



José Gomes Riberto Schettino

**Controle Judicial de
Constitucionalidade e Ativismo
Judicial Processual**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Adriano Pilatti

Rio de Janeiro
Julho de 2008



José Gomes Riberto Schettino

**Controle Judicial de
Constitucionalidade e Ativismo
Judicial Processual**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio como parte dos requisitos parciais para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. José Ribas Vieira

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Ana Lúcia Lyra Tavares

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Alejandro B. Alvarez

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Nizar Messari

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

Rio de Janeiro, 11 de julho de 2008.

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

José Gomes Riberto Schettino

Graduou-se em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ em janeiro de 2002. Foi Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido aprovado em primeiro lugar no concurso de ingresso na carreira. É Procurador da República no mesmo Estado desde 2004..

Ficha Catalográfica

Schettino, José Gomes Riberto

Controle Judicial de
Constitucionalidade e Ativismo Judicial
Processual / José Gomes Riberto
Schettino; orientador: José Ribas Vieira –
Rio de Janeiro: PUC, Departamento de
Direito, 2008.

174f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro,
Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. controle
judicial de constitucionalidade. 3.
ativismo judicial. 4. jurisdição
constitucional 5. auto-restrição judicial
6. Supremo Tribunal Federal. . I. Vieira,
José Ribas. II. Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Departamento
de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Esta dissertação é dedicada a três pessoas, absolutamente fundamentais na minha vida. Aos meus pais, por me mostrarem, com o seu caráter, a inquebrantável força que a frágil vida humana muitas vezes pode ter; e à Priscila, simplesmente por dar um sentido à minha existência.

Agradecimento

Todos os equívocos desta dissertação são de exclusiva responsabilidade de seu autor. Não obstante, ela não teria sido concluída não fosse o inestimável auxílio de inúmeras pessoas. Sem desmerecer todas as outras, não se pode deixar de agradecer expressamente aqui a algumas delas: aos professores José Ribas Vieira e Ana Lúcia de Lyra Tavares, mais do que pelas lições de Direito, por si sós já enriquecedoras, pelo seu refinado humanismo; aos colegas do Mestrado, pelas animadas discussões durante o curso; a Fábio Magrinelli Coimbra, pela ajuda bibliográfica; a Daniel Favaretto Barbosa, pela leitura e pelas críticas; e ao Titanic, sempre, firme, forte, portentoso e destinado ao naufrágio (por ora navegando em mares de almirante!). A todos, muito obrigado.

Resumo

Schettino, José Gomes Riberto, Vieira, José Ribas. **Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual**. Rio de Janeiro, 2008, 174p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O controle judicial de constitucionalidade teve sua origem nos Estados Unidos com o julgamento de *Marbury v. Madison*, em 1803. A partir de uma análise histórica do desenvolvimento desse precedente e do desenvolvimento do *judicial review* no referido país, bem como do nascimento da jurisdição constitucional européia de matiz kelseniano, demonstra-se a expansão da atividade judicial para searas não originariamente imaginadas pelos ideólogos do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Conceitua-se então o fenômeno como ativismo judicial e, após, distingue-se-o, assim, em ativismo judicial de índole material ou substantiva do de aspecto processual ou formal. Tendo, desse modo, como premissa a historicidade do controle judicial de constitucionalidade e a influência que os modelos americano e europeu-continental lograram no Brasil, analisa-se a expansão da atividade jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, seja pelo alargamento dos limites de sua competência constitucional seja pela extensão temporal e funcional dos efeitos de suas decisões, como resultado de um ativismo judicial de caráter processual.

