



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTONIO LOUREIRO MACIEL NETO

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O INSTITUTO DA SÚMULA
VINCULANTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES:**

Uma análise do panorama histórico do ativismo vinculante e sua relação com
os princípios constitucionais

RECIFE

2017

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTONIO LOUREIRO MACIEL NETO

**MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E O INSTITUTO DA SÚMULA
VINCULANTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

**Uma análise do panorama histórico do ativismo vinculante e sua relação
com os princípios constitucionais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do Pensamento Jurídico**

Linha de pesquisa: **Historicidade dos Direitos Fundamentais**.

Orientador: Prof. Dr. **João Maurício Adeodato**.

RECIFE

2017

Resumo

O direito nacional, nascido originalmente da imposição do direito português, dotado de conservadorismo natural diante da base romano-germânica passa a, diante das influências externas sofridas, incorporar elementos e institutos de uniformização da jurisprudência com vistas à conferência de segurança jurídica. Com a fusão dos institutos típicos de *common law* em sistema cuja formação histórica remonta ao *civil law*, surge então, um sistema híbrido no qual a aplicação de institutos de sistemas discrepantes pode ser apresentado de forma ofensiva à própria ordem constitucional. Nesse contexto, é inserido ao ordenamento jurídico nacional, o instituto da súmula vinculante por meio de Emenda Constitucional, instituto esse dotado de eficácia *erga omnes* e caráter abstrato, que faz repensar as ideias de separação dos poderes estudadas por Montesquieu, aprimorando as ideias de Jhon Locke, analisando as competências dos poderes, estudando suas limitações, a fim de compreender o funcionamento da harmonia diante da hibridez gerada pela fusão dos sistemas.

Palavras-chave: Historicidade, súmula vinculante, sistema híbrido, segurança jurídica, separação dos poderes.

Abstract

National law, created originally of the imposition of Portuguese law, endowed with natural conservatism in light of the Roman-Germanic base is now, compared to external influences suffered, to incorporate elements and institutes of uniformity of jurisprudence attempting to the conference of legal certainty. With the merger of the typical common law institutes into a system whose historical formation dates back to civil law, then a hybrid system emerges, whereupon the application of institutes of discrepant systems may be presented offensively to the own constitutional order. In this context, it is inserted into the national legal system, the institute of binding precedent through constitutional amendment, this institute endowed with erga omnes effectiveness and abstractedness, makes rethink the separation of powers ideas studied by Montesquieu, enhancing the ideas of Jhon Locke, analyzing the skills of powers, studying its limitations in order to understand the operation of harmony against hybridity generated by the fusion of the systems.

Keywords: *Historicity, binding summary, hybrid system, legal security, separation of powers.*

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O CONTRASSENDO DA FORMAÇÃO E DA PRÁTICA DO DIREITO PÁTRIO	1
1. O PODER CONSTITUÍDO E SUA NECESSÁRIA DIVISÃO PARA O EQUILÍBRIO E HARMONIA DA ATIVIDADE ESTATAL	8
1.1. As ideias de Montesquieu sobre divisão dos poderes e a sua influência na Ciência Política	8
1.2. A tripartição dos poderes no Brasil como elemento essencial ao equilíbrio estatal	14
1.3. O comportamento do Poder Judiciário brasileiro e a relação com a idéia de separação dos poderes	16
2. O DIREITO BRASILEIRO E INFLUÊNCIA DE PORTUGAL NA FORMAÇÃO DE DIREITO CONSERVADOR PARA PRESERVAÇÃO DOS INSTITUTOS	19
2.1. A imposição do direito Português como consequência da colonização	19
2.2. A estrutura jurídica de Portugal anterior ao descobrimento do Brasil	21
2.3. O funcionamento e a eficácia do direito brasileiro á época do império	22
2.4. As consequências da imposição do direito português no sistema jurídico brasileiro apontando para um conservadorismo jurídico	24
2.5. A visão doutrinária acerca dos aspectos da influência portuguesa na formação do direito brasileiro	28
3. A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO NO DIREITO CONSTITUCIONAL NACIONAL CRIANDO UM SISTEMA DE PRECEDENTES	31
3.1. A incorporação da experiência norte-americana moldando o direito brasileiro a uma cultura de Common Law	31
3.2. A força vinculante dos precedentes no Brasil	32
4. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: RELAÇÃO MUTAÇÃO E INTERPRETAÇÃO E OS REFLEXOS DA ATUAÇÃO DO CORTE CONSTITUCIONAL	41
4.1. O ativismo judicial visto sob diferentes enfoques e sua sistematização	41
4.2. Repercussão do ativismo judicial na mutação constitucional.....	55

