



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

MARCELO SANTOS COUTINHO

**RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE
MODIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES NO CONTROLE
CONCENTRADO**

Dourados/MS
2021

MARCELO SANTOS COUTINHO

**RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE
MODIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES NO CONTROLE
CONCENTRADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Gassen Zaki Gebara.

**Dourados/MS
Novembro-2021**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

C871r Coutinho, Marcelo Santos

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE MODIFICAÇÃO DOS
PROVIMENTOS VINCULANTES NO CONTROLE CONCENTRADO [recurso eletrônico] /
Marcelo Santos Coutinho. -- 2022.

Arquivo em formato pdf.

Orientador: Gassen Zaki Gebara.

TCC (Graduação em Direito)-Universidade Federal da Grande Dourados, 2021.

Disponível no Repositório Institucional da UFGD em:

<https://portal.ufgd.edu.br/setor/biblioteca/repositorio>

1. Reclamação Constitucional. 2. Provimentos Vinculantes. 3. Controle de Constitucionalidade.
4. Acesso à Jurisdição Constitucional. I. Gebara, Gassen Zaki. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.

ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos vinte e quatro do mês de novembro de 2021, realizou-se em sessão pública e remota, embasada na Resolução nº 04 de 02 de fevereiro de 2021, a defesa de trabalho de conclusão de curso do aluno **Marcelo Santos Coutinho**, tendo como título “RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE MODIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES NO CONTROLE CONCENTRADO”, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal da Grande Dourados.

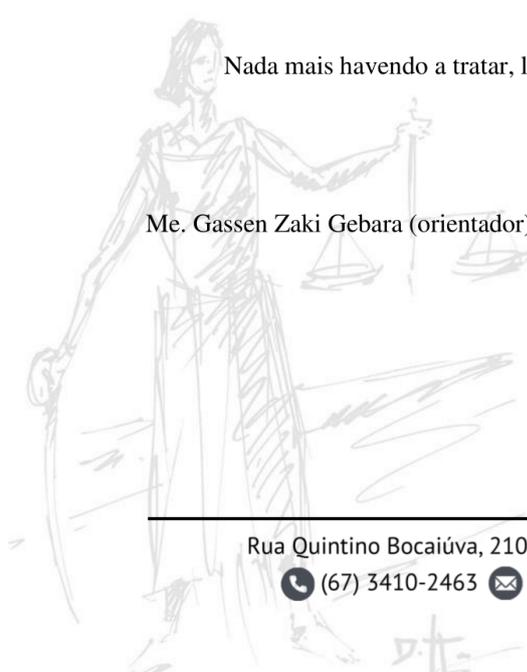
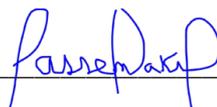
O orientador abaixo assinado atesta que o Me. Hassan Hajj (examinador) e o Dr. Arthur Ramos do Nascimento (examinador) participaram de forma remota desta defesa de Trabalho de Conclusão de Curso.

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado APROVADO.

Observações:

Nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente ata, que vai assinada pelo orientador.

Me. Gassen Zaki Gebara (orientador)



*Dedico este trabalho aos meus pais,
Selene e Osvaldo.*

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a possibilidade de modificação dos provimentos judiciais em sede de controle concentrado de constitucionalidade pela via da Reclamação Constitucional. Embora a Reclamação tenha como principal finalidade a garantia da autoridade das decisões de um Tribunal, sua utilização como meio de melhoramento ou até superação dos provimentos vinculantes no controle concentrado pode demonstrar-se adequada ao sistema processual constitucional, mormente após o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Pelo método dedutivo, serão analisados, sob o prisma processual, doutrina, legislação e jurisprudência relativa aos institutos da Jurisdição Constitucional: criação da *judicial review*, ações diretas de controle concentrado no Brasil e seus efeitos, função contramajoritária do controle de constitucionalidade, aspectos processuais da Reclamação Constitucional, assim como as diferenças e semelhanças entre o sistema *civil law* e *common law*, tudo com o objetivo de confirmar ou não a hipótese lançada. A investigação revelou a necessidade de que o uso da Reclamação tal como defendido observe rígidos requisitos inerentes ao devido processo legal constitucional e, não obstante necessite de regulamentação específica, se demonstrou hipótese compatível com o atual sistema jurídico processual brasileiro. Por fim, as conclusões demonstraram que a Reclamação Constitucional pode ser um relevante instrumento de participação popular na Jurisdição Constitucional, além de absorver a complexidade necessária para a criação de precedentes robustos, desde que admitida para revisão dos provimentos vinculantes no contexto no controle concentrado de constitucionalidade, o que traz maior previsibilidade e isonomia na aplicação do Direito, cada vez mais criado pelos Tribunais.

Palavras-chave: Reclamação Constitucional. Provimentos Vinculantes. Controle de Constitucionalidade. Acesso à Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la posibilidad de modificar las decisiones judiciales dictadas en el contexto del control concentrado de constitucionalidad a través del Reclamo Constitucional. Aunque el Reclamo Constitucional tiene como función principal la garantía de la autoridad de las decisiones de un Tribunal, su uso como recurso para mejorar o superar las decisiones vinculantes en el control concentrado puede resultar adecuado al sistema procesal constitucional, especialmente después del Código de Procedimiento Civil brasileño de 2015. A través del método deductivo se analizará la doctrina, la legislación y la jurisprudencia relativas a los institutos de la Jurisdicción Constitucional, bajo el prisma procesal: creación de revisión judicial, acciones directas de control concentrado en Brasil y sus efectos, función de contramayoría de control de constitucionalidad, aspectos procesales de Reclamación Constitucional, así como las diferencias y similitudes entre los sistemas de derecho civil y common law, todo ello con el objetivo de confirmar o no la hipótesis planteada. La investigación reveló la necesidad del uso de lo Reclamo Constitucional defendido observar estrictos requisitos inherentes al debido proceso legal constitucional y, a pesar de la necesidad de una regulación específica, se demostró una hipótesis compatible con el actual ordenamiento procesal brasileño. Finalmente, las conclusiones mostraron que el Reclamo Constitucional puede ser un instrumento relevante para la participación popular en la Jurisdicción Constitucional, además de absorber la complejidad necesaria para la creación de precedentes sólidos, siempre que sea aceptada para revisión de las provisiones vinculantes, lo que aporta mayor previsibilidad e isonomía en la aplicación del Derecho, cada vez más creado por los Tribunales.

Palabras-clave: Reclamación Constitucional. Disposiciones vinculantes. Control de constitucionalidad. Acceso a la Jurisdicción Constitucional.

“Saibam (...) que entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”

(Henri-Dominique Lacordair)

“... a autoridade não pode abusar da lei, sem esbofetear-se a si própria.”

(Machado de Assis)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
Capítulo I – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA	16
1. Nascimento da Jurisdição Constitucional: Constitucionalismo e limitação do poder	16
2. A <i>judicial review</i> e a evolução do controle de constitucionalidade frente à complexidade democrática.....	19
3. O controle judicial concentrado de constitucionalidade no Brasil.....	24
3.1. A invenção do controle concentrado de constitucionalidade	24
3.1.1. O modelo (kelseniano) do legislador negativo e sua insuficiência.....	26
3.2. Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1824 a 1969).....	31
3.3. O controle concentrado de constitucionalidade na Constituição de 1988	39
3.3.1. Ações constitucionais de controle abstrato	43
3.3.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade	43
3.3.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	44
3.3.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	47
3.3.1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	54
4. Democracia e Controle Judicial de Constitucionalidade: A questão contramajoritária.....	58
4.1. Compatibilização entre os ideais políticos: A Democracia Constitucional.....	58
4.2. Crítica contramajoritária ao Controle Judicial de Constitucionalidade	59
4.3. A função representativa da Jurisdição Constitucional e um exemplo de Controle Judicial da omissão legislativa.....	61
Capítulo II – RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: ORIGEM HISTÓRICA, NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS PROCESSUAIS.....	65
1. Origem histórica da Reclamação Constitucional	65
2. Natureza jurídica da Reclamação Constitucional	68
3. Aspectos processuais da Reclamação Constitucional	70
3.1. Procedimento da Reclamação Constitucional.....	72

Capítulo III – RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E PROVIMENTOS VINCULANTES NO CONTROLE JUDICIAL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	78
1. Porque provimentos vinculantes e não precedentes?.....	78
2. Tradições distintas: <i>civil law</i> e <i>common law</i>	80
2.1 <i>Civil Law</i>	80
2.2 <i>Common law</i>	86
2.3. Aproximação das tradições jurídicas?.....	89
3. O relatório, a fundamentação, os motivos determinantes, o dispositivo e a tese nas decisões em controle concentrado	92
4. Os provimentos vinculantes do controle abstrato de constitucionalidade e o cabimento da Reclamação Constitucional: a questão da transcendência do efeito vinculante aos motivos determinantes	95
CAÍTULO IV – RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MODIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: REFLEXIVIDADE E APRENDIZADO COGNITIVO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	102
1. O papel da Reclamação Constitucional na construção da <i>ratio decidendi</i> dos provimentos vinculantes em controle abstrato de constitucionalidade.....	102
2. Reclamação Constitucional como mecanismo de reflexividade e aprendizagem cognitiva no controle concentrado: contribuição para um sistema estável, íntegro e coerente (arts. 489, §1º e 926, CPC)	108
3. Requisitos para modificação de provimento vinculante em controle concentrado no julgamento da Reclamação Constitucional: necessária observância do devido processo legal constitucional	115
CONCLUSÕES ARTICULADAS	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

INTRODUÇÃO

O intuito da presente pesquisa é examinar a possibilidade de cabimento da Reclamação Constitucional para modificação das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. A pesquisa busca examinar os aspectos estritamente processuais relacionados à hipótese. No decorrer do trabalho serão analisados diversos institutos ligados à conformação da Reclamação Constitucional no sistema judicial de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro: desde o nascimento da Jurisdição Constitucional e seu restrito acesso até à abertura democrática consubstanciada no amplo rol de legitimados do art. 103 da CF e na participação social no controle concentrado via *amicus curiae* e audiências públicas.

No desenvolvimento histórico do sistema judicial de controle de constitucionalidade fica muito claro que se trata, ainda hoje, de um dos ambientes menos democráticos e abertos à participação popular, especialmente rígido no que diz respeito à possibilidade de rediscussão das matérias ali decididas. Daí decorre a necessidade de utilização de instrumentos que aumentem a reflexividade e incrementem complexidade às decisões prolatadas em sede de controle concentrado, já que este aspecto da Jurisdição Constitucional tem se demonstrado lócus de discussão das questões mais sensíveis e importantes para a sociedade brasileira, como fica demonstrado nos diversos exemplos tratados ao longo deste trabalho.

Como um instrumento da democracia, o controle judicial concentrado de constitucionalidade deve avançar juntamente com a alta complexidade da sociedade democrática contemporânea, proporcionando abertura para a maior participação popular e logo, conferido maior legitimidade às decisões, o que ocorre por meio da participação do cidadão na criação dos precedentes a que se submeterá posteriormente. São, portanto, duas as características da Reclamação Constitucional que lhe conferem a potencialidade de representar esse instrumento democrático de participação na Jurisdição Constitucional: (i) capacidade de induzir reflexão quanto a matérias já decididas e (ii) capacidade de criar complexidade interna na formulação das decisões, reduzindo a complexidade externa, qual seja, na aplicação do provimento vinculante.

Nesta linha, o professor Daniel Innerarity aponta que a principal ameaça à democracia contemporânea não é a violência, a corrupção ou a ineficiência dos governos e instituições, mas sim a simplicidade, aponta o filósofo no livro "*Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI*", que são nas respostas binárias e nas simplificações que se escondem o principal inimigo da democracia: negar o fato de que a realidade da sociedade do século XXI é altamente complexa, e os conceitos políticos formulados para sociedades relativamente simples não mais são capazes de resolver grande parte dos nossos problemas. Negar os conflitos inerentes ao grau de difusão da sociedade contemporânea e oferecer uma resposta simples e homogeneizante para os complexos problemas que

ela se defronta é adotar a posição autocrática daqueles que não toleram a heterogeneidade e a plurissignificação do mundo, são assim, incapazes de reconhecer a conflitividade social.¹

As nossas instituições políticas e jurídicas não acompanharam a revolução científica pela qual o mundo operou, a modernidade fulcrou-se no domínio da emoção pela razão, na concepção de mundo matematizada, com suas respectivas teorias baseadas numa concepção mecânica do mundo, Innerarity demonstra, como, por exemplo, a teoria dos freios e contrapesos (que busca um equilíbrio linear e mecânico), ficou superada, criticando a ideia de que, numa democracia, possa haver a perfeita harmonia na distribuição dos Poderes. Este é só um exemplo de como devem ser desenvolvidos institutos jurídicos que acompanhem essa complexidade. Innerarity ensina que em sociedades relativamente simples, o modelo até então vigente forneceu respostas capazes de debelar os problemas relativamente simples ali enfrentados, porém, o quadro agora é outro. A evolução da tecnologia (digitalização e robotização da vida por meio da inteligência artificial), mudanças climáticas globais, advento de múltiplos subgrupos sociais cada qual com sua linguagem e valores, colocam novos desafios que exigem a atualização dos nossos conceitos políticos e jurídicos.²

Nesse contexto, dois valores caros à sociedade parecem aparentemente conflitar: a legitimidade e a eficiência. Ao passo que a sociedade contemporânea exige eficiência (a superaceleração da vida já não combina com os procedimentos clássicos das democracias constitucionais), tem-se uma valorização de formas de tomadas de decisões mais rápidas e eficientes, o que necessariamente exclui um debate exaustivo e amplamente participativo, fato que diminui a legitimidade democrática dessas decisões. É por isso que, tanto ignorar a complexidade oferecendo respostas populistas, quanto o isolamento em critérios técnicos sem diálogo com a sociedade, são caminhos errados para produção de decisões, sejam políticas ou jurídicas. Em ambos os casos (populismo de um lado e tecnocracia de outro) há uma lesão tanto da democracia (legitimidade) quanto da eficiência.

Essa debilidade política e jurídica de oferecer respostas adequadas aos problemas de nosso tempo gera falta de confiança, negativismo dos eleitores e oportunismo de agentes políticos, dificultando o controle democrático das decisões, já que o procedimento (forma) é deixado de lado na busca por resultados. Assim, aos poucos, pouco vai importando se determinadas decisões respeitam ou não às regras do jogo, o que se espera são seus resultados sejam bons, e obviamente que um bom resultado para determinado grupo pode não o ser para outro. É por isso que decisões centralizadas não são

¹ INNERARITY, Daniel. *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI*. Galaxia Gutenberg, 2020. p. 9.

² “As novas questões, postas pelas manipulações genéticas, pela reprodução assistida, pela energia nuclear, pelas agressões ao meio ambiente, pelo desenvolvimento da cibernética, configuram ‘situações problemas’ cujos limites não poderão ser decididos internamente, mas deverão ser resultantes de escolhas ético-político-jurídicas da sociedade.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 61).

suficientes³, é preciso reconhecer que um decreto da Presidência da República, uma lei aprovada pelo Parlamento ou um acórdão proferido pelo STF não tem estrutura, para, isoladamente, processar a riqueza de elementos, valores, informações e inteligências distribuídas em uma sociedade complexa. Pode-se concluir que, quanto mais complexidade interna (no momento de formulação da decisão) menor a complexidade externa. (no momento de aplicação da decisão). Essa conclusão é muito importante para adequada compreensão do proposto no presente trabalho.

O que se coloca não é o abandono da democracia representativa nem das instituições jurídicas basilares do nosso sistema, mas sim considerar que o paradigma da complexidade no qual está inserido o Estado constitucional contemporâneo exige atualização, sem, no entanto, abrir mão dos direitos e garantias arduamente conquistados. O que se exige é o desenvolvimento de mecanismos mais flexíveis e compatíveis com a hipercomplexidade, já que é por meio dos procedimentos e das normas que a cidadania fiscaliza todas as decisões estatais: a violação do procedimento e das regras democráticas previstas, mesmo em tempos de crise, é que colocam em risco a própria democracia. O elemento democrático mais importante são os mecanismos de controle, sem controle popular não há legitimidade democrática.

Se demonstra necessário aumentar a complexidade dos processos de decisão, dos mecanismos de controle e de fiscalização, se faz superar a visão mecanicista de previsibilidade e causalidade (digase: segurança jurídica, social), pois a sociedade contemporânea é entrópica, não há condição de mínima previsibilidade e controle dos riscos se a teoria do Direito ainda se fulcra em paradigmas filosóficos ultrapassados. As respostas binárias, tal como as decisões judiciais (procedente/improcedente), em diversas ocasiões não pacificam o conflito, ao contrário, criam outro conflito de proporção maior (*backlash*, seja no campo legislativo, jurídico ou cultural).

O Direito, que tem como função oficial a ordenação social, acaba por sempre estar um passo atrás da própria sociedade, já que esta avança hoje na velocidade tecnológica da informação digital, enquanto o Direito ainda necessita de reflexão e institutos secularmente elaborados que estão em constante questionamento e adaptação ao denominado mundo pós-moderno.⁴ Uma questão se coloca: como o Direito vai enfrentar as complexidades da sociedade contemporânea, na qual o desgaste da representação política desloca ao Poder Judiciário demandas da sociedade que transbordam os mecanismos de solução que estão à disposição de uma instituição que tem a função de julgar o passado, e

³ INNERARITY, Daniel. *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI*, op. cit., p. 17.

⁴"[...] característica da pós-modernidade, a hipercomplexidade, no caso, a multiplicidade de grupos sociais, justapostos uns aos outros, dentro da mesma sociedade, cada grupo querendo uma lei especial para si, quebra a permanente tendência à unidade – ao "sistema" – do mundo do direito. E aquelas ideias tão elevadas e tão úteis de que a lei é geral, não faz acepção de pessoas e apanha a todos sem distinção? O que há de ser, se cada grupo pretender uma lei para si? [...] Quando se passa ao Poder Judiciário e se sustenta que o juiz deve atender a cada caso concreto, que sentido tem lutar por um texto abstrato, o texto da lei?" (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O direito pós-moderno*. Revista USP, São Paulo, n. 42. p. 96-101, junho/agosto 199, p. 96-7).

não criar o futuro? Esta pergunta não será respondida neste trabalho e nem poderia, a contribuição proposta é no sentido de vislumbrar-se na Reclamação Constitucional um instrumento para aumentar a complexidade interna na Jurisdição Constitucional, condição necessária para resolução das complexidades externas (sociais). Isso somente é possível se a Reclamação Constitucional foi aceita como meio de modificação dos provimentos vinculantes em controle concentrado de constitucionalidade, como será demonstrado.

Para tanto, foi elaborado o seguinte plano de trabalho, espelhado nos capítulos da pesquisa: o primeiro capítulo trata da Jurisdição Constitucional, controle de constitucionalidade e democracia, este capítulo tem a função de ser uma base para o desenvolvimento dos demais tópicos e capítulos, trata do nascimento da Jurisdição Constitucional, do movimento denominado constitucionalismo e sua principal contribuição: a limitação do poder. Será demonstrado que a criação da *judicial review* teve como fundamento adaptar o sistema à própria democracia, assim como a criação e o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade no Brasil avançou de um sistema fechado e com único legitimado, o Procurador-Geral da República, para um sistema de ampla participação social, mas ainda muito fechado no que diz respeito ao momento de construção da decisão. Será tratado ainda no primeiro capítulo das funções contramajoritária e representativa que a Jurisdição Constitucional exerce, seus limites e compatibilidade com a participação popular por meio da Reclamação Constitucional.

No segundo capítulo é destinado aos aspectos processuais da Reclamação, sua origem histórica, sua natureza jurídica, seus pressupostos e requisitos, os principais aspectos processuais no contexto do controle concentrado de constitucionalidade e por fim o procedimento da Reclamação. Este capítulo destina-se a delimitar um dos objetos do trabalho: a Reclamação Constitucional e seu procedimento, essas informações são relevantes para a adequada compreensão do terceiro capítulo.

O terceiro capítulo aprofunda a análise da Reclamação Constitucional, todavia com o filtro do controle judicial concentrado de constitucionalidade, serão analisadas aqui as diferenças e semelhanças entre o sistema *civil law e common law*, com o fito de demonstrar que no Brasil não se tem um sistema de precedentes propriamente dito, mas um sistema de provimentos legalmente vinculantes, neste contexto as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, pelo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, representam os provimentos com maior carga de vinculação. Neste capítulo serão estudados ainda o papel do relatório, da fundamentação, dos motivos determinantes, do dispositivo e da tese nas decisões em controle concentrado, por fim, o último tópico do capítulo tratará da celeuma relativa à transcendência do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão.

O quarto capítulo destina-se às conclusões do trabalho, a partir de tudo que foi exposto anteriormente se analisará o papel da Reclamação Constitucional na construção da *ratio decidendi* das

decisões em controle concentrado e a Reclamação Constitucional como mecanismo de reflexividade e aprendizagem cognitiva no controle concentrado, a reflexividade e aprendizagem cognitiva se apresentam como a possibilidade de, por meio da Reclamação, haver revisão ou melhoramento dos provimentos vinculantes no controle concentrado. O último tópico do capítulo apresenta os requisitos para modificação dos provimentos vinculantes em controle concentrado de constitucionalidade no julgamento da Reclamação Constitucional, o que se resume na necessária observância do devido processo legal constitucional e seus desdobramentos.

Ao fim, serão apresentadas as conclusões articuladas a partir do encadeamento lógico dos principais pontos dos capítulos e tópicos apresentados.

Capítulo I – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

1. Nascimento da Jurisdição Constitucional: Constitucionalismo e limitação do poder

A jurisdição constitucional nasce no contexto das revoluções burguesas (séculos XVII e XVIII). Juntamente com o constitucionalismo, é obra de um movimento político e filosófico que buscou colocar limites no modelo de Estado absolutista. É na ideia de limitação do poder que surge o constitucionalismo, condição de possibilidade para jurisdição constitucional. A Constituição, como instituição político-jurídica - nesse contexto com aspecto político muito mais forte que o jurídico -, se manifesta como uma exigência para limitação e racionalização do poder real absoluto, que passa então a curvar-se aos interesses da nova classe dominante: a burguesia.⁵

O monarca, no período medieval, dividia o poder apenas com a igreja, sua legitimação vinha diretamente de Deus e por isso suas decisões eram inquestionáveis. A decisão judicial não tinha sua validade atrelada ao fato de ser prolatada por um juiz imparcial e independente, de acordo com o direito vigente, ao contrário, sua validade decorria da autoridade do soberano. O rei estava no ápice do sistema jurídico existente.⁶ Não obstante esse poder soberano irrecusável, como explica Nelson Saldanha, havia, ainda assim, um esboço do que poderia ser chamado de constitucionalismo medieval, já que “nas concepções medievais já havia certa noção de limitação de poder, sempre compartilhado, naquele período, entre imperador e papa, entre reis e senhores, e controlado aqui e ali por cortes e parlamentos.”⁷

Embora nesse período histórico não houvesse um governo forte, capaz de impor o Direito às classes dominantes, isso não significava que não haviam limitações recíprocas ao exercício do poder. Leo Huberman, analisando o sistema feudal, anota, por exemplo, que a posse da terra não significava que o senhor pudesse fazer dela o que bem entendesse, ao contrário, a posse implicava deveres que tinham que ser cumpridos, caso contrário a terra seria tomada.⁸ Ainda no contexto de limitação do

⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4ª ed. Revista, ampliada e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 16.

⁶ “Enquanto membros do Executivo, não se conferia aos magistrados Independência judicial. Juizes eram instrumentos do soberano, faziam-no em nome do soberano. Cogitar um Judiciário independente só se tornou possível após o surgimento o Iluminismo, que lançou críticas contundentes ao absolutismo. Na perspectiva jurídica, uma transformação foi crucial: a prevalência do jusracionalismo sobre o jusnaturalismo religioso, com a conseqüente derrocada da noção de que o soberano era o escolhido de Deus para reinar sobre os homens.” (ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 226).

⁷ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Renovar, 2000, p. 36.

⁸ “As obrigações que os servos tinham para com os senhores, e as que o senhor devia ao servo – por exemplo, proteção em caso de guerra – eram todas estabelecidas e praticadas de acordo com o costume. Acontecia, sem dúvida, que às vezes o costume era transgredido, tal como, hoje em dia, as leis. Uma briga entre dois servos seria resolvida no tribunal do senhor – de acordo com o costume. Uma briga entre servo e senhor tendia sempre a ser solucionada favoravelmente ao senhor, já que este podia ser o juiz da disputa. Não obstante, houve casos em que um senhor, que frequentemente violava

poder na idade média, a *Magna Carta Libertatum* (1215), é um dos documentos mais importantes para surgimento do constitucionalismo, simbolizou um contrato de limitação do poder político Real em benefício de outros segmentos sociais. Juntamente com outros documentos, a exemplo da *Petition of Rights* (1627), do *Habeas Corpus Act* (1679) e do *Bill of Rights* (1688), a *Magna Carta* contribuiu para construção do que posteriormente será chamado de movimento constitucionalizador.⁹⁻¹⁰

Porém, somente no final do século XVII que essa fase embrionária do constitucionalismo foi superada, na chamada Revolução Gloriosa (1688) foram lançadas as bases do liberalismo político, o ideal era limitar o governo pelo jusnaturalismo racionalista, os direitos individuais eram tidos como direitos naturais, anteriores ao Estado, de feição defensiva. A forma de impor limitação ao Estado em respeito aos direitos individuais, é subordinando-o à lei feita pelo parlamento. O Estado é visto nessa fase como inimigo das liberdades do cidadão, violador de direitos naturais, por isso pode-se dizer que o Estado Liberal se funda na ideia de Estado mínimo, exatamente para combater o Estado absolutista, que era um “Estado máximo”.¹¹ A síntese desse grande movimento de substituição do Estado absolutista para o Estado constitucional é a Constituição norte-americana de 1787.

Ao contrário do que ocorreria após a segunda guerra mundial, até então não havia que se falar em supremacia da Constituição, a supremacia era do Parlamento, a legitimidade que antes estava no poder divino, transferido para o poder Real, agora passa a se fundamentar numa ficção: o contrato social. Herança da Revolução Francesa de 1789, o legalismo, base das teorias contratualista, implicou na substituição do monarca pela lei, abstrata, genérica e produzida pelo Legislativo. A soma desses

os costumes, era chamado a se explicar, por sua vez, a seu senhor imediato. Esse fato se verificava particularmente na Inglaterra, onde os camponeses podiam ser ouvidos no tribunal real.” (HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Zahar Editores, 1981, p. 10).

⁹ “A primeira versão do Estado moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, por meio da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração da Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787. Há, desse modo, um movimento constitucionalizador (Canotilho) que gerará aquilo que contemporaneamente ficou conhecido como “a Constituição de um país”. [...] O constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental, apta a limitar o poder, porém, mais do que isso, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas. O Constitucionalismo é, assim, um movimento que objetiva colocar limites no político. E essa limitação assume diferentes matizes, chegando ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1).

¹⁰ Sobre o movimento constitucionalizador, Canotilho anota que “designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direito.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378).

¹¹ Posteriormente se verificou que o excesso de liberalismo de cunho patrimonialista, com a hipertrofia do direito de propriedade e liberdade sobre outros direitos, gerou uma enorme desigualdade social, já que essa liberdade era apenas formal e usufruída por pequena parcela da sociedade, gerando a necessidade de uma nova concepção de Estado: o Estado social. (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10º ed. Malheiros, 1996, *passim*).

fatores (combate ao Estado máximo, legalismo e contratualismo) minam de vez o Estado absolutista e fincam a independência do Judiciário frente aos outros poderes políticos, isto porque, somente com um Poder Judiciário independente da política é que as leis poderiam ser aplicadas de norma isonômica.

A lei passa a representar um ideal: a vontade geral do povo (art. 6º da Declaração de Direitos do Homem de 1789), e isso significou que os juízes podiam controlar os atos da Administração quando contrários ao Direito. É a gênese da autonomia do Direito. Até então o direito não tinha autonomia, era a vontade do soberano e não o próprio Direito que prevalecia.¹² Ainda assim, o controle efetuado pelo judiciário era apenas de legalidade, nesse estado primitivo do desenvolvimento do constitucionalismo e da Jurisdição Constitucional, não havia espaço para o controle de constitucionalidade, tal como conhecido hoje. A expressão da vontade da maioria por meio da lei, formalizada pelo Parlamento, não deixa espaço para contestar a legislação em face da Constituição, esta, na verdade, seria mais um documento meramente declaratório de direitos naturais que uma norma vinculante, a Constituição não era vista como uma norma com força normativa como as demais leis emanadas do Parlamento, o Código Civil era a norma nuclear dos ordenamentos jurídicos, isso era natural pelo fato de que os ideais do liberalismo fulcravam-se em dois direitos principais: a liberdade e a propriedade.¹³

Gustavo Binjenbojm explica que, no campo das instituições jurídico-políticas, foi Emmanuel Joseph Seiyés que antecipou a necessidade de uma Jurisdição Constitucional que garanta a supremacia da Constituição através do controle de constitucionalidade das leis. Seiyés, conforme registra Binjenbojm, sustentou durante a Revolução Francesa que a obediência à Constituição não poderia depender da boa vontade do Poder Legislativo, cabendo a um Tribunal Constitucional excluir do ordenamento jurídico excessos cometidos por maiorias irresponsáveis, cuja vontade não poderia se sobrepor à Constituição.¹⁴

Em linhas gerais, está é a gênese da Jurisdição Constitucional, todos esses elementos citados: (i) substituição do monarca pelo Direito, (ii) secularização do Direito pelo contratualismo e (iii) legalidade pós Revolução Francesa, levam concomitantemente à consolidação da autonomia do Direito frente à política e também à necessidade de garantir a supremacia da Constituição, o que ocorre com a noção de “*judicial review of legislation*” nos Estados Unidos, tema do próximo tópico.

¹² ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 227-8.

¹³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 18.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 24.

2. A *judicial review* e a evolução do controle de constitucionalidade frente à complexidade democrática

A supremacia do Parlamento, conquista da Revolução Gloriosa, cedeu espaço à supremacia da Constituição a partir do controle de constitucionalidade das leis, cujo nascimento se remonta ao célebre caso *William Marbury vs. James Madison* julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. De maneira simplificada, nesse caso decidiu-se que, "ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode mudá-la ao seu gosto através de lei ordinária."¹⁵

Embora a Constituição Norte Americana de 1787 não tivesse previsão expressa da possibilidade de controle de constitucionalidade, nos debates quanto à sua ratificação houve discussão intensa sobre a temática, especialmente no conjunto de ensaios denominado "O Federalista", escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados na imprensa de Nova York, há uma clássica passagem de Hamilton que demonstra um prenúncio da afirmação da Jurisdição Constitucional, o que posteriormente seria confirmado pela decisão da Suprema Corte:

"A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. Esta conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Significa, tão somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira."¹⁶

Mesmo que o texto da Constituição não tivesse essa previsão, é fato que quando a decisão do caso *Marbury vs. Madison* foi proferida, já havia um certo amadurecimento da ideia do controle de constitucionalidade. Todavia, o contexto político do caso somado a estratégia de John Marshall para uma decisão totalmente favorável ao então Presidente Thomas Jefferson, que fez com que o precedente se tornasse paradigmático¹⁷. O precedente do caso *Marbury vs Madison* é tão importante, que inspirou, inclusive, a internalização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil através da Constituição de 1891. O caso ocorre no contexto da eleição do Presidente Republicano Thomas Jefferson. Os federalistas já desgastados e após perder a eleição resolveram manter seu poder político,

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 13ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 247.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional, op. cit.*, p. 248.

¹⁷ Gustavo Binbenbojm explica que a conjuntura política e a solução estratégica encontrada por Marshall para assegurar os princípios do *judicial review of legislation* singularizam a sua decisão, que chega a ser considerada a mais célebre decisão judicial de todos os tempos. (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização, op. cit.*, p. 29).

aprovando uma lei do Poder Judiciário (*judiciary act* de 1789) que criava diversos Tribunais em vários pontos do país.¹⁸

John Adams, Presidente federalista, ficaria no cargo até a posse de Thomas Jefferson em 1801, aproveitou então para criar também cargos de juízes de paz, e precisava nomear todos os juízes o mais rápido possível, pois o termo final de seu mandato se aproximava. Neste intervalo vagou o cargo de Presidente da Suprema Corte, sendo que John Adams indicou seu próprio secretário de Estado, John Marshall, para o cargo de Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Chief Justice*). Ocorre que, a pedido de Adams, Marshall exerceu o cargo de secretário até a posse de Jefferson, cabendo a Marshall nomear os novos juízes e designá-los para exercer o novo cargo.¹⁹

Dentre esses novos juízes nomeados estava William Marbury, que mesmo com sua nomeação já aprovada pelo Congresso não foi designado para o cargo, acabou sendo esquecido em meio à velocidade dos eventos políticos: seu nome seria designado no último dia de governo do Federalista Adams, mas por algum motivo não foi.

Os Republicanos então chegaram ao poder com especial irritação pela lei do Judiciário (*Judiciary Act* de 1789) aprovada pelos Federalistas. Thomas Jefferson nomeou para ser seu Secretário de Estado James Madison e vedou a condução do juiz nomeado Marbury para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. Marbury, entendendo que a Suprema Corte deveria obrigar que o executivo o diplomasse para o cargo juiz de paz, já que foi nomeado pelo então Presidente e teve sua nomeação aprovada pelo Congresso, resolve processar o Secretário de Estado James Madison. Utilizou-se de uma ação chamada *writ of mandamus*, criada por uma lei ordinária 1789 – o já referido *Judiciary Act* –, agitando mais ainda um contexto político já desgastado.²⁰

Após dois anos de demora a Suprema Corte julgou o caso, de maneira astuta e ignorando aspectos fáticos que poderiam levar a um resultado diferente, como por exemplo o fato de Marshall ter sido Secretário de Estado quando da nomeação da parte no processo, a decisão histórica reconheceu a supremacia do Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo.

¹⁸ “Ciente de que perdera o pleito e ainda na condição do governo, Adams, aliado ao Congresso com o qual governou nos últimos dois anos de mandato, promoveu uma série de reformas. Dentre essas, é possível citar a criação de 10 novas cortes distritais e o aumento do número de tribunais federais de 3 para 6, com o consequente aumento dos cargos de juízes; (ii) a concessão ao presidente, com aprovação do Congresso, do poder de nomear juízes federais e juízes de paz; e, por fim, (iii) a redução do número de juízes da Suprema Corte de 06 para 05, retirada a possibilidade de o novo presidente nomear um novo justice para o órgão. A manobra intitulada *Midnight Judges Act*, teve um claro objetivo: manter a influência do partido federalista nos Estados Unidos por meio do aparelhamento de cargos estratégicos no Poder Judiciário.” (ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 233).

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 14ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 50.

²⁰ “Marbury ingressou no governo democrata-republicano capitaneado por Thomas Jefferson em situação sobremaneira precária: nada obstante a nomeação do ex-presidente, o diploma, atribuidor ao ato presidencial qualidade jurídicas, não fora lavrado pela autoridade competente (o secretário de justiça). Dessarte, com assento num ato do Congresso, Marbury impetrou ação judicial diretamente na Suprema Corte pleiteando a entrega do diploma de nomeação apto a lhe assegurar o exercício do cargo, uma vez que o novo secretário de Estado, James Madison, negava-se a fazê-lo.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 40).

Marshall afirmou que a retenção do título necessário para posse de Marbury era imprópria, mas negou a este a ordem impetrada. Isso porque o *writ* de que Marbury se valera havia sido incluído na lista dos temas de competência originária da Suprema Corte por lei ordinária. Segundo Marshall, a competência originária da Suprema Corte estava fixada pela Constituição, não podendo ser alargada por diploma infraconstitucional. A lei, portanto, entrou em atrito com o Texto Magno. Desenvolveu-se judicialmente a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la.²¹ Foi uma questão de inconstitucionalidade formal, um vício de competência legislativa que está na base de um dos precedentes mais importantes para o constitucionalismo.

Sem adentrar no mérito da questão, Marshall resolveu o caso por uma questão preliminar, ou seja, embora tenha declarado o acerto da ação impetrada – *writ of mandamus* –, asseverou que a Suprema Corte não poderia julgar o mérito do processo, pois a lei em que se baseava o direito tinha vício de inconstitucionalidade desde a origem, isto porque, como já dito, o ato parlamentar inseriu na competência originária da Corte *writs* cuja previsão não estava na Constituição.²²

Embora Marbury tivesse legalmente o direito a ser nomeado, o Tribunal não o concedeu porque a Seção 13 da Lei do Judiciário de 1789 conflitava com o Artigo III, Seção 2 da Constituição dos Estados Unidos e, portanto, era nula e sem efeito. O Tribunal considerou que a recusa de Madison em designar Marbury era ilegal, mas não ordenou que Madison o designasse por meio do *writ*, de natureza jurídica semelhante ao mandado de segurança. Em vez disso, o Tribunal considerou que a disposição do Ato do Judiciário de 1789 que permitia a Marbury levar sua reclamação ao Supremo Tribunal era inconstitucional, uma vez que pretendia estender a jurisdição original do Tribunal além do estabelecido pelo Artigo III, Seção 2.²³

Marshall explicou em sua decisão que o *writ* era ação adequada para buscar o direito pleiteado, mas concluiu que a Corte não poderia dar procedência à ação. Marshall argumentou que a Lei do Judiciário de 1789 entrava em conflito com a Constituição. O Congresso não tinha poderes para modificar a Constituição por meio de legislação regular porque a cláusula de supremacia coloca a Constituição antes das leis. Ao fazê-lo, o juiz da Suprema Corte, Marshall, estabeleceu o princípio da revisão judicial, ou seja, o poder de declarar uma lei inconstitucional.

