



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I - CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MÔNICA WILLIANY FEITOSA SOARES**

**Notas Introdutórias sobre o Papel da Jurisprudência do STF na Reforma  
dos Institutos Jurídicos**

**CAMPINA GRANDE – PB  
2013**

**MÔNICA WILLIANY FEITOSA SOARES**

**Notas Introdutórias sobre o Papel da Jurisprudência do STF na Reforma  
dos Institutos Jurídicos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Milena Barbosa de Melo

**CAMPINA GRANDE - PB  
2013**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

F676n Soares, Mônica Williany Feitosa.  
Notas introdutórias sobre o papel da jurisprudência do STF na reforma dos institutos jurídicos [manuscrito] / Mônica Williany Feitosa Soares.– 2013.  
22 f.

Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.  
“Orientação: Profa. Ma. Milena Barbosa de Melo, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito constitucional. 2. Institutos jurídicos. 3. Controle de constitucionalidade. I. Título.

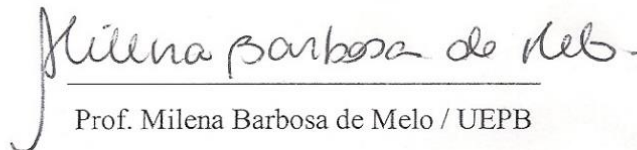
21. ed. CDD 342

MÔNICA WILLIANY FEITOSA SOARES

**Notas Introdutórias sobre o Papel da Jurisprudência do STF na Reforma  
dos Institutos Jurídicos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 21/11/2013



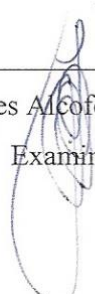
Prof. Milena Barbosa de Melo / UEPB

Orientador



Prof. Ludmila Albuquerque Douettes Araújo / UEPB

Examinador

  
Prof. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho / UEPB

Examinador

# **Notas Introdutórias sobre o Papel da Jurisprudência do STF na Reforma dos Institutos Jurídicos**

SOARES, Mônica Williany Feitosa<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O objetivo deste trabalho é demonstrar a importância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua posição ativista na reforma dos institutos jurídicos, uma diretriz hermenêutica construída por meio das ações do controle de constitucionalidade. Para tanto, será feita uma breve análise do direito comparado nessas questões, abordando os principais instrumentos que influenciaram a atuação política dos tribunais constitucionais, bem como o movimento reformador que atribuiu aos juízes uma margem significativa de liberdade. Por fim, se discutirá sobre a missão dos magistrados que não é apenas de reconstruir o sentido originário da norma, mas conjugá-lo com as necessidades do presente, através de uma interpretação histórica e objetiva, infundindo vida atual ao sentido da lei.

**PLAVRAS-CHAVE:** Jurisprudência. Institutos Jurídicos. Ativismo judicial. Controle de constitucionalidade.

---

<sup>1</sup> É graduando do Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas. E-mail para contato: monicawilliany@gmail.com.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. O JUDICIÁRIO NO SISTEMA POLÍTICO.....	7
2. A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO.....	10
2.1 Ativismo judicial nos arestos constitucionais .....	12
2.2 A força normativa da jurisprudência.....	13
3. A JURISPRUDÊNCIA E AS REFORMAS NOS INSTITUTOS.....	14
CONCLUSÃO.....	19
REFERÊNCIAS .....	22

## INTRODUÇÃO

O contexto da democracia brasileira adquiriu novos aspectos a partir de uma tendência irreversível acometida pelo judiciário, denominado ativismo judicial. Diante desse fenômeno o judiciário se tornou a garantia da criação e concretização de novos direitos fundamentais, uma atuação do poder judiciário jamais vista na história da república.

Nessa perspectiva, os juízes se tornaram atores capazes de decidir os rumos da política, o que poderia caracterizar uma crise de funcionalidade do poder legislativo e a inércia do poder executivo, confundindo a conduta de atores políticos com a própria atividade política.

No poder judiciário, as cortes constitucionais são as principais precursoras da ideia fundamental de um movimento reformador, no caso do Brasil essa função compete ao Supremo Tribunal Federal.

O supremo através de um esforço hermenêutico e técnicas processuais, produto do julgamento das ações do controle abstrato de constitucionalidade – e até mesmo do controle concreto ou difuso de constitucionalidade – acabou se tornando responsável por importantes alterações no cenário político do país.

