

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REGIANE OLIVEIRA VELLOZO

**Mecanismos constitucionais que permitem o Ativismo Judicial pelo Supremo
Tribunal Federal: análise da Súmula Vinculante**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

São Paulo

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

REGIANE OLIVEIRA VELLOZO

**Mecanismos constitucionais que permitem o Ativismo Judicial pelo Supremo
Tribunal Federal: análise da Súmula Vinculante**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Dra. Juliana Cardoso Ribeiro
Bastos

São Paulo

2022

Vellozo, Regiane Oliveira.

Mecanismos constitucionais que permitem o Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Federal: análise da Súmula Vinculante / Regiane Oliveira Vellozo. – 2022. 54 f.

Dissertação (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

Bibliografia: f. 52-54.

1. Separação de Poderes. 2. A realidade brasileira frente a Separação de Poderes.
3. Ativismo Judicial. 4. A Súmula Vinculante.

Dedico o presente trabalho, a minha mãe e irmã que me deram todo auxílio e apoio ao longo desses anos e não me permitiram desistir. Também dedico ao meu pai e à minha avó (*in memoriam*) que não puderam estar presente nesse momento, mas sempre torceram por mim.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ao corpo docente e à direção e administração.

À Professora Dra. Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, pela orientação, compreensão e confiança.

À minha mãe e à minha irmã, por tudo que sempre fizeram por mim.

Aos familiares que contribuíram com a minha formação e sempre acreditaram em mim.

Aos amigos com quem convivi ao longo desses anos, em especial a Paloma dos Santos Serra, com quem e compartilhei as melhores experiências e dificuldades da formação acadêmica.

A todos que fizeram parte da minha formação, direta ou indiretamente, manifesto meus mais sinceros agradecimentos.

"O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político."
(Norberto Bobbio – “A Era dos Direitos”)

RESUMO

O presente estudo versa sobre os mecanismos constitucionais que permitem o Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Federal e a análise da Súmula Vinculante, tendo como objetivo analisar o Ativismo Judicial no contexto brasileiro, com recorte na atuação da Corte Constitucional e os seus mecanismos de atuação, bem como a investigação pormenorizada da Súmula Vinculante e eventual (in)constitucionalidade frente a separação de poderes. Inicialmente, o trabalho trata dos aspectos teóricos da separação de poderes, demonstrando o seu desenvolvimento até o referencial teórico empregado nas constituições modernas e o advento do Neoconstitucionalismo. Prossegue com o estudo desse tema frente a realidade brasileira. Após, realiza o exame do fenômeno do Ativismo Judicial, passando pela sua origem, desenvolvimento, conceituação e sua presença na realidade brasileira. Por fim, analisa a Súmula Vinculante com elucidação da sua origem e desenvolvimento no Brasil, aspectos processuais, natureza jurídica e análise da in(constitucionalidade).

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Súmula Vinculante. Análise de Constitucionalidade. Separação de Poderes. Constituição Federal de 1988. Mandado de Injunção. Técnicas interpretativas do Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

The present study is about how the constitutional mechanisms allow Judicial Activism by the Supreme Court: analysis of the Binding Precedent, aiming to analyze the Judicial Activism in the Brazilian context, focusing on constitutional court's performance and his mechanisms of action, as well as the detailed investigation of the Binding Precedent and possible (in)constitutionality against the separation of powers. Initially, the work deals with the theoretical aspects of the separation of powers, demonstrating its development until the theoretical reference employed in modern Constitutions and the advent of Neoconstitutionalism. It goes on to study this theme considering the Brazilian reality. Afterwards, it examines the phenomenon of Judicial Activism, going through its origin, development, conceptualization and presence in the Brazilian reality. Finally, the binding Precedent is analyzed with elucidation of its origin and development in Brazil, procedural aspects, legal nature, and analysis of the in(constitutionality).

Keywords: Judicial Activism. Binding Precedent. Analysis of Constitutionality. Separation of Powers. Federal Constitution of 1988. Injunction. Interpretative techniques of the Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. SEPARAÇÃO DE PODERES	10
1.1. Antecedentes teóricos da separação de poderes	11
1.2. O Neocostitucionalismo e sua influência na separação de poderes.....	17
2. A REALIDADE BRASILEIRA FRENTE A SEPARAÇÃO DE PODERES E O NEOCONSTITUCIONALISMO	20
2.1. Desenvolvimento da separação de poderes nas constituições brasileiras anteriores à 1988. 20	
2.2. A separação de poderes na constituição federal do brasil de 1988.....	24
2.3. O Poder Judiciário.....	27
2.3.1. O supremo tribunal federal	29
2.3.2. Consequências do Neoconstitucionalismo no âmbito do Poder Judiciário brasileiro....	31
3. ATIVISMO JUDICIAL	33
3.1. Origem histórica e conceito	33
3.2. Os mecanismos constitucionais que possibilitam o Ativismo Judicial no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.....	35
3.2.1. As técnicas de interpretação do Supremo Tribunal Federal	36
3.2.2. O mandado de injunção	38
4. A SÚMULA VINCULANTE	41
4.1. Origem e desenvolvimento no brasil.....	41
4.2. Aspectos processuais.....	44
4.3 Natureza jurídica e (in)constitucionalidade	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

Com desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, aliado ao advento do movimento do Neoconstitucionalismo houve o fortalecimento do Poder Judiciário, na medida em que foram conferidas mais prerrogativas e faculdades à função jurisdicional.

No Brasil, a consolidação se deu por meio dos mecanismos constitucionais instituídos pela Constituição Federal de 1988, estes que surgiram em um contexto de inércia do Poder Legislativo, principalmente no que tange a efetivação das normas constitucionais. Essa postura proativa do Poder Judiciário é denominada Ativismo Judicial.

Esse fenômeno é evidenciado na atuação do Supremo Tribunal Federal, principalmente quando analisado o emprego das técnicas de interpretação (determinação de interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade sem redução de texto) e os julgamentos dos Mandados de Injunção

Nesse diapasão, recebe destaque a emenda constitucional nº45 de 2004 que afere ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de edição de Súmulas Vinculantes, isto é, enunciados que contêm as interpretações da corte com efeito vinculante.

Acerca das Súmulas Vinculantes há o debate sobre a sua (in)constitucionalidade, uma vez que a possibilidade da edição de Súmulas com efeito vinculante é interpretada por alguns autores como atribuição ao Poder Judiciário a função de legislador com a conseguinte usurpação da função típica do Poder Legislativo e supressão do princípio da partição de poderes, enquanto outros sustentam que a edição desses enunciados consiste apenas no exercício da atividade jurisdicional, não padecendo de nenhum vício.

Em suma, este trabalho pretende fazer uma breve análise de alguns dos mecanismos constitucionais que permitem a ocorrência do Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Federal e, dentre eles, uma análise pormenorizada da Súmula Vinculante visando a averiguação da sua constitucionalidade.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES

Regularmente adota-se a nomenclatura “separação de poderes”, contudo consiste propriamente em uma separação das funções estatais, isto pois o poder do Estado é uno indivisível. Assim, quando é utilizado a supracitada expressão trata-se de um Estado com poder único, mas que adota o modelo político no qual tem suas funções segmentadas e organizadas em órgãos distintos e independentes. Nesse sentido, preleciona Dalmo de Abreu Dalari:

Embora seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância.¹

A separação de poderes possui como finalidade precípua impossibilitar a concentração de poder e, por conseguinte, evitar a tirania e o arbítrio estatal. Surge em resposta às monarquias absolutistas europeias e obtém expressividade por meio das obras de Aristóteles, Marsílio de Pádua, John Locke e Montesquieu. Influenciou a maioria das Constituições Modernas, alcançando tamanha importância que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789² afirma que um país sem separação de poderes não possui Constituição. Atualmente, no ordenamento jurídico pátrio foi reconhecida e positivada a importância do tema, na medida em que a separação de poderes constitui cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso III, Constituição Federal)³.

Para a compreensão do Ativismo Judicial é imprescindível que seja analisado o surgimento e a evolução da teoria da separação dos poderes.

¹ DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 115.

² DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.

1.1. ANTECEDENTES TEÓRICOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O primeiro expoente a debruçar-se sobre a separação de poderes foi Aristóteles, na obra “A Política”. Para o pensador a divisão de funções estatais é necessária pois seria perigoso e pouco eficaz concentrar em apenas um indivíduo o exercício do poder. Nesse sentido, ainda, o autor pontua o problema da eficiência, quando discorre acerca da impossibilidade prática de um só indivíduo prever tudo o que a lei deveria regulamentar⁴.

Para Aristóteles, as funções do Estado são: i. deliberativa, incumbida de deliberar sobre os negócios do Estado; ii. executiva, exercidas pelos magistrados, responsável pela aplicação das decisões políticas; e iii. judiciária, exercida por uma ordem de juízes, encarregada de julgar as matérias penais, cíveis etc.

Assim, para o autor no que tange ao poder deliberativo, “cabe à Assembleia decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer leis e suprimi-las, decretar pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados”⁵. Já o Poder Executivo, segundo Aristóteles, seria exercido pelas “magistraturas governamentais: as que participam do poder público quanto a certos objetos, para deliberar sobre eles, julgá-los e, sobretudo, ordená-los, pois, é o mando seu atributo característico”⁶. E, a terceira função seria a judiciária: “A ordem judiciária é o terceiro órgão da Constituição e do governo, responsável para julgar os crimes, os negócios envolvendo os cidadãos”⁷.

Conquanto, a concepção moderna da separação de poderes não foi fundamentada nas teorizações de Aristóteles, foi desenvolvida paulatinamente com vistas a realidade empírica, de maneira a acompanhar a evolução do Estado e dos grandes conflitos políticos-sociais⁸, possuindo como contexto histórico a oposição aos regimes monárquicos absolutos e a formação dos Estados de Direito Constitucionais. Evidencia-se, portanto, que a doutrina contemporânea da separação dos poderes tem como objetivo precípua o controle do exercício do poder, a fim de que ele não seja concentrado ocasionando arbítrios, garantindo-se, assim, o Estado de Direito e, principalmente os direitos e garantias individuais.

Ademais, suas contribuições teóricas influenciaram as próximas gerações.

⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Pág. 76. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵ ARISTÓTELES. *A Política*. Pág. 76. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶ ARISTÓTELES. *A Política*. Pág. 79. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. Pág. 82. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸ DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 116.