4.3.	Despolitização das mutações com o “Paternalismo” do Judiciário	66
4.4.	A Corte Constitucional e as mutações derivadas de uma interpretação ativista ...	68
5.	O DIREITO POSTO E O ATIVISMO JUDICIAL COMO BUSCA PELO DIREITO JUSTO NO CENÁRIO COMPLEXO DE UMA SOCIEDADE EM CONSTANTE EVOLUÇÃO	75
5.1.	A mutação constitucional como forma de concretização de um direito justo no caso concreto.....	75
5.2.	O respeito ao Estado Democrático constitucional e a representatividade popular no cenário ativista	80
6.	A INTERPRETAÇÃO DO STF, O EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS E SUA APROXIMAÇÃO COM O COMMON LAW	83
6.1.	O livre convencimento do Magistrado e as necessárias limitações para promoção da segurança jurídica.....	83
6.2.	A Súmula Vinculante e as inconsistências na efetividade do instituto em um sistema de Civil Law.....	88
6.3.	O princípio das separações dos poderes como Direito Fundamental e o instituto da Súmula Vinculante	89
	CONCLUSÃO: A HIBRIDEZ DO SISTEMA E A NECESSIDADE EXTREMA DA AUTOCONTENÇÃO COMO MECANISMO PARA MANUTENÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA	95
	REFERÊNCIAS.....	101

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: O CONTRASSENDO DA FORMAÇÃO E DA PRÁTICA DO DIREITO PÁTRIO

O presente trabalho objetiva fazer um resgate histórico acerca da formação do direito brasileiro, analisando as bases de sua construção, assim como a gradual influência externa sofrida em decorrência da colonização portuguesa e consequente imposição do direito português em terras brasileiras. Desta forma, compreendendo os fatores históricos e culturais basilares do ordenamento nacional, possa-se analisar, por conseguinte, a mutação constitucional e o instituto da súmula vinculante.

Essa mencionada mutação, por diversas vezes, deriva de uma atividade hermenêutica puramente casuística, distorcendo até mesmo a vontade do legislador originário para atingir um determinado critério de justiça, que não raras vezes é pessoal, havendo, pois, a moral e o sentimento pessoal como fonte do direito.

Tais entendimentos ativistas, quando editados em forma de súmula vinculante passa a ter observação obrigatória pelo judiciário e pela Administração Pública, moldando, pois, a atividade estatal ao que fora sumulado.

Observa-se, ainda, no sistema jurídico nacional, uma busca de socorro na experiência de uma cultura, a princípio díspar, a fim de dar-se maior efetividade a direitos fundamentais, criando-se, assim, um sistema de vinculação de precedentes, dando ao judiciário, indiretamente também, poder legislativo.

O problema surge, então, quando confrontam-se o sistema de precedentes adotado e a vinculação de entendimentos sumulados, com o princípio da representatividade popular e da separação dos poderes.

É sabido que a edição de leis pressupõe a escolha de seus legitimados através de eleição popular como uma decorrência clara da ordem democrática e da soberania popular.

Notório é, ainda, que a separação dos poderes é princípio constitucional, tendo a garantia de uma cláusula pétreia, sendo fundamento do ordenamento jurídico.

Desta forma, tomando por base a formação do direito brasileiro e os princípios constitucionais sobre os quais se funda toda a ordem jurídica, a atuação ativista do magistrado, quando ocasiona a mutação constitucional sob o argumento da proteção de direitos fundamentais, finda por gerar um sistema de vinculação de precedentes e até mesmo edição de súmula com observância obrigatória por toda a Administração Pública. Tal ato jurisdicional motivado por abstrações ideológicas fere o princípio da separação dos poderes e atenta contra a ordem democrática?