Os tribunais não somente conferem efetividade à democracia como também provocam alterações significativas na estrutura das instituições públicas e privadas. Esse movimento acontece por causa da ascensão do constitucionalismo social no Brasil, onde o judiciário precisa agir e dar uma resposta aos novos anseios da população, já que o legislador se mostra inerte nesse processo.

Sendo o judiciário intérprete e guardião da constituição, não se pode afastar dele a função precípua de proteger tais consensos políticos, haja vista que essas decisões estão voltadas unicamente à garantia de um mínimo de bem-estar social.

A relevância deste estudo se deve a necessidade de discutir o fortalecimento do judiciário no Brasil, que na última década promoveu interpretações constitucionais importantes, através de uma produção científica da análise de temas moralmente polêmicos e decisões politicamente viáveis.

Por todo o exposto elaboram-se as seguintes indagações que norteiam o estudo: quais os impactos sofridos pelas instituições que tem sua estrutura e finalidade reformada por meio de decisões proferidas pelo poder judiciário? Por que a tutela jurisdicional é o atual instrumento a serviço da concretização das políticas públicas no país?

Sem dúvidas, as decisões proferidas pelo judiciário passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito, pois atualmente valoriza-se mais o acesso à justiça.

Num primeiro momento será feita uma abordagem sobre o contexto histórico da jurisprudência moderna, a principal influência dessa *práxis* no ordenamento jurídico, que tem como principal ponto de partida o trabalho das cortes constitucionais norte-americanas, o exemplo de uma hermenêutica jurídica que acompanha as mudanças sociais. Neste ponto ainda será discutido como se inicia a evolução da jurisprudência no Brasil, uma atuação política que começa a seguir padrões das mais modernas cortes constitucionais, utilizando-se de instrumentos jurídicos americanos e europeus na tentativa de alcançar um modelo ideal.

Em seguida será feita uma análise a respeito da força normativa da jurisprudência nos tribunais, como um imperativo de ordem e segurança jurídica. E por último serão exemplificados e examinados alguns precedentes jurisprudenciais que influenciaram na modulação da estrutura de institutos jurídicos previstos na constituição.

Impende ressaltar que o objetivo deste trabalho não é discutir o mérito das ações que serão utilizadas como exemplo, mas tão somente demonstrar as consequências dos efeitos e os novos direitos e deveres que surgiram a partir desses julgamentos, sintetizando importantes alterações que ocorreram no ordenamento jurídico.

Para atingir os objetivos propostos utilizou-se a metodologia qualitativa, por meio de um levantamento bibliográfico e documental, enfocando a pesquisa jurisprudencial em dois casos exemplares, que trouxeram dados relevantes e úteis ao trabalho aqui desenvolvido. Dessa forma, foi possível visualizar uma conexão entre a ação jurisdicional e as reformas aos institutos jurídicos constitucionais.

## 1. O JUDICIÁRIO NO SISTEMA POLÍTICO

As ideias de centralidade da Constituição e supremacia judicial são frutos da contribuição norte-americana que assinala as democracias contemporâneas do segundo pós-guerra com a criação das cortes constitucionais. Esse movimento inicia-se quando as Treze Colônias decidem romper com as forças políticas da coroa inglesa<sup>2</sup>, uma declaração de

---

<sup>2</sup> NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*, p. 22-23. O autor destaca que decisão política ocorreu com a publicação dos documentos intitulados como *Virgínia Bill of Rights* (1776) e da *Constitution of Virginia* (1776), elabora pelos *Founding Fathers* George Mason, James Madison e Thomas Jefferson. Após a declaração da independência, foi ratificado o *Articles of Confederation and Pertpetual Union* (1777), que foi substituído pela Constituição norte-americana (1787) em vigor até os dias atuais.



independência baseada no individualismo e liberalismo de Jonh Locke<sup>3</sup> e na visão precursora do Estado liberal desenvolvida por Montesquieu.

Inovações significativas foram desenvolvidas no sistema judiciário norte-americano, momentos que fomentaram a jurisdição constitucional, entre elas destacam-se: a primeira constituição escrita e dotada de rigidez; a ideia de supremacia da constituição; a instituição do controle de constitucionalidade das leis; a ideia de supremacia do Estado; a forma federativa do Estado; o sistema presidencialista; a forma republicana de governo; o regime político democrático; a implantação da teoria da separação dos poderes no texto constitucional; o fortalecimento do poder judiciário e a declaração de direitos da pessoa humana.