Comentando a histórica decisão, João Carlos Souto explica que

“Se a decisão fosse para dar posse a Marbury, o presidente Thomas Jefferson, que era contrário ao controle de constitucionalidade, não iria cumpri-la. Já tinha dado sinais muito claros disso. Se Marshall dissesse que a Suprema Corte não era competente para tratar o caso porque essa competência não estava explícita na Constituição, seria a desmoralização para o Judiciário e provocaria um atraso de, pelo menos, 100 anos

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 52.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 41. ABBoud, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 236 e BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 31.

²³ *Marbury v. Madison*. "Oyez, www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137. Acessado em 3 de julho de 2021.

na consolidação do controle de constitucionalidade. Resumidamente, ele decidiu que a lei que deu competência à Suprema Corte para conhecer daquela ação era inconstitucional. Assim, aplicou o controle de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, pôs fim a uma grave crise. Foi uma jogada de mestre porque Jefferson, terceiro presidente norte-americano, não queria dar posse aos chamados *midnight judges*, que tinham sido nomeados no apagar das luzes da gestão anterior, do John Adams. Essa decisão é a certidão de nascimento do controle de constitucionalidade.”²⁴

Inaugura-se, assim, a *Judicial Review of Legislation*, que alterou profundamente o constitucionalismo, transformando a Constituição em principal fonte do Direito. Pode-se dizer que, a partir da decisão, os Estados Unidos tiveram a primeira Constituição rígida da história, em oposição às Constituições flexíveis, já que a Suprema Corte confirmou a necessidade de processo especial para modificação do texto constitucional, não podendo ser alterado pela legislação ordinária.

Sinteticamente foram três as principais contribuições do modelo americano de controle de constitucionalidade: (i) a Constituição escrita passa a ser vista como lei fundamental²⁵; (ii) todo e qualquer juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, que se mostre contrária ao texto constitucional e (iii) lei inconstitucional é nula, o judiciário apenas declara essa situação jurídica e, portanto, os efeitos da decisão são retroativos (*ex tunc*).

No sistema *common law* a decisão da Suprema Corte nos casos concretos vincula todos os juízes e Tribunais, o *stare decisis*, por meio dos precedentes, estabelece a força vinculante dessas decisões trazendo harmonia e segurança ao sistema judicial. Já nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, o sistema americano de controle de constitucionalidade (*judicial review*) se mostrou problemático, pois para que a decisão em controle difuso tenha força vinculante é necessária suspensão do dispositivo legal pelo Senado Federal (art. 52, X, CF), tendo o controle judicial concentrado apresentado maior efetividade.

No Brasil é evidente que as ações diretas acabaram por retirar a efetividade do controle difuso, houve esforços no sentido da objetivação do controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários com o advento da Repercussão Geral (EC 45/2004), cuja tese fixada tem força vinculante. Há, nessa toada, uma discussão acerca da mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, de modo que mesmo em casos concretos a decisão do Supremo Tribunal Federal já teria eficácia vinculante, cabendo ao Senado Federal apenas dar publicidade a decisão.²⁶

O controle concentrado de constitucionalidade se mostrou mais adequado para o Brasil, mas de todo modo, a percepção é de que com o decorrer do tempo, a Jurisdição Constitucional, assim

²⁴ <https://www.conjur.com.br/2021-jul-03/entrevista-joao-carlos-souto-estudioso-constitucionalismo-eua>. Acesso em 3.7.2021.

²⁵ “Pode-se afirmar, assim, que a partir de 1803, tem-se por construída a ideia da Constituição como regra jurídica. Portanto, o caso *Marbury vs. Madison* tem como grande inovação consagrar a Constituição com o caráter de normatividade e instituir um modelo de jurisdição constitucional que se ocupava primordialmente da sua defesa.” (ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 237).

²⁶ Sobre a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, cf., por todos: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1299-1307.

como o Direito, foi se transformando e absorvendo a complexidade da sociedade, e, embora nunca tenha conseguido alcançá-la, deve continuar empreender esforços nesse sentido – para reduzir a distância entre a sociedade e o Direito -, sob pena de cair na inefetividade. Um exemplo de adaptação e absorção de complexidade no âmbito da Jurisdição Constitucional foi a substituição do modelo de supremacia do Parlamento, representante das classes dominantes, para um modelo de supremacia da Constituição, que representa a vontade suprema do povo.

Essa alteração do mero controle de legalidade para um duplo controle, também de constitucionalidade representou um avanço para a garantia de Direitos frente às maiorias que dominavam o processo político. Porém, a princípio, a Jurisdição Constitucional fazia o controle de constitucionalidade no aspecto meramente formal, isto é, bastava uma verificação de compatibilidade formal entre as leis e o texto da Constituição, não se falava até então em controle das omissões ou em técnicas como o apelo ao legislador, a interpretação conforme, arguição de nulidade sem redução de texto ou a utilização e efeitos aditivos nas decisões, tais evoluções no âmbito da Jurisdição Constitucional se deram posteriormente, em especial após a 2ª Guerra Mundial, quando verificou-se que o Estado de Direito formal não foi suficiente para barrar as atrocidades do nazifascismo.²⁷

Dessa forma, para absorver a complexidade das sociedades democráticas pós segunda guerra, a Jurisdição Constitucional deve que desenvolver um controle material de constitucionalidade, pautado nos valores civilizatórios que foram violados sem que o poder Judiciário pudesse dar qualquer resposta efetiva aos abusos, que embora pautados em uma legalidade autoritária, violavam o texto das Constituições.

É nesse sentido que se associa Jurisdição Constitucional com a autonomia do Direito, pois fica demonstrado no avançar histórico que a vocação desse instrumento do constitucionalismo contemporâneo é a limitação do poder. A garantia da Constituição é uma Jurisdição Constitucional forte, e para tanto, deve ser o lócus de proteção da autonomia do próprio Direito, daí imprescindibilidade de que os atores da Jurisdição Constitucional atuem dentro dos limites da legalidade constitucional, sob pena de transforma-se em espaço de violação da legalidade e da própria democracia, pois é na Jurisdição Constitucional que está a palavra final sobre o que é ou não constitucional. A legitimidade

²⁷ “O recrudescimento da complexidade social e governamental, com o passar dos anos, diretamente impõe ao direito a necessidade de se desenvolver para absorver uma complexidade cada vez mais heterogênea e mutável. Para atingir tal desiderato, e não se afundar em obsolescência, o direito precisa desenvolver novos conceitos, paradigmas, fontes e funcionalidades, afim de se tornar mais apto a tratar a complexidade crescente. [...] Justamente para responder às demandas exurgidas na sociedade do Segundo Pós-Guerra, os Estados adotaram novas Constituições, repletas de princípios munidos de força normativa e direitos fundamentais oponíveis à maioria, cuja aplicação exigia um modelo hermenêutico muito diverso daquele anteriormente existente e cuja efetivação impunha à Jurisdição Constitucional o desempenho de novas funções, de cunho, inclusive para-legislativo (e.g., decisões aditivas), para muito além daquela que lhe fora atribuída quando de seu surgimento (i.e., legislação negativa).” (ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 202-203).

da Jurisdição Constitucional está diretamente ligada a ideia de proteção da democracia e, como visto, este foi o fundamento do seu nascimento.

A análise do controle judicial de constitucionalidade se mostra necessária para compreender que este é um espaço da Jurisdição Constitucional que apresenta uma certa tensão com ideia de democracia, daí a relevância do desenvolvimento de mecanismos democráticos de maior participação, tal como a possibilidade do manejo da Reclamação Constitucional para modificação dessas decisões. Os tópicos a baixo demonstrarão que o controle de constitucionalidade sempre foi reservado às elites, nunca foi um espaço de debate popular, tanto que somente com a Constituição de 1988 é que a legitimidade para provocar o controle foi um pouco mais democratizada. Esta percepção é importante para que se avance e se compreenda a importância da tese aqui defendida.

3. O controle judicial concentrado de constitucionalidade no Brasil

3.1. A invenção do controle concentrado de constitucionalidade

A supremacia da Constituição, como visto, depende do controle de constitucionalidade das leis, é por isso que as Constituições rígidas dispõem da técnica do controle de constitucionalidade, que representa uma das faces mais relevantes da Jurisdição Constitucional. Ensina José Afonso da Silva que no mundo há três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, no qual o próprio poder legislativo realiza o controle; o jurisdicional, denominado *Judicial Review*, que como já abordado, tem origem nos Estados Unidos da América e o misto, no qual algumas normas são reservadas ao controle político e outras de controle jurisdicional.²⁸

Quanto ao modo de exercer o controle, o mesmo autor aponta que podem ser três: pela via incidental, em qualquer processo cabe arguir inconstitucionalidade de lei que incida no caso concreto, pela via de ação direta, seja por iniciativa de algum interessado/legitimado, autoridade, instituição ou qualquer do povo, mediante uma ação popular, e por iniciativa do juiz, dentro de um processo impugna uma lei inconstitucional. No que diz respeito ao momento do controle, ele pode ser preventivo ou repressivo.²⁹

Um exemplo de controle preventivo pode ser encontrado no exercício das Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional e no poder de veto do Presidente da República, conforme art. 66, §1º da CF. Ademais, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu jurisprudência admitindo o cabimento do Mandado de Segurança, como espécie de controle judicial preventivo, cuja legitimidade se confere tão somente a parlamentar que busque com o remédio impedir tramitação de projeto de emenda à constituição que viole cláusulas pétreas (art. 60, §4º da CF). O controle repressivo, por sua

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, *op. cit.*, p. 50.

vez, é a regra, sendo exercido pelo Poder Judiciário pelo controle difuso (qualquer órgão jurisdicional) ou concentrado (somente o STF).³⁰

O controle difuso tem origem nos Estados Unidos em 1803 (*judicial review*), enquanto o primeiro Estado que adotou o modelo do controle concentrado foi a Tchecoslováquia, em 29 de fevereiro de 1920, com a criação de um Tribunal *ad hoc* próprio para julgar atos normativos em face da Constituição. A turbulência política da época não permitiu que o Tribunal da Tchecoslováquia julgasse sequer uma lei.³¹

Poucos meses depois a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 instituiu o controle concentrado de constitucionalidade, o qual teve como mentor intelectual Hans Kelsen, por isso o controle concentrado de constitucionalidade também é chamado de modelo Austríaco de controle de constitucionalidade. Já estava em pleno funcionamento a fiscalização das leis em face da Constituição nos Estados Unidos quando surgiu na Europa, questões históricas contribuíram para que na Europa essa fórmula do controle de constitucionalidade fosse adotada tardiamente e, quando foi, ocorreu de forma diferente do *judicial review*. O principal elemento que explica a aversão do controle difuso pela Europa é a segurança jurídica.

A estabilidade do *common law* rechaça a possibilidade de cada juiz interpretando a constitucionalidade das leis divergir de outros juízes, o controle difuso não se coaduna com o *stare decisis*. É complexa a questão da independência dos juízes e sua compatibilidade com a vinculação à um rígido sistema de precedentes, a simples possibilidade de divergência entre juízes sobre a constitucionalidade de uma lei foi motivo suficiente para que na Europa o controle de constitucionalidade encontrasse maior resistência.

Hans Kelsen buscou a solução para esse problema desenvolvendo a tese de que o controle de constitucionalidade das leis deveria ser confiado à um Tribunal Constitucional, com competência jurisdicional distinta da justiça ordinária, vocacionado exclusivamente à interpretação da Constituição para, a partir dessa interpretação, nulificar ou ratificar a constitucionalidades dos atos normativos emanados do poder Legislativo e do poder Executivo.

Veja-se que nesse sistema não há caso concreto a ser julgado, em diametral oposição ao sistema difuso norte-americano, o sistema austríaco-kelseniano prevê um juízo abstrato da validade das normas em face da Constituição, exercendo, o Tribunal Constitucional, uma função de "legislador negativo", expurgando do sistema as normas inconstitucionais.³²

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1176.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 51 apud CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 256.

³² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 258.

A teoria de Kelsen, obstando o controle difuso e eliminando do controle concentrado a apreciação de fatos, já que o julgamento da norma se daria em abstrato, tão somente em face da interpretação do texto da Constituição, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, satisfaz bem os anseios políticos da época, já que evitava o temido "governo dos juízes". Em sentido contrário ao que se passou no sistema norte americano de controle de constitucionalidade, a decisão no modelo kelseniano não teria efeitos retroativos e sua vinculação seria *erga omnes* e não *inter partes*.³³

O controle abstrato da constitucionalidade das leis foi criado sob postulados diversos da *judicial review*. Na construção de Kelsen a decisão judicial que invalida uma lei não tem caráter meramente declaratório, mas tem natureza constitutiva, funcionando como uma nova lei que revoga a lei anterior incompatível com a Constituição, por isso os efeitos são *ex nunc*. Ademais, a questão da constitucionalidade de uma lei não é decidida em um caso concreto, nem mesmo é uma questão típica do Poder Judiciário, para Kelsen declarar leis inconstitucionais é uma função anômala de legislador negativo.³⁴ Dessa forma no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, “antes da decisão da Corte Constitucional, aos juízes comuns falece competência para apreciar - ainda que incidentalmente (*incidenter tantum*) e com eficácia limitada ao caso concreto - a validade da lei aplicável à espécie.”³⁵

Essa função de controle concentrada no Tribunal Constitucional ficou conhecida como modelo do “legislador negativo”. Para compreender o modelo do legislador negativo é necessário compreender também a noção de direito como sistema escalonado de normas, essas duas contribuições de Kelsen são as premissas teóricas fundamentais para a sistematização do controle concentrado de constitucionalidade e também da Jurisdição Constitucional.

3.1.1. O modelo (kelseniano) do legislador negativo e sua insuficiência

³³ “As diferenças entre o modelo Austríaco e o modelo Americano são visíveis, porém nos efeitos das decisões que se acentuam essas diferenças: no primeiro a decisão anula a lei com efeitos retroativos (*ex tunc*), enquanto que no segundo os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são prospectivos (*ex nunc*), gerando anulabilidade da lei, sendo que a Constituição da Áustria permite a modulação dos efeitos da decisão para data posterior a publicação da decisão, desde que não seja superior a um ano. Essa situação alterou-se um pouco com a revisão constitucional de 1929, que criou uma hipótese de controle por via incidental, onde alguns órgãos legitimados poderiam requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação de inconstitucionalidade de uma lei dentro de uma controvérsia civil, penal ou administrativa, sendo nesses casos possíveis a retroação da decisão, para afetar situações ocorridas antes da decisão, em verdadeiro efeito *ex tunc* para casos concretos.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 261).

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 792.

³⁵ No entanto, “em grande parte dos países que adotam o sistema de controle concentrado, o juiz tem o poder de suspender o processo que lhe compete julgar e submeter ao Tribunal Constitucional a questão de constitucionalidade surgida naquele caso concreto.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 37).

Hans Kelsen, na obra “Teoria Pura do Direito” propõe excluir tudo aquilo que não seja Direito para realizar uma análise objetiva do seu objeto de estudo: o Direito.³⁶ Kelsen propõe uma separação radical entre Direito e moral, explicando que o Direito positivo independe da legitimação por uma ordem moral, o cientista do direito deveria preocupar-se tão somente em conhecer e descrever o sistema jurídico oficial, sem questionar nem se imiscuir no plano axiológico, por exemplo perquirindo a justiça ou injustiça do sistema. Kelsen aponta que não importa o que o Direito deve ser, mas apenas o que ele é.³⁷

Isso não significou que o positivismo normativo ignorasse os valores e a moral, mas sim que defendeu um sistema autônomo sem correções externas. No positivismo normativo de Kelsen tem-se a gênese da autonomia do Direito, é desenvolvida uma teoria que fundamenta a decisão judicial no próprio Direito e não mais no soberano, na moral, na economia, na política ou na religião.

Kelsen desenvolve uma estrutura meticulosa para dar fundamento da validade a todo ordenamento jurídico: o fundamento de validade das sentenças é a lei; o fundamento de validade da lei é a Constituição e o fundamento de validade da Constituição é a norma hipotética fundamental, logo a sentença é válida pois foi produzida de acordo com a Constituição, que por sua vez está de acordo com a norma hipotética fundamental. Assim, uma norma sempre extrai seu fundamento de validade de outra norma, de nível hierárquico superior, cujo fundamento também se lastreia em norma superior, chegando-se ao topo da pirâmide normativa com a Constituição.³⁸

³⁶ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 1).

³⁷ “Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores. O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. [...] A validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, *op. cit.*, p. 77).

³⁸ “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, inferior.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 216). “Com efeito, o Direito positivo somente pode ser justificado através de uma norma ou ordem normativa à qual o Direito positivo tanto pode conformar-se como não se conformar, assim podendo, portanto, ser justo ou injusto.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 242).

A Constituição é, portanto, a norma de máxima hierarquia no ordenamento jurídico, pressuposta sua legitimidade diretamente da força política do povo (norma hipotética fundamental), pois não há qualquer outra norma superior a ela, tal como na ordem religiosa, cuja autoridade transcendente, que legitima validade dos preceitos impostos, é a "palavra do próprio Deus"³⁹. Nesse contexto, a norma hipotética fundamental é um conceito simétrico à soberania estatal, ambas têm a função de fechamento do sistema jurídico, é a norma fundamental o fundamento de validade do ordenamento jurídico e, por conseguinte, da atuação do Poder público.⁴⁰

Essas foram as premissas para a sistematização do controle concentrado de constitucionalidade, a partir da limitação do Poder Legislativo ao procedimento descrito na norma jurídica de maior hierarquia o Tribunal Constitucional teria legitimidade para fiscalizar a constitucionalidade dessas leis em abstrato. Todavia, a teoria de Kelsen é focada no controle formal de constitucionalidade, o controle substancial também fica reduzido ao aspecto meramente formal, os limites são a observância dos preceitos regulares da produção de normas de normas.

Como a atividade jurisdicional era vista como equiparada a atividade legislativa na teoria de Kelsen, a atividade legislativa cria uma norma geral e a atividade jurisdicional uma norma individual, o controle de constitucionalidade da lei seria equiparado à atividade legislativa negativa, isto é, produziria uma revogação geral da lei anulada, daí chamar-se esse modelo de controle de “legislador negativo”. Kelsen considera que o Tribunal Constitucional faz produção legislativa com sinal invertido ao retirar do ordenamento jurídico uma lei.⁴¹

Enquanto no sistema norte-americano se verificou uma concessão maior de poder ao Judiciário (*judicial review*), no sistema Europeu a motivação era contrária: havia uma cultura de desconfiança para com os juízes, fruto das escolhas ideológicas dessa classe que apoiava as forças políticas aristocráticas do *ancien régime*. Kelsen, portanto, com o desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade afastava o risco de um indesejado “governo de juízes”, buscou objetivar o

³⁹ "Com efeito, [...] a ciência da natureza é um sistema de elementos determinados pela lei da causalidade. Ela não tem uma vontade e não pode, portanto, estabelecer normas. As normas somente podem ser assumidas como imanentes à natureza quando se admita que na natureza está a vontade de Deus. Mas dizer que Deus, através da natureza como manifestação da sua vontade – ou por qualquer outra forma – ordena os homens que se conduzam de determinada maneira, é uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela ciência em geral e pela ciência do Direito em particular, pois o conhecimento científico não pode ter por objeto qualquer processo afirmado para além de toda a experiência possível." (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.* p. 246).

⁴⁰ “Se olharmos pelo ponto de vista do direito, como fez Kelsen com sua teoria normativa, no vértice encontramos — e não poderíamos deixar de encontrar — a norma das normas, ou seja, a norma fundamental; se olharmos pelo ponto de vista do poder, no vértice encontramos — como encontrou a teoria política do Estado moderno — o poder dos poderes, ou seja, o poder fundamental e soberano. Assim como a norma fundamental é a norma que está na base de todas as outras normas e acima da qual não há outra norma, também o poder soberano é o poder que está na base de todos os outros poderes e acima do qual não existe outro poder superior. O próprio sistema, considerado como um sistema hierárquico de normas, postula a norma fundamental; considerado como um sistema hierárquico de poderes, postula o poder soberano. (BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 103 *apud* ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, *op. cit.*, p. 285).

⁴¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125-30.

Direito em contraponto as doutrinas da Escola livre do Direito que tinham seu mote no subjetivismo radical, garantindo ampla margem de discricionariedade ao Poder Judiciário na interpretação das leis e dos fatos.⁴²

Essa concepção Kelseniana é claramente incompatível com sistema jurídico brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade como adotado no Brasil, mais que uma atribuição de todo o Poder Judiciário é um direito fundamental do cidadão; Ademais, excluir a possibilidade do controle difuso é não permitir que a Constituição seja aplicada diretamente pelos juízes, mesmo quando uma lei esteja em completa violação ao texto constitucional.⁴³ Como dito, para Kelsen, o controle de constitucionalidade deveria se reduzir ao aspecto formal e a Jurisdição Constitucional teria função equiparada à legislativa, porém com sinal negativo. Inegável que essa tese expõe uma necessidade de fortalecimento do Poder Legislativo frente ao Judiciário, justificável pelo contexto político.

Ainda o modelo kelseniano tenha coerência interna e serviu bem às finalidades do contexto em que elaborado, é insuficiente para responder às demandas da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito contemporâneo. A democracia se mostra complexa e a Jurisdição Constitucional é o ambiente no qual o Direito absorve essa complexidade, não cabendo mais um papel meramente passivo de legislador negativo.

As Constituições, no período pós segunda guerra mundial, deixaram de serem vistas apenas como normas de estruturação do Estado e tornaram-se a norma jurídica fundamental do governo e da sociedade, como leciona Peter Habermas, “cabe à Constituição no Estado Democrático de Direito não somente a limitação, racionalização, regulação e controle do poder estatal e social, mas também a proteção das minorias e reparação dos novos perigos para a dignidade humana.”⁴⁴

⁴² “Não se pode olvidar, ainda, que permitir qualquer juiz ou tribunal a realização do controle de constitucionalidade poderia dar azo à disparidade de julgamentos em questões de ordem constitucional, uma vez que a Áustria – para a qual Hans Kelsen esboçou o modelo abstrato – ao contrário de outros países, filiava-se ao sistema romano-germânico, e não contava com o *stare decisis* para garantir a estabilidade e a uniformidade dos julgados. Dessarte, o modelo kelseniano era o remédio para todas angústias, por garantir ao Tribunal Constitucional o monopólio do controle de constitucionalidade e lhe atribuía a natureza de “legislador negativo”, com a qual assegurava a solução única às controvérsias constitucionais e demonstrava a complementariedade do órgão encarregado do juízo de constitucionalidade face ao Parlamento, revelando que o modelo de jurisdição constitucional desenhado intencionava reforçar o Poder Legislativo e protege-lo perante o Judiciário.” (ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 287-88).

⁴³ “Note-se que os aos juízes ordinários não se reconhecia qualquer acesso àquela Corte, estando eles jungidos à aplicação cega da lei, ainda quando pairasse sobre ela fundada suspeita de ilegitimidade constitucional. Tal sistema viria a ser corrigido nos sistemas italiano e alemão, onde, diferentemente da Áustria, todos os juízes, mesmo os inferiores, encontrando-se diante de uma lei que considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de seja decidida por esta, com eficácia vinculatória.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 39).

⁴⁴ HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ástreal de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 285 *apud* ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 290.

A evolução da Jurisdição Constitucional acompanhou o avanço da democracia, o controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo passou a incluir, também, a análise quanto ao aspecto material e não apenas formal desses atos. Além do mais, a Jurisdição Constitucional após o século XX passou a controlar também as omissões do Poder Público, superando o mero controle negativo mediante o desenvolvimento de técnicas de julgamento em verdadeira atuação prospectiva com decisões aditivas e manipulativas. Quando da criação do controle concentrado de constitucionalidade não se imaginava possível, por exemplo, o Mandado de Injunção, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade ou a declaração de constitucionalidade de “lei ainda constitucional”.

Verificou-se, portanto, a insuficiência do modelo do legislador negativo. A força normativa da Constituição se mostrou incompatível com um sistema ao qual se atribui à Jurisdição Constitucional a função única de legislar negativamente. O constitucionalismo avançou no sentido de absorver a complexidade das sociedades, a atividade jurisdicional “não mais se restringe à anulação dos atos legislativos contrários à CF. Pode o Tribunal preservar a lei, expurgando do ordenamento apenas determinadas interpretações, ou mesmo comportar-se como um legislador positivo, por meio das decisões aditivas ou substitutivas.”⁴⁵

Esses métodos de decisão foram desenvolvidos para acompanhar a complexidade e demandas sociais, mormente no Brasil que tem uma Constituição analítica. Um dos exemplos dessa evolução quanto à teoria clássica do controle de constitucionalidade é a modulação dos efeitos das decisões em controle concentrado.

A modulação de efeitos tornou dispensável a análise quanto a nulidade ou anulabilidade das leis declaradas inconstitucionais, afinal, se o Tribunal pode fixar que os efeitos da nulidade só se aplicam após determinado lapso de tempo, anterior ou posterior à decisão, torna-se irrelevante dizer-se que a decisão é nula ou anulável, pois os efeitos da inconstitucionalidade também serão decididos pelo Tribunal conforme os valores da segurança jurídica, isonomia, e outros princípios e garantias fundamentais que entram no complexo jogo de delimitação dos efeitos de uma decisão que afeta toda sociedade. A superação do plano de validade (nulidade/anulabilidade) para primazia da eficácia (efeitos da decisão no tempo), com fundamento na segurança jurídica, é um elemento importante que demonstra a evolução Jurisdição Constitucional para adaptar-se à complexidade social.⁴⁶ Os mecanismos de declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos tem demonstrado uma flexibilidade em prol da estabilidade e segurança jurídica.

⁴⁵ ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno, op. cit.*, p. 295.

⁴⁶ “O Supremo pode considerar uma lei inconstitucional e preservar-lhe ou não os efeitos; desse modo, em regra, poderá dizer que: i) é nula e seus efeitos são *ex tunc*, preservando a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Poder ainda; ii) limitar os efeitos a partir da sua decisão *ex nunc*; iii) declarar a inconstitucionalidade, contudo, com eficácia pro futuro; ou, ainda, iv) declarar a inconstitucionalidade sem pronunciar nulidade, ou seja, manter a eficácia da

A discussão que se coloca é quanto aos limites desse controle, do controle de constitucionalidade, e sua legitimidade frente aos atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo, isto é, até que ponto os atos democraticamente produzidos podem ser anulados ou modificados nos seus efeitos pelo Poder Judiciário? A modulação de efeitos e demais técnicas de decisões no controle concentrado demonstram uma deferência para com os atos emanados dos outros Poderes, porém, na outra ponta estão direitos fundamentais dos cidadãos. A questão é bem delineada por Luís Roberto Barroso que, ao comentar sobre a atividade da Jurisdição Constitucional contemporânea, explica ter-se travado nos últimos anos um amplo debate sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário e seus limites, apontando que

“[...] Sustenta-se que os agentes do Executivo e do Legislativo, além de ungidos pela vontade popular, sujeitam-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos. Daí afirmar-se que o controle judicial da atuação dos outros Poderes dá lugar ao que se denominou de ‘*countermajoritarian difficulty*’ (dificuldade contramajoritária). Notadamente os segmentos conservadores têm questionado o avanço dos tribunais sobre espaços que, segundo creem, deveriam ficar reservador ao processo político.”⁴⁷

Sobre a tensão aparente entre democracia e Jurisdição Constitucional será dedicado o tópico 4 do presente capítulo. Assevera-se, no entanto, que a evolução histórica da Jurisdição Constitucional e do controle de constitucionalidade seguem na mesma linha da evolução histórica dos sistemas democráticos, ambas instituições político-jurídicas convergem no sentido de limitar o Poder e a submetê-lo ao Direito, cuja Constituição é expressão máxima em um ordenamento jurídico. No próximo tópico será esboçada a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil da Constituição de 1824 à Constituição de 1988.

3.2. Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1824 a 1969)

A trajetória institucional brasileira é bastante acidentada, permeada por golpes, autoritarismo e uma marcante desigualdade social. A trajetória constitucional não seria diferente, foram sete constituições

lei considerada inconstitucional. Em síntese, o que se deve destacar é que, independentemente de se averiguar se a nulidade em razão da inconstitucionalidade é *ab initio* – por que geralmente o será – o que interessa é como a sentença constitucional declarará a inconstitucionalidade do enunciado legislativo, determinando, desse modo, a sua ineficácia. Com razão, Carmem Blasco Soto ensina que é a sentença constitucional que conecta invalidez à ineficácia.” (ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 296).

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 2012, p. 157 apud BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 45.

ao longo da história do Brasil (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), alguns autores consideraram que a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 à Constituição de 1967 consubstanciou nova constituição, aumentando o número para oito.

Embora não faltem constituições na história do Brasil, é fato que sempre faltou constitucionalismo responsável. As constituições não lograram êxito em limitar verdadeiramente o poder dos governantes em favor governados, esse vício do processo político nacional não se deve à falta de qualidade dos textos constitucionais, que, como se observará, sempre estiveram em sintonia com as tendências do constitucionalismo, mas sim à ausência de efetividade dos comandos normativos das constituições no plano das ações políticas, econômicas e sociais.⁴⁸

A partir da Constituição de 1988 o Brasil vive um período de estabilidade institucional, porém “ainda distante do Estado Democrático de Direito prometido na constituinte de 1988, pois a desigualdade e o patrimonialismo antirrepublicano ainda contaminam profundamente as nossas instituições e relações sociais, mas os avanços em relação ao passado já são inquestionáveis.”⁴⁹

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a Constituição imperial de 1824 nada previa sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade. Até aí nenhuma novidade, já que se verificou uma grande influência do sentido liberal das revoluções burguesas, e, conforme analisado, até a segunda metade do século XX a grande maioria dos países não contava com mecanismo de controle judicial de constitucionalidade, o instituto era visto como antidemocrático por permitir o temido “governo dos juízes”. A supremacia do Parlamento e a figura do poder Moderador tornavam o controle judicial de constitucionalidade incompatível com a Constituição outorgada de 1824.⁵⁰⁻⁵¹

⁴⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 97.

⁴⁹ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, op. cit.*, p. 98.

⁵⁰ “Ao iniciarmos a nossa vida política independente, o liberalismo representava o progresso e a modernidade. Não podia, pois, deixar de seduzir o nosso caráter nacional bovarista. Logo no princípio da Fala do Trono de 1823, dirigida aos membros da Assembleia Constituinte, o nosso primeiro imperador os incitava a dar ao país “uma justa e liberal Constituição”. Os destinatários do discurso imperial, em lugar de tomarem esses adjetivos em sentido puramente simbólico, conforme o padrão convencional, procuraram dar-lhes um alcance prático: a limitação do poder dos governantes, pelo reconhecimento e a garantia das liberdades civis e políticas. O monarca não demorou em despertá-los desse devaneio infantil e colocá-los com os pés no chão: a constituinte foi dissolvida *manu militari* e o país recebeu das mãos do imperante, segundo as suas próprias palavras, uma Constituição “duplicadamente mais liberal”, posta em vigor sem debates nem aprovação dos representantes do povo.” (COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio in: FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. Organização e prefácio Fábio Konder Comparato. São Paulo: Globo, 2013).

⁵¹ “Na Assembleia Constituinte de 1823, prevalecia o sentimento liberal, que só não se estendia à questão da escravidão. Os seus trabalhos se encaminhavam para a adoção de uma monarquia constitucional, pautada no princípio da separação de poderes, com a instituição de rígidos limites ao poder do Imperador. Nesse sentido, foi elaborado projeto por uma comissão composta por sete integrantes [...]. Porém, descontente com os rumos que tomava a constituinte, com a qual se indispôs em diversas ocasiões, Pedro I, em 12 dezembro de 1823, dissolve aquela Assembleia, prendendo ou exilando diversos parlamentares. Sem embargo, compromete-se o Imperador a convocar outra constituinte, perante a qual prometia apresentar um projeto de Constituição “duplicadamente mais liberal do que a extinta Assembleia acabara de fazer.” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, op. cit.*, p. 100).

A Carta Imperial de 1824, no seu art. 15, outorgava ao poder Legislativo a atribuição de fazer, interpretar, suspender e revogar leis, bem como a guarda da Constituição. Tal previsão demonstra a influência da Constituição Francesa, que por meio do *référé législatif* também manietava o judiciário da interpretação das leis. Lado outro, a instituição do poder Moderador, cujo mister era a manutenção do equilíbrio, harmonia e independência entre os poderes (art. 98), afasta os conflitos entre os Poderes do terreno jurídico, transferindo-os ao terreno político, não havendo lugar para o *judicial review*.⁵²

Mesmo após o nascimento⁵³ da *judicial review* em 1803 nos EUA, o Brasil só adotou o modelo judicial do controle de constitucionalidade por ocasião da instituição do regime republicano em 1891. A Constituição provisória e o Decreto 848 de 1890 continham previsão de controle judicial de constitucionalidade, tais previsões foram incorporadas na Constituição de 1891. Conforme registra Gilmar Mendes, a influência do direito norte-americano sobre juristas como Ruy Barbosa foi decisiva para adoção do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro.⁵⁴

O art. 58 e 59 da Constituição provisória de 1890 estabeleceu o controle difuso de constitucionalidade das leis estaduais ou federais, a previsão era repetida pelo art. 9º, parágrafo único, do Decreto 848 de 1890. Ademais, o Decreto 848 no seu art. 3º previa que “na guarda e aplicação da Constituição a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação”. Estava assim instituído o controle difuso de constitucionalidade, nos moldes da *judicial review*, porém em um sistema de matriz romano-germânico, sem a estabilidade do *stare decisis* presente no sistema norte-americano (*common law*).

Dessa forma, todo e qualquer juiz era legitimado a apreciar, incidentalmente, a validade das leis e regulamentos, deixando de aplicar aos casos leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição, conforme explicitou a Lei 221 de 20.11.1894. Por isso, no Brasil, “não havia mais dúvidas quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade.”⁵⁵

⁵² BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 122 e MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1237.

⁵³ Alguns autores questionam essa originalidade histórica da *judicial review* nos EUA, Mauro Cappelletti sustenta que no Direito ateniense e na Idade Média já se concebia a ideia da supremacia de uma dada lei ou de um “corpo de leis”, o que seria a versão embrionária da supremacia constitucional. (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 48 *apud* BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 123). Nesse mesmo sentido, Fábio Konder Comparato leciona que “...a lei alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (versos 434-437), ‘uma vez escrita as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, pode vencer o grande.’” (COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 12ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 26-7).

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1238.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1239.

A independência dos juízes e a ausência de uma clara definição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões tomadas pelo Supremo em controle de constitucionalidade, desnecessários no *common law*, causou o imbróglio da proliferação de diversas ações sobre temas baseados em lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois a lei continuava em vigor. A divergência de entendimentos entre juízes e até mesmo entre Tribunais abalava a segurança jurídica causando incerteza quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos normativos.

Buscando corrigir a discrepância do controle difuso de constitucionalidade, a Constituição de 1934, no art. 91, IV, atribuiu competência ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaração inconstitucionais pelo Poder Judiciário.” Assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade passaram a ostentar eficácia geral.⁵⁶ Outra inovação da Constituição de 1934 foi a exigência de que a declaração de inconstitucionalidade, nos Tribunais, somente poderia se dar pela maioria da totalidade dos respectivos membros. Verificou-se um aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade no sentido de evitar a insegurança jurídica.⁵⁷

Gilmar Mendes anota que a representação interventiva, referida por Bandeira de Mello como “declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal”, foi a principal inovação da Constituição de 1934. De legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, a representação interventiva era uma ação de composição de conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado Federal, à declaração de constitucionalidade pelo Supremo.⁵⁸

Registro apresentado por Gilmar Mendes, informa que na constituinte de 1934, o Deputado Nilo de Alvarenga propôs a instituição de uma Corte Constitucional, justificando na proposta do projeto ser imprescindível a criação, na jurisdição constitucional, de um tribunal especial com a função de anular leis e atos inconstitucionais, cujas decisões deveriam ter eficácia *erga omnes*. Afirmou ainda que não bastaria a criação do tribunal especial, mas seria necessário assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis, rápidos e baratos.⁵⁹

Nessa toada, o projeto de Deputado Nilo de Alvarenga, de 20-12-1933, previa que “qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional...”, o que criaria uma verdadeira ação popular de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁰

⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 125.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1242.

⁵⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*, p. 170 apud MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1243.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 31, n. 121, jan/mar. 1994.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 186.

