gustavo Caram e Hugo Soares

S586

Silva, Diogo Bacha e
Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)llegítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal / Diogo Bacha e Silva. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
239p.
ISBN: 978-85-8238-027-7

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalidade – Controle – Ativismo.
3. Jurisdição constitucional. 4. Ativismo judicial. I. Título.

CDD: 341.2

CDU: 342

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

Rua Pernambuco, 1389, Loja 05P – Savassi
Belo Horizonte/MG - CEP 30130-151
Tel: (31) 3031-2330

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2013

Para Tulinho e Leia Lúcia, *in memoriam*.

“O resgate discursivo de pretensões de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade”.
Jürgen Habermas

“Marcados nessas pedras você vai encontrar a dor de nossa luta, a tristeza de nossas perdas e os alicerces de nossa vitória”.
Nelson Mandela

AGRADECIMENTOS

Esta talvez seja a parte mais importante de uma obra ou trabalho acadêmico. Aqui deve constar e ficar claro que, por mais que a ideia de uma obra seja uma atividade solitária, sua concretização é um projeto coletivo de vários autores. Considero-me, por isso, uma pessoa de extrema sorte por poder contar com o auxílio de verdadeiros amigos para este empreendimento.

Originária de minha dissertação de mestrado, esta obra espelha muito mais do que as contribuições acadêmicas ali obtidas. Por mais que metodologicamente os agradecimentos deveriam espelhar apenas aqueles que contribuíram para a realização do trabalho, é impossível matematizarmos a contribuição teórica ou material que são incorporadas a uma obra.

Considero que o resultado final não seria possível sem a ajuda – aqui entendida como o convívio diário – de cada uma das pessoas que me apoiaram para a produção da obra. É bom salientar que a ordem de citação não corresponderá, em efetivo, a ordem de importância. Cada uma das pessoas aqui citadas, e também as não mencionadas por equívoco pessoal deste autor, podem se considerar coautoras desta obra.

Ao Prof. Dr. Alexandre Bahia, por ter sido mais do que um orientador acadêmico, por ter sido um amigo, uma pessoa cujas lições valiosas estão também além da academia, demonstrando que humildade, honestidade, paciência, atenção engrandecem um ser humano.

Ao Prof. Flávio Quinaud Pedron pela belíssima apresentação ao trabalho. Também por nossa interlocução acadêmica e, mais do que isso, por ter se tornado um amigo extra-academia.

Também ao Professor e amigo Dierle Nunes que contribui um pouco a cada dia para tornamos o mundo jurídico humanizado, agradeço pelas críticas

ao trabalho e pela criteriosa avaliação que serviu certamente para melhorar o produto final entregue.

Ao Prof. Dr. Rafael Simioni cujas aulas no mestrado são inspirações para minha atividade acadêmica. Mais do que servir de exemplo de didática, o é também um amigo especial cuja conversa, carregada de teoria ou não, sempre será agradável.

Aos profs. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, Walter Guandalini Jr., José Luiz Quadro Magalhães, Liliana Jubilut cujas contribuições foram incisivas durante este projeto acadêmico.

À Ana Carolina Borges pela dedicação e empenho que transforma o Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM em um lugar agradável. Também pelo seu companheirismo diário e pelo carinho que sempre conduziu a relação entre a instituição e os alunos do programa.

Aos colegas Wagner Boechat, Tuany Custódio, Dimas Daniel, Thiago Alves, Andréia Arruda, Nélida, Mayra, Ricardo Lima, Daniel Limongi, João, Luiz, Claudinei, Manuela, Ana Paula, Ana Carla, pelo incentivo e pela companhia nas difíceis estradas da academia.

Ao amigo Luciano Meni Gonçalves, aquele que me acompanhou por cada minuto no caminho que começa com o primeiro dia do mestrado e se prolonga por toda a vida, assim espero.

À Nadya Lion por estar ao meu lado mesmo quando as adversidades pareciam impossíveis de serem contornadas e por ter me apoiado e incentivado em um empreendimento o qual lhe roubava minha presença.

A toda minha família que apoiou este projeto acadêmico e pessoal. Nada disso teria sido possível sem a contribuição de cada uma das pessoas aqui citadas. Serei grato, eternamente, não só pela contribuição acadêmica, mas, sobretudo, por passarem na minha vida e me darem a oportunidade de conhecê-los.

À Arraes Editores, nas pessoas de Renato e Fabiana, por acreditarem na contribuição acadêmica aqui produzida e na certeza que os livros podem transformar a realidade em que vivemos.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	XII
APRESENTAÇÃO	XVIII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	
VINCULAÇÃO DECISÓRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A ILEGÍTIMA APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	5
1.1 Efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade: o que vincula uma decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade	13
1.2 Vinculação decisória entre o discurso de justificação e discurso de aplicação.....	25
1.3 A transcendência dos motivos determinantes como apropriação do discurso de fundamentação: o Poder Judiciário usurpando o Poder Legislativo na tarefa de fundamentar direitos.....	29

CAPÍTULO 2	
SEPARAÇÃO DE PODERES: A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO MODERNO.....	
	33
2.1 Do poder no medievo ao poder na modernidade.....	37
2.2 O legado de Montesquieu para o Estado Moderno: diferenciação funcional dos poderes estatais.....	42
2.3 A distinção entre legislação e jurisdição como base da autonomização do sistema jurídico moderno.....	47
2.4 Da separação ao diálogo entre as funções.....	57
CAPÍTULO 3	
A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO PARA O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	
	63
3.1. Democracia e Constitucionalismo no Estado Democrático de Direito	64
3.2 A quem cabe a tarefa de guarda da Constituição? A interpretação da Constituição como formação da vontade e opinião política.....	75
3.3 A legitimidade democrática da jurisdição constitucional: controle concentrado entre privatização e defesa da Constituição.....	82
3.4 Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito	91
CAPÍTULO 4	
POR UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	
	101
4.1 Desdobrando um precedente.....	114
4.1.1 <i>Obter Dicta</i>	114
4.1.2 <i>Ratio Decidendi</i>	116
4.2 Efeito vinculante na decisão proferida em controle concentrado no Brasil.....	120
4.2.1 Distinção entre efeitos vinculantes e <i>erga omnes</i> no caso brasileiro.....	120
4.2.2 Efeitos vinculantes na medida cautelar.....	131

CAPÍTULO 5

ATIVISMO JUDICIAL: A DECISÃO JUDICIAL ENTRE O DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITOS PARA AS MINORIAS POLÍTICAS	136
5.1 Conceito de Ativismo Judicial	148
5.2 Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes.....	158
5.3 Ativismo e atitude <i>self-restraint</i> do Poder Judiciário: a separação de poderes em xeque.....	170
5.4 A decisão no controle de constitucionalidade entre o discurso de fundamentação e discurso de aplicação.....	174
5.5 A formulação de um conceito constitucionalmente adequado de ativismo judicial.....	183
5.6 Fundamentação de direitos para minorias políticas? O poder judiciário como guardião das promessas não cumpridas da democracia.....	187
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 193
 REFERÊNCIAS	 197