A constituição norte-americana de 1787 foi marcada pelo liberalismo clássico, em contraposição ao absolutismo reinante, abordando valores como a proteção da propriedade privada e do individualismo.

Um dos acontecimentos mais marcantes no poder judiciário dos Estados Unidos foi o trabalho desenvolvido pela corte Warren em 1959/69 (sob a presidência Earl Warren) que, sem nenhuma emenda à constituição norte-americana e sem a edição de qualquer lei pelo poder legislativo, gerou uma revolução no campo jurisprudencial, no tocante à proteção dos direitos individuais, determinando a realização de várias políticas públicas antes não tratadas nem discutidas naquele país<sup>4</sup>.

Os juízes daquela corte traduziram as necessidades das minorias raciais, políticas e econômicas, através de uma produção jurisprudencial progressista e liberal, que confirmou e ampliou os princípios fundamentais. Ao proteger e expandir as liberdades garantidas pelo *Bill of Rights*, a corte suprema conquistou uma posição nova e vital na estrutura constitucional dos Estados Unidos<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> “Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelo juiz transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por Locke em 1689: *inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz).” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 60.

<sup>4</sup> A corte Warren tornou-se marcante na história americana pela criatividade de sua interpretação e dos princípios constitucionais (...) arrogou-se àquela criar direitos substantivos, competência que, segundo alega, era do poder Legislativo. Os juízes da era Warren se empenharam na realização de um objetivo, o de construir o que o professor P. B. Kurland denominava *Egalitarian Society*, uma sociedade que exigia igualdade para todos, que demandava que a todos se estendessem os frutos do progresso e a proteção da ordem jurídica. JARDIM, Torquato Lorena. *Due process of Law* e a proteção das liberdades individuais. Ref. Inf. Legis. Brasília, e. 19 n° 74, abr/jun 1982. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181374/000393726.pdf?sequence=3> >. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

<sup>5</sup> JARDIM, op. cit., p. 73.

Inspirados pela teoria do *Direito Livre*<sup>6</sup>, de origem francesa, bem como pelo *realismo jurídico*<sup>7</sup> norte-americano, os juízes aplicavam o direito baseados em princípios de equidade, um idealismo de justiça que preconizou ampla liberdade. São movimentos que não podem ser caracterizados como técnicas para solução de conflitos, e sim uma oportunidade à interpretação das normas fundamentais, sobretudo na forma humanística, pois a lógica do direito baseia-se em experiências, em uma análise da realidade.

Outras correntes surgiram no século XX, teorias que justificaram o grau de liberdade dos juízes na aplicação do direito, dentre elas destaca-se ‘o uso alternativo do Direito’ ou mais comumente conhecido por *Direito Alternativo*.

O juiz reformador é figura central dessa corrente, ele se posiciona a prestar a tutela jurisdicional aos menos favorecidos, com a finalidade de apresentar possíveis respostas àquelas classes, bem como se alcançar a justiça social, inculcando ação política nos atos decisórios independentemente dos preceitos legais<sup>8</sup>.

No caso do Brasil a legitimidade democrática do judiciário por meio das constituições é um fenômeno relativamente recente. A ideia de redemocratização e Estado democrático de direito só veio a partir da promulgação da constituição de 1988, que serviu de base estrutural para o desenvolvimento dos valores constitucionais e garantias de condições dignas mínimas.

O Supremo Tribunal Federal por muito tempo se sujeitou aos interesses do Executivo e, mesmo sendo responsável pela defesa da Constituição e da democracia do país, acabou por se transformar em um mero aplicador da lei sem atender aos interesses sociais, um período marcado pelos reclamos acerca da morosidade e inércia do judiciário.

No final do século XX a questão foi mais polêmica, pois na maioria das vezes a atuação do tribunal constitucional para concretizar a efetivação dos direitos fundamentais esteve misturada ao subdesenvolvimento político. Daqui se pode extrair também a fecunda dedução

---

<sup>6</sup> A Escola do Direito Livre (Freirecht) surgiu na Alemanha, em 1906, com a publicação do livro *Der Kampf um die Rechts-wissenschaft, A Luta pela Ciência do Direito*, por Hermann Ulrich Kantor (1877-1940), sob o pseudônimo de Gneaus Flavius. Os antecedentes teóricos da Escola do Direito Livre podem ser encontrados na Escola histórica, no ponto em que proclamava surgir o Direito do espírito do povo, bem como na Escola da Livre Pesquisa Científica, cujo postulado de busca do Direito, fora das fontes formais, a Escola do Direito Livre levou às últimas consequências. HERKENHOF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*, p. 30.