A proposta teve clara inspiração na teoria de Hans Kelsen, o qual defendia que a ideia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com instituição de um Tribunal Constitucional, assim como de que a garantia mais efetiva e radical para o controle de constitucionalidade seria a *actio popularis*. Nem na Áustria e nem no Brasil a ação popular de inconstitucionalidade vingou, o risco de ações temerárias e sobrecarga de trabalho nos Tribunais Superiores impediram a instituição desse importante instrumento de controle de constitucionalidade.⁶¹

Em 1937, no contexto autoritário do Estado Novo, há um verdadeiro declínio do controle judicial de constitucionalidade. Não obstante já constasse na Constituição de 1934 dispositivo (art. 68) excluindo da apreciação do poder Judiciário o conhecimento de questões exclusivamente políticas, a Constituição de 1937 apresentou um enorme retrocesso no sistema de controle judicial de constitucionalidade, pois além de repetir a disposição que vedou ao Judiciário conhecer de questões políticas, retirou o Mandado de Segurança do rol de garantias constitucionais, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. Ademais, o Código de Processo Civil de 1939 excluiu a possibilidade de controlar atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos Governadores e dos interventores dos Estados na via mandamental.⁶²

É fato que a Constituição de 1937 manteve o controle difuso de constitucionalidade, também manteve a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, ato declarado inconstitucional pelo poder Judiciário e a necessidade de quórum especial para tal declaração, todavia criou uma hipótese que possibilitava ao Presidente da República submeter ao Parlamento uma lei declarada inconstitucional, e se as duas casas legislativas reafirmassem a validade da lei por dois terços dos seus membros, a decisão judicial deixava de produzir efeitos (art. 96, parágrafo único).⁶³

Notícia histórica revela que em 1939 o então Presidente Getúlio Vargas editou um decreto suspendendo efeitos de decisão do Supremo Tribunal Federal que havia declarado uma lei inconstitucional, relata-se que a reação no meio jurídico foi intensa, configurando-se tal ato do então presidente em um dos motivos que levaram ao reestabelecimento do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro, o que, no entanto, só ocorre com a Constituição de 1946.⁶⁴

A Constituição de 1946 mantém o controle difuso de constitucionalidade, a competência do Senado para suspender ato declarado inconstitucional e a necessidade de quórum qualificado para

⁶¹ A Reclamação Constitucional, por conferir legitimidade a qualquer interessado, se entendida sob a perspectiva que se defende neste trabalho, tem o potencial de ser um instrumento de abertura da Jurisdição Constitucional ao cidadão, conferindo mais legitimidade democrática às decisões contramajoritárias (*rectius*: contrarepresentativa, *cf.* item 4 *infra*), proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, nos moldes da ação popular de inconstitucionalidade, porém com objeto, parâmetro e condições processuais distintas, como será detalhado posteriormente.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 1245.

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, *op. cit.*, p. 125, nota 260.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 1244.

que os Tribunais declarem a inconstitucionalidade de ato normativo. A representação interventiva, cuja origem remonta ao texto da Constituição de 1934 foi reformulada: cabia com exclusividade ao Procurador-Geral da República a representação interventiva contra atos normativos estaduais que violassem os princípios constitucionais sensíveis.⁶⁵

O controle concentrado de constitucionalidade, processo objetivo no qual a questão constitucional é principal e não incidental, no qual o ato normativo é confrontado *in abstracto* ao texto da Constituição, só foi introduzido no direito brasileiro com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965. A partir da alteração conferida pela emenda, a Constituição de 1946 passou a prever competência originária do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 101, “k”, I).⁶⁶

A representação de inconstitucionalidade, ação que posteriormente será substituída pela ação direta de inconstitucionalidade, era monopólio do Procurador-Geral da República, que até então também acumulava a função de Advogado-Geral da União, tornando o controle concentrado de constitucionalidade, não obstante importante, um instrumento mais oportuno às estratégias políticas dos governantes de plantão, já que o cargo de Procurador-Geral era de nomeação e exoneração *ad nutum* pelo Presidente da República.⁶⁷

Os Tribunais de Justiça dos Estados passaram ter competência originária para apreciar representação de inconstitucionalidade contra atos normativos municipais que violassem o texto da Constituição estadual, a partir da EC n. 16/65 à Constituição de 1946, estabeleceu-se no art. 124, XIII, faculdade ao legislador para instituir processo de competência originária no âmbito estadual para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado.

⁶⁵ Conforme art. 7º, VII c/c art. 8º, parágrafo único da Constituição de 1946, o PGR tinha a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos princípios sensíveis, quais sejam: (i) forma republicana representativa; (ii) independência e harmonia entre os Poderes; (iii) temporariedade das funções eletivas; (iv) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para período imediato; (v) autonomia municipal; prestação de contas da administração e (vi) garantias do Poder Judiciário. (MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 1245).

⁶⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 273.

⁶⁷ “Esta dupla feição do cargo de Procurador-Geral da República, com certa submissão funcional à Chefia do Poder Executivo, explica, de certo modo, a timidez e parcimônia com que a representação por inconstitucionalidade foi utilizada até 1988. Pode-se mesmo dizer que a deflagração da jurisdição constitucional abstrata foi até então, no Brasil, uma questão de Estado, da qual os cidadãos estavam completamente alijados. Um caso exemplar e emblemático de sociedade fechada de intérpretes da Constituição, na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, *op. cit.*, p. 128).

Em linhas gerais, foram essas as principais inovações da Constituição de 1946, cuja principal criação foi o controle judicial abstrato de constitucionalidade autônomo, isto é, paralelo à representação interventiva, que já estava no sistema desde 1934.⁶⁸

A Constituição de 1967, que entrou em vigor em 15.3.1967, assimilou os preceitos políticos da Carta de 1937, porém aprofundando o autoritarismo, deu relevo fundamental à segurança nacional, aumentando os poderes do Presidente da República, permitindo, inclusive, a suspensão de direitos e garantias constitucionais. A Constituição não durou muito tempo, logo foi editado o Ato Institucional n. 5 de 13.12.1968 que rompeu a ordem constitucional. Seguido de diversos atos complementares, o AI 5 inviabilizou o exercício da Presidência da República, o que motivou, a pedido do então Presidente Costa e Silva, a edição do Ato Institucional n. 12 de 31.8.1969, que, na prática, transferiu o exercício do Poder Executivo Federal aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o quadro de autoritarismo institucional com a edição e promulgação da Emenda Constitucional n. 1 de 1969 à Constituição de 1967, de 30.10.1969. Teoricamente a EC 1/69 não se tratou de emenda à constituição, mas em uma nova Constituição, o processo da emenda foi utilizado apenas como mecanismo de outorga da Carta autoritária.⁶⁹

No que se refere ao controle judicial de constitucionalidade, a Carta de 1967/69 manteve o sistema judicial difuso e abstrato de controle de constitucionalidade, sem maiores inovações. A representação interventiva de atribuição do PGR foi ampliada, cabia agora também para prover a execução de lei federal, além do clássico objetivo de forçar a observância dos princípios constitucionais sensíveis. Embora a Carta de 1967 tenha mantido o controle abstrato tal como instituído na EC 16/65 à Constituição de 1946, não incorporou a já citada possibilidade de o legislador criar processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo municipal que contrariasse à Constituição estadual.⁷⁰

⁶⁸ “Enquanto a representação interventiva pressupunha uma alegação de ofensa (efetiva ou aparente) a um princípio sensível e, portanto, um peculiar conflito entre a União e o Estado, destinava-se o novo processo à defesa geral da Constituição contra as leis inconstitucionais. O Procurador-Geral da República exercia, no controle abstrato de normas, o papel especial de advogado da Constituição, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional. Com isso logrou o constituinte brasileiro positivar proposta formulada por Kelsen quanto à instituição de um advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*) que deveria deflagrar o controle de normas *ex officio* sempre que uma lei se lhe afigurasse incompatível com a Constituição. Ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais da ordem federativa, o controle abstrato de normas independe de qualquer interesse específico, sendo-lhe estranha mesmo a ideia de interesse jurídico a ser protegido. Por isso, dever-se-iam diferenciar, de forma clara, as competências do Procurador-Geral da República. No primeiro processo, representava ele o interesse da União em face de determinado Estado, que, efetiva ou supostamente, desrespeitara princípio sensível estabelecido na Constituição. No controle abstrato, atuava como representante do interesse geral com o propósito de instaurar o controle judicial das normas estaduais ou federais. [...], porém, o Supremo Tribunal Federal logrou proceder, gradativamente, à exata diferenciação entre esses instrumentos. Enquanto a representação interventiva pressupõe um conflito entre o Estado e a União, atuando o Procurador-Geral da República como representante judicial da União, tinha-se, no controle abstrato de normas, um processo objetivo, destinado à defesa da Constituição” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91-2).

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 87.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1249.

Ao lado da representação de inconstitucionalidade, exclusiva do PGR, foi criada a “representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, cuja legitimidade também era exclusiva do PGR, a medida foi adotada no contexto do chamado “pacote de abril”, que, dentre outros atos, promulgou a Emenda Constitucional n. 7 de 13.4.1977 à Constituição de 1967/69. A justificação desse instituto que logo depois foi extinto, era evitar a proliferação de demandas, com a fixação célere de uma orientação correta sobre controvérsia constitucional ou legal.

Posteriormente, conforme se verificará, a resolução desse problema de múltiplas demandas sobre a constitucionalidade de uma mesma lei, com possibilidade de decisões conflitantes, já que o sistema do controle difuso permite que todo e qualquer juiz afaste aplicação de lei inconstitucional no caso concreto, foi resolvido com a positivação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que substituiu tanto a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal, como a criticada “avocatória”.

Instituto revelador do cariz autoritário do regime militar, a “avocatória”, criada pela EC 7/77, institui o art. 119, I, “o” na Constituição de 1967/69, que permitiu ao Supremo Tribunal Federal deferir avocação, a pedido do PGR, em causas envolvendo perigo de grave lesão à ordem pública, à segurança, à saúde ou às finanças, suspendendo assim os efeitos da decisão proferida pelo STF, devolvendo o conhecimento integral da matéria à Procuradoria-Geral da República. O instituto foi largamente utilizado durante o regime de exceção, para “suspender decisões jurídicas à luz de argumentos políticos, conforme a conveniência do governo.” Outro ponto relevante trazido pela EC 7/77 diz respeito ao encerramento da controvérsia sobre a concessão de liminar em representação de inconstitucionalidade, já que a emenda previu expressamente essa possibilidade no art. 119, I, “p”.⁷¹

Não obstante o *nomen iures* de “representação de inconstitucionalidade”, o controle de constitucionalidade tinha natureza dúplice ou ambivalente, o PGR poderia apresentar representação de inconstitucionalidade e dar parecer favorável à constitucionalidade do ato normativo, isto porque a fórmula estampada na EC 16 /65 à Constituição de 1946 e reproduzida na Constituição de 1967/69 demonstrava que a intenção do legislador era a definição de um procedimento para a definição, desde logo, de uma controvérsia constitucional em sentido objetivo, seja para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do ato.

Ademais o PGR tinha mais que um direito de propor a representação de inconstitucionalidade, tinha um poder-dever de apresentar a ação sempre que estivesse diante de controvérsia jurídica rele-

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 129 e MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1250.

vante sobre a constitucionalidade do ato normativo. Tal posição quanto à natureza dúplice da representação de inconstitucionalidade, defendida, entre outros, por Victor Nunes Leal⁷², não era avalizada pela Procuradoria-Geral da República nem pelo Supremo Tribunal Federal, como ficou decidido na Representação de Inconstitucionalidade n. 1.349, rel. Min. Aldir Passarinho, na qual o STF considerou inepta a representação, entendendo que não poderia o titular da ação demonstrar que perseguia outra finalidade que não a declaração de inconstitucionalidade.

Essas foram, em síntese, as principais mudanças quanto ao controle de constitucionalidade nas constituições do Brasil antes da redemocratização. A manutenção do controle judicial difuso de constitucionalidade a partir do robustecimento do sistema de controle concentrado gerou o que o ministro Sepúlveda Pertence, em voto na ADC n. 1/DF, chamou de “permanente tensão dialética”. O controle difuso, de fato, gera grandes distorções no sistema *civil law*, mostrando-se, como já referido neste trabalho, o controle concentrado muito mais eficiente e seguro para manutenção da estabilidade em matéria de controvérsia constitucional sobre atos normativos emanados de outros poderes.

No próximo tópico será analisado controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988, cuja principal inovação é desmonopolizar a iniciativa do controle judicial de constitucionalidade das mãos do Procurador-Geral da República, ampliando a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional no Brasil, porém, criando, noutro giro, um espaço para hiper judicialização de praticamente todos os temas relevantes da nação.

Ademais, verificar-se-á que o controle concentrado de constitucionalidade tem evoluído constantemente, abrindo espaço para participação de setores antes tolhidos do acesso à Justiça Constitucional e também desenvolvendo novos métodos de decisões e de distribuições de efeitos das decisões em controle concentrado de modo a assegurar a segurança jurídica, mesmo em um ambiente democrático-institucional imprevisível e atomizado típico da pós-modernidade.

3.3. O controle concentrado de constitucionalidade na Constituição de 1988

Conforme já registrado, o controle de constitucionalidade é uma instituição político-jurídica do Estado, portanto inerente ao exercício do poder estatal, decorre da soberania interna. Sendo assim, não é exclusividade do poder Judiciário, todos os “poderes” do Estado efetuam o controle de constitucionalidade, ao Judiciário cabe o controle judicial, à Administração Pública e ao Legislativo cabem o

⁷² “Em caso de representação de inconstitucionalidade com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade.” (LEAL, Victor Nunes. Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado. RDP, 53-54, p. 25 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional, op. cit.*, p. 1254).

controle político. Dentre os diversos mecanismos existentes de controle político de constitucionalidade, destacam-se três: (i) o poder de veto aos projetos de leis, exercido pelo Presidente da República no plano federal e pelos chefes do poder Executivo no plano estadual e municipal (art. 66, §1º da CF/88); (ii) a atuação das Comissões de Constituição e Justiça (CCJs), existentes nas casas legislativas no plano federal, estadual e municipal, que tem competência para determinar o arquivamento de projetos de leis inconstitucionais e (iii) a possibilidade conferida à Administração Pública para recusar-se dar cumprimento à lei inconstitucional.⁷³

Ocorre que, a Jurisdição Constitucional, conforme demonstrado por José Adércio Leite Sampaio, reinventou a Constituição, assumindo o controle judicial da constitucionalidade uma importância maior, especialmente a partir do surgimento da supremacia constitucional.⁷⁴ Colocada essa questão, justifica-se o foco do presente trabalho no controle judicial de constitucionalidade, especificamente no modelo judicial concentrado-principal, não sendo o propósito tratar do controle político nem do modelo judicial do controle difuso-incidental.

Nesta toada, cabe afirmar que houve uma radical mudança no sistema judicial de controle de constitucionalidade a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Se no modelo introduzido pela EC 16/65 à Constituição de 1946 se podia falar em um sistema eclético (misto) de controle judicial de constitucionalidade, isto é, o controle difuso-incidental e o controle abstrato-principal, conforme já anotado, leciona Gilmar Mendes que “a partir de 1988, somente faz sentido cogitar-se de um sistema misto se se tiver consciência de que a base desse sistema respalda-se no modelo concentrado, isto é, no processo de controle abstrato de normas.”⁷⁵

Nesse sentido, embora seja lícito afirmar que a Jurisdição Constitucional não é um privilégio do Supremo Tribunal Federal, já que o controle difuso pode ser exercido por todo e qualquer juiz ou Tribunal, e mesmo o controle abstrato de constitucionalidade pode ser exercido pelos Tribunais de Justiça na fiscalização de atos normativos estaduais e municipais que violem a Constituição estadual, as mudanças realizadas pelo texto da Constituição de 1988, especialmente no art. 103, reduziram

⁷³ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, op. cit., p. 30.

⁷⁴ “A história da Constituição seria a mesma sem a jurisdição constitucional? Provavelmente não. A Constituição tenderia a se resumir a um documento de boas intenções ou exortações cívicas de cunho político, ainda que se pudesse atribuir-lhe algum valor jurídico. A verdadeira conversão de seus termos declaratórios só se mostrou possível com o desenvolvimento de uma instância jurisdicional [...], a conversão do texto constitucional em norma não foi a única transformação realizada pela jurisdição constitucional: o sentido e mesmo a teleologia das normas constitucionais passaram a sofrer graves interferências, chegando a domínios dificilmente imaginados pelos autores da obra constituinte. Aqui é preciso identificar as consequências geradas para o próprio sistema jurídico em suas conexões com os demais sistemas sociais, sobressaindo, de imediato, a necessidade de contraditar os argumentos impressionantes do caráter pouco democrático da instituição.” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 5).

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 10.

significativamente o papel do controle difuso, pois permitiu que “todas as controvérsias relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.”⁷⁶

De fato, a ampla legitimidade conferida pelo art. 103 da Constituição de 1988 para deflagração do processo objetivo de controle de constitucionalidade e a possibilidade de concessão de medida liminar, até mesmo monocrática, nas ações diretas, permitiu que por intermédio de um processo célere e com decisão dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante⁷⁷, fossem deslocados os principais conflitos sobre interpretação constitucional de lei federal ou estadual para o âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que evita decisões contraditórias no território nacional e confere maior segurança jurídica, ao menos em tese.

A legitimação dos Governadores para impugnar atos normativos federais e estaduais, ao lado do Presidente da República legitimado a impugnar normas estaduais, institui um modelo de controle de constitucionalidade de composição de conflitos federativos. Especificamente quanto a legitimidade dos partidos políticos, a Constituição de 1988 abriu portas para que a Jurisdição Constitucional seja espaço para solução de demandas das minorias políticas, já que a única exigência para que um partido político deflagre o controle concentrado é a representação no Congresso Nacional, seja por único parlamentar.

A despeito dos os inegáveis avanços que o atual modelo proporcionou, o grande número de processos distribuídos, associado a outros fatores, causou uma excessiva e, por vezes abusiva “monocratização” das decisões no controle concentrado de constitucionalidade, são vários os exemplos de leis aprovadas por ampla maioria no Congresso que são suspensas por decisão de um Ministro, o que representa um problema sob o ponto de vista democrático, já que o limite de atuação democrática da Jurisdição Constitucional é tênue, especialmente quanto à concessão monocrática de medida liminar para suspender lei votada, aprovada pelo Parlamento e sancionada pela Presidência da República.⁷⁸

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 112.

⁷⁷ Arts. 11, §1º, 12-F, §1º e 21 da Lei n. 9.868/1999 e art. 5º, §§1º e 3º da Lei n. 9.882/1999.

⁷⁸ Sobre o tema da monocratização das liminares no âmbito do controle abstrato de normas, Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes, em artigo, propõem que haja critérios para a concessão de liminar, sendo um desses critérios a deferência ao plenário: “...a Constituição Federal de 1988 confiou sua própria guarda ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102), e a Corte tem engendrado consideráveis esforços para cumprir com rigor o múnus constitucional a ela atribuído, atuando nas não poucas crises recentes com grandeza, e, no mais das vezes, como verdadeiro mediador das tensões entre os Poderes Executivo e Legislativo. Em artigo conjunto, estes Autores já tiveram a oportunidade de analisar como a deferência às leis democraticamente produzidas é um ato de humildade, que favorece, inclusive, um diálogo institucional com o Legislativo e Executivo na solução dos temas sensíveis da democracia brasileira. Optamos por repetir aqui a provocação: a deferência ao Plenário e uma percepção clara quanto à necessidade de critérios objetivos para que liminares possam ser concedidas monocraticamente mostram-se exercícios de humildade, a serem realizados individualmente por Ministro. A legitimidade outorgada pela Carta de 1988 para a interferência nos demais poderes, quando imperativo à preservação da ordem constitucional, foi conferida ao Tribunal, e não aos Ministros individualmente considerados. Por conseguinte, entoamos com particular ênfase o critério de concessão de liminar em consonância com a posição do Plenário sobre a matéria. Reforçamos, no controle abstrato de constitucionalidade, apenas o Plenário é o juiz natural da superação, fixação ou modificação de seus entendimentos, e reconhecê-lo é igualmente uma postura de humildade.” (ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. *Da monocratização à deferência ao plenário: um ensaio sobre os critérios para a*

Já no ponto que se refere à expansão da legitimidade ativa para deflagração do processo objetivo de controle de constitucionalidade, embora não se tenha incluído uma maior participação da sociedade civil, como por exemplo por meio da ação popular de inconstitucionalidade já referida, ou por meio de iniciativa popular de inconstitucionalidade, não se pode negar que o constituinte abrangeu grande parte da representação da sociedade a partir do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade: Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Cabe registrar que, embora a Constituição de 1988 tenha reduzido o significado do controle incidental-difuso de constitucionalidade, ainda é um mecanismo relevante da Jurisdição Constitucional na defesa de direitos fundamentais sempre que um ato normativo se apresentar incompatível com os direitos e garantias previstos no texto Magno.

O controle incidental-difuso de constitucionalidade se mostra importante especialmente quando o controle concentrado se apresentar insuficiente para a resolução de controvérsia constitucional, inviabilizando a análise de ato normativo violador de direitos constitucionais. Tal morosidade na solução da controvérsia, ocorre, por exemplo, pela ampla discricionariedade conferida ao presidente da Corte para pautar o julgamento da matéria ou pelos pedidos de vistas do processo, que também conferem ampla discricionariedade aos ministros para paralisar o julgamento, sem prazo sancionatório para o descumprimento da norma regimental (RISTF) que estipula trinta dias para apresentação dos autos após o pedido de vistas.

A Constituição de 1988, no que se refere ao controle abstrato de normas, ampliou de forma significativa os mecanismos de fiscalização constitucional. Manteve a representação interventiva para observância dos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII c/c art. 36, III da CF/88) e também a clássica competência originária do Supremo Tribunal Federal para resolução de conflitos federativos (art. 102, I, “f” da CF/88).

Mudança substancial ocorre no âmbito do controle abstrato com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, I, “a” da CF/88), e posteriormente com a criação da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (EC 3/93). Ao lado do mandado de injunção (art. 5º, LXXI e art. 102, I, “q” da CF/88), a criação do controle abstrato judicial de constitucionalidade das omissões (art. 102, §2º da CF/88), demonstrou que o constituinte dedicou especial atenção às omissões do poder público em efetivar

normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Também criada pela lei maior, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi prevista inicialmente no parágrafo único do art. 102, posteriormente transformado em §1º do art. 102 da CF/88 pela EC 3/93, com disposição bastante simples, que delegou à lei ordinária a regulação da ação, estabelecendo que será apreciada originariamente pelo Supremo Tribunal Federal.⁷⁹

Em 1999 foram publicadas as leis n. 9.868 e 9.882 dispuseram sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente. A arguição de descumprimento de preceito fundamental corrigiu uma lacuna criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admitia proposição das ações diretas para questionar ato normativo pré-constitucional, aumento a completude do sistema. Ademais, a jurisprudência do Supremo assentou a fungibilidade⁸⁰ entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, superando entendimento anterior, o que revela a preocupação do Tribunal com o conteúdo da inconstitucionalidade, menos com a forma como tal inconstitucionalidade chega à apreciação.

No próximo tópico as ações do controle judicial concentrado de constitucionalidade serão tratadas a partir de sua criação e desenvolvimento, para então delinear o estatuto jurídico desses importantes mecanismos de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos emanados do poder público.

3.3.1. Ações constitucionais de controle abstrato

3.3.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade

Desde 1965, com a Emenda Constitucional n. 16, o Brasil experimenta o controle concentrado de constitucionalidade das leis em face da Constituição Federal, conforme destacado no tópico 3.2 supra. A Representação contra inconstitucionalidade, encaminhada pelo PGR ao STF é a gênese da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, na Constituição de 1988, está positivada no art. 102, I, “a”. Já ficou demonstrado que o objetivo da ADI (ou ADIn) é impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a supremacia constitucional. Porém, além de preservar a supremacia da Constituição frente às leis, a ação direta é meio processual adequado para preservar a segurança jurídica em caso de controvérsia constitucional, afastando também decisões divergentes sobre a constitucionalidade.⁸¹

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1257-8.

⁸⁰ Nesse sentido ADI 986, rel. Min. Néri da Silveira, j. 8.4.1994 e ADI 1.442, rel. Min. Celso de Mello, j. 24.4.2005.

⁸¹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 111.

Inicialmente, prevista de forma singela tão somente no texto da Constituição de 1988, a ausência de regulamentação legal obrigou o STF a desenvolver, mediante atividade jurisprudencial, as regras processuais do rito da ação direta. Posteriormente, com o advento da Lei n. 9.868 de 1999 a ADI foi regulamentada, sendo incorporado ao texto da lei muitos dos entendimentos do STF quanto ao processo e julgamento da ação. No plano Constitucional a Ação Direta de Inconstitucionalidade tem seu regulamento no art. 102, I, “a” e “p” e art. 103, §§1º e 3º da CF/88, no plano legal está prevista na Lei n. 9.868 de 10 de dezembro de 1999, nos arts. 1º a 12 e 22 a 25.

Para os limites do presente trabalho, não se pretende realizar um esquadrihado dos aspectos processuais das ações diretas, porém cabe registrar que, embora as ações estudadas estejam regidas por leis processuais (leis n. 9.868/99 e 9.882/99), isso não significa que o rito dessas ações devem submeter-se, de todo, aos ritos do direito processual civil, ao revés, o processo constitucional tem autonomia e não pode ser lido pela lente do processo civil, já que a especificidade, os fins e as demandas da Jurisdição Constitucional são outros. Isto é, basta refletir que a Jurisdição Constitucional, enquanto lócus de proteção dos direitos fundamentais e de defesa das regras do regime democrático, tem função distinta da Jurisdição civil ordinária, não que a proteção de direitos fundamentais também não esteja no escopo da jurisdição civil, todavia os métodos e mecanismos de dogmáticos de trabalho são distintos.⁸²

Como exemplo da autonomia do processo constitucional, verifica-se que nas ações diretas não há se falar em (i) assistência processual, (ii) desistência da ação, (iii) impedimento ou suspeição de membro da Corte ou (iv) congruência entre a causa de pedir e a sentença⁸³ e (v) coisa julgada tal como no processo civil.⁸⁴ Ademais a teoria a nulidade/anulabilidade perde sua relevância com a possibilidade da modulação de efeitos, a questão da validade fica em segundo plano, isso para não dizer

⁸² “Não obstante, ao estatuir regras sobre o processo e julgamento das ações que deflagram a judicatura constitucional, o referido diploma legislativo não pode ser tratado apenas como uma norma processual. Isto significa que a sua interpretação não pode ser apropriada pelos conceitos e princípios do Direito Processual Civil sem que se atente para a especificidade da matéria de que trata e dos fins a que se destina. A técnica processual deve servir como instrumento de realização, e não de frustração, dos superiores objetivos perseguidos pela jurisdição constitucional. Assim, toda a inteligência da Lei nº 9.868/99 está subordinada antes à Constituição e ao Direito Constitucional, do que aos domínios do processo civil.” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 140).

⁸³ “A cognição do Tribunal em sede de ação direta de inconstitucionalidade é ampla. O Plenário não fica adstrito aos fundamentos e dispositivos constitucionais trazidos na petição inicial, realizando o cotejo da norma impugnada com todo o texto constitucional” (Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 413.210, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.11.2004). “É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na ação direta de inconstitucionalidade, seu julgamento independe da causa petendi formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição” (Medida Cautelar na ADIn 1.896, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.2.1999).

⁸⁴ Conforme será visto no capítulo IV deste trabalho, a coisa julgada no controle de constitucionalidade apresenta peculiaridades, como por exemplo a transcendência dos efeitos vinculantes sobre a parte dispositiva da decisão, em contraste com o disposto do art. 504, I do CPC/15, segundo o qual não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Outrossim, a possibilidade do manejo da Reclamação Constitucional como instrumento de modificação das decisões de mérito proferidas em sede de controle

que pode até ser descartada frente à modulação dos limites temporais dos efeitos da declaração inconstitucionalidade (plano da eficácia). Feitos estes esclarecimentos, passa-se à análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

3.3.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), foi introduzida no sistema normativo brasileiro pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993, que deu nova redação ao art. 102, I, “a” da Constituição Federal de 1988. A competência para o processo e julgamento da ADC é do Supremo Tribunal Federal, que, logo após a edição da referida emenda à Constituição, debruçou-se quanto a constitucionalidade da EC 3/93, decidindo que a emenda é constitucional.⁸⁵ Estava inaugurado assim, no bojo do sistema de controle judicial concentrado brasileiro, a possibilidade dúplice de fiscalização de constitucionalidade, por meio da alegação de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual (ADI) e por meio da suscitação de controvérsia constitucional sobre a constitucionalidade de ato normativo federal (ADC).

A presunção de constitucionalidade das leis é relativa, podendo haver grande insegurança jurídica caso se coloque uma controvérsia constitucional sobre determinada lei, o nosso sistema difuso de controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos permite que todos os juízes e Tribunais pronunciem-se, *in concreto*, sobre a constitucionalidade de uma lei, o que gera decisões conflitantes que, caso perdurem no tempo, podem causar danos irreparáveis. Daí a relevância de uma ação de rito especial, célere, com possibilidade de concessão de medida liminar, para, ao menos, sustar o debate e os efeitos de decisões conflitantes sobre o mesmo tema. Nesta toada, pode-se afirmar que a principal função da ADC é promover segurança jurídica frente à dúvidas acerca da constitucionalidade de um ato normativo federal.⁸⁶ No plano Constitucional Ação Declaratória de Constitucionalidade está prevista no art. 102, I, “a” e art. 103, §§1º e 3º, no plano legal está prevista na Lei n. 9868 de 10 de novembro de 1999, especificamente entre os arts. 1º e 13 a 25.

Processo de natureza objetiva e cuja decisão definitiva de mérito possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder Executivo e Judiciário, conferiu-se legitimidade ativa, para propositura da ADC aos seguintes órgãos públicos: (i) Presidente da República;

concentrado de constitucionalidade (provimentos vinculantes), tese defendida nesta monografia, demonstra a necessidade de flexibilização do disposto no art. 502 do CPC/15, que denomina coisa julgada material como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Enfim, o processo constitucional tem estatuto jurídico próprio, desenvolvido especialmente pela doutrina e pela atividade jurisdicional dos Tribunais, já que, infelizmente, ainda não existe um Código de Processo Constitucional no Brasil.

⁸⁵ ADC 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 27.10.1993.

⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, *op. cit.*, p. 142.

(ii) Mesa do Senado Federal; (iii) Mesa da Câmara dos Deputados e (iv) Procurador-Geral da República. Posteriormente a Emenda Constituição 45 de 2004 fez a correção quanto a legitimidade ativa, estabelecendo que estariam legitimados para propositura da ADC os mesmos legitimados para ADI.⁸⁷

O instituto da Ação Declaratória de Constitucionalidade, embora formalmente inserido no ordenamento jurídico em 1993 não é instituto novo ou estranho à atividade jurisdicional da Suprema Corte. No tópico refere ao desenvolvimento histórico do controle judicial de constitucionalidade no Brasil já ficou registrado que, embora o STF tenha adotado uma posição restritiva, era plenamente reconhecida a possibilidade de declarar a constitucionalidade de ato normativo em Representação de Inconstitucionalidade, tal possibilidade surgia quando o PGR apresentava Representação de Inconstitucionalidade com parecer contrário, isto é, requerendo a declaração de constitucionalidade do ato.

Nessa esteira, já era claro que, embora a fórmula adotada pelo constituinte na Carta de 1946 (EC n. 16/65) não ostentasse precisão técnica, deixando dúvidas sobre a natureza dúplice da Representação de Inconstitucionalidade, o propósito do legislador foi exatamente criar um instrumento que permitisse “desde logo, a definição da controvérsia constitucional de leis novas.”⁸⁸

O PGR então, sempre que discordasse da inconstitucionalidade do ato normativo, deveria ainda assim submeter a representação de inconstitucionalidade ao Supremo, porém exarando parecer contrário à inconstitucionalidade. Tal fato ocorreu na Representação 1.092⁸⁹, que discutia a constitucionalidade do instituto da Reclamação Constitucional. Ao analisar essa Representação de Inconstitucionalidade o STF decidiu dar procedência ao pedido, declarando o instituto da Reclamação inconstitucional. O PGR interpôs Embargos Infringentes⁹⁰, que, embora julgados improcedentes no mérito,

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional, op. cit.*, p. 1260.

⁸⁸ “Entendida a representação de inconstitucionalidade como instituto de conteúdo dúplice ou de caráter ambivalente, mediante o qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isso lhe fosse solicitado. [...] De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma, somente podem ter partido da ideia de que, nesse caso, o Chefe do Ministério Público deveria, necessária e inevitavelmente, formular uma ação declaratória – positiva – de constitucionalidade.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, op. cit.*, p. 114).

⁸⁹ “EMENTA – Reclamação. Instituto que nasceu de uma construção pretoriana, visando a preservação, de modo eficaz, da competência e autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Sua inclusão a 2.10.57, no Regimento Interno do órgão maior na hierarquia judicial e que desfruta de singular posição. Poder reservado exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal para legislar sobre “o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal”, instituído pela Constituição Federal de 1967 (art. 115, parágrafo único, letra c, hoje art. 119, §3º, letra c). Como quer que se identifique – recurso, ação ou medida processual de natureza excepcional, é incontestável a afirmação de que somente ao Supremo Tribunal Federal e face primacialmente, da previsão inserida no art. 199, §3º, letra c, da Constituição da República, é dado no seu Regimento Interno, criar tal instituto, não previsto nas leis processuais. O Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos, ao criar a Reclamação, no seus arts. 194 a 201, “para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões”, vulnerou os preceitos constantes do art. 43 c/c art. 89, inc. XVII, letra b, art. 6º e seu parágrafo único, e do art. 119, §3º, letra c, da Lei Magna. Representação julgada procedente, por maioria de votos.” (Representação de Inconstitucionalidade 1092/DF, rel, Min. Djaci Falcao, j. em 31.10.1984).

⁹⁰ “EMENTA – Embargos infringentes em Representação. O Procurador-Geral da República tem legitimidade para oferecer os embargos previstos no art. 333, inc. IV, do Regimento Interno. Rejeição dos embargos, por maioria de votos,

foram conhecidos, indicando que o PGR tinha legitimidade para pleitear a declaração de constitucionalidade no bojo de uma Representação de Inconstitucionalidade.

Na Representação de Inconstitucionalidade 1.092, o STF considerou a Reclamação inconstitucional à luz da Constituição de 1967/69, ao fundamento de que o instituto, ao ser previsto no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos de 1980 (arts. 194 a 201), violou competência do Congresso Nacional para legislar sobre direito processual. Ainda assim, ao reconhecer a legitimidade do PGR para interpor Embargos Infringentes, sedimentou a possibilidade de postular tanto pela constitucionalidade em representação de inconstitucionalidade. A natureza jurídica da Representação de Inconstitucionalidade, portanto, à luz da jurisprudência produzida pelo STF, já demonstra sua semelhança com o instituto da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Todavia, posteriormente a esta paradigmática decisão na Rp 1092, o Supremo Tribunal Federal mitiga a própria jurisprudência, não mais admitindo que, por meio da Representação de Inconstitucionalidade se declare a constitucionalidade do ato normativo impugnado. Tal decisão se deu na Representação de Inconstitucionalidade 1349⁹¹, no qual se negou o conhecimento da ação pois o PGR, ao oferece-la, declarou ser a lei impugnada constitucional. Desta feita, percebe-se que foi inevitável o desenvolvimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade no âmbito do controle concentrado, inicialmente com expressa previsão na Constituição Federal e, posteriormente, na legislação ordinária, necessidade que surgiu da posição do STF, que era restritiva, negando a natureza dúplice ou ambivalente da ação de declaração de inconstitucionalidade.⁹² Ainda assim, a positivação da ADC deixou a desejar quanto à amplitude de seu objeto, já que diferentemente da ADIn, somente atos normativos federais podem ser objeto da ADC.

Consignadas estas breves linhas sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade, passa-se a analisar o desenvolvimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

3.3.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Os constituintes originários incluíram a ADPF no texto constitucional de 1988 (art. 102, parágrafo único), atribuindo competência para o julgamento ao STF. Por meio da Emenda Constitucional n.

mantendo-se a decisão embargada...” (Embargos na Representação de Inconstitucionalidade 1092/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 3.2.1986).

⁹¹ “EMENTA – Representação de Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade não reconhecida de início pela Procuradoria Geral da República ao oferecer a representação. Não é de se conhecer da representação para declaração de inconstitucionalidade, na conformidade do disposto no art. 199, I, “I” da Constituição Federal, combinado com o art. 169 do RI do STF, quando o próprio Procurador-Geral da República, logo ao oferecer a representação declara inexistir eiva de inconstitucionalidade na lei objeto da arguição que lhe foi dirigida por terceiros.” (Representação de Inconstitucionalidade 1349/DF, rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 8.9.1988).

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 116.

3/93 a previsão do instituto foi deslocada para o §1º do art. 102 da CF/88 e, posteriormente, regulada no plano infraconstitucional pela Lei n. 9.882 de 3 de novembro de 1999. É ação de controle concentrado, classificada, processualmente, como ação de controle judicial de constitucionalidade abstrato e repressivo.

