

Loiane Prado Verbicaro

Judicialização da Política, Ativismo e Discrecionalidade Judicial

2ª Edição revisada e ampliada

Prefácio de José Eduardo Faria

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2019

Copyright © 2019 by Loiane Prado Verbicaro

Categoria: Filosofia do Direito

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Alex Sandro Nunes de Souza

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

V478j

Verbicaro, Loiane Prado.

Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial / Loiane
Prado Verbicaro ; prefácio de José Eduardo Faria. – 2. ed. – Rio de Janeiro :
Lumen Juris, 2019.

560 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 517-549.

ISBN 978-85-519-1186-0

1. Ativismo judicial. 2. Discricionariedade. 3. Direito - Filosofia. 4. Poder
judiciário e questões políticas - Brasil. I. Faria, José Eduardo. II. Título.

CDD 340

Sumário

Apresentação.....	1
Prefácio à Segunda Edição	7
Prefácio à Primeira Edição.....	13
Introdução.....	21
1. O Direito, a Dogmática e o Papel dos Juízes na Práxis Jurídica.....	47
1.1 Um Breve Transcurso Histórico.....	49
1.2 A Centralização Política e a Racionalização do Direito e da Atividade Interpretativa dos Juízes.....	55
1.3 Do Historicismo Jurídico à Jurisprudência dos Conceitos e o Papel do Intérprete Judicial	65
1.4 O Positivismo Jurídico como Paradigma Dominante na Modernidade e as Oscilações de Modelos Interpretativos	77
1.5 A Neutralidade Axiológica dos Juízes nos Estados Liberais	89
1.6 O Projeto Liberal de Estado Convertido em Estado Social: O Desvelamento da Função Política dos Juízes e o Retorno do Pêndulo: do Intervencionismo ao Neoliberalismo	96
1.7 As Funções do Poder Judiciário: Política, Simbólica e Instrumental	111
1.8 O Poder Judiciário no Brasil e a Ampliação do seu Poder Normativo....	118
2. A Teoria da Separação dos Poderes e a Supremacia da Constituição	131
2.1 Do Absolutismo à Divisão Tripartite das Funções do Estado.....	133
2.2 O Poder Judiciário como Órgão Contramajoritário	143
2.3 A Supremacia da Constituição e dos Direitos Fundamentais Versus Soberania do Povo.....	151
2.3.1 O Constitucionalismo Liberal e Republicano	152
2.3.2 O Debate Contemporâneo entre Comunitários, Crítico-deliberativos e Liberais.....	164
2.4 A Crise da Modernidade, o Constitucionalismo Democrático e a Valorização dos Direitos Humanos como Desafios ao Positivismo Jurídico	174

2.4.1 A Crise da Modernidade e o Uso Instrumentalizador da Razão ...	176
2.4.2 O Constitucionalismo Democrático, a Valorização dos Direitos Humanos e as Possibilidades de Conciliação Oferecidas pelas Versões Renovadas do Positivismo Jurídico	181
3. Os Modelos de Atuação Judicial	197
3.1 O Modelo Dedutivo: A Interpretação como Ato de Conhecimento	208
3.1.1 A Escola da Exegese Francesa.....	216
3.1.2 A Jurisprudência dos Conceitos na Teoria Alemã do Direito.....	221
3.1.3 O Positivismo Analítico Inglês de Jeremy Bentham	224
3.2 O Modelo Decisionista: A Passagem da Razão à Vontade	230
3.2.1 A Livre Investigação do Direito e a Crítica ao Pensamento Exegético.....	231
3.2.2 A Escola Alemã do Direito Livre e sua Crítica à Jurisprudência Conceitual	235
3.2.3 Realismo Jurídico e seu Modelo Volitivo de Decisão Judicial	239
3.3 O Modelo Discrecional: A Tentativa de Conciliação entre Razão e Vontade.....	250
3.3.1 O Positivismo Analítico Inglês de John Austin.....	251
3.3.2 A Interpretação Jurídica como um Ato Político na Teoria de Hans Kelsen	255
3.3.3 O Juiz como Legislador Intersticial em Herbert Hart.....	265
3.4 O Modelo Hermenêutico: A Superação do Dualismo entre Criação e Aplicação do Direito	272
3.5 O Modelo da Processualização: O Projeto Procedimental-Argumentativo como Moldura Racional para a Justificação das Decisões Judiciais.....	281
3.5.2 Neil MacCormick e sua Teoria Integradora da Argumentação Jurídica...	283
3.6 O Modelo da Coerência: A Coerência como Critério Substancial de Justificação para o Raciocínio Jurídico	295
3.6.1 Ronald Dworkin e o Modelo de Racionalidade Jurídica Substancial	296
4. O Problema (?) da Discrecionalidade Judicial.....	315
4.1 Os Sentidos de Discrecionalidade Judicial	317
4.1.1 Discrecionalidade Forte.....	319
4.1.2 Discrecionalidade Fraca	328
4.2 As Linhas Centrais do Debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin	339

4.2.1 A Discrecionalidade e as Condições de Verdade das Proposições Jurídicas	348
4.2.2 A Tese da (Ausência de) Resposta Correta e a Necessidade de Discrecionalidade Judicial nos Casos Difíceis	362
4.2.3 Reflexões em Torno dos Argumentos Apresentados pelo Ceticismo Contra a Tese da Resposta Correta	380
5. Discrecionalidade, Ativismo Judicial e Judicialização da Política.....	389
5.1 Definição e Condições Favoráveis à Judicialização da Política	390
5.2 O Poder Judiciário e as Decisões Jurídicas de Questões Políticas	401
5.2.1 A Teoria Política como Parte da Interpretação Jurídica: Uma Análise à Luz da Cláusula da Igualdade e de Casos Julgados pela Suprema Corte dos EUA	405
5.3 As Condições Favoráveis à Judicialização da Política no Brasil.....	418
5.3.1 Presidencialismo de Coalizão, Judicialização da Política e Crise Democrática no País	448
5.4 O Perigo da Excessiva Judicialização da Política: O Debate entre Substantialistas e Procedimentalistas	454
5.4.1 O Procedimentalismo Fraco de Jürgen Habermas, Antonie Garapon e Cass Sunstein	459
5.4.2 O Substantialismo Fraco de Ronald Dworkin e a Conjugação da Premissa Majoritária com uma Democracia Constitucional	471
5.5 O Alcance Admissível da Discrecionalidade na Prática Jurídica Contemporânea em um Contexto de Juridicização das Relações Sociais, Políticas e Econômicas	479
Conclusão	495
Bibliografia	517