<sup>7</sup> Partindo de um extremo realismo, a Escola desenvolve uma desmistificadora análise psicológica da função judiciária com a finalidade de comprovar a presença de fatores irracionais, de natureza efetiva, que em vão a teoria da aplicação silogística, lógica, impessoal da lei procura encobrir. O que interessa aos realistas é averiguar o Direito efetivamente real. Este não é nem o que aparece declarado nas regras legislativas nem o que os juízes declaram como base de suas sentenças, mas de fato aquele que os juízes criam, independentemente do que exponham nas suas decisões. HERKENHOF, op. cit., p. 37-38.

<sup>8</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 33ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

de que, quanto menos desenvolvida a sociedade, quanto mais grave o seu atraso econômico, mais instáveis e oscilantes as instituições políticas<sup>9</sup>.

Atualmente o desenvolvimento do poder judiciário no Brasil está se encaminhando a outros rumos, é um fenômeno que está sendo potencializado aos poucos, cujos ordenamentos jurídicos se moldaram à imagem e semelhança do norte-americano, uma corte acuada ao tempo da decisão.

Firmada essa premissa, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal é levado a incorrer no domínio político como guardião das promessas constitucionais, alargando as técnicas de controle de constitucionalidade que abre espaços a novos posicionamentos e substitui o formalismo interpretativo, uma referência histórica da perspectiva do direito constitucional jurisprudencial.

## 2. A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Na clássica visão da teoria dos três poderes de Montesquieu, a função do judiciário consiste em aplicar e interpretar o direito, e não em criá-lo. O político francês defendeu ainda que não existiria política onde se misturassem as funções próprias de cada órgão da soberania estatal<sup>10</sup>.

O princípio da separação dos poderes está descrito na maioria das constituições modernas e presente nas sociedades democráticas, como é caso do Brasil<sup>11</sup>. Essa teoria consiste na especialização funcional dos poderes e na limitação das capacidades institucionais (evitar os inconvenientes de um poder ilimitado), normalmente amparados por um controle recíproco, os *checks and balances*.

Contudo, o referido princípio não exclui e nem pode impedir a contribuição do judiciário para a criação de uma jurisprudência inovadora, pois é através da produção científica dos tribunais que se revelam as falhas e as virtudes do ordenamento jurídico.

Segundo o doutrinador José Flóscolo da Nóbrega, mesmo em países em que vigora a mais perfeita separação dos poderes judicial e legislativo, como na França, a ação da jurisprudência na renovação do direito foi contínua e profunda<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 53.

<sup>10</sup> MENDES, op. cit., p. 115.

<sup>11</sup> Art. 2º, da CF/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>12</sup> NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 8ª Ed. Ver e atualizada, - João Pessoa: Edições Linha d'água, 2007. p. 149.

É preciso considerar também que, na maioria dos casos, a norma possui um teor altamente abstrato, aberta a várias interpretações. Nesse ponto a exegese judicial acaba criando novos elementos de formação e aperfeiçoamento do direito, mais uma vez não se trata de confundir as funções do legislador com as do aplicador da norma, é apenas um processo de aprimoramento da jurisdição constitucional. Conforme preceitua o doutrinador Miguel Reale<sup>13</sup>: “O juiz, sem precisar lançar mãos de artifício, atualiza o sentido possível da lei, ajustando-a às circunstâncias e contingências do momento”.

É de Kelsen o entendimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais (isso justifica a preocupação em sustentar a legitimidade democrática do ativismo judicial). Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa<sup>14</sup>.

Nesse sentido, cumpre observar que, para verificação da legitimidade democrática da função dos tribunais constitucionais, também há dois caminhos a serem analisados: ou se demonstra que a atuação em si dos tribunais não agride o postulado democrático, isto é, não há violação ao princípio da separação de poderes, ou se demonstra a ilusão de ótica que produz a imagem democrática das instituições que integram os poderes Executivo e Legislativo<sup>15</sup>.

Vê-se, pois, que a produção científica dos tribunais em alguns casos excede os limites do princípio da separação dos poderes, e isso ocorre diante da dificuldade dos juízes se distanciarem das questões políticas ao interpretar o texto normativo de uma constituição, já que o documento legal se consubstancia em termos genéricos, diretrizes e programas de ação.

---

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. Ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva 2004. p. 170.

<sup>14</sup> MENDES, op. cit., 1008.