No século XIV, mais precisamente no ano de 1324, Marsílio de Pádua estabelece uma distinção entre o Poder Legislativo e o Executivo em sua obra “*Defensor Pacis*” (defensor da paz). A obra enuncia o Estado como o Defensor da Paz em vista do seu dever de manutenção da paz pública. Aduz a separação entre Estado e autoridade religiosa, suscitando a prevalência da soberania do povo. Nesse sentido, ainda, defende a apreensão dos bens da igreja pela autoridade civil e a eliminação dos dízimos (contribuição dos fiéis à igreja) uma vez que considera o poder papado como a “causa do problema que prevalece entre os homens”. Acerca desse autor e suas teorizações, esclarece Dalmo de Abreu Dalari:

A base do pensamento de Marsílio de Pádua é a afirmação de uma oposição entre o povo, que chama de primeiro legislador, e o príncipe, a quem atribui função executiva, podendo-se vislumbrar aí uma primeira tentativa de afirmação da soberania popular.⁹

No século XVI, em 1513, Nicolau Maquiavel em sua obra “O Príncipe” declara que no começo daquele século na França já havia três poderes distintos, sendo eles: o legislativo (parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. Maquiavel valorizava essa organização por assegurar ao rei mais segurança e liberdade, na medida em que o Poder Judiciário ao trabalhar de forma autônoma tutelaria os mais fracos, suscetíveis a ambições e abusos dos mais poderosos e, por conseguinte, o rei seria resguardado do dever de intervir nas disputas e poupado de suportar a desaprovação de quem não tivesse seus interesses acolhidos¹⁰. Confira-se um trecho dessa visão cunhado por Maquiavel:

[...] entre os reinos bem-organizados e governados nos nossos tempos está aquele da França. Nele existem inúmeras boas instituições, das quais dependem a liberdade e segurança do rei; a primeira delas é o Parlamento com sua autoridade. Aquele que organizou esse reino, conhecendo a ambição dos poderosos e sua insolência, julgando ser necessário por um freio e corrigi-los e, desejando protegê-la, mas não querendo que fosse esse particular cuidado do rei, buscou dele retirar o peso da odiosidade dos grandes em sendo favorecido o povo ou deste ao dever apoiar os grandes; por isso, constituiu um terceiro juiz que fosse aquele que, sem responsabilidade do rei contivesse os grandes e amparasse os pequenos. Essa ordem não podia ser melhor nem mais prudente, nem se pode negar seja a maior razão da segurança do rei e do reino. Dai pode-se extrair outra conclusão digna de nota: os príncipes devem atribuir a outrem as coisas odiosas, reservando para si aquelas de graça.¹¹

⁹ DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 116.

¹⁰ DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 116.

¹¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.113.

Influenciado pelo Estado Inglês, no século seguinte, o filósofo John Locke teorizou a primeira sistematização doutrinária das separações de poderes e possui como obra principal “O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil” de 1690. Sua teoria é fundamentada nas suas concepções do estado de natureza, da igualdade dos homens, do contrato social e tem como elemento central a lei.¹²

Vale ressaltar que no estado de natureza cunhado por Locke, divergente do teorizado por Hobbes, os homens estão em uma posição de liberdade e igualdade generalizada, isto é, estão contidos em um estado de paz. Assim, o contrato social não constitui uma revolução integral na vida dos indivíduos, de modo que ao integrarem a sociedade não renunciam totalmente seus direitos e sua liberdade, como pensado por Hobbes. Com a submissão ao contrato social almeja-se apenas assegurar o que não exequível no estado de natureza, isto é, garantir a segurança dos homens e da propriedade privada. Em sua visão, a lei estável e determinada, e não somente a lei natural, é a melhor forma de garantir esses fins e, portanto, toda organização estatal deverá ser estruturada para alcançar esses propósitos.

Desse modo, visando garanti-los, a teoria de Locke tem como intenção a decomposição e enfraquecimento da soberania absoluta do monarca (*summa potestas*), de maneira que somente caberia ao rei o desempenho do Poder Executivo, deixando, portanto, de acumular as funções legislativa e jurisdicional, isto é, o domínio para criação e aplicação das normas foi atribuída a outrem.¹³

Ademais, no contexto dessa desconcentração do poder, as obras de John Locke indicam a existência de quatro funções fundamentais exercidas por dois órgãos de poder, a saber: i. função legislativa, exercida pelo parlamento; ii. função executiva, desempenhada pelo rei; iii. função federativa, surge como um desdobramento da função executiva, e, portanto, competência do rei, sucumbida de tratar de assuntos de guerra e paz, alianças e ligas, e de todos os assuntos que fossem tratados fora do Estado; e, iv. a função de fazer o bem público, prerrogativa do rei de agir, na ausência de leis, em favor do bem público.¹⁴

Ressalta-se que para o autor a função legislativa era considerada proeminente às demais, pois teria o condão de definição das leis e, portanto, subordinava as demais funções que apenas a executavam. Sobre isso, dispõe em sua obra:

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, p. 293.

¹³ ALBUQUERQUE, Armando. A teoria Lockeana da separação dos poderes. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

¹⁴ DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 116.

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.¹⁵

Ademais, o autor reconhece que o próprio legislativo pode tornar-se arbitrário, sendo imprescindível a estipulação de limitações à sua atuação, dentre os quais destaca-se a impossibilidade do Legislativo executar as leis que elaborou, ficando esse múnus atribuído a outros órgãos estatais.¹⁶ Acerca dessa temática, elucida Armando Albuquerque:

A teoria lockeana da separação de poderes não gera um equilíbrio entre os eles como ocorre, por exemplo, na teoria de Montesquieu. Ao contrário, estabelece uma relação de subordinação dos demais poderes ao Poder Legislativo. A supremacia do Poder Legislativo adviria da primazia deste em relação aos outros poderes na organização da sociedade civil. A este respeito, Locke afirma que a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o Poder Legislativo. Assim, somente este poder tem autoridade para elaborar leis que devam ser cumpridas. Somente o legislativo pode, consubstanciado no consentimento e reconhecimento públicos, estabelecer leis com legitimidade.¹⁷

Nota-se que para John Locke não há a partição em três poderes (legislativo, o executivo e o federativo), apenas em dois: o legislativo e o executivo. O judiciário não constitui um poder autônomo, uma vez que na teoria de Locke não foi diferenciado dos demais, de modo que está abrangido pelo executivo, responsável pela administração das leis.

Conquanto, foi a teoria da separação dos poderes cunhada por Montesquieu a que influenciou a maioria das constituições a partir do final do século XVIII. O autor buscou expor uma teoria em abstrato e uma descrição empírica dos mecanismos de governo inglês. Divergindo dos autores da sua época, não acolhe a concepção de contrato social e a de igualdade natural de todos os homens. Influenciado pelas ideias vigentes na França, acredita que há uma desigualdade natural entre os homens, motivo pelo qual o autor vai defender a atuação da

¹⁵ LOCKE, John. *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 76

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, p. 293.

¹⁷ ALBUQUERQUE, Armando. A teoria Lockeana da separação dos poderes. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

nobreza na estrutura do governo como fundamental na elaboração das normas, conjuntamente ao rei e ao povo.¹⁸

O autor tem como obra principal acerca dessa temática “O Espírito das Leis” (L’esprit des Lois), de 1748, na qual as funções estatais são descritas como diversas e inconfundíveis entre si, exercidas por órgão distintos. Acerca da necessidade da desconcentração de poder, Montesquieu elucidada:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.¹⁹

Ademais, o autor sistematizou a separação de poderes composta por três funções estatais: i. função legislativa, responsável por estabelecer leis; ii. função executiva, responsável pela execução do que “depende do direito das gentes”; e iii. função judiciária, responsável por julgar, isto é, executar o que “depende do direito civil”. Evidencia-se, portanto, que para Montesquieu, visando afastar os governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites para cada um dos poderes. Acerca dessa temática, esclarece Dalari:

[...] ponto obscuro da teoria de MONTESQUIEU é a indicação das atribuições de cada um dos poderes. Com efeito, ao lado do Poder Legislativo coloca um Poder Executivo "das coisas que dependem do direito das gentes" e outro Poder Executivo "das que dependem do direito civil". Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, diz que por ele o Estado "pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos". E acrescenta: "chamaremos a este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado". O que se verifica é que MONTESQUIEU, já adotando a orientação que seria consagrada pelo liberalismo, não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse. Como é óbvio, dando atribuições tão restritas ao Estado, MONTESQUIEU não estaria preocupado em assegurar-lhe a eficiência, parecendo-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes para garantia da liberdade individual.²⁰

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, p. 294.

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 170.

²⁰ DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 117.

A teoria de Montesquieu influenciou as Constituições Modernas de todo mundo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16, dispõe que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”²¹. Registra-se como primeiras constituições modernas em que se nota a influência dessa teoria a norte-americana, de 1787, e a primeira constituição francesa.

Outra contribuição importante, atribuída a Montesquieu consiste no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), tem como objetivo principal evitar que um poder se sobreponha aos demais, da mesma maneira que consiste em uma forma de equilibrá-los. O mecanismo de freios e contrapesos permite que um órgão limite a atuação dos outros de modo que pode interferir na sua composição e atuação. Acerca desse assunto, explica Dalari:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.²²

Outrossim, apesar da necessidade dos Estados adotarem em sua organização de funções a separação de poderes, há diversas críticas, dentre ela destaca-se a enunciada por Dalari:

A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do

²¹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

²² DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 117.

comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.²³

Em vista dessa interpenetração constatada empiricamente nas constituições dos Estados, faz-se necessário a digressão histórica da separação de poderes no contexto brasileiro para que possa verificar o protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais poderes, denominado Ativismo Judicial.

1.2. O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA NA SEPARAÇÃO DE PODERES

No decorrer do Século XIX e XX, o Constitucionalismo Moderno preponderou como modelo jurídico. Numerosos países passaram a adotar, influenciados pelo constitucionalismo francês e norte-americano, uma Constituição escrita, limitando os poderes do governante.

Após a Segunda Guerra Mundial evidencia-se a periculosidade do positivismo “legiscentrista”, uma vez que por meio da criação legislativa os tiranos podem executar bárbaras. Um dos exemplos mais tristes acerca dessa realidade evidenciando os riscos do positivismo jurídico foi a edição das “Leis de Nuremberg” de 1935 na Alemanha. O governo nazista procurou cunhar um critério objetivo que pudesse definir quem seria judeu e quem teria “sangue puro alemão”. Para isso, estabeleceu critérios objetivos quanto aos quatro avós de um indivíduo, de modo que só seria considerado alemão se não tivesse nenhum dos avós judeus. A partir desse critério, foram editadas leis com critérios de segregação raciais ceifando diversos direitos dos indivíduos que fossem considerados judeus.

Ademais, segundo a doutrina, também houve outros motivos que resultaram na eclosão do movimento neoconstitucionalista. Dentre eles, a crescente aproximação entre países, por meio de tratados socioeconômicos regionais. Para que isso acontecesse ante a diversidade dos países, “os pontos de convergência foram buscados em aspectos elementares essenciais, vale dizer, em princípios fundamentais que poderiam servir para parametrização básica”²⁴. Outro aspecto relevante foi a diversidade interna em cada um dos países, ampliadas pela mobilidade das pessoas, expansão dos negócios e meios de transporte e comunicação. Tornou-se necessário

²³ DALARI, Dalmo de abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 118.

²⁴ MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 60.