No intuito de responder esse questionamento, foi estruturado o trabalho ora exposto de forma a buscar remontar ao conceito de Montesquieu acerca da separação dos poderes, analisando-a, também, sob o viés hermenêutico da intenção do doutrinador, considerando, por óbvio, o momento histórico que tal proposição fora levantada, fazendo as ponderações necessárias, evitando, pois, incorrer no equívoco do resgate histórico de forma linear, desprezando fatores sociais e políticos importantes à compreensão do instituto.

A ordem jurídica tem como objetivo a sistematização do direito, estabelecendo os ditames e procedimentos judiciais seguidos por um povo o qual atende e protege, sendo ligadas às ideias de soberania que fundamenta a nação.

Desta forma, pode-se afirmar que a cultura de um povo é fundamental e de inegável influência para a escolha do sistema jurídico que será incorporado pelo Direito e, desta forma, regular a vida em sociedade, pois, conforme extrai-se do conceito platônico de direito, “onde está a sociedade, ali está o direito”.

Assim, pode-se observar como a cultura de um povo ocasiona disparidade até mesmo na forma de solução de conflitos, tendo, atualmente, os dois maiores sistemas

jurídicos, *civil law* e *common law*, díspares, dotados de conceitos e institutos próprios, porém possuindo certa afinidade.

Para entender o sistema adotado por determinado país, faz-se necessário ingressar em sua história, observando os aspectos sociais e culturais que influenciaram a formação da cultura jurídica.

No caso do Brasil, como já mencionado, indispensável se faz a observância a critérios históricos que são definitivos na formação do pensamento jurídico. A colonização traz junto com aspectos sociais e mercantis, a imposição de um regime de direito vigente na Europa, mais especificadamente em Portugal e que passaria também a vigor na Terra de Vera Cruz.

Um território distante geograficamente, o que lhe dificulta o acesso aos movimentos sociais imediatos, bem como acentuada disparidade cultural, o que lhe impossibilita de certa forma uma recusa vitoriosa à implantação do regime jurídico, faz com que o ordenamento jurídico lusitano se instale quase que sem oposição alguma pelos que aqui habitavam e gradualmente se achegavam.

Assim, observa-se que será necessário que se faça um apanhado histórico acerca do surgimento do Direito no Brasil como ciência, para que se possa compreender o funcionamento de seus institutos.

O Brasil segue como bem sabido, o sistema do *civil law*, o que ocorre desde sua colonização por Portugal, o que mais uma vez traz a importância e influência histórica da cultura de um povo em seu direito.

No entanto, a situação não se traduz numa afirmação simplista, posto que algumas mudanças e adaptações no sistema jurídico alienígena e nacional acabam por aproximar os sistemas.

O judiciário brasileiro, no período pós-constituição de 1988, acabou por desencadear o início de uma cultura litigante, tendo um aumento significativo de demandas neste período.

Neste sentido, tem ensinado o Prof. Glauco Salomão Leite:

... Sob influxo do processo de redemocratização que culminou na Constituição Federal de 1988, verificou-se um incremento na litigiosidade desembocada no Poder Judiciário e, em especial no Supremo Tribunal Federal, tornando esse poder uma importante arena de reivindicação, por parte dos indivíduos, dos direitos amplamente consagrados pela ordem jurídico-constitucional (LEITE, 2007, p. 03).

Prossegue ainda autor fazendo menção que no período compreendido entre 1990 e 1999, foi possível observar um aumento de praticamente 100% nas demandas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal entre o período de 1980 e 1989. Se tomar-se, pois, por referência o período compreendido entre 2000 a meados de 2006 terá como resultado que este aumento ultrapassou o percentual de 430% quando também comparado ao período anterior à Constituição de 1988. (LEITE, 2007, p. 04)

Tal fato é de suma importância para compreender-se que com a vigência da Constituição Cidadã, numa decorrência lógica dos direitos e garantias fundamentais nelas previstos, houve um aumento significativo nas demandas judiciais como um todo e, por consequência, nas demandas que chegaram ao STF.

Nessa senda, a crise gerada pelo aumento de lides, impulsionada pela morosidade das demandas judiciais e ineficácia dos provimentos, fez que fossem tomadas medidas no intuito de dar mais efetividade ao judiciário, fazendo, assim, na tentativa de conter a crise de eficácia do judiciário, buscando-o reformulá-lo às exigências resultantes de tal crise.