<sup>15</sup> SOUZA JR., Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. – Porto Alegre: Síntese, 2004.

## 2.1 Ativismo judicial nos arestos constitucionais

No Brasil ainda persiste uma ideia fundamental que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático, por causa da legitimidade para emitir comandos com força de lei, já que o poder judiciário não passa pela escolha cidadã, assim como passa os demais poderes<sup>16</sup>.

Comumente é atribuído ao judiciário o papel de *legislador negativo*, aqui não cabe essa tese, a justiça apenas tomou a frente na solução dos novos conflitos sociais. Visualizar essa questão como um avanço é um fato, principalmente quando se trata de direitos fundamentais. Além disso, é da sociedade civil que vem os limites da atuação do jurista e as exigências de sua atividade<sup>17</sup>.

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso afirma que, no Brasil, o supremo tem demonstrado em determinados julgados, uma posição fielmente ativista<sup>18</sup>. O STF quando declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma impõe condutas ou abstenções ao poder público, principalmente no que diz respeito à efetivação de políticas públicas.

Cumprir observar que esse fenômeno na maioria das vezes acontece quando o STF – na tentativa de atender as novas demandas levantadas pela sociedade – avança em questões próximas às da competência do poder legislativo.

Assim, para não ser tão invasivo o supremo adotou técnicas de controle de constitucionalidade sem redução de texto, recolhendo-se da usurpação de funções que caberia ao legislador. Com isso, as declarações de inconstitucionalidade foram inovadoras, perfazendo uma instância a mais na luta política.

Seria praticamente impossível aos juízes julgar o processo constitucional e não reservar à tutela jurisdicional o serviço da concretização das políticas públicas.

Por outras palavras, seria possível atingir esse objetivo de atuação política por parte do judiciário se pudesse ‘desideologizar’ ou, pelo menos, ‘despolitizar’ a polêmica sobre os arestos do STF<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> MENDES, op. cit., p. 116.

<sup>17</sup> Em sua obra, o Ministro do Supremo Federal Gilmar Ferreira Mendes, lembra que “a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha – naturalmente – no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado à margem da lei”. MENDES, *Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional*, p. 117.

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

<sup>19</sup> MENDES, op. cit., p. 115.

## 2.2 A força normativa da jurisprudência

A presunção de veracidade que se reconhece aos acórdãos dos tribunais superiores (como por exemplo, o casamento entre homossexuais, pesquisas com células tronco etc.) passa a ser o ponto referencial para a solução dos assuntos mais polêmicos, que o legislador foi incapaz de discutir. Essas decisões constroem diretrizes normativas que irão solucionar provisoriamente os demais casos dali em diante<sup>20</sup>.

As inúmeras jurisprudências formuladas pelo judiciário decorrem dos respectivos consectários processuais (recursos repetitivos, repercussão geral e súmulas vinculantes), aqui se observa um movimento de interpretações inovadoras, onde o juiz assume um papel de criador e aplicador do direito. A decisão e a hermenêutica criativa do magistrado, sobretudo nos tribunais superiores, passam a ser possivelmente a forma correta de aplicar a lei.

A jurisprudência moderna é fonte criadora de normas jurídicas, um ajuste na interpretação das leis mais genéricas, elemento de formação e aperfeiçoamento do direito. A medida certa das decisões judiciais tem servido bem à democracia brasileira, um avanço social na proteção dos vulneráveis. No mesmo sentido é a posição do Professor Miguel Reale<sup>21</sup> que demonstra a segurança jurídica do texto jurisprudencial como fonte que vem a confirmar o sistema objetivo do Direito:

“A contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de revelarem a fragilidade da jurisprudência, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador. Como veremos, as divergências mais graves, que ocorriam no exercício da jurisdição, encontram nela mesma processos capazes de atenuá-las, quando não de eliminá-las, sem ficar comprometida a força criadora que se deve reconhecer aos magistrados em sua tarefa de interpretar as normas, coordená-las, ou preencher-lhes as lacunas. Se é um mal o juiz que anda à cata de inovações, seduzido pelas “últimas verdades”, não é mal menor o julgador que se converte em autômato a serviço de um fichário de arestos dos tribunais superiores”.

A jurisprudência por ser um conjunto de decisões dos tribunais está em constante modificação acompanhando os novos casos que permeiam a sociedade, uma dinamicidade que sempre responde aos valores históricos do momento.