Analisando o contexto histórico do surgimento da ADPF, percebe-se que o instituto surge para preencher uma lacuna do sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro. Já foi dito que após a introdução do controle concentrado no Brasil (EC 16/65), e, especialmente após a desmonopolização da deflagração do processo objetivo de controle de constitucionalidade (1988) - antes concentrada nas mãos do PGR -, houve um radical impacto na efetividade do controle judicial difuso, que ficou reduzido ante a ampla possibilidade de provocação do controle abstrato, inclusive mediante pedido liminar, com eficácia contra todos. Nada obstante, restava ainda um espaço de imunidade ao controle abstrato para alguns atos do poder público, a exemplo do direito pré-constitucional e do controle de normas municipais em face da Constituição Federal.

Esse vácuo normativo do sistema judicial de controle concentrado inspirou a criação da ADPF.

Inicialmente, a discussão se deu a partir da introdução no sistema brasileiro do “incidente de inconstitucionalidade”, mediante o qual se permitia que fosse apreciada controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal diretamente pelo STF, incluindo-se nesse rol os atos anteriores à Constituição. O incidente de inconstitucionalidade possibilitaria os legitimados do art. 103 levar ao STF controvérsia constitucional suscitada em ação em curso. Consoante o magistério de Gilmar Mendes, “a ideia era que o STF poderia, ao acolher o incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada.”⁹³ Tal instituto – incidente de inconstitucionalidade -, não vingou, sequer chegando a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, porém, as contribuições ao projeto de lei que tratava do assunto foram aproveitadas ulteriormente quando da regulamentação da ADPF pela Lei n. 9.882/99.⁹⁴

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1263.

⁹⁴ “A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das decisões, tudo reforma a semelhança entre os institutos. É certo, por outro lado, que, diferentemente do incidente de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento tem como parâmetro de controle os preceitos fundamentais identificados ou identificáveis na Constituição. Trata-se de elemento menos preciso do que o parâmetro do controle do incidente de inconstitucionalidade (toda a Constituição). [...] Assinala-se, outrossim, que, diversamente do incidente, a arguição de descumprimento, tal como formulada na Lei n. 9.882/99, poderá ser utilizada em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um recurso de amparo ou de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) autônoma no Direito brasileiro. [...] no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade.” (MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1264).

A ADPF tem como objetivo impedir que “condutas ou normas contrárias a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição comprometam a regularidade do sistema normativo, afetando a supremacia constitucional.”⁹⁵ Além da preservação da supremacia da constituição, assim como as demais ações de controle concentrado, a ADPF tem como finalidade preservar a segurança jurídica, impedindo ou paralisando decisões ou efeitos de decisões discrepantes sobre a constitucionalidade de um ato normativo ou mesmo de uma dada situação de descumprimento de preceito fundamental, considerando os limites quanto ao objeto da ação.⁹⁶ No plano Constitucional a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está positivada nos arts. 102, §1º e 103, §§1º e 3º da CF/88, no plano legal está prevista na Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999.

Como se percebe pela leitura das normas supracitadas, a ADPF apresenta uma peculiaridade frente as outras ações de controle concentrado, qual seja, a existência de duas modalidades: (i) ADPF principal (direta, autônoma), que pode ser proposta para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º, *caput*, da Lei 9.882) e (ii) ADPF incidental (por derivação), que pode ser proposta como incidente no decorrer de um processo, devendo, no entanto, haver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882). A origem da ação é incidental, mas o STF analisa a alegação de descumprimento de preceito fundamental de maneira abstrata e principal.

A ADPF foi anunciada como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão, inspirada no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol, tanto que, no projeto da Lei 9.882/99, previu-se a legitimidade popular na propositura da ação, em outras palavras, a ADPF poderia ser proposta por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (artigo 2º, II), constituindo-se em verdadeira ação popular de descumprimento de preceito fundamental. O

⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, *op. cit.*, p. 154.

⁹⁶ Como exemplo cita-se a ADPF-MC 347/DF, rel Min. Marco Aurélio, j. em 9.9.2015, na qual decidiu o STF que o sistema penitenciário nacional deve ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Por se tratar de uma violação sistemática e estrutural, o objeto da APDF não foi um ato normativo, mas um estado de coisas formado por “massivas violações de direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Pores Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país.” (p. 19).

dispositivo, foi vetado pelo Presidente da República sob o argumento de que inviabilizaria o funcionamento do STF ante o “excessivo número de feitos a reclamar apreciação sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas.”⁹⁷⁻⁹⁸

O veto presidencial, seguindo a prática autoritária que permeia o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, impediu que o cidadão tenha acesso direto à Jurisdição Constitucional. Embora o veto seja coerente com a história brasileira, visto que na oportunidade em que os legisladores poderiam instituir uma ação popular de inconstitucionalidade (Constituição de 1934), a proposta foi rejeitada pelo mesmo motivo, sobrecarga de trabalho aos Tribunais Superiores. Desde então, a atuação popular na Jurisdição Constitucional tem sido praticamente restrita à provocação de órgãos legitimados à deflagração das ações diretas, manifestações processuais caso demonstrem interesse, manifestações mediante representação em audiências públicas e *amicus curie*. Isto é, o cidadão não tem acesso a uma ação na qual possa questionar a constitucionalidade, em abstrato, de atos normativos do poder público, contando com a eficácia geral e efeito vinculante da decisão.

Ao lado da arguição autônoma, o art. 1º, parágrafo único, I da Lei 9.882/99, instituiu a arguição incidental. Cumpre registrar que a ADPF incidental se encontra em desuso, já que “os legitimados da ADPF incidental são os mesmos da autônoma, e o objeto e requisitos de admissibilidade são bem mais restritivos do que os da autônoma, não havendo razão processual para alguém ingressar com ADPF incidental.”⁹⁹ Sem embargo, tanto na arguição autônoma quanto na incidental a decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Quanto ao parâmetro de controle na ADPF, o legislador utilizou-se termo que conferiu grande discricionariedade ao STF para analisar o cabimento da ação constitucional, isto porque, “descumprimento de preceito fundamental” é um conceito jurídico indeterminado, não havendo concordância na doutrina quanto sua delimitação. Duas correntes, genericamente falando, se colocam: uma mais restritiva que vislumbra no “preceito fundamental” uma categoria de normas constitucionais de valor axiológico mais elevado, mesmo não havendo se falar em hierarquia formal entre as normas da Constituição; uma segunda corrente, menos restritiva, entende que “preceito fundamental” abrange todas

⁹⁷ “Com efeito, a ampla legitimação prevista no art. 2º do projeto de lei - que, no seu inciso II, atribuía a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público legitimidade para o manejo do instrumento - acabou reduzida, após o veto presidencial, ao elenco de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I). Ao cidadão resta apenas solicitar ao Procurador-Geral da República, mediante representação, nos termos do art. 2º, § 1º, o ajuizamento da medida, previsão que, de resto, é despicienda, à vista do direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição da República” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 243).

⁹⁸ “A arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da arguição (art. 2º, § 1º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da *legitimatío ad causam ativa*, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento.” (ADPF nº 11, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 30.1.2001).

⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, op. cit., p. 161.

as normas do texto constitucional, abrangendo até mesmo o bloco de constitucionalidade federal, no qual se inclui os ADCT's, as emendas à Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos que tenham sido internalizados pelo procedimento do art. 5º, §2º da CF/88.

Dimitri Dimoulis buscou sintetizar a celeuma:

“O art. 102 da CF determina como parâmetro de controle da ADPF o “preceito fundamental decorrente da Constituição”. Pergunta-se, em primeiro lugar, o que significa “preceito fundamental”. Adotando uma linha de interpretação restritiva, foi sustentado que preceito é sinônimo de princípio, sendo que a ADPF só tutela os princípios fundamentais fixados nos arts. 1º a 4º da CF. Segundo uma interpretação mais extensiva, os preceitos fundamentais abrangem, ao menos, os princípios fundamentais do Primeiro Título da CF, a maior parte dos direitos e garantias fundamentais, os princípios sensíveis do art. 34, IV, e os princípios da ordem econômica estabelecidos no art. 170 da CF. Outros autores consideram preceitos fundamentais as interpretações que respeitam e realizam o Estado de direito e o princípio democrático.

O termo preceito encontra-se quatro vezes na CF de 1988 (arts. 17, 29, 102, 227). O constituinte denomina “preceitos” tanto normas abstratas, como o “caráter nacional” dos partidos políticos (art. 17, inciso I), como normas de detalhe, como a data de posse dos Prefeitos (art. 29, III). Por essa razão, consideramos que “preceito” é sinônimo de “qualquer norma”. O termo fundamental causa maiores dificuldades, por ser abstrato e permitir variadas interpretações. Há duas possibilidades. Primeiro, enumerar os preceitos considerados fundamentais. Segundo, oferecer indicações genéricas, deixando a cargo do aplicador a confecção da lista dos preceitos fundamentais.

O legislador utilizou o termo fundamental para excluir determinadas categorias de preceitos. Contudo, parece improvável (e não ocorreu até agora) que o STF deixe de conhecer uma ADPF porque o parâmetro invocado é uma norma constitucional não fundamental. Seria possível declarar que a Constituição contém normas não fundamentais?

A Lei 9.882 não se refere aos preceitos decorrentes da Constituição, cabendo mais uma vez ao STF a tarefa de concretizar. O Tribunal decidiu que possuem qualidade de preceitos fundamentais os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, e os princípios sensíveis do art. 34, VII, CF, esclarecendo que essa enumeração não exclui a fundamentalidade de outros preceitos constitucionais.

Em segundo lugar, devemos definir a locução decorrente desta Constituição. O termo Constituição indica, nesse contexto, todas as normas que integram o bloco de constitucionalidade. Em âmbito federal, o bloco de constitucionalidade é composto pela Constituição vigente (normas originárias ainda vigentes; emendas constitucionais conforme o art. 60, CF; emendas constitucionais de revisão conforme o art. 3º do ADCT) e os tratados internacionais sobre direitos humanos que foram incorporados ao direito brasileiro mediante o procedimento do art. 5º, § 3º, da CF.

O STF decidiu que o Preâmbulo da Constituição Federal não é juridicamente vinculante. Decidiu também que todas as normas constitucionais possuem a mesma força formal, devendo, em caso de conflito entre elas, ser realizada interpretação harmonizadora. Cabe acrescentar que só pode ser parâmetro de fiscalização elemento normativo decorrente da Constituição Federal. As normas constitucionais de origem estadual constituem objeto do controle de constitucionalidade em âmbito federal e não seu parâmetro.

Já o termo decorrente pode adquirir três significados: primeiro, se referir a preceitos que são explicitamente fixados no texto constitucional; segundo, indicar preceitos contidos na própria Constituição, ainda que de forma implícita, respeitando o sentido literal do termo decorrente; terceiro, designar preceitos que se encontram em outras fontes jurídicas ou extrajurídicas, desde que possam ser de alguma forma vinculados ao texto constitucional.

A segunda proposta é a mais plausível, mas mesmo assim atribui-se um amplo poder de concretização ao legislador, sendo impossível determinar de forma objetiva o que (e por que) decorre do texto constitucional. Por fim, a Lei 9.882 utiliza várias vezes o termo descumprimento e a expressão preceito fundamental sem oferecer indicações sobre seu conteúdo, cabendo aqui também ao STF a concretização.¹⁰⁰

¹⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, op. cit., p. 164.

Por seu turno, Gustavo Binimbojm entende que o parâmetro do controle exercido na ADPF é mais limitado que aquele da ADI, já que nesta o parâmetro é qualquer norma formalmente constitucional, e, naquela, somente as normas que ostentem a estatura jurídica de “preceitos fundamentais” podem ser tomadas como parâmetro de controle.¹⁰¹

Na prática, não se pode negar que os direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios constitucionais sensíveis, por exemplo, são evidentemente preceitos fundamentais da Constituição Federal, sendo-os assim definidos *a priori*. Porém, diante do caso concreto, outras normas constitucionais podem demonstrar-se fundamentais ante as circunstâncias, amplitude e efeitos do preceito violado, não sendo razoável considerar que o STF deixe de apreciar uma grave violação às situações jurídicas pelo fato do preceito constitucional descumprido não se enquadrar no rol de preceitos fundamentais previamente estipulados.¹⁰² Este, inclusive, foi o entendimento já manifestado pela Corte Suprema.¹⁰³

A discussão quanto ao objeto da ADPF não é menos problemática que a discussão quanto ao parâmetro, o descumprimento resultante de “ato do Poder Público” é fórmula legislativa que amplia demasiadamente a competência do STF, podendo-se cogitar que todos os atos administrativos, legislativos e judiciais estariam submetidos à fiscalização do STF, desde de uma Emenda à Constituição até os atos administrativos ordinários, transcendendo, evidentemente, os atos normativos. Além de atos do Legislativo, incluem-se no objeto da arguição qualquer ato do Executivo, do Judiciário, do

¹⁰¹ “Será necessário que a Corte estabeleça uma hierarquia axiológica entre os dispositivos formalmente constitucionais – já que inexistente hierarquia formal – a fim de que possa chegar àqueles considerados integrantes do seletor rol de preceitos fundamentais. São preceitos fundamentais da Constituição, a nosso ver, segundo um critério axiológico: os princípios fundamentais; os direitos e garantias fundamentais, aí incluídos os direitos e garantias individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos do contribuinte; os princípios que estruturam o sistema de repartição de poderes e a federação e os princípios gerais da ordem econômica. (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 244).

¹⁰² Nessa linha de intelecção: “É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para preservação dos princípios basilares e dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...] Dessarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias fundamentais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. A lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também às disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependência dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.” (MENDES, Gilmar Ferreira; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1464).

¹⁰³ “EMENTA – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei n. 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. [...] Imprescindível é, na arguição em exame, que o requerente venha a apontar o preceito fundamental que tenha por lesado e este efetivamente, seja reconhecido, como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. Cuida-se, aí, de instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado.” (ADPF-QO n. 1, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 3.2.2000).

Ministério Público e dos Tribunais de Contas que importem lesão ou ameaça a preceito fundamental da Constituição.¹⁰⁴

A difícil identificação de todos os atos do Poder Público que podem ser objeto da ADPF torna a investigação mais eficiente se realizada de forma negativa, isto é, perscrutar as hipóteses de atos que não podem ser objeto de ADPF. Nesse caminho, é possível identificar que estão excluídos da apreciação por via da ADPF os atos particulares como contratos e outras manifestações privadas da vontade, as sentenças transitadas em julgado e, embora com algumas decisões em sentido contrário, as omissões do Poder Públicos, já que a lei exige “ato” comissivo. Outrossim, a jurisprudência do STF não admite arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar: (i) súmulas de Tribunais, ainda que vinculantes (*cf.* ADPF-AgR 80, rel. Min. Eros Grau, j. em 12.6.2006; ADPF 128, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 15.4.2008 e ADPF 152, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 8.9.2008)¹⁰⁵; (ii) atos que já tenham sido revogados (*cf.* ADPF-MC 4, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 2.8.2006 e ADPF 49, rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, Dje., 8.2.2008); (iii) atos que não estejam prontos e acabados, sujeitos à modificação (*cf.* ADPF-AgR 43, rel. Min. Carlos Britto, j. em 20.11.2003).

Tema instigante e ainda pouco claro na jurisprudência do STF é sobre a possibilidade de questionar atos regulamentares pela via da ADPF, isto é, atos normativos secundários, não normativos. Na decisão da ADPF 87, o relator Min. Gilmar Mendes, ressaltou que, embora inexista óbice para que se analise, em condições especiais, a constitucionalidade de atos regulamentares em face da Constituição, haja vista que a questão constitucional muitas vezes é posta de forma tal que se afigura possível a ofensa aos postulados da legalidade e da independência e separação de Poderes, era caso de indeferimento do pedido liminar, isto por considerar o tema complexo, especialmente em face dos limites ainda não precisamente definidos da ADPF. Nesse caso, considerou o relator que a concessão da liminar poderia trazer maiores prejuízos a todo o sistema jurídico institucional.

O caráter subsidiário da ADPF indica que não pode a ação ser equipara, em tudo, à Ação Direta de Inconstitucionalidade, assinalando-se assim para possibilidade de impugnação de atos regulamentares, já que o objeto é outro. Noutra giro, a tese da violação reflexa ou oblíqua à Constituição limita o objeto da ADPF, deslocando a questão para o plano da legalidade, isto é, os atos regulamentares só poderiam violar a Constituição indiretamente, pois que a violação direta é da lei cujos atos extraíram seu fundamento de validade. De toda sorte, admitir como objeto de controle da ADPF os

¹⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, *op. cit.*, p. 244.

¹⁰⁵ Na ADPF-AgR 501, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 16.9.2020, foi conhecida arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada em face de enunciado de Súmula de Jurisprudência predominante editada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, a súmula criou sanção não prevista em lei, configurando, desse modo, ato de natureza abstrata suscetível de impugnação via controle concentrado de constitucionalidade.

atos normativos secundários, “abre a possibilidade de o STF apreciar graves violações à ordem constitucional brasileira, as quais, não fosse o papel colmatador da arguição, permaneceriam imunes a um controle de tamanha extensão.”¹⁰⁶

Essa ampla capacidade de apreciação dos atos dos outros Poderes trouxe alguma crítica à regulamentação legal da ADPF, havendo quem a considere inconstitucional por violação ao princípio da separação dos Poderes. O principal argumento é que, ao atuar afastando ou reformulando atos dos demais poderes, o Judiciário deveria possuir autorização constitucional específica e explícita, sob pena de atuar em indevida intromissão na esfera de livre atuação dos demais poderes, violando sua autonomia. Para os críticos da amplitude do objeto da ADPF, a delegação constitucional para regulamentar o instituto “na forma da lei” não é plena.

Como bem explica Dimitri Dimoulis, essa autorização constitucional para que o legislador configure a ADPF barra nos limites da interpretação sistemática da Constituição. O autor exemplifica que seria inconstitucional uma lei que permitisse, por exemplo, mediante ADPF, criar novas leis ou efetuar julgamentos em matéria penal. A Constituição – ainda que implicitamente – estabeleceu que o objeto da ADPF fosse amplo, reduzi-lo ao mesmo objeto da ADI tornaria o instrumento inútil. Por isso, a ampla determinação do objeto pela lei, aponta o autor, não é inconstitucional, mesmo porque, antes do advento da ADPF, todos os atos do Poder Público já eram submetidos ao controle de constitucionalidade no âmbito do controle difuso. Assim sendo, “a ADPF não inovou radicalmente em relação ao objeto do controle de constitucionalidade. Só ampliou as competências do STF.”¹⁰⁷

Sem correr o risco de desbordar dos limites da presente investigação, após este breve esboço quanto ao desenvolvimento e aos principais aspectos processuais da ADPF, passa-se à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), fechando assim a exposição do sistema judicial abstrato de controle de constitucionalidade brasileiro. Registre-se que, embora a Representação Interventiva também seja ação de controle abstrato de constitucionalidade, seu regime jurídico peculiar frente às outras ações diretas, além da legitimidade ativa exclusiva do PGR, afasta-a do recorte utilizado no presente trabalho, motivo pelo qual não será exposta.

3.3.1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Em regra, o dever de legislar consubstancia uma faculdade do poder Legislativo, porém, quando a própria Constituição impõe uma obrigação de concretização de seus preceitos, fica caracterizado um

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, op. cit., p. 249.

¹⁰⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, op. cit., p. 159.

dever constitucional. O inadimplemento desse dever gera uma forma de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade por omissão. A declaração da omissão e a conseqüente concretização do texto constitucional é a finalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

O controle das omissões do Poder Público é tema fundamental para a garantia da força normativa da Constituição, além de estar diretamente ligado à manutenção da supremacia da Constituição, que, pode ser aviltada não somente por atos comissivos, mas também pela desobediência total ou parcial dos seus mandamentos.¹⁰⁸ Como já exposto neste trabalho, a supremacia do Parlamento impedia, até pouco tempo, que o poder Judiciário pudesse intervir de maneira eficaz para obrigar o legislador a atuar, isto porque um dever do Estado em editar determinada lei configurava-se inadmissível, a teoria de Hans Kelsen, de grande influência no Séc. XX, somente chancelava que o poder Judiciário agisse como legislador negativo, jamais podendo colmatar lacunas legislativas, já que isso significaria uma interferência na atividade de outro Poder.

Com a evolução da teoria constitucional, e especialmente com a expressa previsão de vinculação de todos os Poderes aos direitos fundamentais definidos na Constituição, ocorre uma mudança na interpretação da separação de Poderes, pois a grande liberdade que tinha o legislador passa a encontrar limite na efetividade das normas constitucionais. Gilmar Mendes registra que em decisão de 11.6.1958, o Tribunal Constitucional da Alemanha, após decisões anteriores nas quais não reconhecia ao cidadão a pretensão de obrigar o legislador a exercer à atividade legislativa, alterou a jurisprudência admitindo recurso constitucional para declarar a omissão legislativa no caso em que se buscava a fixação de vencimentos de funcionários públicos consentâneos com o custo de vida. Na ocasião, por tratar-se de omissão parcial, a Corte não declarou a inconstitucionalidade do ato impugnado, mas limitou-se a constatar a violação de direito constitucional em virtude de omissão legislativa, “até porque uma cassação – do ato -, agravava ainda mais o estado de inconstitucionalidade”.¹⁰⁹

Esta paradigmática decisão do Tribunal Constitucional, além de trazer luz quanto a possibilidade de configuração da omissão parcial, ao lado da omissão total, foi responsável por iniciar o processo de desenvolvimento de técnicas de decisões no controle da omissão, dentre as quais a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador. A declaração

¹⁰⁸ “Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental, sobretudo, para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1229).

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional, op. cit.*, p. 1231.

de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é uma decisão “de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão”, e o apelo ao legislador é técnica decisória mediante a qual “se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade.”¹¹⁰

No Brasil, a omissão na concretização da Constituição é problema crônico, a simples observação da realidade, quando cotejada com o texto constitucional, permite sem maiores dificuldades chegar nessa conclusão. A Constituição Federal de 1988, buscando criar instrumentos para sanar tal chaga, instituiu no art. 102, I, “a” c/c art. 103, §2º a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Tal ação constitucional não teve qualquer regulamentação legal até a edição da lei 12.063/09, que, acrescentando o Capítulo II-A à Lei n. 9.868/99, definiu os contornos jurídicos aplicáveis à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. No plano Constitucional ADO está prevista nos arts. 102, I, “a” e “p”, 103, §§1º, 2º e 3º, no plano legal a Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999 regulamenta a ação direta por omissão entre os arts. 12-A a 12-H e 22 a 25.

A legitimidade para propositura da ADO é a mesma da ADIn, sendo aplicável também, não obstante inexistência de expressa previsão pela Lei n. 12.063/09, os mecanismos de abertura da jurisdição constitucional estabelecidos pelos arts. 7º, §2º e 9º, §1º da Lei 9.868/99 (*amicus curiae* e realização de audiências públicas), na forma do art. 12-E da mesma lei. Novidade trazida pela lei 12.063/09 diz respeito à participação do AGU, pelo procedimento do art. 12-E, §2º, o relator pode solicitar manifestação do AGU, isto é, não se trata de manifestação obrigatória. Ainda assim, mesmo que não tenha ato normativo para defender, é importante a manifestação do AGU no sentido de defender que não há omissão inconstitucional, aumentando assim o contraditório e qualificando eventual decisão de mérito em um ou outro sentido.¹¹¹

É expressa a previsão de medida cautelar na ADO (art. 12-F), sendo possível, sem sede de cautelar, o Supremo Tribunal Federal: (i) suspender a aplicação da lei ou ato normativo questionado, no caso de omissão parcial; (ii) suspenda processos judiciais ou procedimentos administrativos em que se discuta o objeto da ação ou (iii) fixar outra providência cabível. A jurisprudência do STF era restritiva quanto a possibilidade de concessão de medida cautelar em ADO (*cf.* ADI-MC 1458, rel. Min. Celso de Mello, DJ. 20.9.96 e ADI 1996, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ. 28.2.2003), isto porque a opinião dominante era no sentido de que o provimento cautelar não podia antecipar efeitos que nem

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 1232.

¹¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, *op. cit.*, p. 238.

mesmo a decisão final de mérito alcançaria, já que ao STF cabia somente cientificar o legislador quanto à mora.

Tal orientação sofreu mudança radical, sendo plenamente admissível a concessão de cautelar em ADO no sistema vigente, no entanto, a ampla margem para que o STF fixe “providência cabível” em sede de controle da omissão se mostra problemática, o limite da legitimidade democrática em que se insere a atuação da Corte Constitucional será desafiado sempre que o Poder Judiciário atuar em típica função legislativa, criando normas gerais e abstratas, substituindo o poder Legislativo. O tema é extremamente complexo e não cabe sua análise no âmbito do presente trabalho, sendo lícito, outrossim, registrar que o controle das omissões inconstitucionais é essencial para efetivação de direitos fundamentais, porém, somente a atividade hermenêutica do Supremo Tribunal Federal poderá sopesar os diversos aspectos que circundam esse exercício atípico das funções jurisdicionais.

Quanto a decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o art. 12-H, na mesma linha do art. 103, §2º da CF/88, prescreve que declarada a inconstitucionalidade por omissão será dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias, no caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de trinta dias. A decisão final é irrecorrível, excetuada possibilidade de interposição de embargos de declaração, sendo vedada oposição de ação rescisória ao julgado (art. 26 da Lei n. 9.868/99). Nos termos do art. 28, parágrafo único da mesma lei, a decisão de mérito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Classificada como meio judicial de controle de constitucionalidade abstrato e repressivo, a ADO, assim como as demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, tem *causa petenti* aberta, o que significa uma exceção à regra processual que consiste na congruência entre a causa de pedir e a sentença, qual seja, os fatos alegados (causa de pedir próxima) e as razões de direito material (causa de pedir remota) não vinculam o Tribunal na apreciação do pedido, podendo-se afirmar que a causa de pedir no âmbito do processo constitucional de controle concentrado abrange necessariamente qualquer violação da Constituição Federal, não limitando-se aos fundamentos indicados pelo requerente.¹¹² O parâmetro de controle é o bloco de constitucionalidade federal, da mesma forma como ficou consignado nos tópicos anteriores. O objeto de controle são as omissões oriundas de órgãos e/ou autoridades federais e estaduais, não cabendo ADO na fiscalização de omissões inconstitucionais municipais.

Levando em conta que o objetivo deste tópico sobre as ações de controle concentrado de constitucionalidade era delimitar o desenvolvimento e os principais traços do regime jurídico destes

¹¹² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, op. cit., p. 130.

instrumentos da jurisdição constitucional, pode-se admitir que a missão foi cumprida. A análise aprofundada de cada uma das ações seria tarefa que ultrapassa as forças do pesquisador e o recorte metodológico proposto. O quanto exposto se demonstra suficiente como antecedente lógico para o desenvolvimento dos próximos tópicos, onde a questão do controle de constitucionalidade continuará ser tratada, porém sob a ótica da Reclamação Constitucional como instrumento de melhoramento, modificação ou até mesmo superação das decisões prolatadas no âmbito do controle abstrato.

Antes, porém, de adentrar ao estudo da Reclamação Constitucional, serão dedicadas algumas linhas à questão da “dificuldade contramajoritária” inerente à Jurisdição Constitucional e sua conformação na democracia contemporânea. O próximo tópico se justifica pois, como será demonstrado, a Reclamação Constitucional, se admitida como mecanismo de acesso rápido e eficaz à Jurisdição Constitucional, permite levar ao Tribunal contextos e circunstâncias complexas referente às demandas sociais frente às decisões em controle concentrado, isto é, o Tribunal poderá revisitar suas decisões de posse de novos elementos fáticos e jurídicos, adaptando os provimentos vinculantes à complexidade democrática, aumentando assim a legitimidade de suas decisões e abrindo espaço para maior participação no fechado sistema de controle abstrato de constitucionalidade.

4. Democracia e Controle Judicial de Constitucionalidade: A questão contramajoritária¹¹³

4.1. Compatibilização entre os ideais políticos: A Democracia Constitucional

Em definição superficial, democracia é o governo da maioria, onde a população decide sobras as regras de convivência, é o governo do povo e para o povo. A Jurisdição Constitucional, por seu turno, tem como principal compromisso garantir os meios processuais adequados para defesa de direitos constitucionais, é a garantia “jurisdicional da Constituição”¹¹⁴, e, portanto, fornece mecanismos de

¹¹³ A expressão “dificuldade contramajoritária”, como ensinam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (*Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, op. cit.*, p. 35), foi cunhada em obra clássica de direito constitucional norte-americana: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of Politics*. Yale University Press. Edição em espanhol consultada: BICKEL, Alexander M. *La rama menos peligrosa: La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*. – México: FCE, 2020. Em levantamento feito por Daniel Sarmento (*Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, op. cit.*, p. 38, nota de rodapé 50), fica demonstrado que diversos autores brasileiros se ocuparam especificamente do complexo tema relativo à tensão entre democracia e jurisdição constitucional, dentre os quais, pode-se citar: Gustavo Binbenojm (*A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*), Álvaro Ricardo de Souza (*Jurisdição constitucional democrática*), Cláudio Ari Mello (*Democracia constitucional e direitos fundamentais*), Conrado Hubner Mendes (*Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*), José Adércio Leite (*A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*), Cláudio Pereira de Souza Neto (*Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*), Lenio Luiz Streck (*Jurisdição constitucional e hermenêutica*) e Oscar Vilhena Vieira (*Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*).

¹¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, op. cit.*, p. 35.

proteção de direitos fundamentais. A simplória descrição destas duas instituições políticas (democracia e jurisdição constitucional), pode lavar a um paradoxo: como conciliar as opções da maioria (democracia) com os direitos das minorias (constitucional)?

Como toda pergunta traz em seu cerne a resposta, é por meio da democracia constitucional que há a conciliação entre as opções das majorias e os direitos das minorias. Na visão simplista poderia a Jurisdição Constitucional ser considerada antidemocrática, porém, o aparente choque entre estes dois ideais políticos está na forma como de concebe a democracia, e, não necessariamente na incompatibilidade entre o governo da maioria com proteção dos direitos das minorias. Com isso, pode-se afirmar que no Estado constitucional de Direito a democracia não pode ser concebida como majoritária, mas sim como democracia constitucional.¹¹⁵ A democracia constitucional supera a democracia meramente majoritária e garante que a luta pelos direitos não retroceda frente aos arroubos das majorias ocasionais. Ademais, a maioria qualificada pelo momento constituinte originário deve prevalecer sobre as majorias ordinárias, esse é o principal argumento para a justificação do controle de constitucionalidade.

Retornando a fórmula, “democracia é o governo do povo e para o povo”, é possível fazer duas observações. Primeira: uma democracia formal pode ter um “governo do povo”, mas favorecer apenas os detentores do poder político-econômico; Segunda: embora não haja democracia formal (governo do povo), uma ditadura pode favorecer a maioria numérica da população, caracterizando-se em um “governo para o povo”.¹¹⁶ É por isso que democracia e constitucionalismo andam lado a lado, um governo “do” povo exige uma democracia forte, que através seus legítimos procedimentos produzam as regras do jogo que sejam observadas pelo Judiciário; um governo “para” o povo exige uma Jurisdição Constitucional forte, que garanta os direitos das minorias independentemente das opções das majorias. Nesta linha de raciocínio, sintetiza Georges Abboud: “não há nada mais democrático do que o constitucionalismo ou mais constitucional do que a democracia.”¹¹⁷

4.2. Crítica contramajoritária ao Controle Judicial de Constitucionalidade

Como ficou registrado nos tópicos anteriores, o controle judicial de constitucionalidade não evoluiu sem resistências. Luigi Ferrajoli demonstra que a evolução da jurisdição sofreu diversos percalços, isto porque a jurisdição não foi concebida como forma de controle do poder estatal, mas sim como

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 112-13.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al., coord. Trad. João Ferreira. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ed., 1998, p. 328.

¹¹⁷ ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: letramento, 2021.

mera ferramenta de solução de conflitos privados e aplicação de penas. O poder público não se submetida ao Direito da mesma maneira que os cidadãos.¹¹⁸ A partir do momento em que se consolida como forma de proteção do cidadão frente aos poderes do próprio Estado, o controle judicial de constitucionalidade torna-se uma indiscutível realidade. Portanto, como já analisado o controle de constitucionalidade é plenamente exercido no Brasil, a discussão não está pautada na adoção ou não do controle judicial de constitucionalidade, mas sim na intensidade em que é exercido, se de forma mais ativista ou mais contida, com maior ou menor deferência aos atos dos outros poderes.

As principais objeções ao controle judicial de constitucionalidade – ao menos quanto à intensidade -, resumem-se nos seguintes argumentos: (i) *déficit* democrático, já que a vontade da maioria seria substituída por um “governo dos sábios”, como na república de Platão¹¹⁹; (ii) grande papel criativo aos juízes, o que, na prática, criaria um poder constituinte originário permanente, visto que o alto grau de indeterminação do texto constitucional permitiria à Suprema Corte moldar a constituição a partir da interpretação, impedindo o povo de se autogovernar.¹²⁰ (iii) sério risco de que o Poder Judiciário substitua decisões políticas que deveriam ser tomadas pelos representantes do povo, tratando a sociedade como “infantilizada”, incapaz de eleger representantes sérios que tomem as decisões adequadas, como se a população precisasse ser tutelada.¹²¹

¹¹⁸ “...durante mucho tiempo, el Estado y las otras entidades públicas, incluida la administración pública, no habían sido concebidos como posibles partes procesales y los actos legislativos y administrativos no se consideraban justiciables. La jurisdicción civil y penal – una referida a la tutela de los derechos en las relaciones privadas y a la verificación y reparación de ilícitos civiles, y la otra referida a la verificación y a la castigo de los ilícitos penales – estaba destinada únicamente a los ciudadanos, es decir, a la sociedad. Fue con mucha lentitud que se desarrolló, en el siglo XXI, un contencioso administrativo entre instituciones públicas y ciudadanos. Y no fue sino hasta la segunda mitad del siglo pasado cuando se desarrolló, en Europa, un contencioso legislativo, con la introducción del control de la constitucionalidad sobre la legislación ordinaria. El progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. Por lo tanto, este desarrollo es un fenómeno común en todas las democracias avanzadas, ya que está relacionado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos, que se produjo con el crecimiento de la complejidad de los sistemas políticos y, por consiguiente, del paradigma del Estado de derecho.” (FERRAJOLI, Luigi. *El papel de la función judicial en el Estado de derecho. In: Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 87-8).

¹¹⁹ “Dentre outros mecanismos contramajoritários conhecidos nas democracias contemporâneas, o controle de constitucionalidade, ainda mais quando feito sobre emendas constitucionais, é uma instituição que arranha, em grau elevado, a democracia. [...] A teoria constitucional, por vezes, enreda-se num discurso envolvente, melindrada em reconhecer algum elitismo no controle de constitucionalidade. Talvez não existe hoje um instrumento alternativo para proteger direitos no Brasil. Delegar decisões de princípio a um órgão majoritário exigiria grande maturidade política. Enquanto isso, prefere-se mitigar a democracia para impedir que ela mesma se arruine. Não importa que esse mecanismo não se afinasse com o princípio democrático. Serve como um anteparo da democracia enquanto se desconfia da possibilidade de cidadãos não versados em direito decidirem com a competência de juristas sobre os princípios fundamentais da comunidade política. Aqueles estariam mais sujeitos a submetê-los à permuta política, ao critério da utilidade, a transformá-los em commodities, a inseri-los no cálculo do “risco-país”. Parece que os juízes, ao menos, fazem parte de uma comunidade que lhes ensinou a prezar por certos princípios e valores que na esfera da pura política se submetem à barganha, egoística por definição. Juízes podem errar, mais confiamos mais neles do que em leigos que decidem por maioria. Juízes estariam aptos para a argumentação moral. O legislador, não.” (MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 188).

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 223-26.

¹²¹ Nesse sentido: MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Publicado originalmente como "Justiz as

Em contrapartida, como argumentos favoráveis à alta intensidade do controle judicial de constitucionalidade, destacam-se dois: (i) frequentemente a Constituição não reflete a vontade popular, sendo pequena a participação democrática, fato que legitima os juízes exercerem um papel representativo das minorias alijadas de uma real representação no poder Legislativo; (ii) a alta intensidade no controle judicial de constitucionalidade é consequência lógica da evolução da sociedade, que não pode ser guiada pelas gerações passadas (*death hand of the past*), isto é, as gerações futuras não podem ficar enclausuradas em escolhas imutáveis consideradas importantes pelas gerações passadas.

No Brasil, o primeiro argumento favorável à alta intensidade do controle judicial de constitucionalidade é parcialmente procedente, é fato notório que a constituinte de 1988 foi aberta e teve ampla participação popular, reproduzida no seu texto que albergou diversas ideologias e minúcias, embora tenha delegado grandes questões ao legislador futuro, exatamente pela falta de consenso em diversos pontos. Já o segundo argumento, quanto à imposição de cláusulas pétreas às gerações futuras, esse problema é resolvido pela interpretação restrita dessas cláusulas, isto é, pode-se alterar até o limite da existência da cláusula, o que é vedado é a abolição da mesma, permitindo grande espaço para mudanças sociais por meio das emendas constitucionais. Ademais, a não ser que haja uma brusca mudança na ordem política e social do país, não é crível que as gerações atuais ou futuras desconsiderem importantes o voto secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais e a forma federativa do Estado (art. 60, §4º da CF/88).