“recorrer a fórmulas normativas e genéricas e flexíveis (notadamente princípios e conceitos jurídicos indeterminados) que permitam comportar a diversidade como o novo parâmetro de relação social”.²⁵ Por fim, aponta-se que a complexidade e o dinamismo da sociedade contemporânea tem como consequência que a impossibilidade do legislador constitucional em prever todo o arcabouço legislativo necessário, de maneira a ser empregado termos jurídicos amplos, proporcionando plasticidade.

A lei fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) foi precursora para a instituição do Neoconstitucionalismo, servindo de paradigma de um novo Estado de Direito: um Estado Constitucional de Direito. Nesse texto magno, destacam-se os seguintes pontos: a) relevância conferida aos princípios e valores como elementares do sistema jurídico; b) ponderações como método de interpretação e aplicação dos princípios e de resolução de conflitos dos valores e bens constitucionais; c) compreensão da Constituição como norma que produz efeitos por todo ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares nas relações privadas; d) protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) aceitação de conexão entre Direito e Moral.

Conjuntamente, surge de maneira pioneira a Constituição da República Italiana promulgada pela Assembleia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, eleita por sufrágio universal no ano anterior.

Dessa maneira, evidencia-se que o principal marco teórico do Neoconstitucionalismo é o reconhecimento da força normativa da Constituição que deixou de ser um documento essencialmente político com normas apenas programáticas e passou a ter força normativa, caráter vinculativo e obrigatório. Conforme elucida Luis Roberto Barroso “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.²⁶

Nesse diapasão, surge como importante expoente acerca desse assunto o livro “A Força Normativa da Constituição” de Konrad Hesse, escrita em 1959. O autor inicia suas elucidações criticando as afirmações feitas por Ferdinand Lassalle de que a Constituição escrita consiste em apenas uma folha de papel. Ainda, contesta a teoria de que é um ato normativo totalmente

²⁵ MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 60.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: editora RT, 2009. p. 184.

desvencilhado da realidade. Segundo o autor para a Constituição ter força normativa, deve incorporar a realidade social, política e histórica do país e, ainda, o estado espiritual do seu tempo, por conseguinte, se assegurará, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Por essa razão, o autor sugere que a Constituição deveria limitar-se a definir poucos princípios fundamentais, de maneira que sejam estáveis ao longo de anos²⁷. Elucida Konrad Hesse:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente poderá ser realizada se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não se configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social²⁸.

Em síntese, o Neoconstitucionalismo é um movimento social, político e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, possui como marco teórico o princípio da “força normativa da Constituição” e tem como propósito fundamental garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente as que tutelam direitos fundamentais. O Neoconstitucionalismo não objetiva contrariar os avanços do Constitucionalismo Moderno (limitação do poder do Estado), mas visa aperfeiçoar novas práticas e novos paradigmas. Ademais, faz-se necessário a análise das consequências empíricas desse movimento.

²⁷ HESE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.20.

²⁸ HESE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.24.

2. A REALIDADE BRASILEIRA FRENTE A SEPARAÇÃO DE PODERES E O NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1. DESENVOLVIMENTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES À 1988.

A família real portuguesa veio para o Brasil em 1808, momento o qual a colônia esteve sob mais influência dos movimentos presentes na metrópole, inclusive os políticos, ressalta-se, sobretudo, os vivenciados a partir de 1820 que reclamavam a elaboração de um texto constitucional com o condão de limitar os poderes da monarquia.

O possível retorno de Dom João VI a Portugal desencadeou uma revolta no Rio de Janeiro, o monarca visando mitigar o conflito outorgou ao País, em 21 de abril de 1821, a Constituição de Cádiz, também denominada como a Constituição Política da Monarquia Espanhola de 1812. Entretanto, no mesmo dia, Dom João VI revogou o texto constitucional.

Após, foram eleitos representantes e convocada uma Assembleia Constitucional visando a elaboração de uma Constituição para o País. A assembleia foi instalada, contudo foi dissolvida meses depois pelo imperador Dom Pedro I, que outorgou diretamente a Carta de 1824.

Inspirada na teoria de Benjamin Constant, na magna carta de 1824, o Brasil adotou a quadripartição de poderes, isto é, além dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a Constituição previa o “Poder Moderador”. Esse poder era competência exclusiva do Imperador, conforme determina o artigo 98 dessa constituição, confira-se *in verbis*:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.²⁹

Evidencia-se, portanto, que o objetivo da Constituição de 1824 estabelecendo um poder moderador era fiscalizar o exercício dos demais poderes e, para além disso, Dom Pedro I visava concentrar os poderes em suas mãos, contrário ao que pretendia fazer a Assembleia Constituinte de 1823, dissolvida por ele.

²⁹ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política Do Império Do Brazil*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 01 out. 2022.

Ainda, nesse mesmo texto constitucional, há a seguinte previsão em seu artigo 99: “A pessoa do Imperador é inviolável, não está sujeito à responsabilidade alguma”.³⁰ Ademais, no exercício do Poder Moderador o imperador possuía a faculdade de dissolver a Câmara dos Deputados (artigo 101, inciso V, Constituição de 1824) e suspender os magistrados (artigo 101, inciso VII, Constituição de 1824).

Em suma, a divisão de poderes implementada na Constituição de 1824, não visava a desconcentração de poder, mas tinha como intento o autoritarismo de Dom Pedro, sobre o tema, elucida Cleber Francisco:

“O Poder Moderador foi idealizado pelo Suiço Benjamin Constant, em contraposição á conhecida e difundida Tripartição de Poderes, de Montesquieu. Segundo a doutrina, somente duas Constituições previram expressamente o Poder Moderador, orgânico e autônomo: a Constituição brasileira de 1824 e a Constituição Portuguesa de 1826”.³¹

O Poder Legislativo, em 1824, chamado de “Assembleia Geral” era dividido em 2 casas ou câmaras: a Câmara dos Deputados e a Câmara dos Senadores ou Senado (artigo 14), cada legislatura possuía o período de quatro anos (artigo 17), havendo previsão de imunidade parlamentar material (artigo 26) e imunidade parlamentar formal quanto à prisão (artigo 27). Os deputados eram eleitos para mandato determinado (artigo 35), os senadores eram eleitos para vitalícios por meio de listra tríplice com escolha final realizada pelo Imperador (artigo 40 e 43).

Quanto ao Poder Judiciário previsto nos artigos 151 e seguintes, havia a previsão de um “Supremo Tribunal de Justiça” (artigo 163) com competência para julgar recursos “pela maneira que a lei determinar”, julgar os crimes praticados pelos Ministros, Ministros das Relações (Tribunais das Províncias), Empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias e os conflitos de jurisdição das relações provinciais (artigo 164).

A Constituição de 1891 principiou a Tripartição de Poderes no Brasil (artigo 15), findando com o Poder Moderado. Nessa mesma magna carta houve a instituição dos princípios que regem a separação dos Poderes: harmonia e independência.

³⁰ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política Do Império Do Brazil*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 01 de out. 2022.

³¹ ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Revista de informação legislativa. Senado Federal. Brasília. N. 180. Out/dez. 2008. p. 94.

Da mesma maneira, conforme a Constituição antecessora, manteve o bicameralismo do Poder Legislativo Federal, com a Câmara dos Deputados e o Senado Federal (artigo 16). Contudo, efetuada mudança quanto ao tempo de mandato dos Senadores, agora são eleitos para período determinado de 9 anos (artigo 31) e não mais vitalício. A presidência do Senado era desempenhada pelo Vice-Presidente da República que operava o “voto de qualidade” (artigo 32). Ademais, visando cessar a relação entre Estado e Igreja, estabeleceu como vedado aos entes federativos “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos” (artigo 11, §2º).

No que tange ao Poder Executivo, a Constituição de 1891 adotou o sistema de governo presidencialista, com Presidente eleito de forma conjunta com o Vice-Presidente, ambos para um mandato de 4 anos (artigo 43), por meio do sufrágio universal pela maioria absoluta dos votos (artigo 47). Institui a possibilidade de *impeachment* (julgamento por crime de responsabilidade) no artigo 53, enumerando os crimes tipificados como pertencentes a responsabilidade no artigo 54.

Quanto ao Poder Judiciário criou o Supremo Tribunal Federal formado por 15 juízes (artigo 56), indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado (artigo 48, §12º).

A Constituição de 1934 manteve a tripartição de poderes determinando como “independentes e coordenados entre si” e a impossibilidade de delegações de suas atribuições (artigo 3). Contudo, houve mudanças significativas no Poder Legislativo, o Senado Federal perdeu seus poderes, passando a ser instituída como uma casa colaboradora da Câmara dos Deputados (artigo 22).

O sistema de governo manteve-se presidencialista e com mandato de quatro anos, no entanto foi estabelecido a impossibilidade de reeleição para um mandato consecutivo, sendo possível apenas após quatro anos (artigo 52). Também manteve a previsão da prática de crimes de responsabilidade e processo e julgamento do Presidente por tais crimes, nos artigos 57 e 58 (*impeachment*). De acordo com o artigo 1º das “Disposições Transitórias”, promulgada a Constituição, a Assembleia elegerá, no dia imediato, o Presidente da República para o primeiro quadriênio constitucional.

Quanto ao Poder Judiciário, alterou a denominação do Supremo Tribunal Federal para “Corte Suprema” (artigo 73) composta por 11 ministros com a possibilidade de expansão até 16, nomeados pelo Presidente e aprovados pelo Senado Federal. Implementou, ainda, a Justiça do Trabalho, mantendo-a na esfera administrativa (artigo 122) e não jurisdicional, e a Justiça eleitoral (artigo 82). Por fim, previu a figura do Ministério Público, nos artigos 95 e 98,

determinando como chefe do Ministério Público Federal o Procurador-Geral da República, este nomeado de forma livre pelo Presidente da República (artigo 95), assim como o Tribunal de Contas (artigo 99 a 102).

A Constituição de 1937 manteve a tripartição de poderes, contudo era apenas nominal, não se verificando empiricamente uma vez que vigorava o governo ditatorial de Getúlio Vargas. Nesse contexto, no âmbito do Poder Legislativo, foram dissolvidos a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais, conforme determinado o artigo 178 da Constituição. A parte final desse dispositivo, ainda, determinada que “as eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o artigo 187”. Conquanto, esse plebiscito nunca foi realizado, assim durante o governo de Getúlio Vargas não existiu Poder Legislativo da União.

O Brasil na vigência desse governo a produção legislativa se deu por meio decretos-leis expedidos pelo Presidente Vargas, dentre os quais destacam-se o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Essa produção normativa era prevista pelo artigo 13 da Constituição que determinava “O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União”.³²

Evidencia-se, portanto, a concentração pelo Poder Executivo das atividades de administração e legislação. Embora inexecutável frente ao contexto histórico ditatorial, o texto constitucional previa em seus artigos 85 e 86 o processo de *impeachment* do Presidente, que seria julgado pelo Legislativo, dissolvido à época.

Nesse contexto de concentração de poder no Legislativo, o Poder Judiciário também sofria interferências na medida em que sua autonomia era mitigada por meio da possibilidade de aposentadoria compulsória de qualquer agente promovida pelo Presidente.