---

<sup>20</sup> Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em perspectiva jurídico-política, essa mesma criatividade constituiria ofensa ao princípio da separação dos poderes, segundo o qual, no Estado de Direito, a criação da lei, ou de normas com força de lei como expressão da vontade geral, é atividade própria dos órgãos de representação política a tantos legitimados em eleições livres e periódicas. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 114.

<sup>21</sup> REALE, op. cit., p. 168.

Por exemplo, a jurisprudência utilizada no final do século XX para resolver os conflitos do direito de família é totalmente diferente da que se constrói no século XXI, é um lapso temporal curto, todavia, o direito precisa acompanhar a evolução do ambiente social, dos valores atuais, e apresentar uma solução aos novos conflitos sociais.

Ainda nesse contexto, o Professor Silvio de Salvo Venosa faz uma reflexão sobre o tema, um paralelo entre as respostas dos tribunais e as transformações sociais, elencando dois fatores importantes: a) a decisão mais injusta é aquela anacrônica, a que se vale de valores do passado ou que tenta prever valores do futuro; b) o juiz justo é o que decide de acordo com a sociedade do seu tempo<sup>22</sup>.

Como se verifica, a jurisprudência é uma integração de fatos e valores, sua construção obedece a conceitos atuais de ordem econômica, social, ética e moral. Por tais razões não tem mais sentido apresentar a jurisprudência como fonte acessória ou secundária, pois seu papel é fundamental na produção do direito, no preenchimento das lacunas da lei e na consolidação das interpretações.

### 3. A JURISPRUDÊNCIA E AS REFORMAS NOS INSTITUTOS

Segundo Marcel Nast, citado por Maximiliano<sup>23</sup>, a análise funcional da jurisprudência pode ser verificada sob três aspectos: uma função tanto automática de aplicar a lei; uma função de adaptação, consistente em pôr a lei em harmonia com as ideias contemporâneas e as necessidades modernas; e uma função criadora, destinada a preencher as lacunas da lei.

Os arestos proferidos pelo STF possuem uma particularidade em meio a essas três funções, qual seja a de reformar os institutos jurídicos. Isso acontece porque os institutos estão incluídos no objeto da ação do controle de constitucionalidade, mas não fazem parte do pedido nem da causa de pedir.

Como se nota, os efeitos produzidos nas instituições é uma consequência meramente secundária, sobretudo porque o interesse principal das ações do controle é a efetivação dos compromissos constitucionais. Contudo, essa consequência secundária não torna irrelevante a contribuição trazida pela jurisprudência, pois altera a estrutura jurídica e funcional dos institutos.

---

<sup>22</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. – 2 ed. – 6. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 145.

<sup>23</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. – 20. Ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2011. p. 146.

Veja a seguir discussões do Supremo acerca de dois institutos completamente diferentes que, ao serem julgados pelo plenário, criaram várias novas regras dentro do ordenamento jurídico, produzindo uma jurisprudência fielmente ativista e legalista.

a) Primeiro caso:

Uma decisão bastante famosa e relativamente recente que demonstra claramente os efeitos ocasionados pela jurisprudência do STF é a ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF. O julgamento dessas ações oficializou a legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, conforme ilustra o trecho da emenda colacionada a seguir:

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, **pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos.** A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, **não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária**, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas (grifo nosso).

Nesse julgado o supremo consolida e reconhece os novos modelos de família e, através de uma hermenêutica criativa, amplia o conceito de entidade familiar previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal<sup>24</sup> e no art. 1.723 do Código Civil<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Art. 226, § 3º, CF/88: “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”.

<sup>25</sup> Art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.



A jurisprudência antecipou a tarefa legislativa. Não foi preciso mudar a escritura legal para que essa transformação fosse consolidada. O instituto do casamento até então se consolidava através do matrimônio, bem como a união estável só estaria constituída se fosse formada por um casal heterossexual, agora não mais.

É sobremodo importante assinalar a incidência dos efeitos dessa decisão em outros institutos do Direito Constitucional e do Direito Civil, quais sejam: (i) o vínculo que era reconhecido como sociedade de fato passa a ter o reconhecimento de entidade familiar; (ii) as ações sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo passam a tramitar nas varas de família; (iii) presunção *juris et de jure* da partilha dos bens adquiridos na constância da união; (iv) o direito à inscrição do parceiro ou parceira como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social como dependente e beneficiário de pensão; (v) o direito de adoção.

No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes a questão foi ponderada da seguinte forma:

“Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter **amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro**, as quais devem ser **minuciosamente consideradas** pelo Tribunal (grifo nosso)”.