Nesse sentido, os argumentos contrários à alta intensidade do controle judicial de constitucionalidade, parecem ser mais consistentes. Não se pode ignorar que o Poder Judiciário somente age por provocação, porém a ampla legitimidade de atores políticos para provocar o controle judicial de constitucionalidade não pode ser uma justificativa universal para que o STF se torne o decisor de todos os dilemas morais da sociedade. Questiona-se se não seria mais adequado, em determinadas situações, onde nem mesmo a população demonstra um consenso, a possibilidade de o Tribunal utilizar-se do *non liquet*, como ocorre com outras Cortes Constitucionais ao redor do mundo.

gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de 'vaterlosen Gesellschaft'. In: Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs.). *Stürzt der Götter?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1989.

A complexidade da questão frente aos limites da presente pesquisa não permite um aprofundamento, porém, é possível afirmar que o controle judicial de constitucionalidade de fato é contramajoritário, mas isto não significa que seja antidemocrático.¹²²⁻¹²³ Ao contrário, o controle judicial de constitucionalidade tem função representativa, desde que exercido em favor da democracia, conforme será visto no próximo tópico.

4.3. A função representativa da Jurisdição Constitucional e um exemplo de Controle Judicial da omissão legislativa

A Jurisdição Constitucional, argumentam alguns autores, também exerce função representativa na democracia, representa as minorias contra as maiorias do parlamento sempre que os segundos avançam sobre direitos já garantidos dos primeiros. O pressuposto dessa função representativa da Jurisdição Constitucional sustentar-se-ia no fato de que, consideradas as disfunções do sistema político brasileiro, os representantes eleitos perderam parte de sua representatividade, sendo esta transferida ao Judiciário, que então toma as decisões que tradicionalmente seriam cometidas aos representantes eleitos do povo. Desta forma, a Jurisdição Constitucional teria uma função contrarepresentativa e não contramajoritária.¹²⁴

Essa concepção foi exposta por Robert Alexy na obra “Constitucionalismo Discursivo”, segundo o qual, a Jurisdição Constitucional seria uma instância de representação argumentativa da sociedade, superior a própria representação política.¹²⁵ Luís Roberto Barroso também defende está con-

¹²² “(...) percebe-se existir uma grande diferença entre um caráter contramajoritário e um caráter antidemocrático. O controle judicial de constitucionalidade das leis, nesta perspectiva, embora por vezes atue em contraposição à vontade da maioria, não necessariamente funciona antidemocraticamente. Por mais paradoxal que possa parecer, é justamente em razão de ser contramajoritário que este instituto pode desempenhar sua função cardeal em uma democracia constitucional. [...] portanto, pode-se inferir que o controle judicial de constitucionalidade das leis, sem embargo de ser contramajoritário – pois frequentemente realizará sua função obstaculizando a vontade majoritária – não é antidemocrático, senão instrumento garantidor da própria noção de democracia ou corretivo de seu caráter contramajoritário.” (SGARBOSSA, Luis Fernando, et. al. *Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional* — ABDConst. Curitiba, p. 145. Disponível em: <http://abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf> – acesso em 23.7.2021).

¹²³ “Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4ed. - Salvador: Juspodivm, 2010, p. 61).

¹²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: função representativa e majoritária das cortes constitucionais*. REI: Revista de Estudos Institucionais, v.2, nº 2, 2017.

¹²⁵ “A chave para a solução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: ‘Todo o poder estatal provém do povo’ exige conceber no só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e

cepção da Jurisdição Constitucional no Brasil, inclusive argumentando ser legítima uma alta intensidade do controle judicial de constitucionalidade, o que permitiria uma “judicialização da vida”, sem que possa se falar em ativismo judicial.¹²⁶

Porém, como aponta Cláudio Pereira de Souza Neto, o poder político deve ser exercido pelo povo e não em nome do povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88), daí que, essa atribuição representativa a órgão não eleito deve limitar-se a hipótese em que age em defesa da própria democracia, somente a defesa da democracia legitima o agir representativo da Jurisdição Constitucional, isto porque legitimar a Jurisdição Constitucional pela via direta da voz das ruas equivaleria a criar uma espécie de “jurisdição constitucional plebiscitária”, incompatível com o constitucionalismo democrático.¹²⁷

Um exemplo para demonstrar a complexidade dessa relação: o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, em 13 de junho de 2019. A Corte decidiu criminalizar a homofobia, aplicando analogicamente a Lei n. 7.716/89, que tipifica crime de racismo, ficou fixado o seguinte:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n. 7.716/89, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, §2º, I, “in fine”).

Essa decisão do STF é uma “sentença aditiva”, decisão por meio da qual a Corte cria a norma para resolver a questão, superando a clássica atuação limitada a anular normas (legislador negativo), edita um provimento contendo norma geral e abstrata, “disciplinando setores da realidade abrangidos por seus programas normativos.”¹²⁸ A crítica a esta decisão é no sentido de que teria tipificado crime por analogia, violando regra básica do direito penal e, afastando-se, assim, dos limites da legalidade

relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídicos-humanos e jurídico-fundamentais fracassou, mas requer também, positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado em uma institucionalidade, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão, então, reconciliados.” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 3ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53-4).

¹²⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 16, p. 3-40. Para uma consulta do argumento de forma mais sintética, confira: BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. *Revista Consultor Jurídico*. 3 jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>. Acesso em: 24.7.2021.

¹²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 261, nota de rodapé 291.

¹²⁸ SOUSA FILHO, Ademir Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108.

inerentes ao Estado Democrático de Direito. Justamente por adotar uma metodologia flexível *in malam partem* no direito penal, o afrouxamento da legalidade abre precedente para violação de garantias constitucionais, e, não só o STF, como os juízes brasileiros também se acharão na posição de aplicar tais métodos. O risco que se corre é de que o processo penal seja utilizado como instrumento de disputa política, vingança pessoal, promoção profissional, dentre tantos outros motivos pessoais.¹²⁹

Há, outrossim, bons argumentos favoráveis à decisão, dos quais sobrelevam-se os seguintes: (i) tratou-se de decisão em controle objetivo de constitucionalidade por omissão, onde o STF não proferiu decisão para condenar um réu específico à prisão, mas para estabelecer, de modo geral e abstrato um parâmetro normativo a ser aplicados em todos os casos; (ii) os mandados de criminalização eram normas fundamentais da Constituição (art. 5º, XLI e XLII), a inércia do legislativo torna letra morta um direito fundamental de proteção à condutas homofóbicas e transfóbicas odiosas.¹³⁰ Somam-se a esses motivos favoráveis à decisão o fato da mora legislativa se verificar desde 1988 mesmo tendo a Constituição expressamente previsto que a lei deve punir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, foi também ressaltado pelos ministros a fundamentalidade dos bens jurídicos violados pela omissão legislativa (dignidade humana e igualdade).

A Jurisdição Constitucional, como demonstrado, tem legitimação para preservar os direitos das minorias, mas a insubmissão às leis vigentes não representaria também um risco para a democracia? Obviamente não se pretende responder essa questão no presente trabalho, porém a contribuição que se busca apresentar é no sentido de que a Reclamação Constituição é um instrumento processual democrático que permite que essa questão seja respondida. No exemplo apresentado, o debate deve estar aberto, os dados empíricos que surgirem a partir da aplicação do provimento vinculante prolatado pelo STF na ADO n. 26 e no MI 4.733 podem ser levados ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação Constitucional, alimentando a própria decisão com a realidade.

¹²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*, op. cit., p. 290.

¹³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*, op. cit., p. 292.

CAPÍTULO II – RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: ORIGEM HISTÓRICA, NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS PROCESSUAIS

1. Origem histórica da Reclamação Constitucional

A Reclamação Constitucional é instituto genuinamente brasileiro, não há notícia que no mundo haja uma ação semelhante, isto é, ação constitucional destinada a garantir às decisões dos Tribunais. Em importante pesquisa sobre o tema, Marcelo Ribeiro Navarro¹³¹ aponta que não há paralelo na Alemanha, Estados Unidos, Espanha, Áustria, França, Portugal, o que demonstra uma característica do poder Judiciário brasileiro, qual seja, o fato de criarmos um instituto específico para levar aos Tribunais decisões que descumprem seus provimentos, demonstra uma dificuldade em cumprir decisões dos Tribunais superiores: há uma forte cultura dos juízes em sobrepor a sua livre convicção e independência funcional aos provimentos vinculantes.

A doutrina costuma dividir o desenvolvimento histórica da Reclamação Constitucional em fases, que vão de sua previsão no Regimento Interno do STF, passando pela positivação no texto constitucional até chegar ao momento da codificação do procedimento da Reclamação no Código de Processo Civil de 2015. No presente trabalho, adotar-se-á a divisão do desenvolvimento histórico da Reclamação Constitucional em dois momentos, seguindo a metodologia de Gustavo Azevedo¹³², quais sejam: a Reclamação antes da Constituição de 1988 e a Reclamação pós Constituição de 1988, sem descurar da indicação das respectivas fases, conforme preconiza a doutrina mais tradicional.¹³³

Quanto a fase anterior à Constituição de 1988, a Reclamação Constitucional nasceu da atividade pretoriana, antes mesmo de ser incluída no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no ano de 1957 (arts. 156 a 162), o Tribunal já apreciava diversas Reclamações sob o fundamento de que se tratava de uma correição, ou seja, atribuía-se a Reclamação uma natureza correcional. O tema era vacilante na jurisprudência, pode-se afirmar que, esta primeira fase do desenvolvimento histórico do instituto, é marcada pela ausência legislativa, várias Reclamações não eram admitidas (julgadas incabíveis) por possuírem natureza meramente correcional (Rcl. 81), porque era utilizada para atacar coisa julgada (Rcl. 100) ou ato administrativo da Presidência do Tribunal (Rcl. 90) ou por ausência de regulamentação legal no direito brasileiro (Rcl. 85).¹³⁴

¹³¹ DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 385.

¹³² AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 47 e seguintes.

¹³³ PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova constituição*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 78, n. 646, p. 20-40 e DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro, op cit.*, p. 45-266.

¹³⁴ Rcl. 81, rel. Min. Philadelpho Azevedo, j. em 20.9.1944; Rcl. n. 100, rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. em 17.5.1948; Rcl. 90, rel. Min. Annibal Freire, j. em 4.9.1946; Rcl. 85, rel. Min. Bento de Faria, j. em 17.4.1948.

Na Reclamação 141 de 1952 houve uma evolução do instituto, o STF delimitou, com base na teoria dos poderes implícitos¹³⁵, que poderia cassar decisões que desrespeitassem o teor de suas próprias decisões, afastando-se da posição que confundia a Reclamação com a medida administrativa da correição.¹³⁶ A segunda fase da evolução do instituto é marcada pela sua inserção no RISTF e pela delimitação de sua finalidade na Rcl. n. 141, qual seja, preservação da competência da Corte e garantia da autoridade das suas decisões.

A partir de 1967 o STF passa a ter competência legislativa sobre o processo e julgamento das matérias de sua competência originária (art. 120, parágrafo único “c” da Constituição de 1967, introduzido pela EC 1/69). Posteriormente, com a EC 7/77 a previsão foi mantida no art. 119 da Carta de 1967/69. Essa competência atribuída ao STF tornou as normas regimentais relativas ao processo e julgamento da Reclamação lei formal, legitimando ainda mais a ação, avançando-se, assim, à terceira fase da evolução histórica do instituto.

Após a consolidação da Reclamação Constitucional no âmbito legislativo, ganhou relevância na doutrina a discussão quanto sua natureza jurídica, surgindo diversas correntes na definição do instituto, essa fase é geralmente denominada de fase da definição, com uma relevante discussão na Rcl. n. 336, rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.12.1990. ação contra ato de juiz suscetível de exame fora da via recursal (Pontes de Miranda), Ação mandamental (José da Silva Pacheco), Incidente Processual (Moniz de Aragão), Recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos), remédio incommum (Orosimbo Nonato), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro Djaci Falcão).¹³⁷ A questão da natureza jurídica

¹³⁵ Carlos Eduardo Rangel Xavier demonstra a relevância da teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) para o desenvolvimento da Reclamação Constitucional no Brasil, remontando-se à coletâneas de artigos *Federalist Papers* e também ao paradigmático caso “*Mac Culloch v. Maryland*” de 1819, onde o *Chief Justice* John Marshall firmou o entendimento de que “se o fim é legítimo e está de acordo com os objetivos da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptáveis a ele, não proibidos, mas dentro da letra e do espírito da Constituição, são constitucionais”. (XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil (de acordo com a lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 20).

¹³⁶ Conforme voto do relator, Ministro Rocha Lagoa: “A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Não seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgado procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal.” Registra-se, também, trecho do voto do Min. Orosimbo Nonato no julgamento da mesma Reclamação: “[...]. Em outros tempos, procurei mostrar a legitimidade e a necessidade, em tais casos, de se admitir a reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É o que também se dá quando são barrejadas as fronteiras de sua competência, através da invasão evidente. A criação de um remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes.” (Rcl. n. 141, rel. Min. Rocha Lagoa, DJe 17.4.1952).

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 521.

da Reclamação Constitucional será tratada no próximo tópico, porém, cumpre ressaltar que atualmente a maioria da doutrina classifica a Reclamação Constitucional como ação.

Embora a Reclamação tenha sido julgada inconstitucional (Representação de Inconstitucionalidade 1.092), sob a luz da Carta de 1967/69, pelo fato de entender o Tribunal na ocasião que não se tratava de matéria regimental, exigia, portanto, criação legislativa, não podendo o STF legislar sobre o tema, tal fato não impediu o pleno desenvolvimento do instituto, que posteriormente teve guarida constitucional.

A quinta fase da evolução histórica da Reclamação Constitucional consiste na sua absorção pelo texto constitucional de 1988 (art. 102, I, “I”), havendo previsão de cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “F”). Com o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade (ADIn, ADO, ADC e ADPF) a Reclamação Constitucional ganha novos contornos e apresenta grande relevância enquanto ação constitucional de garantia da autoridade das decisões no STF nestes processos de índole objetiva.¹³⁸

A sexta fase da evolução histórica da Reclamação Constitucional, seguindo a divisão estabelecida por Navarro Dantas, se deu com a EC 45/2004, que, no âmbito da competência do STF, consagrou a súmula vinculante, prevendo o cabimento da Reclamação do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar (art. 103-A, §3º da CF/88), devendo o STF, em caso de procedência, anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso. A lei 11.417/2006, que disciplina a súmula vinculante traz a possibilidade e regramento para o uso da Reclamação (arts. 7º e 9º).

A lei 8.038/1990 regulava a Reclamação, porém, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, inaugurou-se uma sétima fase da evolução histórica do instituto, a lei extravagante foi revogada no ponto, sendo que o CPC/15 passou a dispor sobre a Reclamação (arts. 988 a 933).

Quanto ao cabimento, o art. 988 do CPC/15 manteve as hipóteses constitucionais da reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016); IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 522.

incidente de assunção de competência e IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).

Ademais, no §5º, II do art. 988, previu que cabe o manejo da Reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivos, mas somente após esgotadas as instâncias ordinárias.

Ficou perceptível que na fase anterior à Constituição de 1988 a Reclamação já havia sido bem desenvolvida, tendo delimitada sua natureza e finalidade, após sua positivação no texto constitucional e mais recentemente com a previsão no Código Processo de Civil o instituto se consagra como uma ação voltada a proteção do ordenamento jurídico como um todo, mecanismo essencial para o controle dos provimentos vinculantes.

2. Natureza jurídica da Reclamação Constitucional

O Supremo Tribunal Federal já decidiu em sede de controle judicial abstrato que a Reclamação Constitucional não é recurso, nem ação ou incidente processual, mas sim desdobramento lógico do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV da CF/88.¹³⁹ Posteriormente, revisando essa posição, parece ter o STF atribuído a natureza jurídica de ação à Reclamação Constitucional, já que na sua jurisprudência é possível observar a exigência de pagamento de custas e de capacidade postulatória, além de ser cabível a condenação em honorários advocatícios, afastando a natureza de direito de petição.¹⁴⁰

Sem dúvidas a Reclamação Constitucional apresenta-se como uma ação constitucional destinada a tutelar o direito fundamental à devida tutela jurisdicional, isto porque visa assegurar ao jurisdicionado que os provimentos vinculantes proferidos em seu favor pelos Tribunais superiores sejam devidamente observados no seu caso.¹⁴¹ Nesse sentido, acompanhado pela esmagadora maioria da doutrina, Ricardo de Barros Leonel aponta que a Reclamação Constitucional apresenta todos os requisitos que caracterizam uma ação judicial: (i) iniciativa da parte; (ii) caráter substitutivo da vontade das partes; (iii) tem por escopo a atuação do direito; (iv) há lide subjacente; (v) a resposta judicial obtida tende a tornar-se definitiva, por meio da coisa julgada; (vi) é necessária a observância das garantias constitucionais do devido processo legal; (vii) devem estar presentes os pressupostos de

¹³⁹ ADI, 2212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 2.10.2003.

¹⁴⁰ AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação e honorários advocatícios*. JÚNIOR, Nelson Nery; ALVIM, Teresa Arruda (coords). Aspectos polêmicos dos recursos cíveis – e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, v. 13, p. 221-249.

¹⁴¹ Nesta linha: DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro, op. cit.*, p. 438-9.

admissibilidade para análise do mérito – pressupostos processuais e condição da ação -, e (viii) inaugura relação processual autônoma, com o respectivo procedimento.¹⁴²

Somam-se a estas características processuais o fato de que na Reclamação não há necessidade de sucumbência, gravame ou prejuízo para seu cabimento, independentemente da vitória, pode o interessado manejar Reclamação, por exemplo, para que seja preservada a competência do Tribunal. Ademais, sua previsão é constitucional, competência originária do STF e do STJ, o que demonstra não se tratar de recurso. Outro ponto é que, diferente dos recursos, que tem prazo para interposição, na Reclamação não há qualquer prazo a que se sujeita seu cabimento.¹⁴³

A reclamação provoca exercício de jurisdição contenciosa, o que afasta, de todo, a ideia de que se trata de medida de jurisdição voluntária ou sua natureza correccional, que neste caso está ligada a uma atividade administrativa disciplinar, incompatível com a cassação de ato judicial como é o caso. Também não se trata de um incidente processual, já que instaura nova relação jurídica, com partes, causa de pedir e pedido. Em suma, a Reclamação Constitucional é autêntica ação constitucional de competência originária dos Tribunais.¹⁴⁴

No que tange aos aspectos processuais da Reclamação Constitucional, no próximo tópico, os temas relativos à petição inicial, causa de pedir, litisconsórcio, pedido, objeto, legitimidade ativa e passiva e possibilidade de intervenção de terceiros na Reclamação, com suas respectivas implicações, serão abordados. Posteriormente tratar-se-á do procedimento da Reclamação, sendo que as questões atinentes ao cabimento no âmbito do controle concentrado serão tratadas em tópico específico.

¹⁴² LEONEL, Ricardo Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121. Na mesma toada, reconhecendo a natureza jurídica da Reclamação Constitucional como ação constitucional: XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil (de acordo com a lei 13.256/2016)*, op. cit., p. 94; PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova constituição*, op. cit., p. 30; AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*, op. cit., p. 122; MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007, p. 109; SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. *Da reclamação*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 808, fev.-2003, p. 151; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 15ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 625 e MINGATI, Vinicius Secafen. *Reclamação (neo)constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 79.

¹⁴³ DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, op. cit., p. 454.

¹⁴⁴ “Contrariamente ao que entendeu o STF quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2212-1/CE, a reclamação não deve ser enquadrada como manifestação do direito de petição. Na reclamação, há exercício de pretensão à tutela jurídica do Estado, que se faz por meio de uma ação ou demanda judicial, cujos elementos estão presentes: há, na reclamação, partes, causa de pedir e pedido. Há, na reclamação, procedimento predefinido com observância do contraditório, não podendo o tribunal proceder de ofício. A reclamação depende de provocação da parte ou do Ministério Público, formulando processo novo. É possível, na reclamação, haver concessão de tutela provisória, cabendo recurso da decisão que a defere ou indefere. O acórdão que julga a reclamação produz coisa julgada. A reclamação deve ser proposta por advogado constituído pela parte, podendo ser proposta pelo Ministério Público que detém capacidade postulatória. Tudo isso faz ver que a reclamação não constitui mero exercício do direito de petição; é uma ação.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, op. cit., p. 628).

3. Aspectos processuais da Reclamação Constitucional

A petição inicial da Reclamação Constitucional deve seguir todos os requisitos do art. 319 do CPC/15 que forem compatíveis com seu procedimento. Como não há previsão de audiência, é desnecessária a indicação de opção pela audiência de conciliação ou mediação (art. 319, VIII do CPC/15). É necessário que a petição inicial da Reclamação seja subscrita por advogado ou membro do Ministério Público, detentores de capacidade postulatória, o STF já decidiu que é necessária representação por advogado ainda quando a decisão que se busca garantir autoridade seja Habeas Corpus (Rcl. 478, Rcl. 729 e Rcl. 23.117).

A causa de pedir, como se sabe, é classificada em causa de pedir próxima e causa de pedir remota. A causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos e a remota são os fundamentos fáticos. Na Reclamação Constitucional a causa de pedir próxima será sempre a demonstração de que o caso se adequa a uma das hipóteses do art. 988 do CPC/15, já a causa de pedir remota será a descrição do ato judicial ou administrativo que desrespeitou a autoridade de provimento vinculante ou usurpou a competência do Tribunal. A causa de pedir da demanda está diretamente ligada ao interesse de agir, motivo pelo qual a demonstração de usurpação de competência ou desacato à decisão vinculante ou ainda outro requisito como o exaurimento das instâncias ordinárias (art. 988, II, §2º do CPC/15) é pressuposto para configuração do interesse de agir.¹⁴⁵

O pedido na Reclamação Constitucional não será no sentido de o Tribunal proferir outra decisão substitutiva da decisão atacada, isto porque, como visto, a Reclamação não se confunde com recurso nem com ação rescisória. No pedido imediato, veicula-se pretensão processual requerendo uma decisão constitutiva negativa ou mandamental, de forma a cassar a decisão usurpadora de competência ou desobediente à um provimento vinculante. No caso de usurpação de competência o pedido será no sentido de declarar-se a nulidade dos atos praticados por juízo incompetente, com imediata remessa dos autos ao órgão jurisdicional competente, já no caso de desrespeito à provimento vinculante o pedido será de anulação do ato que desacatou decisão do Tribunal, com a determinação de que o juízo observe o provimento vinculante na nova decisão, ou em caso de ato administrativo, para que a Administração edite o ato conforme o provimento vinculante. Não há substituição da decisão reclamada, mas sim determinação de nova decisão, desta vez observando o provimento.¹⁴⁶

Na Reclamação Constitucional é possível haver litisconsórcio ativo facultativo, desde que preenchidos os requisitos do art. 113 do CPC/15.¹⁴⁷ Quanto ao objeto da Reclamação Constitucional,

¹⁴⁵ LEONEL, Ricardo Barros. *Reclamação constitucional*, op. cit., p. 251.

¹⁴⁶ AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*, op. cit., p. 56.

¹⁴⁷ Neste sentido: MORATO, Leonardo L. Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante, op. cit., p. 213 e DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais*,

considerando o recorte do presente trabalho, que limita a análise da Reclamação para garantia da autoridade das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, é possível o manejo do instituto para assegurar a autoridade da decisão de mérito em controle abstrato assim como da decisão concessiva de cautelar em ADI, ADC, ADPF ou ADO.¹⁴⁸ A Reclamação Constitucional cabe também de atos do próprio Tribunal que proferiu o provimento vinculante a ser observado, os Tribunais devem seguir seus próprios provimentos vinculantes (art. 926 e 927 do CPC/15).¹⁴⁹

A decisão em Reclamação é apta a formar coisa julgada, não sendo lítico a propositura de nova Reclamação idêntica (mesmas partes, pedido e causa de pedir), nesse caso a decisão em reclamatória pode ser desconstituída pela ação rescisória.¹⁵⁰ Como já foi dito, a Reclamação pode ser proposta perante qualquer Tribunal, a teoria dos poderes implícitos justifica e legitima que, se foi conferido poder a um Tribunal para decidir, também lhe foi conferido implicitamente o poder de efetivar essas decisões. A previsão do §1º do art. 988 do CPC/15 reforça a ideia de que a Reclamação é um instituto fundamental na consolidação de um sistema de precedentes¹⁵¹ íntegro, estável e coerente, como exige o art. 926 do mesmo código.

Quanto a legitimidade ativa da Reclamação Constitucional, pode ser ajuizada pelo Ministério Público ou por quem seja parte ou assistente em um processo prévio, na Reclamação para garantir a autoridade de decisão proferida em controle judicial concentrado de constitucionalidade, todos que afirmarem atingidos por decisão contrária ao provimento em controle concentrado tem legitimidade ativa. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor Reclamação diretamente ao STF,

recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal, op. cit., p. 655.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, op. cit., p. 525.*

¹⁴⁹ “Se os Tribunais deixam de seguir seus próprios precedentes, sobretudo aqueles firmados em julgamento de casos repetitivos (art. 927, III) e aqueles oriundos do seu plenário ou do seu órgão especial (art. 927, V), estão, além de descumprir os deveres impostos pelo art. 926 do CPC, desatendendo ao disposto no caput do próprio art. 927, que estabelece que os juízes e Tribunais observarão os precedentes firmados em casos repetitivos e os emitidos por seu próprio plenário ou órgão especial. Nesses casos, havendo descumprimento, cabe a reclamação.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal, op. cit., p. 631*).

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal, op. cit., p. 629.*

¹⁵¹ No capítulo III se abordará o tema relativo aos precedentes e a Reclamação Constitucional. Adianta-se que no Brasil não temos um sistema de precedentes propriamente dito, já que tal categoria jurídica tem sua aplicação no sistema *common law*, onde sequer é necessária lei que obrigue os juízes a seguirem as decisões dos Tribunais Superiores, um instituto como a Reclamação no sistema *common law* seria visto como uma verdadeira afronta à cultura do *stare decisis*. Por isso que, embora a nomenclatura seja menos importante, prefere-se denominar os “precedentes” no Brasil de provimentos vinculantes, pois a vinculação está prevista na legislação, alguns autores como Teresa Arruda Alvim chamam os provimentos vinculantes de “precedentes à brasileira”, a demonstrar que não se trata de uma categoria idêntica aos precedentes tal como aplicados e trabalhados no *common law*.

o que reforça a tese de que o PGR somente tem legitimidade exclusiva perante a Corte para atuar como *custos legis*.¹⁵²

Quanto a legitimidade passiva pode haver uma confusão devido à semelhança da Reclamação com alguns remédios constitucionais como o Mandado de Segurança, cuja legitimidade passiva é ocupada pela autoridade coatora. Na Reclamação a legitimidade passiva é do beneficiário do ato e não da autoridade prolatora de decisão que usurpou competência ou desrespeitou decisão do Tribunal. Isso significa que o réu na Reclamação é o beneficiário do ato reclamado, a autoridade da qual emanou o ato reclamado prestará informações no processo, porém não tem detém legitimidade passiva. Já o beneficiário do ato deve ser citado para, querendo, apresentar defesa em favor da manutenção do ato reclamado em quinze dias (art. 989, III do CPC/15). A ausência de citação do beneficiário direto do ato é causa de nulidade.¹⁵³ O contraditório, dessa forma, é assegurado, cumprindo-se o mandamento do art. 9º do CPC/15, segundo o qual não será proferida decisão contrária a parte sem que ela seja previamente ouvida.

De mais a mais, qualquer terceiro interessado poderá impugnar o pedido feito na Reclamação (art. 990 do CPC/15), abrindo-se a possibilidade de intervenção de terceiros. O interessado aqui não é o beneficiário do ato reclamado, este, como visto, será o réu, o interessado é qualquer terceiro no processo da reclamação que tem interesse jurídico na discussão.

3.1. Procedimento da Reclamação Constitucional

Na Constituição Federal, concernente ao controle abstrato de constitucionalidade, o tratamento da Reclamação Constitucional é genérico, ressaltando-se apenas a competência originária do STF para processar e julgar a reclamatória para garantia da autoridade de suas decisões e, no referente ao desrespeito à súmula vinculante, a regra segundo a qual o STF deve cassar o ato administrativo ou decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com a devida observância da súmula vinculante, esta regra, porém, se aplica também nos casos de desrespeito às decisões proferidas em controle concentrado:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente: [...]
l) a reclamação para a preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]

¹⁵² Nesse sentido, Rcl. 7.358, Rcl. 7.246, Rcl. 9.106 e decisão monocrática do Min. Celso de Mello na Rcl. 15.028, onde afirmou que: “Reconheço, preliminarmente, a legitimidade ativa ‘*ad causam*’ do Ministério Público do Estado de São Paulo para ajuizar, em caráter originário, perante o Supremo Tribunal Federal, reclamação destinada a fazer prevalecer a autoridade e a eficácia da súmula vinculante. Entendo que o Ministério Público estadual, quando atua no desempenho de suas prerrogativas institucionais e no âmbito de processos cuja natureza justifique a sua formal participação (quer como órgão agente, quer como órgão interveniente), dispõe, ele próprio, de legitimidade para ajuizar reclamação, em sede originária, perante o Supremo Tribunal Federal.”

¹⁵³ LEONEL, Ricardo Barros. *Reclamação constitucional*, op. cit., p. 232 e seguintes.

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Antes do Código de Processo Civil de 2015, como já assinalado, o procedimento da Reclamação estava previsto na Lei n. 8.038/90, os dispositivos da lei foram reproduzidos no RISTF (arts. 156 a 162):

“Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental.

Art. 157. O Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de cinco dias.

Art. 158. O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

Art. 159. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 160. Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada.

Art. 161. Julgando procedente a reclamação, o Plenário poderá:

i – avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;

ii – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;

iii – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Parágrafo único. O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. (Incluído pela Emenda Regimental n. 13, de 25 de março de 2004)

Art. 162. O Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 9, de 8 de outubro de 2001).”

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou de forma mais específica o procedimento da Reclamação Constitucional, revogando as disposições em contrário contidas na Lei n. 8.038/90, o procedimento está previsto entre os arts. 988 a 933 do CPC/15.

Além do preenchimento dos requisitos da petição inicial, conforme já alinhavado, a exordial da Reclamação deve ser acompanhada dos documentos indispensáveis a propositura da causa (art. 988, §2º do CPC/15). O reclamante também deve afirmar uma das hipóteses do art. 988 do CPC/15, a falta da documentação necessária ou da indicação da hipótese de cabimento enseja inépcia de inicial e, por conseguinte, indeferimento da mesma. Todavia, verificado defeito ou vício sanável, o relator ou presidente do Tribunal não deve indeferir de plano a inicial, o art. 321 do CPC/15 é aplicável ao procedimento da Reclamação, devendo o juízo, nesse caso, determinar o reclamante emende ou complete a inicial. Nos termos do §3º do art. 988 do CPC/15 o relator do processo principal é prevento para apreciar o pedido da Reclamação, caso o processo principal (o qual se busca estabelecer a autoridade da decisão) já tenha sido julgado, deve o a reclamação ser autuada e distribuída ao presidente do Tribunal cuja autoridade da decisão foi desrespeitada.

Tal como no Mandado de Segurança, a Reclamação Constitucional exige prova pré-constituída (em regra prova documental) para seu processamento, tratando-se de ação com rito sumário ou abreviado. Não se tratando de uma omissão¹⁵⁴, a petição inicial deve sempre vir acompanhada de cópia integral da decisão judicial ou ato administrativo reclamado, sendo necessário, ainda, o esgotamento das vias ordinárias nos casos do art. 988, §5º, II do CPC/15 e art. 7º, §1º da Lei n. 11.417/2006. Não é o caso quando se tratar de Reclamação fundada em desrespeito à decisão prolatada em sede de controle concentrado, já que não há, nesta hipótese, necessidade de esgotamento das vias ordinárias, sendo o acesso direto ao órgão prolator do provimento vinculante a ser observado. Se for necessário outro tipo de prova que não a pré-constituída (documental), então não será caso de Reclamação, devendo ser inadmitida.¹⁵⁵

À Reclamação Constitucional também se aplica o art. 332 do CPC/15, isto é, nas causas que dispensem fase instrutória (como é o caso), o relator ou presidente do Tribunal poderá julgar liminarmente improcedente o pedido que contrarie qualquer dos provimentos constantes dos incisos I a IV do artigo citado. Nenhuma das hipóteses de improcedência liminar do pedido diz respeito a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, motivo pelo qual, sendo a ação manejada no sentido de foçar a observância de provimento em controle concentrado, dificilmente haverá improcedência liminar do pedido, salvo na rara possibilidade de o pedido contrariar um entendimento já firmado em súmula do STF ou STJ, entendimento firmado em IRDR ou assunção de competência. Da decisão que julgar liminarmente improcedente o pedido cabe, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, agravo interno.

De toda forma, como as súmulas são também objeto de interpretação, havendo alegação e demonstração de distinção entre os fatos subjacentes aos processos que resultaram no enunciado sumular e o caso concreto, fica prejudicada a improcedência liminar do pedido, devendo o juízo analisar o pedido de acordo com o procedimento normal a espécie.

É possível concessão de tutela provisória de urgência na Reclamação, conforme dispõe o art. 989, II do CPC/15, cabendo ao relator, ao despachar a inicial, ordenar a suspensão do processo ou ato impugnado para evitar dano irreparável. A tutela de urgência, neste caso, não se limita a cautelar, podendo ser deferida tutela provisória de urgência satisfativa, nesse sentido o enunciado 64 da I Jor-

¹⁵⁴ Não há exigência na Constituição ou na legislação de que o ato impugnado pela Reclamação deva ser comissivo, ou seja, a ação também é cabível para atos omissivos que usurpem competência ou desrespeitem a autoridade de provimento vinculante proferido por Tribunal. Difícil imaginar que um ato omissivo possa usurpar competência de Tribunal, porém, no que diz respeito a garantia da autoridade de suas decisões, é possível que um provimento vinculante exija determinada atitude dos juízos ou Tribunais inferiores, não cumprida essa decisão, é cabível Reclamação contra omissão. Nesse sentido: DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, op. cit., p. 480.

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, op. cit., p. 659-60.

nada de Direito Processual Civil: “Ao despachar a reclamação, deferida a suspensão do ato impugnado, o relator pode conceder tutela provisória satisfativa correspondente à decisão originária cuja autoridade foi violada”.¹⁵⁶ Verifica-se a eficiência da tutela provisória na Reclamação, que tem a potencialidade de fazer incidir no caso concreto, imediatamente, os efeitos do provimento vinculante que se busca garantir a autoridade. É, de fato, um relevante mecanismo de acesso à Jurisdição Constitucional.

A tutela provisória, como se sabe, pode fundamentar-se na urgência ou na evidência, porém, tratando-se de pedido de tutela provisória em Reclamação no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, somente é possível a concessão de tutela provisória fundamentada da urgência, isto porque, nos termos do art. 311 do CPC/15, a tutela de evidência será concedida quando houver, além de comprovação dos fatos por prova documental “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”. Sendo assim, a tutela de evidência na Reclamação somente é cabível quando for manejada para observância de tese repetitiva (art. 988, IV) e súmula vinculante (art. 988, III, primeira parte).

Quanto ao prazo para ajuizamento, e isto também já foi registrado, não há.¹⁵⁷ Ainda assim, o STF editou o enunciado 734 de sua súmula no sentido de que “Não cabe Reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.” Tal entendimento, decorrente da jurisprudência do STF, foi reproduzido no §5º, I do art. 988 do CPC/15. Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha apresentam um exemplo em que há prazo para ajuizamento da Reclamação, trata-se de hipótese em que se maneja a ação contra acórdão que julgou o agravo interno (art. 1.030, §2º do CPC/15), neste caso a Reclamação deve ser ajuizada em cinco dias, sob pena de haver trânsito em julgado. Tal entendimento foi exposto nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Reclamação n. 22.306, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 15.3.2016.¹⁵⁸

Já caminhando para análise dos derradeiros aspectos procedimentais da Reclamação, cabe registrar, no que diz respeito à relação entre a Reclamação Constitucional e o recurso eventualmente interposto da decisão reclamada, que a inadmissibilidade ou julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação, esta é a norma do art. 988, §6º do CPC/15.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, op. cit., p. 663.

¹⁵⁷ DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, op. cit., p. 454.

¹⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, op. cit., p. 665.

Por fim, estando em ordem a inicial e concedida ou não a tutela provisória, o relator requisita informações da autoridade responsável pelo ato impugnado, que deverá prestá-las em dez dias, o relator também determina a citação do beneficiário da decisão reclamada, que pode apresentar contestação em quinze dias. Se a Reclamação for incidental, não há necessidade de citação do beneficiário do ato impugnado, bastando a intimação para apresentar contestação, por outro lado, se a Reclamação não for incidental, a citação do beneficiário é obrigatória, sob pena de nulidade do processo por violação do princípio do devido processo legal. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 989, III do CPC/15) e o Ministério Público, quando for autor, terá vista do processo por cinco dias, isto após os prazos supra descritos.