Em 1992 Francisco Vani Benfica já escrevia que: “... mesmo o Poder Judiciário, sempre intocável, já não merece a confiança popular” (BENFICA, 1992, p. 206.).

De fato, o descrédito do poder era público e notório, sendo urgente a necessidade da criação de medidas que visassem sanar os desvios insurgentes e, desta forma, dar-lhe maior aceitação popular.

Algumas Leis foram editadas no sentido de conferir esta maior efetividade, como a exemplo a Lei que institui a tutela antecipada (Lei 9.292/97). No entanto, tais medidas, de improviso e emergenciais, sem um profundo estudo crítico dos desdobramentos do aumento de demanda, por serem isoladas e de pequeno impacto, não se mostraram suficientes para a problemática apresentada.

O dinamismo das mudanças sociais ocorre de forma célere, não conseguindo o judiciário acompanhar a contento tais mudanças, o que faz com que seus posicionamentos, por vezes, não sejam dotados da eficácia por ele esperada.

Tal situação, então, levou o Congresso Nacional à edição da Emenda Constitucional n. 45, a qual foi promulgada em 2004. Entre as tantas previsões trazidas pela referida Emenda, o que importa para o estudo presente é a alteração da CF/88 no sentido de acrescentar o art.103-A, prevendo, assim, a figura da súmula vinculante, oriunda do Supremo Tribunal Federal, cuja interpretação passa a ser obrigatória aos órgãos do poder judiciário e da Administração Pública.

A busca pela agilidade e eficácia da tutela jurisdicional é indubitável. Induvidoso, também, é a louvável busca pela Segurança Jurídica trazida pelo Instituto. No entanto, ante o escrutínio de tal instituto, verifica-se, posto ser um instrumento de relações humanas, não ser de todo eficaz em sua função teleológica e cognoscente, carecendo de aprimoramentos.

Sabe-se que a súmula vinculante, conforme já narrado, acaba por vincular a atividade dos órgãos do Judiciário e da Administração Pública. É lúcido, também, que pelo princípio da legalidade, o administrador Público apenas pode fazer o que está

explicitamente previsto em Lei, sob pena de responder administrativa, civil e penalmente por suas ações e omissões dentro dessa adstrição normativa. Desta forma, alude-se estar de frente ao contrassenso de uma inconstitucionalidade prevista na própria constituição, vez que, *a priori*, tal instituto vai de encontro às demais previsões constitucional e até mesmo às cláusulas pétreas, como a separação dos poderes.

Importante, também, a análise de situação sob a ótica de uma ordem democrática e, por óbvio, à luz do princípio da democracia.

A crise de confiança nas instituições políticas majoritárias, o reconhecimento da força normativa das constituições contemporâneas, o que tivera grande sustentação nas obras de Hans Kelsen, bem como a promulgação de uma constituição tida como cidadã, trazendo uma série de direitos e garantias fundamentais, tomando por base as conquistas e avanços internacionais dos direitos humanos e os internalizando, impulsionaram uma atuação mais intensa por parte dos órgãos judiciais, afastando-se da ortodoxia do “legislador negativo”, dando ensejo a um intenso debate sobre o ativismo judicial e sua adequação ao regime democrático, o que obrigatoriamente à análise do tema sob a ótica do princípio da democracia e da soberania popular.

Tem-se no instituto da súmula vinculante, claramente, a incorporação num sistema democrático de direito que visa à solução conflitos típico dos sistemas de *Common Law*, vez que o judiciário toma por base em seus julgamentos decisões já proferido, o que coloca em pauta até mesmo o devido processo legal e o livre convencimento motivado do magistrado.

Para realização do trabalho, far-se-á, em um primeiro momento, um resgate histórico e descritivo, abordando-se no num primeiro momento a formação do poder e sua divisão como instrumento a coibir excessos e arbitrariedades.

Conforme já mencionado, para a análise do objeto do presente trabalho, qual seja, o conflito da postura ativista sumulada com a formação do direito nacional e os princípios constitucionais, faz-se necessário, também, o resgate histórico das influências internacionais no ordenamento jurídico pátrio, o que se fará, inicialmente, analisando no segundo capítulo a influência do direito português na formação do direito brasileiro, ressaltando o perfil conservador nesta formação, trazendo, pois, uma análise doutrinária acerca das consequências de tal influência.