Neste voto outros fatores puderam ser questionados, principalmente no que toca às consequências da decisão. A regulamentação dessa nova relação jurídica implicaria também no caso de aplicação de regras ao nepotismo, em relação à legislação eleitoral, e inclusive, os reflexos no âmbito penal.

A repercussão sobre esse julgamento gerou intensas críticas, contudo é preciso considerar que as polêmicas estão ligadas ao tema em si mesmo e não à interpretação constitucional realizada pela suprema corte. É preciso considerar o ângulo teórico da responsabilidade das decisões, a argumentação jurídica representada pela preocupação com a efetividade e a concretização dos direitos fundamentais.

Outra modificação recente que ocorreu no ordenamento jurídico atinente a esse julgado é a edição da resolução nº 175/2013<sup>26</sup> regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça que

---

<sup>26</sup> Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

determinou aos oficiais do registro civil a celebração obrigatória de casamentos entre homossexuais, bem como ordenou que fosse convertida a união estável em casamento nos próprios cartórios.

Após a publicação do ato normativo, o Partido Social Cristão (PSC) impetrou mandado de segurança (32077) contra o respectivo preceito legal, alegando que o CNJ extrapolou os limites de sua competência. Contudo, o Ministro Luiz Fux indeferiu o pedido, extinguindo a ação sem resolução do mérito, pois a discussão somente poderia ser levantada por meio da ação do controle de constitucionalidade abstrato.

Não quer isso dizer, entretanto, que o STF impediu a ação do poder legislativo, até porque o Ministro Ayres Brito (Relator) ressaltou no julgamento da ADI 4277 que o aresto opera por si só, mas não fecha os espaços de legiferação que podem ser propostos pelo Congresso Nacional.

#### b) Segundo caso:

Um segundo caso marcante foi o julgamento da ADI 3.999/DF e a ADI 4.086/DF que disciplinou os procedimentos de filiação partidária e da perda do cargo eletivo, modificando a estrutura funcional dos partidos políticos. Eis o teor dos julgados:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a **perda do cargo eletivo** e o processo de **justificação da desfiliação partidária**. [...] Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissociase da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. [128](#), [§ 5º](#) e [129](#), [IX](#) da [Constituição](#)). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. [2º](#), [60](#), [§ 4º](#), [III](#) da [Constituição](#)) 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. **Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo**. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como **mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária** enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente (grifo nosso)”.

As ações foram ajuizadas contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral, promovido, respectivamente, pelo Partido Social Cristão (PSC) e pelo Procurador-Geral da República. O pedido das ações se contrapunha ao processo de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

No plenário do supremo as referidas resoluções foram discutidas e chegou-se a conclusão que o instituto da fidelidade partidária é pressuposto necessário para permanência do parlamentar no cargo eletivo. Apenas os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, entendiam pela inconstitucionalidade das resoluções, ao fundamento de que não é da competência do TSE legislar sobre normas do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, cabendo-lhe somente a aplicação dos referidos diplomas legais, que não trataram da perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária.

Mesmo com os questionamentos trazidos pelos Ministros Marcos Aurélio e Eros Grau, o Supremo Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado nas duas ações, deixando sob a égide das resoluções do TSE o tratamento da fidelidade partidária, enquanto o Congresso Nacional se mantém inerte em legislar a matéria.

Este julgado provocou mudanças extraordinárias não só na estrutura funcional dos partidos políticos, mas também na história política do país, vejamos então algumas importantes modificações: (i) instituição da fidelidade partidária; (ii) desfiliação imotivada acarreta perda do mandato; (iii) o cargo passa a pertencer ao partido e não ao parlamentar ou governante; (iv) os efeitos da decisão refletem tanto no sistema proporcional quanto no sistema majoritário, o que antes era impossível; (v) notória alteração na representação da câmara dos deputados; (vi) impedimento dos partidos fisiológicos que integram a base governista continuassem incorporando desenfreadamente ex-parlamentares opositores a seus quadros; (vii) afastamento do princípio da anterioridade previsto no art. 16 da Constituição para permitir a entrada imediata em vigor da Lei 11.300/06, que estabeleceu novas regras sobre propaganda, financiamento e prestação de contas de campanha eleitoral; (viii) e, a verticalização de coligações partidárias<sup>27</sup>.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes o julgamento da ADI 3.999/DF e da ADI 4.086/DF pelo Supremo Tribunal Federal, foi uma medida bastante significativa na história republicana, que teve como maior beneficiário e interessado o cidadão-eleitor. O acórdão reafirmou a

---

<sup>27</sup> MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. *A judicialização da política e o direito eleitoral brasileiro no período 2002-2008*. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010.

questão democrática no Brasil, dando efetividade aos direitos políticos fundamentais, um imperativo de ordem e segurança jurídica<sup>28</sup>.