Palavras-chave:

controle judicial de constitucionalidade; ativismo judicial; jurisdição constitucional; auto-restrição judicial; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

Schettino, José Gomes Riberto, Vieira, José Ribas. **Judicial Review and Procedural Judicial Activism**. Rio de Janeiro, 2008, 174p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Judicial review of legislation originated in the United States of America with the ruling in the Marbury v. Madison case, back in 1803. The expansion of judicial activity into domains not originally imagined by the ideologues of judicial review will be expounded by means of a retrospective analysis of doctrine and case-law arising from said ruling in the USA, as well as of the rise of Kelsen-fashioned constitutional adjudication in Europe. Such phenomenon is herein conceptualized as judicial activism and henceforth marked as material or substantive judicial activism as distinct from the procedural or formal type. Premised, thus, on the historical nature of judicial review and the influence of both the American and the European models have born on Brazil, an analysis is made of the expansion of Supremo Tribunal Federal adjudication in Brazil in the past few years, be it through the widening of its constitutional jurisdiction, be it through the enlargement both in duration and in function of the effects of its rulings as a result of procedural-based judicial activism.

Keywords:

judicial review; judicial activism; procedural judicial activism; judicial self-restraint; Supremo Tribunal Federal

Sumário

1. Introdução	11
2. As Origens do Controle Judicial de Constitucionalidade	15
2.1. Estado Liberal de Direito, separação de poderes e constitucionalismo	15
2.2 <i>Marbury v. Madison</i> e o nascimento do <i>Judicial Review</i> nos Estados Unidos da América	25
2.3. O controle de constitucionalidade europeu e a doutrina de Kelsen	35
2.4. Nascimento e evolução do controle de constitucionalidade no Brasil até 1988	44
2.5. A Constituição entre o Direito e a Política	57
3. Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial	59
3.1. Da inércia ao ativismo. A longa marcha de expansão do Poder Judiciário	59
3.1.1. <i>Judicial Self-Restraint</i> e <i>Judicial Review</i> : A origem comum de um equilíbrio sob permanente tensão	59
3.1.2. A doutrina das questões políticas como instrumento da <i>Judicial Self-restraint</i>	66
3.1.3. O Judiciário como protagonista e a Constituição como ordem normativa de valores	73
3.1.3.1. A expansão do Judiciário nos Estados Unidos no século XX	74
3.1.3.2. O Tribunal Constitucional como o fiscal do legislador	81
3.2. Ativismo judicial material e ativismo judicial processual (ou formal)	86
3.2.1. Uma nota prévia necessária	86
3.2.2. Concepções de ativismo judicial	90
3.2.3. Ativismo judicial processual: o modelo do Brasil	106

4. Ativismo judicial processual no Supremo Tribunal Federal	113
4.1. O Supremo Tribunal Federal e a trajetória do controle de constitucionalidade após 1988	113
4.1.1. Um sistema misto com ênfase no modelo concentrado	113
4.1.2. O processo normativo de concentração do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro	115
4.1.2.1. Os primeiros 15 anos: a concentração normativa de poderes no STF debuta	115
4.1.2.2. Ao infinito e além: a Emenda Constitucional n. 45, de 2004	120
4.1.3. Ativismo judicial entre segurança jurídica e máxima efetividade	123
4.2. O ativismo judicial processual na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	132
4.2.1. A suspensão de execução de lei inconstitucional pelo Senado e mutação constitucional	134
4.2.2. Nulidade do ato inconstitucional e modulação dos efeitos temporais	142
4.2.3. O Leito de Procusto: verticalização, anualidade, segurança jurídica e os limites do controle de constitucionalidade	151
5. Conclusão	158
6. Bibliografia	166

“la vertu même a besoin de limites.”

Montesquieu - *L'Esprit des Lois*, Seconde Partie,
Livre XI, Chapitre IV.

“The high power has been conferred on this court of passing judgment upon the acts of the State sovereignties, and of the legislative and executive branches of the federal government, and of determining whether they are beyond the limits of power marked out for them respectively by the Constitution of the United States. This tribunal, therefore, should be the last to overstep the boundaries which limit its own jurisdiction. And while it should always be ready to meet any question confided to it by the Constitution, it is equally its duty not to pass beyond its appropriate sphere of action, and to take care not to involve itself in discussions which properly belong to other forums.”

Chief Justice Roger Taney, *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849).

“Mas que céu pode satisfazer teu sonho de céu?”

Manuel Bandeira