A *posteriori*, a análise das influências externas continua com o estudo do sistema de vinculação de precedentes gradualmente introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, adotando, assim, um sistema de aplicação do direito semelhante ao de sistemas de *common law*. A análise do terceiro capítulo, então, se pautará acerca da influência do realismo jurídico norte-americano e a incorporação de sua experiência no sistema jurídico brasileiro, moldando a aplicação do direito sob o pano de fundo da contradição com a própria origem cultural, o *civil law*.

O trabalho continua, ainda, ao escrutínio analítico da mutação constitucional decorrente da atividade ativista do judiciário, apresentando nos quarto e quinto capítulos as visões doutrinárias a favor e divergentes à postura ativista e a preocupação com a preservação dos princípios constitucionais basilares da ordem democrática.

Por fim, no intuito de concluir o estudo ponderando a postura da suprema corte, estudar-se-á no sexto capítulo o posicionamento desta, bem como a edição das súmulas vinculantes, sua estrutura, natureza jurídica e proximidades com o sistema de *common law*, fazendo, pois, o confronto de tal postura com a origem histórica do direito nacional e os princípios decorrentes do zelo pela manutenção da ordem democrática.

CONCLUSÃO: A HIBRIDEZ DO SISTEMA E A NECESSIDADE EXTREMA DA AUTOCONTENÇÃO COMO MECANISMO PARA MANUTENÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA

Através da Emenda Constitucional 45/2004, fora atribuído às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal o efeito vinculante, sendo, portanto, o entendimento sumulado de observação obrigatória pelos demais órgãos do judiciário, podendo haver, inclusive, a propositura de recurso processual à decisão que contrarie o entendimento vinculado.

No entanto, ao Brasil, país de tradição romano-germânica, cuja cultura jurídica o levou e leva à adoção do sistema de *civil law*, onde a Lei escrita é fonte primária e primordial do direito, a princípio aparenta o instituto da súmula vinculante ser um desvirtuamento do direito brasileiro e adesão em parte ao que dispõe o sistema de *common law*, numa mesma égide constitucional.

Ocorre que, em decorrência da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual, denominada doutrinariamente como constituição cidadã, traz uma série de direitos e garantias fundamentais ao cidadão e obrigações ao Estado para a garantia desses direitos.

Em decorrência da constitucionalização de tantos direitos, houve um grande aumento nas demandas judiciais que levaram o judiciário a uma crise de efetividade, sendo proposta, então, a reforma do judiciário, proposta pela Emenda Constitucional 45/2004, no intuito de conferir maior segurança jurídica aos julgados e maior efetividade ao Poder Judiciário.

Com relação ao detalhamento à proteção constitucional das garantias fundamentais Sadek (2004), sustenta, *in verbis*:

“A Constituição brasileira de 1988 levou ao extremo as potencialidades do constitucionalismo característico dos processos de redemocratização, incorporando ao máximo o paradigma normativo. Efetivamente, além de garantir os direitos individuais, típicos do liberalismo, consagrou uma ampla gama de direitos sociais e coletivos e definiu metas. Trata-se de texto essencialmente programático, com os direitos e deveres individuais e coletivos aparecendo antes

mesmo da organização do Estado. A versão final, com seus 245 artigos, acrescidos de setenta em suas disposições transitórias, resultou de quase dois anos de trabalho, muitas negociações, árdua composição de ideias, interesses divergentes e costuras políticas. Somente um texto detalhista poderia sacramentar tantas demandas e garantir formalmente a reconstrução da sociedade e do Estado, tendo por metas o desenvolvimento e a igualdade social”.

Depreende-se do fragmento mencionado supra, que o legislador constituinte, ao celebrar o nascimento de uma nova era no constitucionalismo brasileiro, por um lado positivou as liberdades individuais e por outro agasalhou as garantias sociais, com isso, detalhou demasiadamente do ponto de vista teleológico, congestionando o sistema normativo com excesso de regramento que, dada à cultura jurídico-social brasileira, teve excessiva participação de movimentos e interesses privados na redação da Carta Maior.