Com a Constituição de 1946, reestabelecida a democracia, foi retomada a real tripartição de poderes, adotada desde a Constituição de 1891, com a previsão expressa da independência e harmonia entre eles (artigo 36) e a impossibilidade de delegação das suas funções (artigo 36, §2º).

O Poder Legislativo retoma a forma bicameral, com um Congresso Nacional formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (artigo 37). A Câmara dos deputados era

³² BRASIL. Constituição (1937). Lex: *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 02 out. 2022.

composta por de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional (artigo 56) para mandato de quatro anos (artigo 57). Os senadores eram representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos por meio do sistema majoritário (artigo 60) para um mandato de oito anos (artigo 60, §2º).

O chefe do Poder Executivo (presidente) era eleito por meio do voto direto para mandato de cinco anos (artigo 82). Ainda, o texto constitucional previa a possibilidade de o Presidente da República responder pelo crime de responsabilidade, através do procedimento de *impeachment*.

No que tange ao Poder Judiciário foi criado o Tribunal de Recursos (artigo 94, inciso II). Quanto a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Poder Judiciário mantendo a estrutura estabelecida durante a sua atuação como órgão administrativo, inclusive com representação de classes.

Com o retorno do regime de exceção ditatorial, a Constituição de 1967 manteve formalmente a separação de poderes, contudo não se verificava na realidade, de maneira que havia uma preponderância do Poder Executivo em detrimento dos demais.

Quanto ao Poder Legislativo foi mantido o bicameralismo no âmbito federal (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Quanto ao Poder Executivo da União era exercido pelo Presidente, eleito por meio do voto indireto (artigo 76) de um Colégio Eleitoral para um mandato de 4 anos.

No que concerne ao Poder Judiciário, foi criado o Conselho Nacional da Magistratura com jurisdição em todo território nacional, composto por sete Ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 120) e com a atribuição de julgamento de reclamações em face de membros dos Tribunais com a faculdade de determinar a disponibilidade e aposentadoria. A composição do Tribunal Federal de Recursos foi aumentada para vinte e sete ministros vitalícios (artigo 121).

2.2. A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição do Brasil, marcando o restabelecimento da democracia. Restaurou a separação de poderes no modelo tripartite (Executivo, Legislativo e Judiciário), não havendo preponderância de nenhuma função ou poder em detrimento dos demais. O texto magno estabeleceu a independência e harmonia entre os poderes em seu artigo 2º e, ainda, consagrou o princípio da separação dos poderes como

cláusula pétrea, isto é, insuscetível de modificação restritiva ou abolicionista por Emenda Constitucional. Contudo, diferentemente das suas antecessoras, não trouxe expressamente o princípio da indelegabilidade.

Assim, evidencia-se que o teor da divisão funcional do poder político, adotada pelo texto magno de 1988, é caracterizado pela independência orgânica e especialização funcional. A primeira denota que todas as funções estatais serão exercidas por órgãos independentes, devidamente coordenados, não havendo reconhecimento de subordinação hierárquica entre eles. Já a especialização funcional diz respeito a correspondência de cada função estatal ser exercitada precipuamente por um Poder de Estado, não obstando a possibilidade de exercício atípico da função por Poder diferente do para o qual tenha sido atribuída predominantemente. Assim, as atividades do Estado podem ser analisadas pelo critério objetivo e subjetivo.

Pelo critério objetivo tem-se que todas as funções do Estado são divididas em legislação, administração e jurisdição. A função legislativa tem como natureza precípua a edição de normas gerais e abstratas destinadas a regular as relações da sociedade. A função executiva possui como escopo a administração e execução das leis. E a função jurisdicional visa a aplicação das leis a fim de solucionar os conflitos de interesses.³³ Acerca dessa temática, esclarece Guilherme Peña:

De um lado, há a distinção entre a função legislativa, em virtude da preparação de normas jurídicas abstratas e gerais, de forma hipotética, e as funções administrativa e jurisdicional, em razão da produção de normas jurídicas concretas e individuais, de modo casuístico. Em suma: a administração e a jurisdição são traduzidas como atividades de concretização e individualização da legislação. De outro lado, há a diferenciação entre as funções administrativa e jurisdicional, em decorrência do caráter substitutivo, pretensão, contraditório, inércia e natureza definitiva, tendo em foco que esta, ao contrário daquela, é singularizada pela condução dialética do processo, por agentes públicos imparciais, em busca da satisfação dos interesses das partes, com a imutabilidade da coisa julgada material, desde que provocada pela ação. Em síntese: a jurisdição, em contraposição à administração, é simbolizada pela aplicação contenciosa, imparcial, satisfativa, imutável e passiva da norma jurídica a casos concretos.³⁴

Acerca do critério subjetivo é aferido que cada função do Estado é atribuída primordialmente a um poder estatal que corresponderá a sua função típica, contudo a divisão não é rígida de modo que cada poder irá exercer funções atípicas, isto é, que são dotadas de

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Poder e Divisão de Poderes. São Paulo: Malheiros Editores, 36ª edição, 2013.

³⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. – 13. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p. 405.

características atribuídas usualmente a outros órgãos. Desse modo, cada órgão estatal exerce uma função principal predominante (função típica), mas também exercerá outras funções subsidiárias (funções atípicas).

O Poder Executivo tem como função típica a administração. Não obstante, também exercerá funções excepcionais, como legislar, através as medidas provisórias pelo Chefe do Executivo, conforme o disposto no artigo 62 da Constituição Federal, e julgar, aplicar a lei aos casos concretos nos processos administrativos. Cabe a ressalva quanto a discordância doutrinária dessa função de julgar, pois parte da doutrina entende que o Poder Executivo não possui a função jurisdicional, uma vez que as decisões proferidas nos processos administrativos poderiam ser revisadas pelo Poder Judiciário, como consequência da não produção da coisa julgada material e princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme o disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

O Poder Legislativo possui como funções típicas: legislar, conforme determina o artigo 48 da Constituição Federal e fiscalizar, nos termos do artigo 70 e seguintes da Constituição Federal. Ademais, também exerce as funções atípicas de administrar, uma vez que possui condão de organizar os serviços internos, conforme determina artigo 51, inciso IV e artigo 52, inciso XIII, da Constituição Federal e julgar, quando ocorre processo e julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União e membros dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, nos crimes de responsabilidade, nos termos do artigo art. 52, inciso I e II da Constituição Federal.

Acerca da organização desse Poder, o texto constitucional manteve o bicameralismo no Poder Legislativo da União, de modo que todos os parlamentares são eleitos por meio do voto direto, sendo os senadores eleitos pelo sistema majoritário e os demais parlamentares pelo sistema proporcional.

O Poder Judiciário exerce a função jurisdicional, isto é, aplicação da lei a um caso concreto visando a resolução de um conflito de interesses. Entretanto, assim como os demais poderes, a Constituição de 1988 também lhe atribuiu funções atípicas, como a administrativa na hipótese de organização dos serviços internos, conforme o disposto no artigo 96, inciso I, alínea b, da CRFB, e a legislativa, na hipótese de elaboração dos regimentos internos dos tribunais nos termos do artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB.

No que tange às inovações sob a égide do texto magno de 1988 no âmbito do Poder Judiciário foi criado o Superior Tribunal de Justiça (antigo Tribunal de Recursos) e em 2004

foi editada a Emenda Constitucional 45, considerada uma das mais importantes em vista de ter operado uma reforma no Poder Judiciário. Dentre as inovações, destaca-se a Súmula Vinculante (artigo 103-A, CRFB).

Vale mencionar, a Constituição Federal objetivando evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais adotou mecanismos de controles recíprocos, denominado sistema freios e contrapesos (*check and balances*). Desse modo, empiricamente é possível aferir a interferência dos poderes entre si, como por exemplo quando o chefe do Executivo veta projeto de lei aprovado pelo Legislativo (artigo 66, CRFB) ou, ainda, a composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário, que depende da indicação do Executivo e aprovação pelo Legislativo (art. 101, parágrafo único, CRFB). Ademais, esses mecanismos só podem ser utilizados quando expressos no ordenamento jurídico uma vez que constituem a exceção.

Contudo, apesar da separação de poderes constituir cláusula pétrea (artigo 60, § 4.º, inciso III, CRFB) é juridicamente viável emenda constitucional que crie hipóteses de interferências entre os poderes, nesse sentido a Emenda Constitucional nº45 de 2004, que originou a possibilidade de membros do Judiciário (CNJ) serem julgados pelo Legislativo (Senado Federal) em casos de crime de responsabilidade (art. 52, II, CRFB).

2.3. O PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário no Brasil é composto por Tribunais e Juízos. Consiste em um complexo de órgãos que dedicados ao desempenho da função jurisdicional. Assim, é formado pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, bem como as Justiças federais e estaduais, comuns e especializadas.

Ademais, apesar de ser composto por diversos órgãos, o Poder Judiciário é caracterizado pela unidade funcional, uma vez que “o Poder Judiciário é nacional. É um único e mesmo Poder, que se positiva por intermédio de vários órgãos estatais – estes, sim, federais e estaduais”³⁵. Nesse sentido, a Constituição determina um conjunto de normas aplicáveis a todos os órgãos do Poder Judiciário, conforme se depreende do artigo 93 e 96, da Constituição Federal, do mesmo modo, temos a lei complementar que trata do Estatuto da Magistratura (atualmente

³⁵ DINAMARCO, Cândido; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 158.

denominada de Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, LC no 35/1979) de âmbito nacional.

Assim, é possível organizar os órgãos jurisdicionais cunhados pelo texto constitucional em três grandes grupos: o Judiciário da União, o Judiciário dos Estados e do Distrito Federal e de eventuais territórios (artigo. 125 e 126, CRFB) e os órgãos nacionais de superposição: Supremo Tribunal Federal (artigo 101 a 103, CRFB) e o Superior Tribunal de Justiça (artigo 104 e 105, CRFB). O Judiciário da União pode, ainda, ser subdividido em três: Justiça Eleitoral (artigo 118 a 121, CRFB); Justiça do Trabalho (artigo. 111 a 116, CRFB); e Justiça Militar (artigo 122 a 124, CRFB) – e a Justiça Federal comum (artigo 106 a 110, CRFB).

A Justiça Estadual é formada por dois níveis de órgãos: os órgãos de primeira instância e o Tribunal de Justiça. Da mesma maneira, a Justiça Federal comum, que é composta pelos órgãos de primeira instância e os Tribunais Regionais Federais. Diferentemente, a Justiça Eleitoral e do Trabalho, possuem três níveis de órgãos especializados: os órgãos de primeiro grau, os Tribunais Regionais existentes em cada Estado e seus Tribunais Superiores. Por fim, a Justiça militar é formada apenas por dois níveis: os órgãos de primeiro grau e o Superior Tribunal Militar, nos termos da Lei nº 8.457/1992.