Feita a manifestação do Ministério Público, após as informações e eventual contestação, o processo estará pronto para o julgamento, podendo o pedido da Reclamação ser acolhido ou rejeitado, total ou parcialmente, isto se a Reclamação não for inadmitida, extinta sem resolução do mérito. Adentrando ao mérito, no entanto, se o pedido da Reclamação for acolhido, ainda que parcialmente, o Tribunal cassa a decisão Reclamada, no todo ou em parte, como for o caso, determinando-se a medida adequada à solução da controvérsia (art. 992 do CPC/15).

Como dito anteriormente, por força de norma constitucional, não pode a Reclamação ser substitutiva da decisão reclamada, devendo o Tribunal ordenar que outra decisão seja prolatada, dessa vez com observância ao provimento vinculante antes desrespeitado. Não se aplica à Reclamação Constitucional o disposto no art. 942 do CPC/15 (julgamento ampliado), dessa forma, julgada a ação por maioria encerra-se o julgamento.

Sendo a Reclamação uma ação de competência originária dos Tribunais, não caberá apelação do seu julgamento, por óbvio também não cabe agravo de instrumento, restando ao interessado a oposição de embargos de declaração e, nas decisões proferidas pelo relator, cabe agravo interno. No caso de a Reclamação ser julgada por Tribunal Estadual ou Regional, é cabível recurso especial ou extraordinário do acórdão, desde que preenchidos os requisitos constitucionais e legais.

Esboçados os pontos relativos aos principais aspectos processuais e procedimentais da Reclamação Constitucional, se avança agora para um tema nuclear do presente trabalho: sabe-se que a Reclamação tem cabimento em duas hipóteses fundamentais, quais sejam, preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Tribunal. A primeira hipótese, preservação da competência, é menos importante para as finalidades da presente pesquisa, já que o instituto do Conflito de Competência poderia resolver de maneira satisfatória essa problemática.

Já no que se refere ao manejo da Reclamação para garantia da autoridade das decisões do Tribunal, o art. 988, III do CPC/15 traz hipótese específica de cabimento para garantir decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. É quanto a esta hipótese em particular que se defenderá a possibilidade de que a Reclamação Constitucional possa servir como

um instrumento de modificação, interpretação e superação dos provimentos vinculantes em controle concentrado. Para tanto, é necessário compreender as especificidades do cabimento da Reclamação no controle concentrado no contexto da adoção, pelo CPC/15, de um sistema de provimentos vinculantes, tema o próximo capítulo.

CAPÍTULO III – RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E PROVIMENTOS VINCULANTES NO CONTROLE JUDICIAL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

1. Porque provimentos vinculantes e não precedentes?

É necessário um esclarecimento preliminar. No âmbito deste trabalho utiliza-se a expressão provimento vinculante pelo fato de que, como será demonstrado, não se vislumbra um sistema de precedentes no Brasil. O precedente não precisa ser previsto em lei para que sua observância seja obrigatória, assim como sua legitimação se dá a posteriori, isto é, o órgão prolator não diz que sua decisão é um precedente, são os juízes, na aplicação diária que assim o reconhece. Esses breves apontamentos já demonstram a utilidade em utilizar-se da expressão provimentos vinculantes, ou legalmente vinculantes, ao se referir àquelas decisões que, por força de lei, devem ser obrigatoriamente observadas pelos juízes e Tribunais. Para justificar tal compreensão, demonstra-se essencial entender minimamente as diferenças entre as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*. Posteriormente, será explanada a função da Reclamação Constitucional como mecanismo de delimitação dos provimentos vinculantes em controle concentrado.

Um precedente é uma decisão que por suas características torna-se parâmetro para decisões posteriores, independe de qualquer lei obrigue sua observação, a decisão torna-se um precedente de forma natural, a partir do reconhecimento posterior dos aplicadores da lei, que veem naquela decisão um conjunto robusto de fundamentos fáticos e jurídicos que servem para serem aplicados a situações semelhantes.¹⁵⁹ Assim o é no *common law*, uma decisão se torna um precedente *a posteriori*, não é o órgão prolator da decisão que a classifica como tal, o precedente ganha legitimidade independentemente da autoridade do prolator ou da obrigação legal de vinculação. Esse aspecto já demonstra que no Brasil não temos um sistema de precedentes, mas sim um sistema de provimentos vinculantes, legalmente vinculantes: art. 102, §2º da CF e art. 927 do CPC.

Ocorre que, sem um maior critério, as teses, as súmulas, os julgamentos repetitivos, as súmulas vinculantes, os acórdãos com repercussão geral e decisões em controle concentrado são tratados indiscriminadamente ora como precedente ora como jurisprudência. Embora os livros de direito estejam cada vez mais “jurisprudencializados”, se vê mais uma organização e comentários sobre o que foi decidido que uma sistematização científica desses diversos pronunciamentos judiciais. É por isso

¹⁵⁹ “O precedente se liga a ideia de autoapoiese, o direito é um sistema que se “auto nutre”, acórdãos citam precedentes e, assim, se legitimam, no sentido de adquirirem respeitabilidade. Do mesmo modo ocorre com a doutrina: autores citam outros autores. Doutrina e jurisprudência são capazes de gerar alteração da lei. O direito, então, nasce de si mesmo.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: figura do common law?* Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.44, out. 2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html. Acesso em: 21/7/2020).

que se prefere chamar de pronunciamento vinculante todas as decisões judiciais que, por força de lei, devem ser observadas quando da aplicação da mesma legislação. Precedente, noutro giro, pode ser qualquer decisão judicial, do primeiro grau jurisdicional à cúpula da justiça brasileira, desde que a decisão seja de tal forma paradigmática, pela riqueza fática e jurídica subjacente, que assim é reconhecido pelos demais aplicadores, pela força do raciocínio jurídico empreendido na resolução do caso e não pela força da autoridade é que se cria um precedente.

Ainda assim, se percebe na doutrina e na jurisprudência o prestígio por uma estrutura formal, baseada na autoridade de quem decide por último, e não no conteúdo da decisão. Parcela da doutrina no Brasil adere a concepção de precedente como norma (teoria normativista), isto é, reduz a complexidade de um precedente em um enunciado normativo abstrato a ser aplicado aos casos futuros.¹⁶⁰ Esta concepção normativista do precedente (*rectius*: provimento vinculante), é evidentemente contraditória com a postura tomada por quem a defende, isto porque, ao importar conceitos como *holding* ou *ratio decidendi*, acabam por deturpá-los com a teoria normativista.¹⁶¹ René David analisando o sistema de precedentes inglês afirma que, naquele sistema, o juiz não esclarece no acórdão qual é a *ratio decidendi*, esta será determinada posteriormente por um outro juiz, que examinará se o acórdão é ou não um precedente aplicável ao litígio que estiver julgando.¹⁶²

Em termos genéricos, desde que o Direito no Brasil é regido pelas ordenações do reino de Portugal, falam-se, nos Tribunais, em seguir jurisprudência e observar a decisão dos tribunais superiores, porém, essas decisões pretorianas sempre foram como fonte subsidiária do Direito. Do que foi dito, é possível então extrair uma máxima: todo provimento vinculante pode ser um precedente, mas nem todo precedente é provimento vinculante. O tema tem grande relevância teórica, diz respeito à

¹⁶⁰ "O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores." (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118). "...o Poder Judiciário, como instituição e no exercício da jurisdição constitucional, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores..." (TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisprudência constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7). Entendendo o precedente como norma, Teresa Arruma Alvim: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais, n. 893 – março de 2010 -99º ano.

¹⁶¹ "A versão normativista sobre o precedente (precedente reduzido à norma), no nível teórico e ideológico, não é a única válida para enfrentar o assunto. O mesmo ocorre com as súmulas. Embora estar venham sendo inegavelmente, aplicadas como instrumentos legislativos, não significa que essa seja a única maneira existente. Ao contrário, isso deriva muito mais de uma escolha acerca do que se concebe como súmula e precedente do que uma consequência inarredável da fenomenologia jurídica. Basta constatar que, na tradição inglesa, mesmo sem romper com o positivismo normativista, os precedentes não são encarados da maneira formalista como se propõe na tradição continental e, atualmente, no Brasil de um modo geral. [...] O mesmo se dá em relação às súmulas, vinculantes ou não. Tomá-las como enunciados autorreferentes desprendidos dos julgamentos que autorizam sua edição é uma escolha entre várias opções. Aplicá-las como textos legislativos também é uma opção ideológica e não uma imposição teórica." (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes no constitucionalismo contemporâneo*. 3ed. Rev. E atual. - Salvador: JusPodivm, 2020, p. 173-75). Com isso, não se quer afastar por completo a constatação de que um precedente tem relação com uma norma, mas se quer mitigar a ascendência desse aspecto sobre os demais. Precedente não pode ser reduzido a uma norma geral e abstrata."

¹⁶² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 430, nota 14.

segurança jurídica, à isonomia e à separação de poderes. A relevância prática, no entanto, foi reconhecida pelo Código de Processo Civil de 2015, que inaugurou sistema de provimentos vinculantes (art. 926 e 927), tendo a doutrina, *a fortiori* após o CPC/15, os incluídos como fonte do Direito.¹⁶³

Nunca foi mais fácil ter acesso às decisões dos Tribunais, o próprio CPC/15, no art. 927, §5º determina que os tribunais organizem e publiquem os seus precedentes, organizando-os por questão jurídica. O código não responde, no entanto, o que é um precedente ou como esse precedente vincula e o que vincula no precedente. Tais questões são relegadas ao labor doutrinário.

Pelos motivos expostos, adota-se a denominação provimento vinculante para denominar as decisões cautelares e de mérito proferidas em sede de controle judicial abstrato, não que tais decisões não possam se tornar precedentes, mas não o são a priori, somente a atividade jurisdicional posterior é que poderá dizer se os provimentos vinculantes serão genuínos precedentes. Não obstante, mesmo enquanto provimentos vinculantes, essas decisões exercem, sem sombra de dúvidas, papel relevante na conformação de direitos fundamentais, isto porque, precedentes ou não, tem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário.

A Reclamação Constitucional é o mecanismo por excelência que pode revolver as decisões em controle concentrado de modo a firmar as bases do precedente que daí advirá. Antes, porém, de compreender como funciona a Reclamação nesse complexo sistema, cabe, por método, demonstrar que um dos pontos de intersecção entre a tradição que deu origem à doutrina dos precedentes (*common law*) e a nossa tradição jurídica (*civil law*), é exatamente a forma como se aplicam os provimentos jurisdicionais. Pra tanto, será necessário passar pelos tópicos posteriores, no final do capítulo volta-se a tratar da Reclamação Constitucional.

2. Tradições distintas: *civil law* e *common law*

2.1 *Civil Law*

O direito, sob o ponto de vista formal, pode ser definido como um conjunto de normas que regula determinada sociedade. Esse conjunto de normas é denominado sistema jurídico. Cada nação tem o seu sistema jurídico, podendo-se falar em sistema jurídico brasileiro, sistema jurídico português, francês, norte-americano e assim por diante. Da mesma forma como as nações, cada sistema jurídico tem suas peculiaridades, decorrentes, dentre outros fatores, da cultura e da história subjacente à sociedade

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3ed. Rev. Atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2019, p. 208.

em que inserido. É por isso que, um mesmo texto normativo, ainda que traduzido de maneira exatamente igual, poderá ser interpretado de maneira diferente quando aplicado em sistemas jurídicos distintos.

Embora com diferenças, os vários sistemas jurídicos agrupam-se, pelas características em comum, em tradições jurídicas. No direito ocidental, no qual está inserto o sistema jurídico brasileiro, a mais significa divisão entre tradições jurídicas se faz entre *civil law* e *common law*.¹⁶⁴ O sistema jurídico brasileiro, como demonstra Lênio Streck, recebeu forte influência de três sistemas jurídicos: o francês o inglês e o alemão.¹⁶⁵ Do sistema jurídico francês se absorveu, por exemplo, o princípio da legalidade e do Estado de Direito, já que naquele sistema o parlamento tem preponderância. Do sistema jurídico alemão, onde a doutrina tem grande prestígio¹⁶⁶, é perceptível também uma forte influência, embora menor que a do direito francês. O sistema jurídico inglês passa a exercer ainda mais influência sobre o sistema brasileiro a partir do CPC/15, com a incorporação dos “precedentes obrigatórios”. Há que se registrar também o grande influxo recebido do sistema jurídico norte-americano, especialmente no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade.

É possível perceber que o sistema jurídico brasileiro é complexo e sofre influência de várias tradições jurídicas, não abrindo mão, todavia, da própria identidade, refletida na sociedade brasileira que muito distancia-se da realidade europeia, norte-americana ou inglesa. Inegavelmente, todavia, o sistema jurídico brasileiro é *civil law*, sendo muito distante nossa cultura jurídica da tradição *common law*.

A tradição jurídica *civil law* tem origem em Roma com o *Corpus Iuris Civilis* de justiniano. As bases jurídicas do Direito Romano foram absorvidas com profundidade pelo que hoje é o Ocidente, a chamada escola pandectista iniciou essa incorporação do direito romano aos sistemas jurídicos europeus, adaptando o direito romano através do chamado *usus modernus pandectarum*. René David, lecionando sobre o contexto do pandectismo no século XIX na Alemanha, aponta que, após um determinado tempo de adaptação do direito romano, "os juristas já não procuram encontrar soluções romanas, mas se preocupam sobretudo em utilizar os textos do direito romano para introduzir e justificar regras adaptadas à sociedade do seu tempo."¹⁶⁷ Essa adaptação do direito romano constituiu a chamada *communis opinio doctorum*, que por muito tempo foi de observância obrigatória nos países

¹⁶⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, op. cit., p. 35.

¹⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, p. 25.

¹⁶⁶ Juraci Mourão Lopes Filho demonstra que na Alemanha a discussão do direito era feita essencialmente nas universidades, sendo que "nos séculos XVIII e XIX, era comum na Alemanha o juiz, em caso de dúvida, consultar acadêmicos de universidades próximas, cuja resposta era tomada como argumento de autoridade suficiente para fundamentar seu julgamento sem qualquer outro acréscimo." (LOPES FIHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*, op. cit., p. 38).

¹⁶⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 45.

da Europa. Com relação aos países latinos esse direito romano adaptado tornou-se direito comum (*jus commune*)¹⁶⁸.

Em Portugal, por exemplo, as Ordenações Filipinas previam essa vinculação dos juízes ao direito comum (*jus commune*), adaptação do direito romano. Todavia sob a influência do direito natural, essa obrigação de observar a *communis opinio doctorum* foi flexibilizada. René David explica que em Portugal tal flexibilização se deu em 1769, quando uma lei atribuída ao Marquês de Pombal, a "lei da boa razão", libertou os juízes da obrigação estrita de seguirem a *communis opinio doctorum*, segundo as regras que tinham sido prescritas pelas Ordenações Filipinas. Desde então, como registra René David, "estas opiniões apenas deverão ser seguidas se forem conformes a uma sã razão (*recta ratio*), isto é, às verdades essenciais, intrínseca, inalteráveis, em que o direito divino e os direitos humanos colheram as regras morais e cívicas da cristandade."¹⁶⁹

Desta passagem consegue-se perceber que ao papel do Direito Romano, adaptado pela escola pandectista, soma-se o papel do cristianismo na construção do Direito na Europa, especialmente a influência da filosofia católica para o pensamento ocidental e para formação do *civil law*. Franz Wieacker demonstra a influência do cristianismo para configuração do direito europeu moderno, na medida em que "toda ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando o legislador e juristas estavam poucos conscientes dessa relação."¹⁷⁰

Desta mescla de adaptações do direito romano imperial com os influxos recebidos do cristianismo, surge, por exemplo, a concepção de dignidade da pessoa humana, decorrência lógica do fato de que todo ser humano é filho de Deus, logo, possui um valor intrínseco inafastável. Até hoje vê-se firme essa concepção, albergada pelas Constituições modernas, como se extrai do art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o qual a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República; Artigo 1, item (1) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, segundo o qual, a dignidade da pessoa humana é intangível e, respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público; Artigo 1º da Constituição da República Portuguesa de 1976, segundo o qual Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁶⁸ Sobre o direito comum na Europa Continental (*Jus commune*), não há que se confundir com *common law*, como bem explica René Davi na obra já citada, nas páginas 45-46: "O *jus commune* da Europa continental é, por isso, algo muito diferente da *common law*, que representa um direito uniforme aplicado pelos tribunais reais na Inglaterra. Por outro lado, notar-se-á, relativamente à sua natureza e à sua autoridade puramente persuasiva, a flexibilidade deste *jus commune* europeu. A rigidez da *common law*, sistema de direito positivo ligado a considerações de processo, tornou necessária a elaboração de regras, na Inglaterra, ditas regras de *equity*, destinadas a completar e corrigir o *common law*."

¹⁶⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 62.

¹⁷⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010. p. 17 apud MACEDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, op. cit., p. 39.

Após o período da adaptação do direito romano, inicia no *civil law* o chamado movimento codificador, cujo marco histórico é o Código de Napoleão de 21 de março de 1804. O movimento codificador se deu em um contexto revolucionário, no qual o código era visto como um projeto político-jurídico racional que teria o condão de sepultar o regime anterior à Revolução Francesa. A influência iluminista, o racionalismo, o trato científico e sistemático são as principais características que informa o conceito clássico de código, que é definido como um livro de normas “organizado sistematicamente, caracterizado pela unidade de matéria vigente por todo o Estado e dirigido a todos, que revoga todo o direito precedente sobre a matéria por ele tratada, portanto, não pode ser integrado com material jurídico anteriormente vigente, e destinado a longa duração.”¹⁷¹

Desta forma, o código representava a lei popular, a inovação contra o *ancièn régime*, o código representou a superioridade do legislativo sobre o judiciário, o parlamento é que fazia o Direito e o judiciário apenas aplicava o direito posto. O código, pois, tinha a solução para todos os fatos e circunstâncias que vierem a ocorrer, o racionalismo embutido na codificação é traço da ideologia dominante após a revolução burguesa. Como os juízes ficaram do lado dos reis e da nobreza, a desconfiança da burguesia para com esta classe (os magistrados) era muito grande, por isso a chamada escola exegética, desenvolvida nesse contexto, tentou transformar o juiz em “boca da lei”. Fazia sentido, já que todos os problemas seriam resolvidos pela mera subsunção dos fatos às normas positivadas nos códigos, não há papel criativo para o juiz, que deveria apenas declarar a vontade do legislador.

O positivismo exegético, que predominou nesse período, proibia, em tese, o juiz de interpretar a lei. Obviamente que tal pretensão nunca se concretizou, mas, à semelhança do que ocorria em Roma, onde o imperador não tolerava qualquer comentário ao *Corpus Juris Civilis*, em França, Napoleão Bonaparte não tolerava glosas ao Código Civil Francês, havendo registro de que, quando soube do aparecimento dos primeiros comentários ao código, vociferou: “Vão estragar o meu Código!”.¹⁷² Carlos Maximiliano bem demonstra essa semelhança de abominação à interpretação das leis tanto em Roma como em França pós revolução:

“O imperador julgava completo o *Corpus Juris*, capaz de oferecer solução pronta para todos os litígios possíveis no presente e no futuro; por isso não admitia os comentários, nem outros quaisquer trabalhos elucidativos. Se acaso surgissem dúvidas na prática, deveriam os juízes dirigir-se ao soberano para que este ditasse a exegese competente; as regras de Hermenêutica, espalhadas pelo Digesto, deveriam apenas guiar o intérprete oficial e o legislador, e não o aplicador, ou expositor do Direito. Justiniano logrou eliminar o *Edictio* do Pretor, porém, não conseguiu, nem sequer durante o seu reinado, impedir toda a interpretação doutrinal e substituí-la pela autêntica, isto é, pela única permitida, a do próprio soberano. Napoleão revelou também horror aos comentadores que ele julgava simples deformadores de códigos e estatutos fundamentais, como ainda hoje pensam ignaros zombadores da ciência do Direito.”¹⁷³

¹⁷¹ MACEDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, op. cit. p. 40.

¹⁷² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 46.

¹⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. op. cit., p. 47.

Nesta quadra histórica, o Código Civil era a principal lei do sistema, não havia que se falar aqui em controle de constitucionalidade das leis. A lei, portanto, era a principal fonte do Direito da tradição jurídica *civil law*, e os debates fundamentais se dão em torno da norma jurídica, diferente do que ocorre na tradição *common law*, no qual a construção e debate do Direito se dá primeiro em torno dos costumes e posteriormente das decisões dos tribunais reais. A teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu (*Do Espírito das Leis*, 1748)¹⁷⁴, com uma rígida separação entre as funções de fazer e aplicar a lei, demonstra a influência deste pensador para o *civil law*: o juiz boca da lei (*la bouche de la loi*), cujo poder é praticamente nulo frente ao parlamento, embora seja concepção já superada, exerceu importante papel para o momento histórico em que inserido; a necessidade de alçar o povo como protagonista e a falta de legitimidade popular do judiciário, são elementos ideológicos que fizeram preponderar o valor da segurança jurídica em face da justiça material, já que, a igualdade era meramente formal, igualdade perante a lei, onde classes dominantes podem explorar a classe dominada por meio do contrato, sem que o judiciário possa intervir para equilibrar a relação jurídica.

Esta aversão à possibilidade de interpretação da lei, que era vista como uma deturpação do texto, foi encampada pela escola exegética do Direito, entretanto, não se confunde com o positivismo normativo de Hans Kelsen, que, ao contrário dos exegetas, conferia grande margem de interpretação ao juiz na conformação da norma geral ao caso concreto. Algumas características do positivismo normativo kelseniano já foram analisadas nos tópicos pertinentes do Capítulo I do presente trabalho, porém, vale registrar as principais diferenças entre o positivismo exegético e o positivismo normativo.

O primeiro (positivismo exegético), como visto no trecho da obra de Carlos Maximiliano, tenta transformar o juiz em boca da lei, sem espaço de liberdade para interpretar; o segundo (positivismo normativo), concilia estranhamente o respeito a letra da lei com o voluntarismo na decisão (decisionismo), considerando a aplicação da lei um "ato de vontade do juiz". Conforme explica Norberto Bobbio o positivismo jurídico (normativo) une, misticamente, um respeito pela lei com um modo absolutamente voluntarista de aplicação.¹⁷⁵ É possível perceber pela leitura do capítulo 8 da Teoria Pura do Direito que, para Hans Kelsen, a teoria da decisão não é um problema, podendo o juiz livremente decidir dentro da moldura da lei. É como se o legislador estabelecesse a moldura de um quadro, cabendo ao aplicador da lei preenche-lo. A diferença é gritante, sendo equivocado apontar que o positivismo, de forma geral, propôs uma camisa de força aos juízes na aplicação do Direito.

¹⁷⁴ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que grande influência havia de ter nas mudanças constitucionais da Europa no século XIX, foi impregnada pela teoria da repartição dos poderes, ao preceituar no artigo 16 que "Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes não tem Constituição."

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, op. cit., p. 252.

Ainda assim, é preciso ressaltar que o *civil law* clássico é pautado por esses valores, quais sejam, a legalidade, a segurança jurídica, a igualdade formal e a liberdade. A partir destas concepções ideológicas liberais, chega-se a um segundo momento do *civil law*: a divisão entre direito público e direito privado, baseada na ideia de que, interesses públicos gerais teriam tratamento distinto dos interesses meramente particulares e individuais.¹⁷⁶ Esse tratamento diverso que o Estado deve dispensar aos interesses públicos gerais e aos interesses particulares representou a divisão de jurisdição entre jurisdição administrativa e jurisdição comum. O chamado contencioso administrativo, na França, teve fundamento, como registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790 cujo texto estabelecia que "as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem."¹⁷⁷

Vedava-se, desta forma, durante uma fase intermediária do desenvolvimento do *civil law*, a revisão judicial dos atos administrativos. Essa concepção perde força por ser incompatível com o Estado de Direito, que tem no *judicial review* sua principal característica, como já foi visto no Capítulo I. Verifica-se que o Estado de Direito tem origem na ideia de que o poder deve ser impessoal e de que as leis, em sentido formal, devem ser feitas pelo parlamento, dotadas de impessoalidade e generalidade, somente assim justifica-se a intervenção do Estado em direitos individuais. A partir dessas ideias surge a necessidade de um órgão que controle o próprio Estado frente a complexa e burocrática máquina administrativa. A função primordial desse órgão de controle é verificar se os decretos do executivo não violam a lei, e, portanto, o direito individuais dos administrados. O órgão responsável por controlar a complexa e burocrática máquina administrativa, sendo verdadeiro garante dos direitos dos cidadãos é o poder judiciário, que deve ter o poder anular atos de administração que violem à lei.

Em linhas gerais e, respeitando os limites do presente trabalho, são essas as principais características do *civil law*. Passa-se a análise do desenvolvimento e características do common law para, posteriormente, cotejar as tradições jurídicas e enfrentar a questão relativa a uma suposta aproximação entre as tradições jurídicas, especialmente no Brasil após a edição do Código de

¹⁷⁶ “Esta distinção se baseia sobre uma ideia que parece evidente aos juristas desta família: as relações entre governantes e governados dão lugar a problemas específicos, e tornam necessárias normas diversas das que regulam as relações entre as pessoas privadas, quando mais não seja porque o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança. [...]. Todavia, a atenção dos juristas se concentrou inteiramente sobre o direito privado: se ocupar do direito público parecia ao mesmo tempo perigoso e inútil. Em Roma não existiu direito constitucional, nem direito administrativo; o direito penal se desenvolveu somente na medida em que visava, em geral, regular as relações entre particulares (o autor da infração e sua vítima, ou suas famílias) e porque não estava, em consequência, plenamente no domínio do direito público.” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., p. 85-6).

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 10.

Processo Civil de 2015, que positivou, o que, por muitos autores, é chamado de um sistema de precedentes, que teria aproximando nosso sistema jurídico da tradição *common law*.

2.2 *Common law*

O caráter histórico do direito inglês é muito relevante para uma adequada compreensão do *common law*. Os juristas e estudiosos ingleses valorizam sobremaneira o aspecto histórico de sua tradição jurídica, passando uma ideia de continuidade sem maiores interrupções na construção do que hoje chama-se *common law*. Diferente do que ocorreu na tradição jurídica *civil law*, onde o caráter racional-lógico foi preponderante, no desenvolvimento do *common law*, foi o costume a principal fonte do direito, isto é, a tradição sempre foi posta em destaque.¹⁷⁸ Em termos históricos, antes do desenvolvimento do *common law* propriamente dito, chamou-se de "direito anglo-saxônico" o período anterior ao ano de 1066, data que marca a conquista da Inglaterra pelos normandos, a partir da qual pode-se falar em formação do *common law*, Guilherme, o Conquistador, declarou que o direito anterior ainda continuaria vigente, sendo os costumes a principal fonte do direito. Esse direito anterior à conquista normanda (1066), chamado de "direito anglo-saxônico", no entanto, não era um direito sistematizado e uniforme, ao contrário, tratavam-se de múltiplas regras locais, sem qualquer tipo de generalidade, as regras, isto sim, variavam conforme os costumes das respectivas regiões, um direito, portanto, fracionado, esparso.¹⁷⁹

Por isso mesmo, o desenvolvimento do sistema *common law* pode ser definido como uma busca constante por um "direito comum" de toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais que fragmentavam as regras aplicáveis. Lucas Buril explica que o trabalho realizado neste período, o período pós invasão normanda, "foi eminentemente de sistematização, ou seja, a grande contribuição dos normandos foi o espírito de administração inteligente, de governo organizado e de execução severa dos direitos reais, base determinante para a construção da tradição de *common law*."¹⁸⁰ No mesmo sentido, René David pontua que, "o caráter militar, organizado, do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *common law*."¹⁸¹ Verifica-se, que o *stare decisis* decorreu da necessidade de organizar e unificar o direito, garantido assim a igualdade na aplicação e a previsibilidade, motes da segurança jurídica.

Não obstante o árduo labor para uma sistematização, a insegurança jurídica que advinha dos diversos regulamentos não foi atenuada pelo trabalho dos normandos, somente com a jurisdição dos

¹⁷⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 349.

¹⁷⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 350.

¹⁸⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, op. cit., p. 48-9

¹⁸¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 358.

Tribunais Reais de Justiça, chamados de Tribunais de Westminster, cidade onde se estabeleceram por volta do século XIII, é que se pode falar em desenvolvimento de um direito comum, genericamente aplicável, isto é, a gênese do *common law*. Porém, a competência desses Tribunais Reais (*Curia Regis*) era muito restrita até o século XIX, julgavam apenas os grandes casos do reino, "não era uma jurisdição vulgar, aberta a qualquer um".¹⁸² Dessa forma, a maior parte dos jurisdicionados ainda ficavam submetidos a um direito fracionado, formado por regras locais discricionárias, que geralmente beneficiavam os detentores do poder econômico da respectiva região, não havendo que se falar em igualdade na aplicação do direito, exceto para os que tinham acesso aos Tribunais, isto é, os detentores de recursos. Ainda assim, mesmo que não havendo um acesso verdadeiro à justiça, foi na atividade jurisdicional – jurisprudencial –, que se desenvolveu e se legitimou o *common law*, tendo nos Tribunais do direito inglês sua origem.¹⁸³

Desenvolveu-se, então, um direito comum bastante rígido, além de que, como o acesso era restrito, deixava diversas causas sem a resolução dos conflitos, o que originou uma espécie de recurso à autoridade do Rei contra a negativa dos Tribunais em apreciar os casos. Nesta toada, sempre que alguém se sentisse injustiçado pelos Tribunais Reais ou mesmo que seu caso nem mesmo lá chegasse, poderia recorrer ao rei. Em verdade, relata René David, que se recorria ao Chanceler, este então por delegação e com discricionariedade, levava ao rei os casos com os quais se sensibilizava. As decisões do Chanceler, em autoridade delegada diretamente do rei, tornam-se a *equity*, em oposição ao direito comum, a *equity* corrige a rigidez dos precedentes dos Tribunais reais. Esse é o papel da revisão feita pelo poder real. Consta que o Chanceler ao longo dos séculos XV e XVI vai se tornando cada vez mais um verdadeiro juiz que um mero assessor do rei.¹⁸⁴

Enquanto na tradição *civil law*, ainda que com alguma crítica, a principal distinção se dá entre direito público e direito privado, no direito inglês, essa distinção de regime jurídico se dá entre *common law* em oposição a *equity*. A intervenção real (*equity*), como forma de correção ou atenuação do rígido direito comum (*common law*), produzido pelos Tribunais ingleses, deixa de se justificar com a ascendência do parlamento. A partir do momento que o Parlamento passa editar estatutos que podem até mesmo se sobrepor aos precedentes produzidos nos Tribunais, a *equity* perde sua função, ao menos

¹⁸² DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 359.

¹⁸³ "O *common law* foi construído a partir da criatividade jurisprudencial. Com efeito, a partir do século XII, uma série contínua de decisões em casos específicos passam a constituir um sistema vasto e complexo de regras e princípios. Assim, tem-se o início da formação do direito comum inglês – no qual a legislação possui um papel marginal – que acaba por formar, mediante sua expansão, uma tradição original, que funciona por pressupostos, conceitos e métodos próprios." (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, op. cit., p. 51).

¹⁸⁴ "O chanceler, no século XV, torna-se cada vez mais um juiz autônomo, estatuindo em nome do Rei, que a ele delega sua autoridade. Por outro lado, a sua intervenção é cada vez mais frequentemente solicitada, devido aos obstáculos que o processo e a rotina dos juízes opõem a um desenvolvimento desejável da *common law*. As suas decisões – do Chanceler –, tomadas inicialmente em consideração pela "equidade do caso particular", tornam-se cada vez mais sistemáticas, fazendo aplicação de doutrinas "equitativas", que constituem adjunções ou corretivos aos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais reais." (DAVID, René *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 371).

deixa de existir como tal – método de revisão e correção do *common law* -, posto que, como registra René David, "as razões que outrora justificaram a intervenção do Chanceler já não existem: o parlamento poderá intervir se o direito inglês tiver necessidade de um aperfeiçoamento."¹⁸⁵

No período moderno, especialmente com as reformas do século XIX e o *welfare-state* no século XX, a *common law* sofre intensas mudanças. Exemplo desse movimento pode ser representado pela extinção dos Tribunais de Chancelaria entre 1873 e 1875, havendo assim uma unificação da jurisdição inglesa, isto é, no período da modernidade, supera-se a divisão de jurisdição, tanto o direito comum (*common law*) como a *equity* passam a ser aplicados pelos Tribunais de jurisdição comum. Há um evidente ganho de unidade e integridade no direito inglês a partir da unificação de jurisdição. Outro fator que impactou a tradição *common law*, alterando sua própria estrutura, ainda no período da modernidade, foi a crise do liberalismo e o estabelecimento de uma corrente social por volta de 1914.

A partir deste segundo momento da *common law* (preponderância do parlamento) a oposição não se dá mais, como dito, entre *common law* e *equity*, mas sim entre a *common law* e o *statute law*, fonte legislativa do direito. A necessidade de um Estado Social dirigente, que intervém nas relações econômicas, somado a uma metodologia conservadora dos Tribunais na aplicação do direito, exigiu que a lei formal ganhasse cada vez mais relevância e centralidade no sistema. Desta feita, "enquanto o *common law* é o direito reconhecido ou criado pelo judiciário (*judge-made law* ou *case law*), o *statute law* seria o conjunto de normas emanado do legislador, como os tratados internacionais, a constituição federal, as constituições estaduais e as leis ordinárias federais e estaduais."¹⁸⁶

Mesmo com sistemas jurídicos de bases tão distintas, as tradições tiveram se adaptar a mudanças e fazer face às necessidades de sociedades que sempre foram e são, afinal de contas, muito semelhantes.¹⁸⁷ Esses fatores históricos e socioeconômicos foram determinantes para uma aproximação entre a *common law* e a *civil law*, mormente pelas necessidades de um mercado global e a entrada do Reino Unido na comunidade Europeia, a globalização também exigiu essa convergência entre as instituições jurídicas das duas tradições.¹⁸⁸ Um exemplo dessa aproximação é a vasta discussão sobre a suposta introdução, a partir do CPC/15, de um sistema de precedentes à brasileira.

De fato, tanto o desenvolvimento dos precedentes na *common law* quanto a criação dos códigos na *civil law*, são movimentos que fulcram-se na mesma inspiração filosófica, qual seja, busca pela racionalidade e segurança jurídica. Apesar de o "*common law*" ser o "direito comum" da Inglaterra desde a conquista normanda (1066), foi só a partir dos séculos XVIII e XIX que a vinculação

¹⁸⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 375.

¹⁸⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, op. cit., p. 53.

¹⁸⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 355.

¹⁸⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 379.

aos precedentes se tornou regra naquele sistema, mesmo período histórico que deu origem à codificação do sistema romano-germânico. É nesse sentido que se defende não ser produtivo ou mesmo efetivo a cópia irrefletida de instituições da *common law*, tal como os precedentes. É necessária uma antropofagia para adaptação ao sistema jurídico pátrio.

2.3. Aproximação das tradições jurídicas?

"Os juízes ingleses não têm de motivar as suas decisões; talvez fosse um atentado à sua dignidade impor-lhes essa obrigação: eles ordenam e não têm de se justificar."

(René David).

Como ficou demonstrado nos dois tópicos anteriores, pode-se dizer que há uma certa aproximação entre a *civil law* e a *common law*. Muitos autores apontam que essa aproximação decorre do neoconstitucionalismo, cujas características são mundiais, como por exemplo a eficácia dos direitos fundamentais, abertura principiológica do texto, ativismo judicial, criatividade judicial, constitucionalização de todos os ramos do Direito, dentre outras características já citadas. Nesta linha, a divisão estanque que se fazia entre as tradições, principalmente a partir das fontes do Direito em casa uma (grosseiramente: lei *versus* precedente), acabam por tornar-se mais flexíveis: as decisões dos Tribunais superiores passam a ter observância obrigatória em países *civil law*, assim como a lei anula a jurisprudência em países *common law*. Autores como Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello, apontam que “o triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas são fatores que contribuíram historicamente para uma maior produção de norma legislada em países do *common law*”.¹⁸⁹

Se há ou não uma aproximação, não é possível constatar nos limites deste trabalho, mas pode-se, com certeza afirmar que há uma troca recíproca de tecnologias jurídicas entre ambas as tradições. Juraci Mourão Lopes Filho¹⁹⁰, por exemplo, registra que essa troca decorre do constitucionalismo contemporâneo, “que na qualidade de fenômeno mundial, forçou os dois sistemas a se moverem conjuntamente em um mesmo sentido, implicando, portanto, em uma indistinta troca de institutos na busca de uma solução nova e adequada ao atual estágio de desenvolvimento jurídico.”

¹⁸⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*. Revista da AGU, v. 15, n. 3. Brasília: Fórum, jul./set. 2016, p. 5.

¹⁹⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*, *op. cit.*, p. 131.