Verifica-se novamente neste julgado, uma tendência do Judiciário em alterar a estrutura funcional e jurídica dos institutos, e como anteriormente explicitada, essa não seria a principal finalidade do plenário, mas tão somente declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

É inevitável que essas consequências possam ser entendidas como métodos provisórios, enquanto dura o silêncio do legislador, todavia, é preciso enxergar o ângulo teórico da responsabilidade do poder judiciário sobre a criação das novas regras, pois se trata de uma atividade legítima – nos limites da ordem constitucional – e não de um movimento espúrio.

## CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a força normativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua influência na reforma dos institutos jurídicos por meio das ações do controle de constitucionalidade. Para tanto, discutiu-se os posicionamentos da doutrina referentes ao tema e, diante de breves considerações aos dois casos, verificou-se uma peculiaridade no movimento reformador do processo constitucional.

O conteúdo daquelas decisões, de certo modo, está condicionado à defesa dos direitos fundamentais individuais, mas é evidente que foi levada em consideração a garantia aos direitos fundamentais enquanto normas de proteção dos institutos jurídicos.

A par das considerações expostas no desenvolvimento deste artigo, argumentaram-se também a preocupação e a responsabilidade dos juízes com a produção científica dos tribunais em relação à modificação estrutural e funcional do sistema jurídico, detalhes estes que podem ser verificados nas leituras dos acórdãos, especificamente nos votos de cada ministro.

Na análise do primeiro caso foi verificada uma crescente reformulação no instituto da família, que teve seu conceito alterado pela própria jurisprudência (uma interpretação necessária e urgente aos olhos das minorias). Houve por bem a regulamentação de novas relações jurídicas, e ainda, a visível preocupação em equiparar os efeitos jurídicos do casamento aos da união estável, facilitando a sua conversão, como forma de assegurar os direitos e deveres decorrentes daquela instituição.

---

<sup>28</sup> MENDES, op. cit., p. 826.

Com relação ao segundo caso, foram destacadas algumas alterações ocorridas na estrutura do sistema eleitoral brasileiro, especificamente, nos partidos políticos. Após a publicação desse julgado várias inovações foram impostas ao procedimento eleitoral, onde o STF reconheceu inter-relações entre o eleitor, o partido político e o representante eleito.

Em ambos os casos foi comprovada a existência de uma linha tênue que define os limites entre a política e a justiça no mundo contemporâneo. Contudo, o caso brasileiro é especial, por causa da extensão e da quantidade de novas questões fundamentais que necessitam ser tratadas pelo judiciário. É uma tendência crescente e legítima, que não só procura dar respostas aos anseios populares, mas exige do Estado prestações jurídicas e materiais.

The objective of this work is demonstrate the importance of the e Supreme Court case law and its activist stance on reform of legal institutions, a guideline hermeneutics built through the of judicial review actions. To do so, will be a comparative brief of law analysis of these issues, by addressing the main instruments that influenced the political rule of constitutional courts, as well as the reform movement which gave the judges a significant freedom margin. Finally, it will discuss the mission of the rulers is not only to reconstruct the original sense of the norm, but combine it with the needs of the present, through a historical interpretation and objective, infusing life to the current meaning of the law.

**KEYWORDS:** Jurisprudence. Legal institutes. Judicial activism. Constitutionality Control.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.
- BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 07 de novembro de 2013.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF. Plenário. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 07 de novembro de 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.999/DF. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3999&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 07 de novembro de 2011.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- HERKENHOF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- JARDIM, Torquato Lorena. **Due process of Law e a proteção das liberdades individuais**. Ref. Inf. Legisl. Brasília, e. 19 nº 74, abr/jun 1982. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181374/000393726.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.
- MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **A judicialização da política e o direito eleitoral brasileiro no período 2002-2008**. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *et. al.* **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao Direito**. 8ª ed. ver. e atualizada - João Pessoa: Edições Linha d'água, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva 2004.
- SOUZA JR., Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. – Porto Alegre: Síntese, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 2ª ed. – 6ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.