Ademais, a nível nacional menciona-se o Superior Tribunal De Justiça, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça possui como função precípua a uniformização da interpretação da legislação nacional e federal, o faz por meio dos recursos interpostos contra decisões proferidas pelos órgãos do Judiciário da União e dos Estados. O Supremo Tribunal Federal tem função principal a guarda da Constituição e a realiza por meio da harmonização da interpretação e aplicação da Constituição no país como um todo.

Conforme mencionado, o Poder Judiciário é incumbido do exercício da função jurisdicional que consiste na prerrogativa de resolução de conflito de interesses por meio da aplicação das normas jurídicas submetido a um devido processo legal. Em outras palavras, o Poder Judiciário é o órgão estatal responsável pela prestação jurisdicional, ou seja, tem por função precípua a aplicação das leis aos casos concretos, ainda que não exclusivamente.

Vale mencionar que a função jurisdicional quando exercida pelo Poder Judiciário possui características específicas, isto é, distinta de quando há o exercício pelos poderes Legislativo e Executivo como uma função secundária e atípica. A primeira característica consiste na definitividade das decisões judiciais, a impossibilidade de revisão do conteúdo decisório após

o trânsito em julgado. A segunda característica traduz-se no caráter coercitivo das decisões, isto é, a possibilidade do uso da força estatal para executá-las.

Nesse sentido, é possível aferir, ainda, a diferença da função jurisdicional da administrativa, quanto a abrangência. Enquanto a primeira é exercida sobre conflitos que são apresentados ao Judiciário, afetando as partes interessadas no processo, a segunda pode ser exercida de ofício, isto é, a Administração Pública pode implementar políticas públicas que atinjam a toda a coletividade. Acerca dessa temática, vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro há exceções que permitem a extensão dos efeitos de um processo a uma coletividade específica na medida em que podem ser levadas ao crivo do judiciário demandas de determinado grupo de pessoas ou questões de natureza indivisível que afetam a coletividade.

No tocante a comparação entre a função legislativa e judiciária, destacam-se a seguinte diferença: a decisão judicial não possui o condão de inserir inovações no ordenamento jurídico, como ocorre no processo legislativo. Contudo, há algumas incumbências atribuídas ao judiciário que resultam em decisões que podem ser interpretadas como inovações no ordenamento jurídico, ressaltam-se as técnicas de interpretação do Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Injunção e a Súmula Vinculante.

2.3.1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal diversas funções. O artigo 102 da magna carta determina que cabe à Corte, precipuamente, a guarda da Constituição e, conforme mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem diversas competências originárias que se relacionam com a interpretação e aplicação da Constituição. Suas competências podem ser divididas em originárias, previstas no artigo 102, I, da CRFB, e recursais que se subdividem-se em recursos ordinários, nos quais há a possibilidade de revisão de fato e direito, previstos no artigo 102, inciso II, da CRFB, e recursos extraordinários, os quais só é possível a revisão de questões jurídicas, dispostos no artigo 102, inciso III, da CRFB.

As competências originárias do Supremo Tribunal Federal consistem, além dos mecanismos do controle concentrado de constitucionalidade, na decisão de questões envolvendo a guarda da Constituição. O Supremo Tribunal Federal também possui competências no âmbito criminal, quando os réus são Presidente da República, Deputados Federais e Senadores, entre outras autoridades (artigo 102, inciso I, alíneas b e c, da CRFB). Também compete ao Supremo Tribunal Federal originariamente as ações envolvendo conflitos

entre entes federados (artigo 102, inciso I, alínea f, da CRFB), conflitos de competência entre Tribunais Superiores (artigo 102, inciso I, alínea o, da CRFB) e ações em que toda a magistratura seja interessada (artigo 102, inciso I, alínea n, da CRFB). Após a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a Corte Suprema também ficou responsável pelas ações que sejam ajuizadas contra esses entes (artigo 102, inciso I, alínea r, da CRFB).

No que tange aos recursos ordinários, de que trata o artigo 102, inciso II, da CRFB, serão cabíveis (alínea a) na hipótese de decisão denegatória em habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção quando decidido em única instância pelos Tribunais Superiores. Ressalta-se que essa previsão recursal garante ao indivíduo o duplo grau de jurisdição. A alínea b dispõe sobre o recurso ordinário na ocorrência de crime político, que é decidido em primeiro grau pela Justiça Federal comum, nos termos do artigo 109, inciso IV, da CRFB.

Quanto aos recursos extraordinários cabe mencionar conforme determina o artigo 102, inciso III, caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, “causas decididas em única ou última instância”, uma vez presentes as hipóteses das alíneas, o requisito da repercussão geral, previsto no § 3º do dispositivo e outros pressupostos de admissibilidade consolidado nas decisões anteriores da Corte. Assim, o recurso extraordinário pode ser interposto em face de decisão final dos TJs, TRFs, STJ, TST, TSE, STM, além disso abrange as decisões proferidas em única ou última instância de outros órgãos (como o Conselho Recursal dos Juizados Especiais).

Evidencia-se, portanto, que qualquer decisão envolvendo assuntos constitucionais presente no âmbito das Justiças especializadas da União, da Justiça Federal comum ou da Justiça dos Estados, após o esgotamento das instâncias ordinárias, poderá ser submetida a apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário. Ademais, as alíneas do artigo 102, inciso III, da CRFB, abrangem a interpretação e aplicação da Constituição de forma direta (alínea *a*), e também sua aplicação indireta como parâmetro normativo para o controle da constitucionalidade de leis nacionais/federais e tratados (alínea *b*), leis locais e atos administrativos (alínea *c*), e ainda para o controle entre leis de diferentes entes federados utilizando como parâmetro a distribuição de competências determinada pela Constituição (alínea *d*).

Por fim, quanto à organização o artigo 101, da CRFB, determina que o Supremo Tribunal Federal será composto por 11 Ministros a serem nomeados pelo Presidente da

República após aprovação do Senado Federal, observado os seguintes requisitos: cidadão com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Desse modo, não se submetem a regra do quinto constitucional prevista no artigo 94, da CRFB, e outras limitações sobre a escolha.

2.3.2. CONSEQUÊNCIAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Na práxis do Direito Constitucional há muitas consequências do movimento neoconstitucionalista, aqui vale mencionar as que atingem a função jurisdicional.

A primeira delas é o maior reconhecimento da eficácia dos princípios constitucionais, ainda que não sejam expressos. Segundo Ronald Dworkin princípio consiste em “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.³⁶ Assim, os princípios constitucionais antes considerados apenas como recomendações sem carga normativa ou jurídica transmutam-se para normas constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro a força normativa dos princípios é tamanha, que inclusive pode se sobrepor a regras, ainda que constitucionais. Essa realidade é possível de aferir na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de equiparar a união homoafetiva à união estável, prevista expressamente na Constituição em seu artigo 226, §3º que dispõe “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”³⁷, a decisão amparou-se na dignidade da pessoa humana. Na ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal decidiu, fundamentado na dignidade da pessoa humana da gestante, pela possibilidade da interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, relativizando o direito à vida expresso no artigo 5º, caput, da CRFB.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 199, p.40.

³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 de out. 2022.

Outra consequência relevante do Neoconstitucionalismo é a expansão da jurisdição constitucional. No Brasil, influenciado pela doutrina e prática norte-americana, é adotado a teoria da supremacia da Constituição com o controle de constitucionalidade desde a Constituição de 1981. Sem embargos, com a promulgação da Constituição de 1988, ocorreu um significativo desenvolvimento do controle de constitucionalidade com a criação de ações como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dentre outras.

Mais uma consequência do Neoconstitucionalismo foi o surgimento de uma nova hermenêutica jurídica: a constitucional. Concluiu-se que a interpretação da Constituição, apesar de terem pontos de convergência com as demais interpretações, é diferente. Assim, foram desenvolvidos métodos e princípios próprios do âmbito constitucional. Elucida Luis Roberto Barroso sobre essa temática:

“tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando seus atributos. (...) O fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional”³⁸

Também consiste em uma consequência do Neoconstitucionalismo uma ampliação da eficácia das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais. Empiricamente pode-se observar essa ampliação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo, cita-se a mudança drástica na jurisprudência sedimentada da Suprema Corte no que tange à ação constitucional do Mandado de Injunção, que será analisado adiante.

Por fim, outra consequência relevante do Neoconstitucionalismo é um maior protagonismo do Poder Judiciário, na medida em que este órgão começa a atuar exigindo a implantação de políticas públicas e pelo cumprimento das normas Constitucionais, denominado Ativismo Judicial.

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p.150.

3. ATIVISMO JUDICIAL

3.1. ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO

O termo “Ativismo Judicial” foi usado pela primeira vez por um historiador em um artigo acerca da Suprema Corte americana vigente no período do *New Deal* publicado em uma revista de ampla circulação.³⁹ A matéria cunhada por Schlesinger descrevia a Suprema Corte, que de acordo com o artigo possuía sua atuação dividida em dois grupos: i. o primeiro consistia em magistrados ativistas, os quais a atuação do Tribunal tornava-se um meio para concretização da Justiça Social; ii. o segundo grupo era composto por juízes que conferiam ao tribunal uma atuação com a valorização da autocontenção judicial, isto é, as decisões proferidas por esses juízes abstinham-se caso o teor decisório viesse a interferir nos demais poderes, visando a preservação do Princípio da Separação dos Poderes. Acerca dessa divisão e funcionamento da Corte americana, elucida Roberto Barroso:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.⁴⁰

Nota-se que na época a expressão Ativismo Judicial era utilizada de forma pejorativa, visando qualificar desfavoravelmente as ações da Suprema Corte Americana, esta que tinha parte da sua atuação proativa visando garantir os interesses sociais reivindicados a época principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Nesse sentido, ainda há autores na atualidade que entendem a expressão “Ativismo Judicial” como inadequada, isso pois conforme

³⁹ . SCHLESINGER, V. Arthur M, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947, p. 208, apud Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of “judicial activism”*, California Law Review 92:1441, 2004, p. 1446.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 409.

a linguística o sufixo “ismo” é um termo partidário, com pontos de vista ideológicos bem determinados, com a constituição de palavras que podem indicar doutrina, sistema, teoria e patologia.⁴¹ Acerca da origem do termo e sua valoração, elucida Roberto Barroso:

Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão Ativismo Judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.⁴²

Ademais, independentemente da carga semântica da expressão ou valor atribuído, evidencia-se que o termo Ativismo Judicial diz respeito a uma atuação mais abrangente e intensa do Poder Judiciário na concretização dos direitos e garantias constitucionais e, por conseguinte, mais interferência na ceara de atuação dos demais poderes.

Vale mencionar que o Ativismo Judicial possui como oposto a autocontenção judicial, isto é, o Poder Judiciário modulando a sua atuação visando reduzir sua interferência nos demais Poderes, dessa maneira os juízes e tribunais restringem sua atuação a aplicação do texto constitucional apenas as hipóteses previstas expressamente e quando não há previsão normativa expressa aguardam o pronunciamento do legislador ordinário; ii. fazem uso de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e iii. quedam-se inertes na definição de políticas públicas.⁴³ Acerca da diferença entre Ativismo Judicial e autocontenção judicial, elucida Roberto Barroso:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o Ativismo Judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.⁴⁴

⁴¹ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, 1 ed., p. 74.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 409.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 410.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 160.

