

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	27
1. EXPANSÃO DE PODER: O JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO SÉ- CULO XXI	35
1.1. O Judiciário nos Períodos Autoritários da História Brasileira	36
1.1.1. A República Velha (1891 a 1930)	39
1.1.2. O Estado Novo (1930 a 1945).....	42
1.1.3. A República de 1946-1964	46
1.1.4. Ditadura Militar (1964-1985).....	50
1.2. Expansão Acelerada do Poder Judiciário Brasileiro a partir da Constituição de 1988	56
1.2.1. Década de 1990.....	58
1.2.2. Década de 2000.....	61
1.2.3. Década de 2010.....	63
1.2.4. Década de 2020.....	64
1.3. Fatores Institucionais e Positivados de Expansão de Poder	67
1.3.1. Condições Políticas: democracia e difusão do poder polí- tico por federalismo, separação de poderes e pluralismo partidário	67
1.3.2. Retorno das Garantias da Magistratura e o Modelo de Investidura e Vitaliciedade dos Ministros do STF	77
1.3.3. O Desenho do Sistema Judicial de Controle de Consti- tucionalidade na Constituição de 1988: ampliação dos legitimados, canais de acesso e formas de exercício da jurisdição constitucional.....	82
1.3.4. Constitucionalização Abrangente e Hiperjudicialização	99

1.3.5.	O Conselho Nacional de Justiça e o Extrajudicial: centralização das políticas públicas judiciárias	107
1.3.6.	Descentralização do Sistema Jurídico: delegação de poder normativo através da promulgação de normas de conteúdo aberto	114
1.4.	Aspectos não Positivados de Expansão do Judiciário	125
1.4.1.	Utilização Estratégica do Judiciário por Grupos de Interesse para Reverter Decisões Majoritárias ou Externalizar Custos Políticos da Tomada de Decisão	125
1.4.2.	Elemento Cultural: transição das concepções teóricas dos membros do sistema de justiça brasileiro para uma matriz identificada com teorias pós-positivistas a partir do ensino jurídico.....	130
1.4.3.	Aumento do Capital Institucional do Judiciário a partir do Conhecimento do Público em Geral das suas Decisões, Razões e Integrantes e Canalização para os Tribunais de Expectativas Sociais Frustradas	147
1.5.	Conclusões Parciais.....	153

2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: INTERPRETAÇÃO, CRIAÇÃO DO DIREITO E CONTROLE DECISÓRIO..... 167

2.1.	Conceito de Discricionariedade Judicial.....	169
2.2.	Evolução Histórico-Filosófica da Discricionariedade Judicial no Direito	174
2.2.1.	A Discricionariedade no Positivismo Exegético.....	175
2.2.2.	A Discricionariedade Judicial no Positivismo Kelseniano ...	178
2.2.3.	A Discricionariedade no Realismo Jurídico de Benjamin Cardozo	186
2.2.4.	A Discricionariedade Judicial no “Pós-Positivismo”.....	191
2.2.4.1.	A Discricionariedade Judicial em Robert Alexy	194
2.2.4.2.	O Direito como Integridade de Ronald Dworkin e seu contraponto em Hart	202
2.3.	O Controle da Discricionariedade Judicial em Neil MacCormick.....	211
2.4.	Críticas à Utilização das Teorias Pós-Positivistas pelos Tribunais Brasileiros.....	215
2.5.	Conclusões Parciais.....	224

3. JULGANDO COM NORMAS ABERTAS: CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO E PARÂMETROS PARA A DECISÃO	229
3.1. Complexidade Social, Hiperjudicialização e Sinceridade	229
3.2. Aspectos Conceituais: decisões criadoras	239
3.2.1. Decisões Interpretativas	242
3.2.2. Decisões Construtivas	242
3.2.2.1. Decisões Construtivas Aditivas	243
3.2.2.2. Decisões Construtivas Substitutivas	249
3.3. Novas Funções da Jurisdição Constitucional	250
3.4. Metodologia para Aplicação Direta de Normas Abertas em Decisões Criadoras/Construtivas	264
3.4.1. Primeira Fase: parâmetros para modulação de deferência e presunção graduada de constitucionalidade em relação à matéria sob intervenção	267
3.4.1.1. Verificação do Grau de Legitimidade Democrática do Processo de Elaboração do Ato Normativo ou Política Pública Impugnada: maior deferência judicial a atos normativos oriundos de amplos consensos sociais	272
3.4.1.2. Verificação das Capacidades Institucionais e Técnicas Envolvidas: maior deferência judicial diante de atos normativos e políticas públicas em setores que demandem conhecimentos técnicos elevados fora do direito	277
3.4.1.3. Possibilidade de Maior Ingerência do Judiciário para Proteção de Direitos Fundamentais de Minorias Vulneráveis e Impopulares Alijadas do Processo Político Majoritário	290
3.4.1.4. Possibilidade de Maior Ingerência do Judiciário para Preservação da Ordem Democrática e do Processo Eleitoral, Dado o seu Papel de Terceiro Imparcial não Participante das Disputas Políticas	299
3.4.1.5. Jurisdição Anticíclica: possibilidade de maior intervenção para proteção do sistema constitucional e democrático diante de erosão constitucional	305
3.4.1.6. Críticas às Metodologias de Autocontenção e a Proposta de Adrian Vermeule	322

3.4.2.	Segunda Fase: verificação da existência, legitimidade e suficiência da norma positivada	326
3.4.3.	Terceira Fase: aplicação direta de normas abertas na cocriação judicial do direito.....	327
CONSIDERAÇÕES FINAIS		345
REFERÊNCIAS		359