Tal avanço na proteção dos direitos e garantias fundamentais é digno de louvor, contudo, o legislador constituinte não previa que o próprio sistema jurídico pátrio não estaria equipado o suficiente para lidar com as incontáveis demandas que dessa promulgação surgiriam, fazendo com que houvesse uma discrepância de Poderes, um, inevitavelmente invadindo o outro, como se verá no desenrolar da presente explanação.

Num Estado democrático de Direito, onde o poder emana diretamente do povo, pela ideia de sufrágio universal, tendo a ideia de separação dos poderes aderida formalmente ao texto constitucional, inclusive tendo força de cláusula pétrea e que tem como princípio constitucional a representatividade popular, a edição de decisão de caráter vinculante, tendo tais decisões características de Lei, sendo recebidos pelos demais órgãos do judiciário e pela Administração Pública como norma geral e abstrata, apresenta-se, como, no mínimo, desfocada do contexto jurídico-social.

Restando ressaltar, ainda, que diversas súmulas vinculantes são editadas em decisões ativistas, inovando o ordenamento jurídico, geralmente fundamentado numa interpretação ampla de princípios subjetivos.

Todavia, cabe analisar o cenário que abre espaço para que aconteça o ativismo judicial. Ora, num universo jurídico onde, apesar de garantias e direitos fundamentais previstos constitucionalmente, por diversas vezes o legislativo, a quem caberia legislar, se omite no cumprimento de suas obrigações em razão de motivos puramente eleitorais, ao judiciário, sobra, não voluntariamente, o suprimento das lacunas legais para a tutela de tais direitos.

Indiscutivelmente, trata o instituto da súmula vinculante, de uma evolução no sistema do *civil law*, uma evolução que lhe faz incorporar princípios e preceitos diretamente ligados ao *common law*.

A maior discussão doutrinária, no entanto, repousa sob o aspecto da arguida inconstitucionalidade do instituto, frente à possibilidade de usurpação de competência ferindo o princípio da separação dos poderes.

Nessa esteira caminha, por exemplo, o ensino de Gutierrez Sobrinho (2013), quando assim preceitua ser a Súmula Vinculante inconstitucional em sua essência, porquanto inova juridicamente, num campo que não é de sua atuação, qual seja, a edição de lei, transmitindo ao indivíduo uma obrigação de se sujeitar a dispositivos forasteiros, de plano, ferindo o princípio da legalidade e da separação dos Poderes.

Notadamente no sistema jurídico brasileiro, em que pese sua tradição óbvia romano-germânica, os dois sistemas citados acabam por exercer uma mútua influência, sendo as normas, os costumes, a jurisprudências e os princípios considerados como fontes do direito na tutela pelos direitos e garantias fundamentais.

Notadamente, o sistema nacional vai incorporando elementos do *common law*, a fim de propiciar segurança jurídica e, desta forma, diante das influências sofridas, passa a

aproximar dois sistemas jurídicos discrepantes, criando a realidade própria de um sistema híbrido.

A institucionalização de um sistema de precedentes vem, no Brasil, sendo incorporada ao ordenamento jurídico, ganhando cada vez mais força, como se observa da previsão expressa da força vinculante no Código de Processo Civil em vigor.

Todavia, há que se observar que a possibilidade de vinculação de precedente judicial e de jurisprudência já vinha sendo praticado no ordenamento jurídico nacional quando da edição de súmulas vinculantes, a qual possibilita ao STF a edição de entendimento de caráter abstrato e eficácia *erga omnes*, a ser observado pelos tribunais e, também, pela Administração Pública.

A atribuição da edição de ato com estrutura semelhante ao de Lei por órgão do judiciário traz à doutrina a preocupação quanto à constitucionalidade do instituto, ainda que acrescido ao ordenamento por Emenda Constitucional.

Ocorre que a súmula vinculante pode ser entendida como a atribuição de poder de legislar ao judiciário, ferindo, pois, o princípio da separação dos poderes o qual, além de figurar no ordenamento como cláusula pétrea pode ser interpretada, também, como direito fundamental.