Por fim, esse maior protagonismo do Poder Judiciário é elogiado pela promoção da efetividade das normas constitucionais, principalmente as concernentes aos direitos sociais, contudo também é alvo de algumas críticas. Dentre as desaprovações, ressalta-se a cunhada por José Carlos Francisco, o autor elucida que a postura do Poder Judiciário viola a separação de Poderes e o regime democrático, já que a implantação das políticas públicas é de responsabilidade principal do Poder Executivo, eleito pelo povo, e não do juiz, este escolhido sem a participação popular. Confira-se as considerações do autor:

O Ativismo Judicial, por mais paradoxal que possa parecer, é antidemocrático porque contrário à ideia de democracia contemporânea, que contempla, além do direito de votar e ser votado, da representação política, a participação popular, revestindo a democracia de um viés representativo e participativo. Carece o Poder Judiciário de competência e legitimidade para decidir sobre o mérito das políticas públicas, salvo os casos de discriminação.⁴⁵

Por fim, será necessária a análise desse fenômeno no Brasil por possuir peculiaridades próprias do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2. OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS QUE POSSIBILITAM O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na realidade brasileira de constante judicialização visando a concretude de direitos e garantias fundamentais em situações de omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo, há a adoção pelo Poder Judiciário da postura proativa de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance das normas constitucionais, caracterizando o Ativismo Judicial.

Nesse contexto ressalta-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, objeto de análise deste trabalho. Há diversos exemplos de postura proativa da Corte Constitucional, contudo essa atuação ostensiva só é possível por meio de mecanismos constitucionais estabelecidos pela própria magna carta dentre eles serão objeto desse estudo: as técnicas de interpretação utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Injunção e, com mais detalhamento, a Súmula Vinculante.

⁴⁵ FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao Ativismo Judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 323.

3.2.1. AS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No contexto de Neoconstitucionalismo em que o Supremo Tribunal Federal tem o papel e guardião da constituição, a hermenêutica constitucional deve ser aplicada visando extrair o maior sentido da norma constitucional. Assim, a interpretação constitucional se diferencia da interpretação das normas genéricas, possuindo métodos próprios de interpretação, bem como princípios próprios. Neste trabalho a análise será restrita a interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, uma vez que evidenciam o Ativismo Judicial promovido pelo Supremo Tribunal Federal.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade é possível a resolução da lide por meio da determinação da interpretação conforme a Constituição. Na decisão com emprego desse método há a determinação da aplicação de um entendimento do texto normativo, fixado pela decisão judicial, preservando o texto constitucional, conforme ele foi cunhado pelo legislador. Acerca dessa temática, elucida Ana Paula de Barcellos:

A técnica conhecida como interpretação conforme a Constituição pretende justamente conciliar o princípio da supremacia da Constituição com o da presunção de constitucionalidade das leis. Ela consiste em buscar, entre duas ou mais interpretações que o texto comporta, aquela ou aquelas que se coadunam com os princípios e valores da Lei Maior, excluindo, conseqüentemente, as que porventura tornem a norma incompatível com a Constituição. O propósito é tentar preservar a norma da declaração de inconstitucionalidade, na medida que seja possível interpretá-la de forma a harmonizá-la com a Constituição. A interpretação escolhida não será, em geral, a que de forma mais evidente decorre do texto, ainda que, em qualquer caso, seus limites semânticos e lógicos tenham de ser respeitados. Se a única forma de salvar a norma for dar-lhe uma interpretação implausível, não haverá outra alternativa senão declará-la inconstitucional.⁴⁶

Preleciona, ainda, a autora acerca dos limites da interpretação constitucional:

A delicadeza aqui envolve os limites desse sentido a ser atribuído ao enunciado normativo por força da interpretação conforme: se ele está razoavelmente comportado pelo texto ou se na verdade é uma inovação, ultrapassando a fronteira da atividade jurisdicional e ingressando na legislativa. Neste último caso, o adequado será a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, e não a tentativa artificial de

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, p. 79.

preservar um sentido que na realidade não envolve uma preservação, mas uma criação.⁴⁷

Outra técnica de interpretação utilizada pelo Supremo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, considerada como um mecanismo para atingir a interpretação conforme a Constituição, de modo a preservar a constitucionalidade de uma norma, excluindo algumas das suas possíveis interpretações.

Os autores dividem opiniões acerca da adoção dessas técnicas. Para juristas como Cláudio Conalgo essas técnicas interpretativas constituem amortecedores das tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário, de maneira que as decisões interpretativas são uma maneira da Corte Constitucional extrair o máximo de sentido e eficácia do texto normativo, ainda que implique na sujeição do Legislativo ao Judiciário.⁴⁸ Nesse diapasão, Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº3510/DF, elucida:

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.⁴⁹

Ademais, há doutrinadores que consideram que o emprego dessas técnicas consiste em uma usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, configurando uma forma especial de legislar e uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Para Álvaro Ricardo de Souza, essa atividade interpretativa do Supremo transcende a figura do legislador negativo definida por Kelsen, passando a atuar como um legislador positivo, usurpando a competência do Legislativo, órgão representante da vontade popular.⁵⁰

Observa-se, portanto, o conflito entre dois objetivos ansiados pelo legislador originário com o texto constitucional. O primeiro objetivo consiste em garantir as pessoas o mínimo de direitos essenciais para a dignidade humana. O segundo se consubstancia em garantir o

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição, p. 428-429.

⁴⁸ CONALGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: Decisões Interpretativas do STF em sede do controle de constitucionalidade*. São Paulo, Método, 2007, p. 67.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto.

⁵⁰ SOUZA, Rafael Vitor Macedo. *Os limites da Jurisdição Constitucional*. p. 454-455.

pluralismo político, ou seja, assegurar o exercício democrático dos cidadãos através de seus representantes. Dessa maneira, esse controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal está em uma linha tênue entre assegurar os direitos fundamentais previstos pela Constituição e adentrar na ceara de outros poderes.

3.2.2. O MANDADO DE INJUNÇÃO

A origem do mandado de injunção é atribuída por parte da doutrina ao direito norte-americano, através de uma ação fundamentada na “*writ of injunctio*” (jurisdição de equidade), que incide sempre que o ordenamento jurídico é insuficiente para resolver de forma justa o caso concreto. A outra parte dos estudiosos acreditam que tem como origem o direito português, através de instrumentos que possuíam a finalidade de advertir o poder competente omissio.

Ademais, foi o último remédio constitucional a ser regulamentado no Brasil, somente ocorreu em 2016 com a Lei 13.300. Está previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, que também elucida sua hipótese de cabimento, confira-se “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.⁵¹

Vale mencionar que qualquer pessoa é parte legítima para ajuizar a ação supracitada, desde que possua um direito, liberdade constitucional ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inviabilizado pela inexistência de norma reguladora.

O Supremo Tribunal Federal admite desde antes da regulamentação o Mandado de Injunção na modalidade coletiva, por aplicação de analogia utilizando a lei que regula o Mandado de Segurança. Ademais, a Lei 13.300/16, positivou essa possibilidade, de modo que possuem legitimidade: o Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano e a Defensoria Pública. A legitimidade passiva será do Poder, órgão ou autoridade competente para a edição da norma regulamentadora, a qual sua inexistência obsta a concretude da norma constitucional.

⁵¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.

Evidencia-se, portanto, que esse remédio constitucional possui como finalidade tornar as normas constitucionais autoaplicáveis, aptas a garantir o gozo de qualquer direito privado, coletivo, difuso, individual homogêneo, político, econômico ou social.⁵² Elucida Roberto Barroso a inexistência no ordenamento jurídico de outro mecanismo similar ao mandado de injunção capaz de suprir a inércia do Legislativo com a mesma eficácia.⁵³ A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), instrumento de controle abstrato e concentrado, apesar de produzir efeitos gerais e vinculantes, é limitada, por expressa ordem constitucional, apenas a dar ciência ao órgão legiferante omissor. Já o mandado de injunção, descumprido o prazo limite para se legislar, o Judiciário estabelecerá as regras necessárias ao exercício do direito (eficácia concretista).

Contudo, conforme mencionado anteriormente, a adoção da posição concretista consistiu em uma evolução e uma verdadeira mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nos primeiros anos, a Corte Constitucional adotava a posição não-concretista que preconizava que a decisão da ação não teria condão de produzir efeitos concretos. Assim, na hipótese de julgamento procedente, o Judiciário deveria apenas comunicar o Legislativo sobre a existência legislativa, como ocorre atualmente na ação de inconstitucionalidade por omissão.

A partir de 2007, com o julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a posição concretista. Desse modo, o remédio constitucional passou a produzir efeitos concretos, tutelando o direito pleiteado pela parte com a possibilidade de atribuição erga omnes. Após, essa posição foi positivada pela Lei do Mandado de injunção (Lei 13.300/16), em seu artigo 8º, inciso II. Da mesma maneira, também já admitido pelo Supremo Tribunal Federal, foi disposto na mesma lei, em seu artigo 9, §1º, a possibilidade de ser conferida a eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*.

Ademais, vale salientar, conforme estabelece o artigo 9º, da Lei 13.300/16, a decisão produzirá efeitos até o advento da norma reguladora, isto é, as regras de exercício de direito estabelecidas pelo Judiciário são provisórias, sendo aplicadas somente até a edição da norma pelo órgão competente.

Conquanto, há autores que discordam da adoção da posição concretista, sustentando que sua adoção ultrapassa as fronteiras entre os poderes, isto é, o Poder Judiciário estaria indo além

⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição, p. 794.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 9ª edição, São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 273-275.

de suas prerrogativas, invadindo as pertencentes ao Poder Legislativo. Complementam, ainda, a impossibilidade da transmissão da função legislativa pertencente ao Poder Legislativo a outro Poder.

Ademais, em sentido dissonante, preleciona Flávia Piovesan, elucidando que no mandado de injunção não há a transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário, uma vez que este não possui condão de elaborar normas gerais e abstratas. Nesse caso há o exercício da função jurisdicional em dimensão alargada, o Poder Judiciário só promove a viabilização do exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto.⁵⁴

No mesmo diapasão, tem Luís Roberto Barroso. Para o autor a possibilidade de regramento temporário nos casos de omissão legislativa e atribuição de eficácia geral às decisões não configuram uma violação à separação dos Poderes, uma vez que o próprio texto constitucional instituiu o Mandado de Injunção para controle das omissões inconstitucionais, de maneira que a atribuição do efeito *erga omnes* aufere tratamento igualitário aos casos, dificultando que situações similares recebam tratamentos distintos. Quanto a legitimação da atuação do Judiciário é justificada pela omissão do Poder Legislativo, que tem como consequência a ineficácia das normas constitucionais. O mandado de injunção serve, portanto, para conferir força normativa à Constituição. Além disso, a adoção da medida temporária não impede a atuação do órgão Legislativo. Pelo contrário, estabelece uma relação de provocação e diálogo entre os Poderes⁵⁵.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 151.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, p. 207-208.