Alguns exemplos bem demonstram que, ao menos quanto ao principal aspecto de distinção entre a *civil law* e a *common law*, a fonte do direito, não há tamanha contraposição entre as tradições. No Brasil temas relativos ao direito de família são totalmente “jurisprudencializados”, casos como o da união homoafetiva e da criminalização da homofobia, demonstram que, os Tribunais Superiores, no Brasil, têm um papel relevante na definição de direitos, mesmo contra literalidade do texto da Constituição, que aparenta proibir que pessoas do mesmo sexo constituam entidade familiares e também aparenta não permitir a criação de tipos penais por decisão judicial.

Outrossim, na Inglaterra, berço da *common law*, se há pouco tempo o juiz somente aplicaria a regra de uma lei depois de interpretada e aplicada pelos Tribunais, constituindo-se a lei em fonte secundária de Direito, conforme explica René David, a partir de 1939 multiplicaram-se as leis, havendo vasta criatividade legislativa, a exemplo da criação de leis que disponham sobre “instituições de previdência social, estabelecem princípios de urbanismo, dirigem as forças de economia, coordenam os transportes, reformam o sistema educacional ou nacional de saúde”, enfim nas palavras do autor, a lei hoje na Inglaterra “desempenha uma função que não é inferior à da jurisprudência.”¹⁹¹ Também nos EUA, lecionam Barroso e Patrícia Mello, foi editada, em 2010, uma importante medida de reforma do sistema de saúde, por meio da Lei de Proteção ao Paciente e de Tratamento a Custo Acessível, que ficou conhecida como *Obama Care*, com o propósito de implementar rápidas mudanças sociais no acesso aos serviços de saúde e de reduzir seus custos, a demonstrar o relevante papel desempenhado pela legislação nos sistemas cuja tradição jurídica base é a *common law*.¹⁹²

No que se refere aos precedentes, na *common law*, a obrigação de seguir os precedentes é cultural, isto é, informal, não é algo imposto pela lei como no Brasil. Os magistrados norte-americanos, por exemplo, seguem os precedentes muito mais por doutrina e prudência que por razão legal. Já no Direito Inglês a obrigação em seguir os precedentes se mostra muito mais rígida, podendo-se afirmar que no Reino Unido “a difusa ideia consiste no dever de o magistrado observar os pronunciamentos pretéritos incondicionalmente, salvo os conhecidos casos de *overruling* e *distinguish*”¹⁹³. Teresa Arruda Alvim demonstra essa rigidez do sistema de precedentes ao apontar que a doutrina inglesa cita casos em que, por exemplo, se usaram precedentes de mais de 400 anos: “em *Bottomley v. Bannister* (1932), precedentes de 1409 e 1425 foram citados e usados para que se determinasse de quem era a responsabilidade por um vazamento de gás.” Segundo a autora, que

¹⁹¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, op. cit., p. 434-35. No mesmo sentido Lucas Buriel Macêdo: “A prevalência da lei sobre a jurisprudência é pacífica nos sistemas de *common law* atualmente. Com isso, ainda que a maioria das matérias ainda seja regulada por precedentes, a lei é a fonte normativa hierarquicamente superior: caso exista conflito entre precedente e lei do mesmo nível hierárquico, a lei deve prevalecer. (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, op. cit., p. 70).

¹⁹² MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*, op. cit., p. 7.

¹⁹³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*, op. cit., p. 127.

escrevia antes mesmo da edição do CPC/15, “só esse exemplo já demonstra de forma gritante que o sistema de respeito ao precedente que existe no *common law* é parente distante..., mas muito distante do que aqui começa agora (felizmente!) a se instalar.”¹⁹⁴

Em todo caso, a obrigação de seguir os precedentes não está na lei. Essa é a primeira e fundamental diferença entre nosso sistema e a *common law*, diferença que demonstra um abismo cultural entre a realidade desses países e a realidade do Brasil. Segundo ponto, no *common law* as decisões dos tribunais inferiores e dos juízes importam, ao contrário do que propõe uma parcela da doutrina no Brasil, que defendem ser os Tribunais superiores “Tribunais de teses” e os outros Tribunais e juízos apenas aplicariam as teses produzidas pela cúpula judiciária. Dessa forma, os juízes e Tribunais de segundo grau resolveriam os casos concretos (juízes de fato) e, aos Tribunais Superiores, seria cometida a função de uniformizadores de Jurisprudência (tribunais de teses). Essa tese parece contrariar o texto da Constituição, que nos arts. 102, I, “f” e 105, II, “c” e III, é expressa em apontar que os Tribunais superiores julgam “causas”, isto é, casos concretos e não apenas teses em abstrato. Os Tribunais superiores também analisam fatos, são juízes de fato, afinal, sem o juízo sobre os fatos determinantes sequer é possível utilizar-se da metodologia da distinção (*distinguish*) e da superação (*overruling*) dos precedentes, que podem ser distinções e superações fáticas ou jurídicas.

Estranhamente, na *common law* se verifica um respeito à lei criada pelo povo (parlamento) maior que na *civil law*, de tradição francesa, onde a lei não raro é deixada de lado por motivações políticas e morais, daí que, a confiança no juiz inglês para aplicar o direito é tamanha que este sequer precisa motivar sua decisão¹⁹⁵, em diametral oposição ao que prevê nossa tradição, pois o juiz da *civil law* tem o dever de motivar suas decisões, no ordenamento jurídico Brasileiro, inclusive, a falta de motivação (fundamentação) é causa de nulidade da decisão (art. 93, X da CF/88).

Pode-se concluir, portanto, que não se trata de uma aproximação entre *common law* e *civil law* pelo fato do primeiro ser melhor que o segundo, a aproximação de institutos, métodos e teorias para racionalização e sistematização do Direito decorre do estágio atual de desenvolvimento das sociedades capitalistas, que padronizam o modo de vida e os bens de consumo. A impressão de que no Brasil, a partir da positivação dos provimentos vinculantes, ter-se-ia uma aproximação com o *common law*, pode não ser equivocada, há sem dúvidas uma busca constante pelos valores que informam o sistema *common law* (equidade, uniformidade, estabilidade e previsibilidade), no entanto pelo próprio caminho da *civil law*, sempre com as devidas e necessárias adaptações.¹⁹⁶

¹⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: figura do common law?* Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n.44, out.2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html, acesso em: 21.7.2020.

¹⁹⁵ "Os juízes ingleses não têm de motivar as suas decisões; talvez fosse um atentado à sua dignidade impor-lhes essa obrigação: eles ordenam e não têm de se justificar." (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., p. 430).

¹⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula*, op. cit., *idem*.

3. O relatório, a fundamentação, os motivos determinantes, o dispositivo e a tese nas decisões em controle concentrado

Toda decisão deve ter um relatório, a fundamentação e o dispositivo, esses são os clássicos elementos da sentença. No caso de acórdão, agregam-se os votos. Se o resultado for unânime, o voto do relator é a fundamentação, se não unânime, constam o(s) voto(s) vencido(s). Se um voto adotar a mesma conclusão do relator, mas apresentar fundamentação diferente, verifica-se qual dos votos a maioria aderiu, sendo este o voto condutor, e, seu prolator, fica responsável pela redação do acórdão. O relator só é redator do acórdão se seu voto for vencedor e condutor. Esse formato de decisão prejudica bastante o entendimento da fundamentação, especialmente quando existem votos que embora concluam no mesmo sentido apresentam fundamentos distintos. Nesse caso saber qual é o fundamento determinante da decisão torna-se missão hercúlea, servindo a decisão, que deveria definir o conflito, como base para novos conflitos de interpretação quando ao seu grau de vinculação.

Buscando evitar a confusão algumas respostas simples são oferecidas, por exemplo: uma forma de sanar a questão dos motivos determinantes é não falar em motivos determinantes, é a posição mais pragmática, defende que a norma de decisão em controle concentrado está no dispositivo da decisão, não havendo que se falar em transcendência aos motivos determinantes. Outra resposta desenvolvida, e parece que foi recepcionada pela comunidade jurídica nacional, é a fixação de uma tese no final do julgamento, servindo esta como norma da decisão, sendo então o elemento vinculante. O dispositivo da decisão e a tese não abrangem a complexidade da questão, e por isso são insuficientes. A ideia de fixar uma tese que vincularia todos os juízes e Tribunais é normativista, aposta que os Tribunais Superiores podem legislar, criando norma abstrata e geral.

Nenhuma das respostas foi suficiente para trazer segurança jurídica e estabilidade ao sistema. Tolher a independência dos juízes de interpretar e fixar uma norma a *manu militari*, de cima pra baixo, não pode ser a melhor resposta da jurisdição constitucional para a democracia. Defende-se que a construção dos motivos determinantes é um processo dialógico, a *ratio decidendi* das decisões em controle concentrado é construída posteriormente, sendo que a Reclamação Constitucional exerce um papel fundamental na alimentação desse sistema de autoprodução do Direito.¹⁹⁷

O tema é tormentoso, em artigo intitulado “*Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*”, Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello apontam que mesmo

¹⁹⁷ Os precedentes se ligam a ideia de autopeiose, com os provimentos vinculantes não é diferente, o Direito é um sistema que se autonutre, no qual “acórdãos citam precedentes e, assim, se legitimam, no sentido de adquirirem respeitabilidade. Do mesmo modo ocorre com a doutrina: autores citam outros autores. Doutrina e jurisprudência são capazes de gerar alteração da lei. O Direito, então, nasce de si mesmo.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: figura do common law? op., cit.*, p. 2).

no sistema *common law*, de grande tradição com relação aos precedentes, não há uma unanimidade na doutrina quanto qual é o elemento vinculante do precedente. De toda forma, o presente estudo revelou que a força vinculante do precedente não decorre dos elementos formais como a estatura da Corte que prolatou a decisão e o tipo de procedimento em que foi prolatado, mas também pelos elementos materiais da decisão: fundamentação, amplitude das questões de fato e de direito resolvidas, coerência com a Constituição, a lei, a doutrina e integridade com a rede de decisões jurídicas já tomadas. Enfim, o “pedigree” do precedente se dá em função de elementos formais e materiais. É fato que o Código de Processo Civil de 2015 dá ênfase aos elementos formais, como por exemplo, se o precedente é de Corte Superior e foi prolatado em procedimento vinculante *erga omnes* (p. ex. ADI).

O leitor mais apressado pode imaginar que basta uma decisão ser prolatada por Corte Superior em determinado procedimento taxado pela lei como vinculante que, qualquer pretensão, em tese, contrária ao que conste na ementa do julgado, sem maior reflexão, já estaria fulminada. Não é verdade, sempre que o juiz aplicar o provimento vinculante poderá realizar a distinção, pensar o contrário seria legitimar os Tribunais Superiores a legislar, ou pior, a lei ainda é passível de interpretação, já as teses dos Tribunais de Cúpula seriam como normas napoleônicas, porém ao invés dos juízes serem meras “boca da lei”, seriam “boca de teses”. Tal situação, na atual quadra histórica, é inadmissível.

O art. 489 do CPC/15 revela que o critério puramente formal, hierárquico e unidirecional da vinculação dos precedentes não é a teoria adotada. Ao contrário, rechaça-se a posição exposta, entre outros, por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que defendem o critério hierárquico e formal na formação dos precedentes. Para os autores citados somente os Tribunais Superiores criam precedentes, os Tribunais de Justiça, Regionais e os juízos de primeiro grau, apenas julgam casos concretos aplicando os precedentes.¹⁹⁸ Como já anotado, todos os juízos e Tribunais criam precedentes, inclusive os Tribunais de segundo grau e juízos de piso, esses, pela maior proximidade com a realidade dos fatos, tem muito mais dados empíricos e riqueza argumentativa para ajudar na produção e conformação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.¹⁹⁹

Isso não significa que juízos e Tribunais possam ignorar os provimentos vinculantes proferidos por Tribunais superiores, ao contrário, a observância é cogente (art. 927 CPC/15), porém, os Tribunais e juízes participam da formação dos mesmos. Não há que se falar em livre convencimento do juiz para

¹⁹⁸ "O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes." (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 88). “... um Tribunal de Justiça ou Regional Federal não diverge do Superior Tribunal de Justiça, mas desrespeita a autoridade de suas decisões.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 332).

¹⁹⁹ “Precedentes judiciais podem surgir em decisões relativas a qualquer procedimento. Na verdade, a procedimentalização do direito material ou a instância de julgamento é pouco importante para a existência de precedente judicial, que é efeito anexo da decisão judicial: portanto, ocorrendo decisão há precedente.” (MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil, op. cit.*, p. 473).

deixar de observar um provimento vinculante ou precedente, o sistema não legitima que juízes sejam insubmissos às decisões dos Tribunais superiores sob o manto da independência judicial, extrai-se isso dos preceitos insculpidos no Código de Processo Civil (artigos 489, §1º, V e VI e 927 do CPC/15).²⁰⁰ É nessa sensível área de penumbra, entre a obrigação de observar provimentos vinculantes e a independência judicial de interpretar, que a Reclamação Constitucional se coloca como um potente instrumento de diálogo, com participação do cidadão ou do Ministério Público, que serão os reclamantes, a levarem as decisões de baixo para cima, fomentando a rediscussão dos provimentos vinculantes em clara melhora para o sistema, pois permite que os elementos de interpretação realizados em âmbito inferior da jurisdição sejam confrontados com o que decidido pelos Tribunais Superiores. Nesta esteira, se houver limitação do cabimento da Reclamação, como a jurisprudência parece caminhar, há uma perda de aprendizado cognitivo enorme, o engessamento do diálogo e consequentemente a falsa sensação de estabilização de decisões que não foram amplamente discutidas e exploradas em toda sua complexidade, o que, certamente, aumenta a possibilidade de *backlash*, inclusive dentro do próprio Poder Judiciário.

Enfim, a título de conclusão do tópico registre-se que no Código de Processo Civil (art. 489, V) há indicação de que uma decisão não fundamentada é aquela que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos." Esse dispositivo deveria evitar o erro comum cometido no Brasil, qual seja, tomar a ementa do julgado como precedente e reduzi-lo a uma premissa maior, na qual os fatos, premissa menor, deve ser subsumido, típico das escolas positivistas exegéticas. Fora isso, o Código de Processo Civil não tratou de maneira exauriente sobre o tema, os únicos dispositivos que abrangem os precedentes são os arts. 489, §1º, 926 e 927. O legislador se ocupou mais de disciplinar as formalidades de processos coletivos de massa (IAC, IRDR, RE e Resp repetitivos) do que disciplinar um sistema de provimentos vinculantes que demonstre o que é um precedente, o que vincula, como se supera, como se distingue e a maneira de interpretar precedentes. Nesse ponto há uma incompletude qualitativa e quantitativa por parte do Código processual, o legislador perdeu uma boa oportunidade de disciplinar de maneira mais detalhada a matéria que se mostra tão importante. Porém, não se pode negar que houve avanço, deve-se render elogios ao legislador brasileiro no ponto, já que legislação nenhuma no mundo tratou dos precedentes dessa forma, embora sem exaurimento da matéria.

O que fica demonstrado é: o dispositivo do provimento vinculante ou precedente, assim como a tese fixada no final do julgamento, não são suficientes para abrangem a complexidade, e, tratando-se de um sistema autopoiético, quando mais complexidade interna, menos complexidade externa,

²⁰⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

portanto, quanto mais aprendizado cognitivo a Jurisdição Constitucional absorver a partir das múltiplas Reclamações que julgar, mais robusto e delimitado será o provimento vinculante que, com o tempo, assim como aconteceu na *common law*, não necessitará mais de Reclamações para discutir seu alcance e abrangência, pois restará consolidado um verdadeiro precedente a ser seguido nas situações fáticas similares, porém, sempre aberto às distinções e até mesmo à sua superação, isto toda vez que a riqueza da vida real, dos fatos, das circunstâncias sociais, políticas e jurídicas, assim impuserem.

4. Os provimentos vinculantes do controle abstrato de constitucionalidade e o cabimento da Reclamação Constitucional: a questão da transcendência do efeito vinculante aos motivos determinantes

No contexto do controle concentrado de constitucionalidade, o cabimento da Reclamação está estritamente ligado à extensão do efeito vinculante da decisão. Por isso, a investigação quanto os limites da extensão do efeito vinculante são muito importantes para delimitar, também, a extensão do cabimento da Reclamação. Como se sabe, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º da CF/88 e art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante não se confundem, embora sejam institutos com certa proximidade, pois dizem respeito aos efeitos da decisão. A eficácia *erga omnes* ou eficácia contra todos está presente em todos os provimentos jurisdicionais que tutelam direitos difusos, ao exemplo da Ação Popular e da Ação Civil Pública (*cf.*, art. 103, I e III do CDC), tal eficácia adstringe-se à parte dispositiva da decisão, que, a partir do trânsito em julgado, tem força de lei. Já o efeito vinculante é instituto que se diferencia da eficácia *erga omnes* exatamente pelo fato de não se limitar à parte dispositiva da decisão, mas transcender aos motivos determinantes.

Nesta esteira, as consequências práticas do efeito vinculante, para os que não participaram do processo, são as seguintes: (i) todos os órgãos constitucionais são obrigados, na medida de suas responsabilidades e atribuições, a tomar as necessárias providências para o desfazimento do estado de inconstitucionalidade declarado na decisão; (ii) os órgãos constitucionais que não foram parte no processo ficam obrigados a revogar ou modificar os textos legislativos idênticos ao declarado inconstitucional; (iii) os órgãos constitucionais que não participaram do processo ficam obrigados a observar, nos limites de suas atribuições, a decisão proferida, sendo-lhes vedado praticar ato com teor semelhante àquele declarado inconstitucional e (iv) todos aqueles que forem atingidos por decisões

contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em controle concentrado são partes legítimas para a propositura de reclamação.²⁰¹

Embora pareça muito óbvio que o efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão, pois caso assim não fosse, tal instituto em nada inovaria com relação à coisa julgada (força de lei), “diminuindo significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”²⁰², o STF rechaça a tese da transcendência do efeito vinculante aos motivos determinantes.²⁰³ O debate se deu na Reclamação 1987 rel. Min. Maurício Correa, DJ, 21.05.2004, que foi manejada para garantir a autoridade da decisão na ADI 1662, rel. Min. Maurício Correa, DJ, 19.09.2003. Esse é o *leading case*.

Na ADI 1662 o STF julgou inconstitucional a Instrução Normativa nº 11/1997 do TST. Essa instrução normativa determinou que os juízos trabalhistas realizassem sequestro para fins de pagamento de precatórios caso a respectiva verba não fosse incluída no orçamento ou caso houvesse pagamento a menor do crédito, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, conforme itens III e XII da instrução. A constitucionalidade da norma do TST foi questionada em face do art. 100, §2º da CF que somente autorizava sequestro para pagamento de precatório em caso de preterição do direito de precedência de credores. A instrução normativa do TST criava nova hipótese sequestro e o Supremo Tribunal Federal entendeu que não era possível ordenar sequestro fora da única hipótese prevista pela Constituição, isto é, o tribunal conferiu interpretação restritiva ao dispositivo.

Os motivos determinantes da decisão, portanto, estavam delineados: não podia o Judiciário criar nova hipótese de sequestro de verbas para pagamento de precatórios que não aquela de preterição da ordem de precedência (redação anterior do §2º do art. 100 da CF/88).²⁰⁴ O julgado ficou assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA 11/97, APROVADA PELA RESOLUÇÃO 67, DE 10.04.97, DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE UNIFORMIZA PROCEDIMENTOS PARA A EXPEDIÇÃO DE

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 510.

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 509.

²⁰³ São várias as Reclamações nas quais o STF não admitiu a tese: Rcl. 14.188 AgR, Min. Rel. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 17.10.2013; Rcl. 19.384 AgR, Primeira Turma, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 7.6.2016; Rcl. 16.927 AgR, Min. Rel. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 4.10.2016; Rcl. 26.045 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 9.8.2017; Rcl. 27.702 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19.10.2017; Rcl. 22.470 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 7.12.2017; Rcl 2412 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1.2.2018; Rcl. 25.880 AgR, Segunda Turma, Min. Rel. Dias Toffoli, DJe de 27.4.2018; Rcl. 29.137 ED, Segunda Turma, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, DJe de 13.6.2018; Rcl. 30.367 AgR, Min. Rel. Dias Toffoli, DJe de 17.10.2018.

²⁰⁴ CF/88, Art. 100, § 2º: As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

PRECATÓRIOS E OFÍCIOS REQUISITÓRIOS REFERENTES ÀS CONDENAÇÕES DECORRENTES DE DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO. 1. Prejudicialidade da ação em face da superveniência da Emenda Constitucional 30, de 13 de setembro de 2000. Alegação improcedente. A referida Emenda não introduziu nova modalidade de sequestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra imposta pelo artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que o autoriza somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor. Preliminar rejeitada. 2. Inconstitucionalidade dos itens III e XII do ato impugnado, que equiparam a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, à preterição do direito de precedência, dado que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do sequestro, após a oitiva do Ministério Público. [...] 5. Declaração de inconstitucionalidade dos itens III, IV e, por arrastamento, da expressão "bem assim a informação da pessoa jurídica de direito público referida no inciso IV desta Resolução", contida na parte final da alínea c do item VIII, e, ainda, do item XII, da IN/TST 11/97, por afronta ao artigo 100, §§ 1º e 2º, da Carta da República. [...] Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte. (STF - ADI: 1662 SP, Relator: Min. Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 30/08/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-09-2003).

O dispositivo da decisão fez constar que o pleno do STF declarou inconstitucional os respectivos itens III e XII da Instrução Normativa nº 11, de 10 de abril de 1997, do Tribunal Superior do Trabalho. Após essa decisão o governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz, autor da Reclamação 1.987/DF, manejou o remédio constitucional em face de uma decisão do TRT da 10ª Região que determinou bloqueios de verbas para pagamento de precatórios em hipótese diversa da prevista na Constituição, em clara violação aos motivos determinantes da ADI 1662, porém o TRT não se fundamentou na Instrução Normativa n. 11/97 do TST, dando ensejo a discussão quanto a possibilidade de cassar uma decisão que viole os motivos determinantes de provimento vinculante em controle concentrado, mesmo que não viole a parte dispositiva. A questão se colocou foi a seguinte: o elemento vinculante da decisão é a parte dispositiva, aplicando-se somente a casos regulados pela norma declarada inconstitucional ou, ao contrário, a eficácia vinculante se estende aos fundamentos determinantes? Como se percebe da leitura da ementa da Reclamação 1.987/DF o STF encampou a teoria da transcendência dos motivos determinantes e acolheu a tese do Governador do Distrito Federal:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. [...] 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.

(STF, Reclamação 1987/DF, Relator: Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 01/10/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-05-2004).

A decisão foi por maioria, os ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Marco Aurélio não conheciam da ação, mas ficaram vencidos. No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação, ficando vencido o ministro Marco Aurélio, que julgou a ação improcedente. Dos debates em plenário, quando do julgamento da Reclamação 1.987/DF, é possível perceber, pela leitura do acórdão, a preocupação dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence com vinculação do cabimento da reclamação ao dispositivo da decisão paradigma, vejamos:

O SENHOR MINISTRO SPÚLVEDA PERTENCE – O que me parece é que realmente esta é uma decisão do maior relevo. Transformamos em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – E aí a reclamação ganha contornos de instrumento para uniformização da jurisprudência. O fundamento do ato que estaria contrariar a nossa decisão (ADI 1662) não é a resolução fulminada pelo Tribunal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662 [...]

O SENHOR MINISTRO SPÚLVEDA PERTENCE – Sr. Presidente, o assunto merece ser destacado, data vênha. Gostaria de pensar em voz alta com o Tribunal. Ao que entendi, a decisão em nome de cuja autoridade se reclama teve por objeto a Instrução Normativa nº 11/97, do Tribunal Superior do Trabalho, ao passo que a decisão reclamada funda-se em ato normativo muito posterior: a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. [...] O que se quer – o Ministro Gilmar o assume em todas as letras, coerente com suas obras doutrinárias – é estender o efeito vinculante aos motivos da decisão.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – É exatamente isso. É essa a discussão.

O SENHOR MINISTRO SPÚLVEDA PERTENCE – Então, quando julgarmos da constitucionalidade ou não de uma lei estadual, os outros estados que tenham leis similares virão aqui, não com uma ação direta, mas com reclamação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Isso está ressalvado, porque o efeito vinculante não atinge o legislador por força da própria norma constitucional.

O SENHOR MINISTRO SPÚLVEDA PERTENCE – Não, Ministro Gilmar Mendes. Não é a lei posterior. Estão dizendo que todos os estados que tiverem leis semelhantes a uma que tivermos examinado vão invocar os fundamentos da nossa decisão para dizer que o Supremo já decidiu que a lei estadual semelhante é constitucional ou inconstitucional. [...]

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Sr. Presidente, a discussão que vai se estabelecer é exatamente se vamos introduzir, na ação direta, digamos os pressupostos da coisa julgada das ações do CPC, que tratam de ações não constitucionais, mas dos limites objetivos da coisa julgada. [...] Temos de discutir exatamente se os motivos determinantes da nossa decisão, que tem efeito vinculante, também se estendem a todos os outros casos. É um caminho pelo qual, antevejo, podemos atravessar, de forma tranquila, a exigência de alguém que queira discutir, ou está discutindo o não atendimento dessa decisão pelo tribunal local, que venha a trazer ao Tribunal dez anos depois, pela via do recurso extraordinário, quando poderíamos diretamente pela reclamação. Ai, problema prático está posto.

O SENHOR MINISTRO SPÚLVEDA PERTENCE – Sr. Presidente, muito antes de o Ministro Nelson Jobim pensar em honrar a esta casa por integrá-la, ninguém mais do que eu insisti no descabimento de invocação da ortodoxia do Direito Processual na ação direta. Agora, defendendo um limite intransponível da força erga omnes e da eficácia vinculante, da decisão da ADIn, que é nela questionado. Por isso, não é dado dizer que a decisão reclamada, fundada em ementa constitucional posterior, tenha desrespeitado a decisão do STF sobre ato normativo secundário anterior à sua promulgação.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Isso é a manifestação clara de um preconceito privatista, que tenta fechar a possibilidade de uma eficácia [...]

O SENHOR MINISTRO SPÚLVEDA PERTENCE – Sr. Presidente, não conheço da reclamação.

O debate revela duas visões do tema, o ministro Marco Aurélio juntamente com o ministro Sepúlveda Pertence demonstraram a preocupação pragmática com o volume de Reclamações que

chegariam do STF com a admissão da tese. Não se trata de um argumento jurídico, mas sim consequencialista, fica bem claro em trecho do ministro Marco Aurélio que preocupação é com o impacto negativo na corte em termos de volume de ações:

“Não posso, Senhor Presidente, caminhar nesse sentido, potencializando, a mais não poder, o aspecto prático; potencializando a autoridade dos julgados desta Corte e até mesmo, e já foi ressaltado, engessando o próprio Direito no que vindo à baila novos atos normativos, como foi o caso quanto à Emenda nº 30, se terá sempre o caminho aberto para se chegar per salto ao Supremo Tribunal Federal, com a reclamação, a partir da premissa de que o ato praticado desrespeitou fundamento de um julgado da Corte. Não sei onde vamos parar em termos de inviabilização do próprio Supremo Tribunal Federal.”

Por outro lado, o voto do ministro Gilmar Mendes revela a importância do manejo da Reclamação em face dos motivos determinantes, o ministro explica que ideia do efeito vinculante nas ações diretas (art. 102, §2º da CF, com redação dada pela EC n. 3/93), tinha o mesmo propósito do instituto alemão "*das bindungsvircum*", que era exatamente emprestar efeito vinculante aos fundamentos determinantes, como demonstra o seguinte trecho do voto:

"Considero que as razões determinantes da decisão proferida na *ADI 1.662*, afiguram-se aplicáveis ao caso em exame. [...] Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados fundamentos determinantes. [...] Assim, adotada a ideia de que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, afigura-se necessário, nesse primeiro exame, considerar o parâmetro interpretativo fixado por esta Corte na *ADI 1.662*. [...] Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em levantamento precário pude constatar que muitos juízes desta corte têm constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no *caput* e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil²⁰⁵, os membros dessa Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame. [...] Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pela Corte Constitucional. Nesses termos, meu voto é no sentido do conhecimento da presente reclamação e, no mérito, pela sua procedência."²⁰⁶

Posteriormente o STF também teve a oportunidade de rediscutir o tema e prolatar uma orientação mais firme, por ocasião da *Reclamação 4219, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe, 21.11.2007* que buscava garantir a autoridade da decisão da *ADI 2602, rel. Min. Eros Grau, DJ, 31.03.2006*. O Relator

²⁰⁵ O ministro se refere ao artigo 557, *caput* e §1º do CPC/73, que encontra correspondente no art. 932, IV do CPC/15. Porém há uma diferença relevante, o CPC/73 falava que o relator negará seguimento a recurso "em confronto com jurisprudência dominante do STF", em termos genéricos, já o art. 932, IV do CPC/15 diz que incumbe ao relator "negar provimento" a recurso que for contrário a súmula do STF, acórdão do STF em julgamentos repetitivos, IRDRs e IACs. Vê-se que nada se fala quanto às decisões em ações diretas, o que antes podia ser abrangido no termo "jurisprudência dominante".

²⁰⁶ Os trechos foram extraídos do acórdão da Reclamação 1987/DF por serem considerados suficientes para a finalidade e os limites deste trabalho, porém a leitura do inteiro teor do acórdão é essencial para o aprofundamento, dada a riqueza da discussão e dos argumentos lançados. O acórdão pode ser encontrado no sítio eletrônico do STF: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272> – acesso em 16.9.2020.

da reclamação suscitou questão de ordem, no sentido de que seria inaplicável os motivos determinantes da ADI 2602, pois a ação referiu-se a norma do Estado de Minas Gerais e a Reclamação buscava cassar ato administrativo do Estado de São Paulo. A Reclamação 4219 não foi julgada por perda superveniente do seu objeto, o reclamante faleceu no decorrer do processo. Não obstante, a sinalização da Corte é no sentido de não acatar a tese da transcendência dos motivos determinantes, como se observa de diversas decisões posteriores rejeitando a eficácia transcendente dos motivos determinantes.²⁰⁷

Porém, defende-se neste trabalho que essa posição deve ser revisada, já que o CPC/15 expressamente aponta que o elemento vinculante dos precedentes são os motivos determinantes, já que conforme art. 489, §1º, V do CPC/15 c/c art. 93, IX da CF/88 a decisão é nula se invocar precedente sem demonstrar qual seus motivos determinantes. A decisão em controle concentrado, assim como qualquer outro precedente, tem duas normas: a primeira consta da parte dispositiva, é a norma concreta. A segunda é a *ratio decidendi*, a norma que será extraída dos motivos determinantes. No caso de descumprimento da parte dispositiva, caberá Reclamação nos termos do art. 988, II do CPC/15. Já no caso de descumprimento da *ratio decidendi*, caberá Reclamação nos termos do art. 988, III do CPC/15. A posição do STF, por conseguinte, é, no mínimo, *contra legem*.

Na doutrina, registre-se, existem autores que defendem a posição adotada pelo STF, no sentido de limitar o efeito vinculante à parte dispositiva da decisão, nesse sentido: Georges Abboud²⁰⁸, Álvaro Ricardo de Souza²⁰⁹ e Vinicius Caldas da Gama e Abreu²¹⁰. Noutro giro, entendendo pela transcendência do efeito vinculante aos motivos determinantes, ou, ao menos, não limitado à parte dispositiva

²⁰⁷ STF, Primeira, Rcl. 21884 AgR, rel. Min. Edson Fachin, DJe, 11.04.2016; Primeira, Rcl. 6416 AgRED, rel. Min. Luz Fux, DJe, 11.09.2014; Primeira, Rcl. 11477 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 30-08-2012; Pleno, Rcl. 3294 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, DJe, 29.11.2011; Pleno, Rcl. 3014, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 21-05-2010.

²⁰⁸ “...não há fundamento para se aceitar a vinculação dos tribunais aos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, essa vinculação dos tribunais à *ratio decidendi* da decisão engessaria o sistema constitucional, impossibilitando a abertura e evolução do direito constitucional. A eficácia vinculante CF 102 §2.º é restrita ao dispositivo da decisão. A vinculação aos motivos determinantes não é algo fácil. Essa dificuldade é encontrada até mesmo na Alemanha, onde é tormentosa a definição do que seriam os motivos da decisão do *Bundesverfassungsgericht*, o que seria *tragenden Gründen* ou apenas *obter dicta*. A atribuição de efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional pode ocasionar canonização da *ratio decidendi*, algo contrário a uma compreensão dinâmica da Constituição. Caso se estendesse a força vinculante aos motivos determinantes, o “diálogo jurídico” ficaria entorpecido, os demais tribunais perderiam a coragem para alcançar outras interpretações da Constituição e a força inovadora de eventuais votos particulares seria desatendida.” (ABBOUD, Georges. *Sentença interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Tese de mestrado: São Paulo, 2009, p. 282).

²⁰⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 403.

²¹⁰ “É acertado o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. A concepção histórica da Reclamação não permite sua utilização como instrumento de controle de precedentes. Trata-se de ação excepcional que, no controle abstrato de constitucionalidade, tem por finalidade exclusiva a garantia da autoridade da decisão proferida, que não pode ser transformada em sucedâneo recursal *per saltum*, incompatível com o sistema constitucional brasileiro. Desta forma, na hipótese do art. 988, III, do Código de Processo Civil, somente será possível o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal se o órgão administrativo ou de jurisdição inferior proferir ato que afronte exclusivamente o dispositivo de decisão...” (GAMA e ABREU, Vinicius Caldas da. *Reclamação constitucional*. PUC-São Paulo. Dissertação de Mestrado, 2018, p. 73).

da decisão: Luiz Guilherme Marinoni²¹¹, Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes²¹² e Roger Stiefelmann Leal.²¹³

Saber quais são os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e não determinantes (*obiter dictum*) de uma decisão é um problema que será melhor explicitado no próximo capítulo, isto porque, não há apenas um método para se extrair os fundamentos determinantes de uma decisão e nem consenso quanto a qual o melhor método aplicável. No que interessa para o cabimento da Reclamação no âmbito do controle concentrado, é preciso afirmar que o efeito vinculante confere aos jurisdicionados o direito subjetivo de utilizar Reclamação sempre que for prejudicado por ato judicial ou administrativo que não observe decisão do STF em controle concentrado.²¹⁴

Conforme já foi dito, embora o STF não albergue a tese da transcendência do efeito vinculante aos fundamentos (motivos) determinantes da decisão, o faz contra o exposto texto da lei, já que, no caso de descumprimento da parte dispositiva, caberá Reclamação nos termos do art. 988, II do CPC/15 e, no caso de descumprimento da *ratio decidendi* (motivos/fundamentos determinantes), caberá Reclamação nos termos do art. 988, III do CPC/15. Essa é a interpretação que se coaduna com a manutenção de um sistema íntegro, estável e coerente (art. 926 do CPC/15), já que a Reclamação Constitucional poderá servir de instrumento de interpretação, afirmação, modificação ou até superação do provimento vinculante prolatado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

²¹¹ “Com a expressão ‘eficácia transcendente da motivação’ se pretende passar o significado de eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, têm grande semelhança com a já decidida e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional X foi considerada inconstitucional em virtude das razões Y, a norma constitucional Z, porém substancialmente idêntica a X, exige a aplicação das razões Y.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 270).

²¹² “É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria, de todo, despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.” (MARTINS, Ives Gandra; Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 546).

²¹³ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 150.

²¹⁴ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 230.

CAÍTULO IV – RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MODIFICAÇÃO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: REFLEXIVIDADE E APRENDIZADO COGNITIVO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. O papel da Reclamação Constitucional na construção da *ratio decidendi* dos provimentos vinculantes em controle abstrato de constitucionalidade

Consoante clássica doutrina, pode-se dizer que a *ratio decidendi* constitui o suporte necessário da decisão, enquanto o *obiter dictum* são os argumentos declarados sem necessidade absoluta. A *ratio decidendi*, portanto, seria o núcleo vinculante do precedente, é também chamada de razão de decidir ou razões para decisão.²¹⁵ É necessário esclarecer que os motivos determinantes da decisão são um ponto de partida para os juízes que irão aplicar o precedente, a partir desses fundamentos ou motivos determinantes é que a *ratio decidendi* será construída. A *ratio decidendi* não se limita nos fundamentos do acórdão, porém, isso não significa que esses fundamentos não sejam importantes na formação do precedente, são nos motivos determinantes da decisão que se encontram as balizas fáticas e jurídicas que serão objetos das distinções (*distinguish*) e poderão fundamentar a superação (*overruling*). Chancelar hipótese pela qual a *ratio decidendi* possa descolar-se dos motivos determinantes ou mesmo contrariá-los, seria admitir um voluntarismo e uma discricionariedade sem controle na aplicação do precedente, pois cada juiz poderia decidir qual é a *ratio decidendi*, em contraste com

A aplicação dos precedentes, embora tenha origem na *common law*, cujo direito é marcado por uma imponente rigidez, apresenta métodos que flexibilizam a norma extraída do precedente frente as peculiaridades fáticas das situações concretas, é por isso que o precedente “é de elaboração pretoriana que se aperfeiçoa pelas decisões seguintes, das quais extraem a *ratio decidendi* do caso, por isso é comum haver mutação da *ratio* de um precedente ao longo do tempo, ou mesmo uma inversão entre *ratio* e *dictum*.”²¹⁶ Não há um só método para encontrar a *ratio decidendi*, ao contrário, vários foram as contribuições nessa temática, havendo tamanha confusão que os métodos propostos na tradição *common law*, chegam a ser contraditórios e excludentes.