A idéia de separação dos poderes, conforme as ideias de Montesquieu aduzem à necessidade de um judiciário imparcial, cuja atribuição seria analisar a legalidade dos atos dos demais poderes.

Há que se observar, doutro lado, a inconstitucionalidade da própria omissão legislativa, fazendo surgir a necessidade de atuação ativista do judiciário para a efetiva promoção dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de estar a sociedade à mercê da inércia parlamentar, diante do populismo por vezes praticado.

De um lado tem-se que a prevalência, nas decisões judiciais, de posicionamentos, em algumas vezes, contrários à literalidade legal, fundamentados num entendimento ativista, dota o sistema jurídico de certa imprevisibilidade nociva à segurança dos julgados, ainda que para proteção de direitos fundamentais.

Noutro giro tem-se que a busca pela segurança jurídica através de mecanismos de uniformização de jurisprudência e, a conferência a órgão do judiciário de poder de editar ato de caráter abstrato e observância obrigatória ao judiciário e à administração pública pode constituir atentado à ordem jurídica e ao estado democrático de direito diante da possibilidade de dotar de força vinculante entendimento arbitrário, ilegal e ou nocivo.

A possibilidade da existência de decisões judiciais fundamentadas na moral pessoal ou em certa vagueza do ideal de justiça não se coaduna com um sistema de governo democrático, o qual exige o exercício da representatividade.

É certo que não pode o judiciário esquivar-se do dever de julgar sob argumento de lacuna legislativa, devendo valer-se das fontes citadas para a atividade julgadora, observando tanto as leis quanto as decisões judiciais, observância aos preceitos constitucionais, tendo o dever de prezar pela guarda, bem como assegurar os Direitos e Garantias fundamentais à luz da razoabilidade e proporcionalidade.

Em que pese a não sobreposição da força vinculante da súmula ao poder legislativo, o qual pode exercer suas funções típicas em sentido diverso, ocasionando a revisão ou nulidade indireta da edição da súmula vinculante, para a convivência harmônica dos poderes diante da hibridez do sistema faz-se necessário o exercício da autocontenção pelo próprio judiciário. Apesar de o ativismo judicial possibilitar maior condição de atendimento às demandas sociais, para que não incorra na usurpação do poder, não se pode desprezar a necessidade de consolidação de Poderes atuantes e equilibrados entre si.

A ruptura de esse sopesar de equilíbrio entre os Poderes pode ocasionar, a médio e longo prazo, um efeito inverso daquele proposto pelo legislador constituinte, qual seja, não atender a contento as demandas sociais em suas necessidades básicas de proteção.

A estabilidade do sistema possibilitada pelo instituto da súmula vinculante é inegável e traz grandes avanços ao sistema. Todavia, o uso indiscriminado do instituto pode levar o sistema à própria falência diante da criação governo de juízes em detrimento da própria democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. Ano 2, v. 2, n. 1, 2016.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português 3**. Coimbra: Livraria Almedina/, 2000.

AMARAL, Francisco. Brasil, 500 Anos. **Influência do Direito Português no Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro: **Revista ABLJ**, n. 17, p. 85-90. 2000.

AMARAL, Maria Lúcia. **O Tribunal Constitucional e o desempenho das funções estranhas ao controlo de constitucionalidade das leis**. In: Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil. Coord. Elival da Silva Ramos, Carlos Blanco de Moraes - São Paulo: Almedina, p. 25-33, 2012.

ANGELO, Vitor Amorim de. Constituição de 1988: **Contexto histórico e político**. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2016.

ARCAYA, Oscar Godoy. Antología Política de Montesquieu. **Revista Estudios Públicos**, otoño, p. 345, 1996.

ARISTÓTELES. **Política**. 5. edição, trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

AZEVEDO, Fernando de. **A cultura brasileira**. 4ª Ed., Brasília, 1963.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005.

BENFICA, Francisco Vani. **O Juiz, o Promotor, o Advogado: seus poderes e deveres**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BRASIL, **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de maio de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na Constituição. **Revista do advogado**, São Paulo, ano. 23, n. 73, p.199-204, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.

CARVALHO JUNIOR, Adelardo Branco de. Carta à revista Consulex. **Revista Consulex** n. 9, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**, Rio de Janeiro. Ed. UFRJ / Relume Dumará, 1996.