4. A SÚMULA VINCULANTE

As súmulas vinculantes consistem em enunciados jurídicos aprovados, revisados ou cancelados, de ofício ou por provocado pelos legitimados para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, dispondo sobre a interpretação, validade e eficácia de determinadas normas, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, sob pena de ajuizamento de reclamação constitucional.⁵⁶

Ademais, esse presente artigo pretende analisar a constitucionalidade do artigo 103-A, instituído pela emenda constitucional nº 45, que positivou no ordenamento jurídico a Súmula Vinculante. Isso pois há o debate questionando se criação desses enunciados consistiria no exercício da função legiferante, caracterizando um Ativismo Judicial extremo, de modo a extrapolar as funções conferidas à Corte Constitucional pela magna carta e a conseguinte supressão do Princípio da Separação dos Poderes ou se as Súmulas Vinculantes integram ao exercício da função jurisdicional alargada. Contudo, para essa análise é necessário a análise da Súmula Vinculante na realidade brasileira.

4.1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

A Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro configura uma aproximação dos sistemas de *Civil Law* (sistema dedutivo, de origem romano-germânica, no qual a lei e princípios gerais são fonte do direito com predominância da produção legislativa⁵⁷) e *Common Law* (sistema indutivo, de origem anglo-saxônica, no qual os precedentes, bem como os costumes são fonte do direito com prevalência da produção jurisprudencial⁵⁸). Conquanto, apesar de remontar ao instituto do *stare decisis*, mecanismo pertinente ao sistema da *Common Law*, a Súmula Vinculante é distinta, na medida em que o antecessor anglo-saxônico resguarda o resultado e os fundamentos da decisão, a súmula no ordenamento jurídico brasileiro possui

⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

⁵⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. – 13. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p. 492.

⁵⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. – 13. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p. 492.

finalidade precípua a conservação da solução aos casos reiterados, de maneira ambos os institutos só guardam a semelhança no que tange a uniformização das situações jurídicas.⁵⁹

No Brasil, a inserção da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico não constitui uma inovação total uma vez que havia mecanismos normativos antecessores.

Na época do Império, ressalta-se a Lei nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, norma que reconheceu a validade dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, após a fundação do Tribunal da Relação da Província no Rio de Janeiro, pelo mecanismo de Alvará em 10 de maio de 1808, perdurando até a independência do Brasil por meio da Proclamação de 7 de setembro de 1822.⁶⁰

Já na República, sob a vigência da primeira Constituição em 1981, sucedendo aos referidos assentos, foi criado o mecanismo denominado prejudgado que consistia na pronúncia antecipada pelo tribunal pleno ou de órgão colegiado que o regimento indicasse, para ser seguida no recurso em andamento, e podia ser suscitada por qualquer juiz ou parcela de tribunal ou, ainda, provocada por parte na causa, visando evitar a discordância entre as decisões.⁶¹ Como consequência da edição dos prejudgados em 1963 foi criado por meio de Emenda Regimental do Supremo Tribunal Federal arquitetada pelo Ministro Victor Nunes Leal, a Súmula da Jurisprudência Dominante, com o objetivo de condensar os entendimentos jurídicos fixados nos julgados.

Nesse sentido, ainda, havia legislação esparsa ao longo da história que positivaram a importância dos precedentes jurisprudências. Dentre eles, ressalta-se o seguinte artigo do Decreto-lei nº 5.452/43, com a redação da Lei nº 9.756/98: artigo 896, alínea “a” - o recurso revista interposto ao Tribunal Superior do Trabalho, em decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, na hipótese de interpretação de lei federal divergente do entendimento fixado por Súmula de Jurisprudência daquele⁶². E os seguintes artigos da Lei nº 5.869/73, com a redação dada pelas Leis nºs 8.950/94, 9.756/98 e 10.352/01: artigo 120 previa a prerrogativa do relator a decisão de plano para o conflito e competência que houvesse jurisprudência dominante do tribunal acerca da questão

⁵⁹ QUEIROZ, Rodrigo César Falcão Cunha Lima De. *Parte Geral – Doutrina. A Súmula Vinculante Enquanto Instrumento de Ativismo Judicial Garantidor da Segurança Jurídica no Ordenamento Constitucional Brasileiro*. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2289/1184>. Acesso em 10/11/2022.

⁶⁰ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1857, p. 113.

⁶¹ DEMO, Roberto Luis Luchi. *O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal*. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ*, Brasília, n 24, p. 80-86, jan./mar. 2004. p. 82

⁶² GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 416.

arguida, sendo passível de agravo para o órgão recursal competente; artigo 475, § 3º, o qual estabelece que a sentença proferida contra a União, Estado, Distrito Federal, Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, em que houvesse o julgamento de mérito pela procedência, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, não estaria submetidos ao duplo grau de jurisdição nas hipóteses em que estivesse fundamentada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente; artigo 544, §§ 3º e 4º, o qual estabelece que o relator poderia conhecer do agravo de instrumento dando prosseguimento ao próprio recurso extraordinário ou especial que houvesse sido denegado, se o acórdão recorrido estivesse em dissonância com o preconizado pela súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça; artigo 479, *caput*, no qual o julgamento, vencido pela maioria absoluta dos votos dos membros que integrassem o tribunal, deveria ser objeto de súmula e constituir precedente na uniformização da jurisprudência; e, por fim, artigo 557, § 1º-A, pelo qual o relator poderia dar provimento ao recurso, nos casos em que a decisão objeto de recurso constituísse flagrante confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.⁶³

Doravante, sob a égide da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 e Proposta de Emenda à Constituição nº 29, a Súmula Vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, consagrada no artigo 103-A da Constituição Federal. Nota-se que as súmulas vinculantes consistem espécies especialíssimas das súmulas da jurisprudência dominante, consagradas no ordenamento jurídico brasileiro desde 1963.

Conquanto, a maior diferença da Súmula Vinculante consiste na cogência desta, isto é, enquanto suas predecessoras apenas informavam os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante possui o condão de impor a observância do entendimento da Corte Constitucional aos demais órgãos judiciários e da Administração Pública.

É de referir que a supracitada emenda também promoveu a com a Reforma do Poder Judiciário em decorrência do contexto da crise que o afetava desde a primeira década do século XXI. Assim, no surgimento das súmulas vinculantes havia debates acerca da ação de declaração de inconstitucionalidade. Discutia-se na época a aplicação da eficácia *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade, o qual está submetido ao crivo do Senado, conforme o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. Ante a inércia do Legislativo, havia uma sobrecarga de recursos extraordinários repetitivos para serem julgados pelo Supremo. Após a criação das

⁶³ FUX, Luiz. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 124.

Súmulas Vinculantes reduziu-se o número de processos no Supremo, de forma que as decisões sumuladas passaram a ter eficácia geral, sem a necessidade de controle pelo legislativo. Esse contexto teve como culminação um dos requisitos para edição de Súmulas Vinculantes: a necessidade de reiteradas decisões. Ademais, faz-se necessária análise dos demais requisitos, bem como as formalidades e abrangência da eficácia das Súmulas Vinculantes.

4.2. ASPECTOS PROCESSUAIS

Conforme mencionado anteriormente, a criação da Súmula Vinculante foi positivada por meio da inclusão do artigo 103-A, da CRFB, com a posterior regulamentação pela Lei nº 11.417/2006. Confira-se o artigo constitucional retro, *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”⁶⁴.

Assim, a edição de Súmula Vinculante está condicionada a observância de quatro pressupostos materiais. O primeiro diz respeito a necessidade de uma grande quantidade de processos acerca de questão idêntica, evidenciando o papel desses enunciados como instrumentos de uniformização jurisprudencial. O segundo consiste na necessidade de

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

reiteradas decisões sobre material constitucional, ressaltando o objeto dos enunciados: norma federal, estadual ou municipal, contraposta em face de regra ou princípio constitucional, de maneira a delimitar a eficácia e discorrer acerca da validade das normas. O terceiro traduz-se na exigência de controvérsia, sendo necessário estar presente tanto no momento da proposta como no momento da edição da súmula e, ainda, controvérsia entre os órgãos do Judiciário e/ou executivo. O quarto consiste na necessidade de grave insegurança jurídica, uma vez que a partir da edição da Súmula Vinculante, os casos análogos receberão tratamento desigual.⁶⁵

No que tange aos requisitos, a Súmula Vinculante é subordinada observância de iniciativa, somente são legitimados para a provocação da edição de Súmula Vinculante, os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, conforme o artigo 103-A, §2º, da Constituição Federal (presidente da República, pelos presidentes do Senado, da Câmara ou de assembleia legislativa, pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelo procurador-geral da República, por partido político e por entidade sindical de âmbito nacional) e os autorizados pelo disposto no artigo 3º da Lei 11.417/06 (Defensor Público-Geral Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais da Justiça Federal Comum, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar, Justiça Estadual e, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, Município, ressalvada a possibilidade de produção sumular de ofício).

Nesse sentido, constitui como outro requisito a observância do quórum, isto é, para a edição de uma Súmula Vinculante deverá ocorrer a deliberação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na medida em que para sua edição é necessário que a decisão seja realizada por dois terços dos membros da Corte Constitucional. A publicidade dos enunciados se dará por meio da divulgação em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, com a numeração correspondente.

O alcance da Súmula Vinculante pode ser analisado pelo ângulo subjetivo e objetivo. A partir da ótica subjetiva tem como consequência a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, de modo que o efeito vinculante não abrange o Poder Legislativo e o próprio Supremo Tribunal Federal conforme o disposto no artigo 103-A, caput, da Constituição Federal. Já sob a perspectiva objetiva a Súmula Vinculante implica na vinculação à regra ou princípio necessário para a resolução da lide jurídica arguida pelas partes no caso concreto, de modo que as considerações jurídicas cunhadas pelo Supremo Tribunal Federal que não possuam relação com os fatos a serem debatidos não são afetados

⁶⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. – 13. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p. 497.

pelo efeito vinculante da súmula, conforme o disposto no artigo 103-A, § 1º, da Constituição Federal.⁶⁶

Ademais, o procedimento para revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante observará o mesmo procedimento estabelecido para a aprovação dos enunciados, aplicando-se subsidiariamente as normas do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, para cancelamento ou revisão das Súmulas Vinculantes também será necessário a decisão de dois terços dos membros da Corte Constitucional.

Ademais, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 147, com a relatora Ministra Carmen Lúcia, foi fixado o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de pleitear por meio deste remédio constitucional, por não ser o adequado, o cancelamento da Súmula Vinculante.

Assim, nesses casos será cabível a reclamação para o Supremo Tribunal Federal, isto é, sempre que houver prática de ato administrativo ou prática de ato jurisdicional em contrariedade à Súmula Vinculante, confira-se *in verbis* o disposto na Constituição Federal:

Art. 103-A, § 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.⁶⁷

Contudo, ressalta-se que conforme a decisão prolatada em sede de julgamento de Agravo Interno interposto na Reclamação nº 3.979, relator Ministro Gilmar Mendes, não caberá Reclamação Constitucional em face de decisões que contrariem outras súmulas sem efeito vinculante, isso pois as Súmulas Vinculantes possuem natureza jurídica específica, distinguindo-as das demais. Ademais, faz-necessário a análise da natureza jurídica da edição desses enunciados.

⁶⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. – 13. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. p. 497.

⁶⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.

4.3 NATUREZA JURÍDICA E (IN)CONSTITUCIONALIDADE

A natureza jurídica do processo de aprovação, revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante é controvertida na doutrina, tendo três principais posições.

A primeira, adotada pelos teóricos Castanheira Neves⁶⁸ e Lenio Luiz Streck,⁶⁹ defende que a natureza do processo de edição da Súmula Vinculante é de natureza legislativa, sustentam que por meios dos enunciados há a produção de normas jurídicas gerais e abstratas. Elucida Castanheira Neves que “ao ser atribuída aos supremos tribunais, por meio dos assentos, a função legislativa, o sentido com que a lei deve ser entendida e aplicada veio a estabelecer-se não só uma mediação, como até uma interposição normativa”.⁷⁰ Complementa Lenio Streck “ao editar uma Súmula Vinculante, oponível erga omnes, o Supremo Tribunal Federal assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a prévia interpretação”.⁷¹

A segunda posição, adotada por Jorge Miranda⁷² e Luis Carlos Alcoforado⁷³, aduz que a Súmula Vinculante possui natureza jurisdicional, em decorrência da necessidade de julgamento de diversos casos, pressuposto para sua edição e da formalidade exigida quanto a sua iniciativa. Elucida Jorge Miranda:

o assento é resultado da função jurisdicional, porque a causa da lei interpretativa, como a de qualquer outra lei, vem a ser a realização do interesse público, ao passo que a causa do assento consiste no cumprimento da lei, não devendo ser olvidado que o assento nem traduz liberdade de conteúdo, nem liberdade de formação, sendo a decisão final de um processo judicial.⁷⁴

Acrescenta Luis Carlos Alcoforado:

o poder vinculante é o exercício da função jurisdicional com efeito normativo que se outorga ao Supremo Tribunal Federal, pela vontade da Constituição da

⁶⁸ NEVES, Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 315.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13.

⁷⁰ NEVES, Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 315.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13.

⁷² MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 196.

⁷³ ALCOFORADO, Luis Carlos. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 196.

República, para editar súmula, resultante de reiteradas decisões sobre a matéria, com força de lei, cujo comando obriga aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.⁷⁵

A terceira posição, com expoentes teóricos como Mauro Cappelletti⁷⁶ e Marco Antonio Muscari⁷⁷, argumenta pela natureza jurídica da Súmula Vinculante consistir em terceiro gênero, intermediário, estando situado entre a abstração dos atos legislativos e a concretude da atividade jurisdicional, pois “os juízes estão constringidos a ser criadores do Direito. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente, a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o Direito. Isso não significa que eles sejam legisladores. Existe, realmente, essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional”⁷⁸. Nesse sentido, explica Marco Antonio Muscari:

a Súmula Vinculante é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei; situa-se a meio-caminho entre uma e outra. Com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Poder Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem. Assemelha-se à lei pelos traços de obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio. É um tertium genus, portanto.⁷⁹

Frente a esse dissenso acerca da natureza jurídica da edição das Súmulas Vinculantes, também há discordância entre os autores acerca da constitucionalidade do artigo 103-A inserido na magna carta.

Dentre os defensores da constitucionalidade do supracitado artigo estão André Ramos Tavares⁸⁰, Rodolfo de Camargo Mancuso⁸¹, Victor Nunes Leal⁸² e Humberto Peña de Moraes⁸³, argumentam que a possibilidade de edição da Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal resguarda a independência funcional dos magistrados, uma vez que possuem a prerrogativa de aferimento da incidência ou não do enunciado ao caso concreto, bem como a

⁷⁵ ALCOFORADO, Luis Carlos. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 73.

⁷⁷ MUSCARI, Marco Antonio. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 53

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 73.

⁷⁹ MUSCARI, Marco Antonio. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 53.

⁸⁰ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 149.

⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 297.

⁸² LEAL, Victor Nunes. *Passado e Futuro da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* in Revista de Direito Administrativo, nº 145, 1981, p. 10.

⁸³ MORAES, Humberto Peña de. *Súmulas Vinculantes: evolução ou retrocesso do Direito?* in Tribuna do Advogado, nº 2, 2004, p. 16.

interpretação das Súmulas com efeito vinculante. Complementa, o Ex-Ministro Nelson Azevedo Jobim “a lentidão da máquina do Judiciário é causada pela individualidade das decisões, sendo certo que o efeito vinculante será instrumento eficaz para dar celeridade à solução de controvérsias constitucionais”.⁸⁴

Já dentre os que suscitam a inconstitucionalidade do artigo 103-A da Constituição Federal estão Dalmo de Abreu Dallari⁸⁵, Cármen Lúcia da Rocha⁸⁶, Oscar Vilhena Vieira⁸⁷ e Lenio Luiz Streck⁸⁸, alegam que a Súmula Vinculante não está em consonância com o princípio da separação dos poderes, além de não observar a necessidade da participação popular na produção normativa, esta que confere a legitimação as decisões políticas. Nesse diapasão, o Ex-Ministro José Celso de Mello Filho “não se pode impor ao juiz a interdição do seu direito de pensar e de refletir sobre todas as questões, fáticas e jurídicas, sujeitas ao seu conhecimento. Não se pode acolher essa diretriz do pensamento único, pois não há cidadãos livres sem juízes independentes”.⁸⁹

⁸⁴ JOBIM, Nelson Azevedo. *Vantagens da Súmula Vinculante in Jornal do Commercio*, 27.5.2005, p. 26.

⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62.

⁸⁶ ROCHA, Cármen Lúcia da. *Sobre a Súmula Vinculante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 10.

⁸⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Que Reforma?* in *Estudos Avançados*, nº 51, 2004, p. 195.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas Vinculantes e a Reforma do Judiciário: o leito do procusto da Justiça brasileira* in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, nº 35, 1995, p. 29.

⁸⁹ MELLO FILHO, José Celso de. *A Polêmica da Súmula Vinculante* in *Jornal do Commercio*, 13.2.2003, p. 22.

CONCLUSÃO

A concepção moderna de Estado Democrático de Direito, conforme exposto, foi desenvolvida ao longo de séculos, por meio de teorias acerca da separação de poderes visando a desconcentração e limitação do poder. Ademais, a teoria de Montesquieu, adotada pela maioria das Constituições e dentre elas, destaca-se a brasileira, objeto desse estudo, preconiza a harmonia e independência entre os poderes. Contudo, por mais que a teoria dispusesse acerca da especialização funcional (divisão de funções entre órgãos especializados), esta segmentação não é rígida, de modo a ter interpenetração entre as funções e prerrogativa dos poderes, denominadas sistema de freios e contrapesos. Assim, os poderes exercem funções típicas e atípicas.

Em prosseguimento a essa evolução social, houve o advento do movimento Neoconstitucionalista em que o Poder Judiciário ganhou destaque em vista da sua função de protetor dos direitos e garantias fundamentais. No Brasil, essa realidade se concretizou no texto constitucional com a atribuição da função da guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

Como consequência, nota-se uma atuação proativa do Poder Judiciário, denominada Ativismo Judicial e são suscitados debates acerca da sua legitimidade frente a separação de poderes. Contudo, para análise desse fenômeno é necessário o estudo dos mecanismos que o possibilitam, nesse trabalho tendo destaque a Súmula Vinculante, uma vez que a sua natureza jurídica e da sua edição é controvertida e, caso fosse, seria mais aclarado a usurpação da função legiferante pelo Poder Judiciário.

Entretanto, ao deparar-se ao contexto histórico e a realidade brasileira do surgimento da Súmula Vinculante, evidencia-se que a função da Súmula Vinculante consiste na uniformização jurisprudencial e visa garantir duração razoável do processo, bem como que casos análogos sejam decididos de forma isonômica. Essa verdade é ressaltada quando analisados os pressupostos para sua edição (necessidade de um grande volume de processos acerca de questão idêntica e reiteradas decisões sobre material constitucional com a presença de relevante controvérsia e grave insegurança jurídica).

Assim, evidencia-se que a Súmula Vinculante não consiste em ato legislativo uma vez que não inova no ordenamento jurídico, apenas sistematiza o que tem sido reiteradamente definido na jurisprudência, por meio da utilização de normas e princípios já positivados. Nesse diapasão, ainda, há a impossibilidade de vinculação do Poder Legislativo aos enunciados

vinculantes, de modo a preservar a faculdade deste poder caso queira legislar sobre matéria sumulada.

Conclui-se, pela constitucionalidade do artigo 103-A e da Emenda Constitucional nº 45, e, por conseguinte, pela validade e legitimidade da Súmula Vinculante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Armando. A teoria Lockeana da separação dos poderes. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ALCOFORADO, Luis Carlos. Súmula Vinculante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Revista de informação legislativa. Senado Federal. Brasília. N. 180. Out/dez. 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política Do Império Do Brazil*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 01 out. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: editora RT, 2009.

BRASIL. Constituição (1937). Lex: *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 02 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto.

BUENO, José Antônio Pimenta. Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1857.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CONALGO, Cláudio de Oliveira Santos. Interpretação conforme a Constituição: Decisões Interpretativas do STF em sede do controle de constitucionalidade. São Paulo, Método, 2007.

DALARI, Dalmo de abreu. Elementos de teoria geral do estado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 01 ago. 2022.

DEMO, Roberto Luis Luchi. O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ, Brasília, n 24. jan./mar. 2004. p. 82

DINAMARCO, Cândido; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 199.

FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao Ativismo Judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FUX, Luiz. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

HESE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal in Revista de Direito Administrativo, nº 145, 1981.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, 1 ed.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO FILHO, José Celso de. A Polêmica da Súmula Vinculante in Jornal do Commercio, 13.2.2003.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. – 13. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MUSCARI, Marco Antonio. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NEVES, Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

QUEIROZ, Rodrigo César Falcão Cunha Lima De. Parte Geral – Doutrina. *A Súmula Vinculante Enquanto Instrumento de Ativismo Judicial Garantidor da Segurança Jurídica no Ordenamento Constitucional Brasileiro*. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2289/1184>. Acesso em 10/11/2022.

ROCHA, Cármen Lúcia da. *Sobre a Súmula Vinculante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. Poder e Divisão de Poderes*. São Paulo: Malheiros Editores, 36ª edição, 2013.

SCHLESINGER, V. Arthur M, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947, p. 208, apud Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of “judicial activism”*, California Law Review 92:1441, 2004.

SOUZA, Rafael Vitor Macedo. *Os limites da Jurisdição Constitucional*.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Que Reforma?* in *Estudos Avançados*, nº 51, 2004.