CF. Christian Pestalozza, Comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in: **Direito Processual Constitucional** (Verfassungsprozessrecht), 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, p. 170-171, 1982.

COSTA, Frederico Magalhães. Ativismo judicial: uma questão de poder ou reflexo de mudanças institucionais? Entre Aspas. **Revista da UNICORP**, v.3, p.55-72, 2013.

COVER. Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. **The Yale Law Journal**. v. 91, n. 7, p. 1287-1316, 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Efeito vinculante: prós e contras. **Revista Consulex**, n.3, 1997.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.

DIDONE, André Rubens. **A influência das ordenações portuguesas e espanhola na formação do direito brasileiro do primeiro império**. Tese (Doutorado), USCS, 137 p., 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. 1, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 75, 30 p., 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação? In: **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. Coord. Elival da Silva Ramos, Carlos Blanco de Moraes - São Paulo: Almedina, 2012.

FERREIRA, Rebeca Campos. Apontamentos sobre leis a partir da teoria política de Rousseau. **Revista Impulso**, v. 22, n. 55, p. 107-110, 2012.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. 2ª Ed., Brasília. 1963.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e independência judicial. **Revista dos Tribunais**, n. 739, p. 11-42, 1997.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. A súmula vinculante e a sua inconstitucionalidade. In: **Âmbito Jurídico**, XVI, n. 118, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. Justiça. **Direito do povo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.

JUSTO, Antonio dos Santos. O Direito Brasileiro: Raízes históricas. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, 14 p., 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1984.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

Lei da Boa Razão, disponível em: <http://www.principo.org/lei-da-boa-razo-18-de-agosto-de-1769.html>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Ed. Forense. Rio Janeiro/RJ: 2007.

LIMA, Filipe Antonio de Oliveira. A constituição brasileira: da constituição imperial à constituição imperial. In: **Âmbito Jurídico**, XII, n. 65, 2009.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**. Ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. História do Direito. A Lei da Boa Razão e a formação do direito brasileiro. **Jornal Carta Forense**, 2008.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: **Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. São Paulo, p. 1-24, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4 ed. Imprensa: São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 396 p., 2016.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Montesquieu e a Constituição da Inglaterra: Três teorias da separação de poderes. **Revista Jus Navigandi**, ano 16, n. 2874, 2011.

MAUS, Ingenborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Thereza. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. **Revista do advogado**, n. 92, p. 11. 2007.

MELLO, Celso de. **Discurso da Posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leito (Coord.). **15 anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do STF no processo de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, v. 1, n. 4, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Legal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes do Brasil e a necessidade de limites ao ativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 267-285, 2011/2012.

MORAES, Germana de Oliveira. A reforma previdenciária brasileira e o direito adquirido: o conteúdo das regras de transição e seus destinatários. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 44, n.1-2, p. 169-178, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de.. In: Segurança jurídica e justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. - Lisboa, v. 41, n. 2, p. 619-630, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 78, p. 153, 2012.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSÁRIO, Maria José Aviz do; SILVA, José Carlos da. A Educação jesuítica no Brasil colônia. **Revista História, Memória e Educação**, p. 9, 2004.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-100, 2004.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia**. Traduz. Inês Lohbauer. São Paulo: Scretta, 1996.

SHIGUNOV NETO, Alexandre; MACIEL, Lizete Shizue Bomura. O ensino jesuítico no período colonial brasileiro: algumas discussões. **Revista Educar**, n. 31, p. 169-189, 2008.

SILVA, José Afonso da. Artigo: O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 173, p. 305-345, 1988.

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Imprensa: Niterói, 110 p., 1961.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da Legislação** – Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Tese (Doutorado). Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 317 p., 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Coleção o que é isto?** – O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10 ed. ver. atual. e ampl. Livraria do advogado: Porto Alegre: 2011.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 617–648, 2005.

TRÍPOLI, César. História do Direito Brasileiro, São Paulo, Ed. **Revista dos Tribunais**, v. 1, 1936.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade**. - Coimbra: Almedina, 116 p., 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, v. 172, 32 p., 2009.

WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimação democrática do Poder Judiciário no Novo CPC. **Revista dos Tribunais**, p. 208, 2016.