Um primeiro método que foi desenvolvido para se delimitar a *ratio decidendi* no contexto da *common law*, e que, infelizmente, parece ser adotado pelo senso comum teórico dos juristas (Warat), é o método de Eugene Wambaugh. Esse método consiste em inverter o resultado de um argumento ou fundamento da decisão e questionar-se se o resultado ainda é o mesmo. Se não for o mesmo

²¹⁵ DEXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, p. 67 apud MACEDO, *Precedentes*, op. cit., p. 248.

²¹⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes*, op. cit., p. 181.

resultado, trata-se esse fundamento ou argumento de *ratio decidendi*. Se o resultado da decisão, mesmo invertendo-se os argumentos, continuar o mesmo, trata-se de *obiter dictum*.²¹⁷ O método é simples, se o fundamento invocado for excluído e a decisão ainda tiver o mesmo resultado, trata-se de *obiter dictum*, se altera-se o resultado com a exclusão do fundamento, é *ratio decidendi*. Ocorre que esse método é questionado pelos próprios pares de Eugene Wambaugh, autores referência na matéria, como Neil DEXBURY e Rupert CROSS, apontam para insuficiência do método Wambaugh por dois motivos: primeiro, o método não resolve o problema quando uma decisão tem mais de um fundamento, sendo que a inversão de apenas um deles não altera o resultado da decisão; segundo, Rupert Cross aponta que o método serve mais de definir o que não é *ratio decidendi*, não sendo preciso em apontar qual é a *ratio decidendi*.²¹⁸

Um segundo método desenvolvido foi o método de Arthur Goodhart.²¹⁹ Segundo o método os fundamentos da decisão não são considerados para determinar a *ratio decidendi*, esse método tem coerência com a tradição *common law*, na qual é permitido que haja uma decisão sem fundamentação, como já explicamos em outra passagem, não fazendo sentido utilizar-se de fundamentos que seriam desnecessários para apontar a *ratio decidendi*. Nesta esteira, Goodhart dá prevalência aos fatos que deram ensejo à decisão, extraindo daí um princípio decisório que seria a *ratio decidendi*. Os fatos materiais, portanto, é que devem ser considerados e são determinantes para caracterização da *ratio*, enquanto os fatos imateriais, aqueles irrelevantes para o deslinde da causa, são *obiter dictum*. O autor foi muito criticado por desconsiderar totalmente os fundamentos da decisão na construção da *ratio*, daí porque em obra posterior ele repele as críticas e afirma que o ponto fulcral de seu método não está nos fatos, está, isto sim, no princípio que se extrai do julgamento dos fatos. Porém ele critica que o próprio Tribunal prolator do precedente possa decidir qual a *ratio decidendi*.²²⁰ A relevância do método Goodhart está exatamente aí, no ponto em que o autor demonstra não ser possível que a própria Corte prolatora defina de forma voluntarista, como verdadeiro ato de vontade, qual a regra de precedente.²²¹ Veja-se que, no Brasil há uma predefinição da *ratio decidendi*, busca-se fixar uma tese ao fim do julgamento que seria a *ratio decidendi*, vinculando assim os demais órgãos do Poder Judiciário.

²¹⁷ Método é aceito por grande parte da doutrina nacional, confira: MELLO, Patrícia Perrone, *Precedentes*, *op. cit.*, p. 120.

²¹⁸ CROSS, Rupert. Harris, J. W. *Precedent in english law*. New York: Oxford University Press Inc, 2004, p. 56 e DEXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 76, *apud* LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes*, *op. cit.*, p. 183.

²¹⁹ Explicado em sua obra "*Determining the ratio decidendi of a case*" no ano de 1930.

²²⁰ Segundo trabalho aprimorando a tese após as críticas: "*The ratio decidendi of a case*", no ano de 1959.

²²¹ Juraci Mourão explica que Goodhart se importa com o modo pelo qual a corte produziu o precedente, a maneira como ele elaborou o entendimento e não com alguma enunciação descontextualizada contida em seu arrazoado ou afirmação voluntarista sua. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes*, *op. cit.*, p. 186).

O método é muito interessante para ser estudado profundamente em nosso país, os limites dessa monografia não nos permite verticalizar no tema, mas adianta-se que o método Goodhart é contrário a teoria normativista do precedente que tem sido acolhida no Brasil, para ele não importa que o Tribunal diga qual é a *ratio decidendi*, os juízos e Tribunais posteriores é que vão construir a *ratio* do precedente, e mais, além considerar os fatos materiais do julgamento, não nega a influência dos motivos determinantes, porém, na mesma linha que defende-se nesse trabalho, os motivos determinantes são o ponto de partida e também a baliza para os julgamentos posteriores que aplicarão o precedente. Os dois primeiros métodos citados (Wambaugh e Goodhart) são insuficientes para o sistema jurídico brasileiro. O primeiro porque concentra todo o poder de dizer qual é a *ratio decidendi* nas Cortes Superiores, excluindo o debate e a dilapidação dos precedentes. O segundo, que mais se aproxima de uma solução adequada para definir o que seja a *ratio decidendi*, já que foca nos fatos, deixa de lado os fundamentos jurídicos, que na tradição *civil law*, codificada, é muito relevante. Ambos os métodos, assim, não respondem as complexidades do nosso sistema, sendo mais adequada uma construção própria para a viabilização da aplicação dos precedentes no Brasil.

A dificuldade está no modelo de julgamento adotado, isto é, o julgamento colegiado em série (*seriatim*), onde cada integrante do órgão colegiado aponta seus próprios fundamentos e ao final o Tribunal chega em resultado que, por vezes, tem dois ou mais fundamentos distintos, já que é plenamente possível chegar a uma conclusão por caminhos diferentes, Porém, há outro modelo de julgamento, chamado de julgamento pela Corte (*per curiam*), onde é indicado apenas o resultado final após a definição pelos membros da Corte, não havendo exposição dos fundamentos utilizados por cada integrante do órgão colegiado.²²² O segundo modelo (*per curiam*) é utilizado na tradição common law, sendo estranho no sistema de precedentes falar em dois ou mais motivos determinantes (*rationes decidendi*) em uma só decisão. A regra é que a decisão que dará base ao precedente tenha apenas um fundamento determinante, já que o Tribunal somente fornece o resultado, sem publicar os debates dos integrantes do órgão. Assim ocorre, por exemplo, na Suprema Corte dos EUA. A questão é se tal modelo seria compatível com o ordenamento jurídico nacional, já que a publicidade e motivação das decisões são direitos fundamentais de todos Brasileiros atingidos de algum modo por decisão jurisdicional.

Ficam, por isso, questionamentos do tipo: se há dois ou mais motivos determinantes, qual deles é considerado *ratio decidendi*, os dois? Pode um precedente ter mais de uma *ratio decidendi*? Pode não tem nenhuma? Aos juízes, na aplicação posterior do precedente com mais de um fundamento, seria lícito escolher qual fundamento aplicar ou os dois seriam necessários para o precedente incidir no caso? Quando não houver motivo determinante, ainda assim aplica-se o

²²² Para um aprofundamento nos modelos de julgamento: VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 182-88.

precedente? Nada disso é respondido pelos dois métodos anteriores. E também não se insere nas finalidades deste trabalho responder tais questionamentos, apenas demonstrar que é uma questão a ser dimensionada pela experiência jurídica pátria, tendo a Reclamação Constitucional um papel fundamental nessa sistemática.

Outro ponto que se coloca quando analisada a tradição *civil law* frente à adoção de um sistema de precedentes, é uma diferença substancial entre as tradições: no *civil law*, geralmente, uma decisão pode ter a resolução de várias questões, portanto, seria, em tese, possível dizer que cada questão decidida seria uma *ratio decidendi*. Já na tradição *common law* a *ratio decidendi* advém da solução do caso e não da resolução de questões.²²³ Um exemplo pode elucidar a complexidade do ponto discutido: em um evento onde uma pessoa sofre um dano civil, é possível que proponha ação de reparação por dano material e, após o trânsito em julgado, desde que não prescrita a matéria, pode propor outra ação de dano material, se assim entender. No sistema *common law*, a partir desse mesmo dano civil, o judiciário será acionado para resolver o caso como um todo, não é lícito que posteriormente a parte aciona o judiciário, novamente, para discutir direitos relativos aos fatos já decididos. A instrumentalização dos precedentes no sistema *common law* é muito mais fácil e mais natural.

Pelas reflexões postas, percebe-se que no Brasil não houve um rigor teórico em definir os precedentes, não há critério definido, o elemento vinculante do precedente, por aqui, ora é visto pela similaridade fática, ora pelas questões de direito discutidas ou, ainda, buscando-se abstrair do precedente uma norma geral e abstrata para aplicação subjuntiva nos casos posteriores (tese).²²⁴ O que se percebeu ao longo dessa investigação é que essencialmente são dois os métodos gerais que se utilizam para encontrar a *ratio decidendi*: (i) um mais restritivo, que busca normatizar o precedente, isto é, extrair do julgado uma norma a ser aplicada aos casos posteriores, utilizando-se, para tanto, de variadas técnicas, como buscar criar essa norma partir da análise dos fatos ou dos fundamentos, dos argumentos utilizados, ou mesmo abstraindo do julgado uma tese; (ii) o segundo método é mais aberto, permite que as similaridades fáticas do precedente sejam cotejadas com o caso concreto, abrindo margem para uma maior discussão quanto à distinção, chegando-se ao ponto de concluir-se, pela complexidade da realidade, que quase nenhum precedente seria aplicável a novo caso, pois alguma diferença fática sempre há entre um caso e outro.

²²³ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Belo Horizonte, 2013, p. 23 e ss; TARANTO, Caio, Precedente, *op. cit.* p. 16 e LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes, *op. cit.*, p. 190-91.

²²⁴ Lucas Buril menciona um autor chamado Llewellyn, Karl N., que fez uma pesquisa intitulada "*The common law tradition*", onde encontrou o absurdo número de 64 (sessenta e quatro) métodos ou formas de encontrar a *ratio decidendi*. (MACEDO, Lucas Buril de. Precedentes, *op. cit.*, p. 254).

No direito brasileiro, como será demonstrado, a Reclamação Constitucional é um importante instrumento de construção da *ratio decidendi*, ao menos no controle concentrado de constitucionalidade, todavia, tal instrumentalização exige requisitos que serão tratados mais adiantes. O pressuposto, porém, para que a Reclamação tenha essa potencialidade, é compreender que a *ratio decidendi* não é uma norma de estrutura formal tal como se conhece, uma proposição do tipo "se A então B". A *ratio decidendi*, ao contrário, é uma construção que tem como ponto de partida os motivos determinantes do precedente, porém será melhor delimitada posteriormente, quando os Tribunais e juízos realizarem as distinções em casos concretos, em respeito aos motivos determinantes, a Constituição e as leis, de modo a decidir se a *ratio* daquele provimento aplica-se ou não, conforme a congruência do precedente com o caso concreto, a integridade e coerência do Direito, sempre havendo espaço para a devida distinção.

A ideia de integridade e coerência do Direito, albergada no art. 926, *caput*, do CPC/15 é muito relevante para compreender a aplicação dos provimentos vinculantes e o papel da Reclamação na construção da cadeia de precedentes. A Reclamação, observados alguns requisitos que serão tratados no próximo tópico, substitui o provimento vinculante quando exerce a função modificativa, isto é: se o resultado do julgamento da Reclamação for a modificação do provimento, a *ratio decidendi* passará a ser construída a partir dos motivos determinantes da Reclamação, e, não mais do provimento vinculante. Este é um importante papel de consolidação da “cadeia de precedentes”, que trazem segurança jurídica, previsibilidade e igualdade na aplicação do Direito.

Neste ponto, embora não se pretenda aprofundar a análise, é importante conhecer a teoria de Ronald Dworkin²²⁵, que, em sentido oposto a Herbert Hart, propõe a tese da resposta correta: rechaçando a discricionariedade judicial, Dworkin defende que, seja em casos fáceis ou difíceis, a história institucional do Direito deve ser continuada pelo aplicador, o que constrange a possibilidade de uma decisão discricionária. Dworkin leciona que o Direito tem caráter interpretativo, para além de regras e princípios, a aplicação do direito seria uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido.²²⁶

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492 e seguintes.

²²⁶ Ronald Dworkin defende que é possível a construção de uma resposta (decisão) adequada para todos os casos, inclusive nos chamados *hard cases*, essa construção da decisão correta se dá através da argumentação jurídica, devendo o juiz sempre decidir com base em argumentos de princípio (jurídicos) e não com argumentos de política (moral, economia, política, etc). (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, *op. cit.*, p. 11). Essa resposta correta é a resposta do Direito para os casos, não se confundindo com uma resposta da política, da moral e da economia. O autor exemplifica que o juiz, ao decidir um caso, seria como um romancista que tem de escrever o próximo capítulo de um romance inacabado. O romance seria composto todas as leis, decisões e discussões doutrinárias já havidas sobre o tema, o papel do juiz seria continuar esse romance para chegar à decisão correta. A cadeia argumentativa (*chain novel*) que o juiz deve enfrentar antes de tomar qualquer decisão é controle interpretativo que rechaça a discricionariedade judicial, ao decidir tem-se obrigação de seguir o roteiro do romance, estar-se-á escrevendo um novo capítulo, mas não um novo livro, o capítulo deve guardar coerência e integridade. Existiria, assim, uma diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política, o argumento de princípio tem uma dimensão moral, uma exigência de justiça, de equidade e de respeito à dignidade humana. Os

Nesta quadra, em uma aproximação do Direito à Literatura, Dworkin propõe a ideia do romance em cadeia (*chain novel*), que garante a autonomia do Direito comparando o trabalho do juiz ao trabalho de um romancista, que tem a missão de continuar a escrever um romance, escrito de forma coletiva, sendo necessário manter a coerência a história jurídico-institucional (como se fosse os capítulos anteriores do romance). Veja-se que para manter a coerência e integridade, ao juiz não é reservada nenhuma discricionariedade, pois sempre está vinculando a uma cadeia de precedentes, e quando mais tempo passa, maior a vinculação.²²⁷

Não há se falar, portanto, em voluntarismo por parte da Corte Superior ou dos Tribunais e juízes, posto que nenhuma autoridade tem o poder de fixar de plano a *ratio decidendi*, todos estão jungidos à integridade e coerência do Direito, limitados pela Constituição, pelas leis, pela doutrina e pelos precedentes que já trataram do tema. O que pode se afirmar é que a construção da *ratio decidendi* é coletiva, envolve todos os interessados e afetados pelo precedente, não apenas as autoridades judiciais. O papel dos cidadãos levantando distinções fáticas e jurídicas de suas situações concretas é muito importante para a construção de uma *ratio decidendi* que seja minimamente democrática e robusta ao ponto de abranger a complexidade da realidade. Sendo assim, quando mais profunda for a fundamentação, demonstrando harmonia com os princípios e regras do sistema, maior será o ônus argumentativo para não aplicar o precedente. Do mesmo modo ocorre com os fatos, quando mais genérico forem os fatos, mais ampla a aplicação do precedente, quanto mais específicos, mais restrita a aplicação.

Esse círculo hermenêutico que ocorre na criação da *ratio decidendi*, um verdadeiro diálogo entre Cortes Superiores, Tribunais, juízes e cidadãos, onde se leva em consideração não somente a força da autoridade de uma Corte, mas todos os elementos: os fatos, os motivos determinantes, a tradição jurídica, a Constituição e as leis do país, a doutrina, enfim, o Direito como integridade e coerência, é o que legitima a criação de verdadeiras regras pelos Tribunais, sem que se fale em invasão do poder Legislativo, pois, como visto, não trata-se de atividade legiferante, a criação do precedente e o desenvolvimento de sua *ratio decidendi* é atividade exclusivamente jurisdicional, porém sua legitimidade está estritamente ligada ao nível de participação de todos envolvidos, sob pena de, aí sim, criar-se uma Corte que legisla, de cima para baixo, impondo suas normas, sem que haja criação

argumentos de política, por sua vez, buscam obter um determinado objetivo, para atingir um fim político, social ou economicamente desejável. (DWORKIN, Ronald. *levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25). Nesse sentido, Dworkin aponta que: "Princípios são argumentos que descrevem direitos; políticas são proposições que descrevem metas. [...] a liberdade de expressão é um direito, e não uma meta, porque os cidadãos têm o direito a tal liberdade como resultado de uma moralidade pública, e um incremento na produção de munições é uma meta, não um direito, porque esse incremento contribui para uma guerra, mas nenhum fabricante tem direito a um contrato com o governo para produzir munição. Considerações de política não podem sobrepujar princípios jurídicos." (DWORKIN, Ronald. *levando os direitos a sério*, *op. cit.*, 2002, p. 89).

²²⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. - São Paulo, 2011, p. 169.

coletiva e democrática, dentro da coerência e integridade próprias da dogmática jurídica, isto é, do Direito, descambando para o campo da política. Não se tem, no Brasil, a possibilidade corrente na tradição *common law*, onde o Poder Judiciário cria leis e direitos, nossa tradição impõe que uma decisão judicial, seja de qual órgão for, deve sempre ter como fundamento à Constituição e às leis.

Isso não quer dizer que o precedente não seja fonte do Direito, mas só o é enquanto não ignora a Constituição, as leis, a doutrina, a própria jurisprudência e tradição jurídica da comunidade, substituindo todo esse sistema por uma "tese", emanada de Corte Superior, que pode ignorar todo o restante, não ter-se-ia assim um sistema de precedentes, mas sim um realismo à brasileira, centralizado na cúpula, que retira dos juízes a possibilidade de interpretar, além de tolher a possibilidade de as partes demonstrarem as especificidades do caso concreto, já que a tese se desprende dos fatos. Piora a situação quando se percebe uma tendência de rechaçar o acesso direto às Cortes que produzem o precedente, diminuindo-se as hipóteses de cabimento da Reclamação. Essa restrição de acesso somado ao fetiche normativista de fixar uma tese vinculante ao final do julgamento de um provimento, tem como efeito transformar um fenômeno complexo, que é o precedente, em uma norma, com a ingênua ilusão de que através da autoridade se pode trazer segurança jurídica e previsibilidade ao sistema.

2. Reclamação Constitucional como mecanismo de reflexividade e aprendizagem cognitiva no controle concentrado: contribuição para um sistema estável, íntegro e coerente (arts. 489, §1º e 926, CPC)

Como ficou demonstrado, a Reclamação tem como principal função preservar as decisões com caráter vinculante proferidas por um Tribunal (art. 988, II, CPC), isso significa que, após proferir um provimento vinculante, o Tribunal tem a chance de reanalisar por diversas vezes a mesma decisão através da Reclamação Constitucional. Nesse sentido, o instrumento processual oferece duas possibilidades: (i) o Tribunal pode alterar a decisão tomada no provimento vinculante no âmbito da própria Reclamação ou (ii) o Tribunal pode melhorar a decisão tomada a partir dos elementos fáticos, jurídicos e até inovações científicas trazidas pelo reclamante, pelo beneficiário do ato reclamado, pelo Ministério Público ou qualquer outro interessado que participe do contraditório ampliado, integrando-se ao provimento vinculante à situação trazida na Reclamação se o Tribunal assim entender.²²⁸

A Reclamação Constitucional, desta feita, tem a potencialidade de ser o instrumento jurídico adequado para acrescentar complexidade às decisões em controle concentrado, sendo instrumental

²²⁸ AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*, op. cit., p. 190.

útil para levar à Jurisdição Constitucional reflexividade, que melhora os seus provimentos vinculantes, e aprendizado cognitivo, que a Jurisdição Constitucional necessita para solucionar questões cuja expertise foge à técnica jurídica ou apresenta grande complicação social ou econômica. É fato conhecido que o Tribunal decide sobre importantes questões sem que o estado da arte da matéria ofereça uma resposta definitiva. Há, portanto, necessidade de manter esse canal de comunicação aberto, demonstrando-se a Reclamação Constitucional um importante meio a possibilitar o Tribunal refletir sobre suas próprias decisões, melhorando-as, modificando-as ou mesmo confirmando-as, é o que se denomina de “reflexividade”, característica da Reclamação Constitucional.²²⁹

Embora o art. 26 da Lei 9.868/99 tenha expressa vedação quanto a possibilidade de ação rescisória contra decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em ação direta, a Reclamação, assim, na modalidade “reflexiva”, pode representar uma espécie de rescisória.²³⁰ No entanto, não há que se falar em rescisão de coisa julgada, pois como já explicado, a coisa julgada incide tão somente na parte dispositiva da decisão e a Reclamação na modalidade reflexiva busca alterar ou melhorar a *ratio decidendi*. Veja-se que há quem defenda que a coisa julgada se quer é aplicável às ações diretas de constitucionalidade²³¹, tema que não será possível aprofundar no presente trabalho, mas que certamente é muito relevante para o adequado entendimento do sistema de provimentos vinculantes instalado no Brasil a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Entretanto, há um elemento que precisa ser ressaltado: as decisões em controle judicial concentrado (juntamente com a edição de súmulas vinculantes e recursos extraordinários) trazem consigo um rigor acentuado na possibilidade de revisão dessas decisões, existe uma dificuldade de o STF apreciar novamente temas já decididos, especialmente em controle concentrado. Fábio Lima Quintas e Alcebíades Galvão Cesar Filho apontam que o sistema processual está moldado para que um mesmo tema não volte a ser apreciado pela Corte.²³² Com a criação da ADC e principalmente com a criação da ADPF, como já ficou demonstrado no Capítulo I do presente trabalho, houve uma ampliação das matérias e temas perante os quais a Jurisdição Constitucional precisa dar uma resposta. A Reclamação Constitucional apresenta-se, neste contexto, como uma “válvula de escape” para que a Corte atualize sua própria jurisprudência, amenizado a rígida sistemática que torna difícil a rediscussão de importantes e relevantes matérias para a sociedade.

²²⁹ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, op. cit., p. 653.

²³⁰ QUINTAS, Fábio Lima e CÉSAR FILHO, Alcebíades Galvão. *A reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2018, v. 10, n. 19, p. 498-552, jul-dez./2018, p. 510.

²³¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143.

²³² QUINTAS, Fabio Lima; CESAR FILHO, Alcebíades Galvão. *A reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 514.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresenta diversos exemplos nos quais a Reclamação foi utilizada como forma de modificação de provimento vinculante prolatado em controle concentrado, o exemplo mais paradigmático é a Reclamação 4374-PE²³³ de relatoria Ministro Gilmar Mendes, no qual restou decidido, além do mérito da ação, que a Reclamação serve como instrumento de reinterpretção da decisão proferida em controle abstrato. Assim, poderá o Tribunal, ao se debruçar sobre uma Reclamação, ante a relevante alteração fática ou jurídica, alterar seu posicionamento e rever a decisão anteriormente proferida. Também na Reclamação 21409-RS, de relatoria do Ministro Edson Fachin, fazendo menção à Reclamação 4374-PE, ficou consignado que “a abertura hermenêutica da jurisdição constitucional exige a utilização da reclamação com todas suas potencialidades instrumentais.”²³⁴

Com a evolução da tecnologia e a super complexidade do mundo contemporâneo, algumas matérias são impassíveis de serem decididas terminativamente, as decisões mais relevantes dos Tribunais têm ganhado um papel mais regulador que definidor, criam-se prognoses e estabelecem-se o contato recíproco de acompanhamento do desenvolvimento da questão. São questões deste tipo, que exigem a constante reflexão e um plano de acompanhamento as questões ambientais, regulatórias, tecnológicas, de biossegurança, cujos parâmetros científicos evoluem constantemente através do tempo, essas mudanças fáticas e jurídicas que influenciam diretamente a aplicação do provimento vinculante, podem ser incorporadas às decisões pretéritas através da Reclamação Constitucional. Esse incremento de complexidade das decisões através da Reclamação é feito em sua modalidade como indutor de “aprendizado cognitivo”. Dessa forma, se percebe duas modalidades de manejo da Reclamação para modificação dos provimentos vinculantes em controle concentrado: (a) indutora de reflexividade e (b) indutora de aprendizado cognitivo.²³⁵

²³³ “...O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na Reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no balançar dos olhos entre o objeto e o parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.” (STF, Rcl. 4374-PE, Pleno, j. 18.4.2013, rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 18.4.2013).

²³⁴ STF, Rcl. 21409-RS, 1ª T. j. 23.2.2016, rel. Min. Edson Fachin, Dje 25.4.2016.

²³⁵ “É natural que o Tribunal, ao realizar o exercício típico do julgamento de qualquer Reclamação – de confronto e comparação entre o ato impugnado (o objeto da reclamação) e a decisão ou súmula tida por violada (o parâmetro da reclamação), sinta a necessidade de reavaliar o próprio parâmetro e redefinir seus contornos fundamentais. A jurisprudência do STF está repleta de casos em que o Tribunal, ao julgar a reclamação, definiu ou redefiniu os lindes de sua própria decisão apontada como parâmetro da reclamação. [...] “A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de

Cita-se alguns exemplos, a demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já alberga, em certa medida e com resistências, a tese defendida no presente trabalho: No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 2.009, rel. Min. Marco Aurélio, o Tribunal redefiniu o alcance da ADI 1.662, decisão essa sobre o regime de precatórios; dentre outras, na Reclamação 4.904, rel. Min. Cármen Lúcia, o Tribunal modificou a decisão vinculante prolatada na ADI 3.395 que tratou da competência da Justiça do Trabalho para causas entre o Poder público e seus servidores, estendendo os efeitos do provimento vinculante para a hipótese de contratos temporários, tal modificação relevante se deu por meio do julgamento de uma Reclamação; No julgamento das Reclamações 4.906 e 4.939 de relatoria do Min. Joaquim Barbosa foi estabelecido o alcance e os requisitos da comprovação de atividade jurídica para o ingresso em concurso público na carreira do Ministério Público, matéria julgada na ADI 3.460; Na Reclamação 3.480, rel. Min. Carlos Velloso foi alterada a decisão prolatada na ADI 3.324, que tratou da regra da congeneridade das instituições no processo de transferência obrigatória de alunos do ensino superior, na ADIn não havia qualquer menção à hipótese na qual o ingresso primário tivesse ocorrido em instituição privada, tal circunstância somente foi delimitada por meio do julgamento da Reclamação.

O que se verifica é que as Reclamações vão substituindo às decisões prolatadas anteriormente, delimitando, estendendo, restringindo ou modificando os provimentos vinculantes outrora definidos. É no julgamento da Reclamação constitucional em face das decisões parâmetros prolatadas em sede de controle abstrato que os processos de mutação constitucional, de inconstitucionalização de normas e de distinção ocorrem com mais facilidade, isto porque é na reinterpretação do provimento vinculante, com as particularidades fática e jurídicas trazidas pela reclamação que o Tribunal terá a chance de adequar a decisão ou mesmo superá-la, o que evita, o engessamento da jurisprudência constitucional. A alteração pode decorrer de diversas circunstâncias, como a mudança no conteúdo da Constituição, seja pela via formal de modificação ou informal, a mudança da norma objeto de controle, fato que no Brasil é abundante, mudança substancial das relações fáticas ou mesmo da concepção jurídica de determinado instituto, todas essas circunstâncias podem fundamentar a alteração do provimento vinculante por meio da Reclamação Constitucional no controle abstrato de constitucionalidade.

Em aparência, como registrado a cima, tal concepção pode conflitar com o instituto da coisa julgada, porém o risco de engessamento dos provimentos da Jurisdição Constitucional é amplamente reconhecido, e, ademais, é clássica a concepção de Savigny segundo a qual toda sentença traz em si uma cláusula de revisão (*rebus sic stantibus*), que pode ser acionada sempre que houver substancial

constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.” (Reclamação 4.374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18.4.2013).

mudança das circunstâncias fáticas ou relevantes alterações jurídicas. Neste sentido, Fredie Didier e Lucas Buriel Macêdo lecionam que “na relação continuativa de constitucionalidade, as alterações relevantes ocorrem quando há modificações culturais – econômicas sociais, tecnológicas ou jurídicas.”²³⁶ É fato que uma norma julgada constitucional pode ser, em momento posterior, considerada inconstitucional, assim como a aplicação do provimento vinculante, ante o caso concreto, pode-se revelar-se inconstitucional, dadas as mudanças circunstanciais relevantes ocorridas, necessitando de reapreciação pela Corte.²³⁷ Este é o papel da Reclamação tal como defendido neste trabalho.

Fica claro neste ponto, que, observado o devido processo legal constitucional, não há que se confundir a possibilidade de modificação dos provimentos em controle concentrado por via da Reclamação com violação à coisa julgada. A Jurisdição Constitucional exercida no julgamento de uma Reclamação é a mesma exercida no julgamento das ações de controle concentrado, não há qualquer distinção, motivo pelo qual a modificação ou mesmo a superação de decisão vinculante está de acordo com as competências jurisdicionais da Corte.

A Reclamação se demonstra legítima garantia processual da ordem constitucional, já que o que se discute fundamentalmente na Reclamação nesses casos é o desrespeito à determinada decisão vinculante do STF, e para saber se houve ou não desrespeito ao provimento vinculante, se mostra necessário estabelecer os limites e alcance do próprio provimento, missão que, não raro, perpassa pela reinterpretação das normas que foram objeto da decisão-parâmetro da Reclamação.

Embora em primeiro olhar possa parecer que admitir o uso da Reclamação como defendido tenha o efeito de aumentar o número de ações e inviabilizar o exercício jurisdicional, não se confirma tal premissa quando se atenta ao fato de que no decorrer do tempo, ante o ajuizamento da Reclamações modificativas, a Jurisdição Constitucional se alimenta com as peculiaridades fáticas e jurídicas dos casos concretos, os provimentos vinculantes, assim, vão se tornando mais íntegros e estáveis, pois

²³⁶ “A sentença que regula relações jurídicas permanentes e sucessivas contém uma cláusula *rebus sic standibus*: havendo modificação superveniente no estado de fato ou de direito, é lícito rever o quanto se decidiu. A relação entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional prologa-se no tempo. É dizer, a relação entre as normas nasce com a incidência da norma que exige conformidade do ordenamento infraconstitucional às normas constitucionais, atribuindo-se à norma infraconstitucional, avaliada a situação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, que perdura no tempo. Essa relação pode, ainda, vir a sofrer um influxo e levar à alteração da situação constitucional da norma infralegal, diante de um fato relevante ou de alguma modificação na compreensão jurídica.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de. *Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. V. 16 n. 110 – out. 2014/jan.2015, p. 580).

²³⁷ Como citado por Fredie Didier Jr. e Lucas Buriel Macedo em artigo sobre o tema, há muito o jurista Marcelo Neves percebeu e explicou que: “No caso da inconstitucionalidade das leis, o significado contextual desempenha um papel importantíssimo, tendo em vista a vagueza, a ambiguidade e o caráter fortemente ideológicos dos termos constitucionais. Num determinado espaço-tempo social, os elementos contextuais podem conduzir a interpretações no sentido da inconstitucionalidade de uma lei, enquanto em outro espaço-tempo social, eles podem implicar-lhe a constitucionalidade.” (NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 139 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de. *Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE, op. cit.*, p. 582).

cada vez que se buscar modifica-lo ou superá-lo, o ônus argumentativo e a necessidade de demonstração de fortes razões aumenta, transformando-se o provimento vinculante em verdadeiro precedente, que servirá como lastro até que sobrevenha mudanças substanciais na sociedade ou no estado da arte da matéria decidida. Com isto, cria-se uma cadeia de decisões que formam, ao cabo, um precedente super qualificado, cuja alteração exigirá um enorme esforço hermenêutico no sentido de demonstrar alteração na percepção jurídica da comunidade ou fatos sociais relevantes que justifiquem essa alteração. Embora mais trabalhoso, este caminho foi o escolhido pelo legislador ao positivizar o art. 926 do CPC/15, a estabilidade e a integridade não podem conviver sem a coerência, um precedente que se mostra incoerente com a sociedade ou com a percepção jurídica da comunidade em geral deve ser modificado, os valores da estabilidade e da coerência não são contraditórios, mas complementares.

Retornando ao ponto fulcral do presente trabalho, se mostra necessário apresentar uma interessante análise quanto ao cabimento da Reclamação para modificação de provimentos vinculantes em controle concentrado que foi feita por Marco Alexandre de Oliveira Archanjo e José dos Santos Carvalho Filho, os autores relacionaram a evolução histórica da Reclamação (já analisada no Capítulo II) com a possibilidade de seu cabimento para modificação de provimento vinculante. Explicam os autores que, assim como a Reclamação não estava inicialmente prevista na lei, sendo de criação jurisprudencial, lastreada na teoria dos poderes implícitos, a possibilidade de integração ou superação de provimento vinculante por via reclamatória também se desenvolve pela via jurisprudencial, posto que a previsão constitucional e legal de cabimento da ação é no sentido exclusivo de preservação competência do Tribunal, garantia da autoridade de suas decisões ou respeito à súmula vinculante, todavia, conforme ficou demonstrado anteriormente, em diversas ocasiões o STF tem admitido a Reclamação como instrumento de modificação, integração ou superação dos seus provimentos vinculantes. Essa possibilidade, que os autores denominaram “hipótese extralegal de cabimento da Reclamação” seria possível para: (i) atribuir efeito integrativo ao conteúdo da decisão paradigma e (ii) ser utilizada – a Reclamação -, como instrumento de superação de precedente judicial.²³⁸

Um destes exemplos, inclusive já citado no tópico anterior, foi a integração do alcance da decisão proferida na ADI 3.395, por meio do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 5.898. Na ADI 3.395 o STF decidiu pela incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas em que são partes Estado e servidores vinculados ao poder público por relação jurídico-estatutária. Posteriormente, no julgamento de Reclamação 5.898, ainda que em Agravo Regimental, o

²³⁸ ARCHANJO, Marco Alexandre de Oliveira; CARVALHO FILHO, José Santos. *Reclamação como ferramenta de superação de precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade*. Revista da Advocacia Pública Federal. Brasília. V. 3, n. 1, 2019, p. 321.

STF foi provocado a manifestar-se sobre a extensão do provimento vinculante prolatado na ADI 3.395 relativamente aos servidores ocupantes de cargos em comissão e aos contratados temporariamente.

Desta forma, em sede de reclamação, houve um melhoramento do precedente, tornando-o indene de dúvidas quanto à sua aplicabilidade aos servidores ocupantes de cargos temporários e em comissão, pois a Corte afastou um argumento que não tinha sido enfrentado no julgamento da ADIn, qual seja, o fato de que a precariedade do cargo não afasta a competência da Justiça comum, tal circunstância, relevantíssima, foi definida por meio da Reclamação Constitucional, fato que demonstra a potencialidade da ação como um instrumento de absorção da complexidade na Jurisdição Constitucional.

Constata-se que diferente do que ocorre com as súmulas, com o IRDR, com os recursos repetitivos (RE e REsp) e com o IAC, que são mecanismos processuais redutores de complexidade, a função dos precedentes ou provimentos vinculantes no controle concentrado, é aumentar a complexidade e não diminuir. O aumento de complexidade não significa aumento de dificuldade para decidir, mas sim o incremento da multidisciplinariedade, participação e decisão após vários níveis de análise para que o provimento se torne condizente com as circunstâncias fáticas para que sua aplicação se torne o mais perene possível, diminuindo assim a complexidade externa, qual seja, a complexidade social. É dizer, quanto mais complexidade é absorvida no momento da criação do provimento, menor a complexidade na sua aplicação, e maior a segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados. Quanto mais complexidade interna, menor a complexidade externa, como ensina a teoria dos sistemas.

Além de possibilitar reflexividade sobre as próprias decisões, a Reclamação se demonstra um útil mecanismo que robustece os provimentos vinculantes, criando aprendizado cognitivo que garante uma maior flexibilidade e adaptação dos provimentos da Corte frente à velocidade da evolução social e da hiper complexidade contemporânea.²³⁹

O incremento segurança jurídica e isonomia na aplicação do Direito se mostra extremamente necessário na atual quadra histórica, a Reclamação, nesta esteira, além do já assinalado, permite o acesso direto à Corte pelo cidadão, garantido acesso à justiça constitucional sempre que o mesmo entenda que uma decisão judicial contrariou um provimento vinculante favorável, ainda que o intento

²³⁹ “Desse modo, o uso da reclamação como mecanismo de modificação de provimentos judiciais vinculantes, trata-se de ponto imprescindível para compatibilizar os provimentos vinculantes judiciais com a historicidade das relações sociais. Assegurando, assim, ajuste hermenêutico (reflexividade) para impedir a eternização de entendimentos judiciais defasados socialmente e historicamente. Ao mesmo tempo, a reclamação na hipótese ora defendida, é importante via à disposição dos Tribunais Superiores para poderem fazer atualização de sua jurisprudência de forma sistemática, pública e com critério de *accountability*. [...] Entendemos que a Reclamação assume, nesse contexto, a função de veicular um aprimoramento e aprendizado constantes aos Tribunais, especialmente em temas ligados à autorregulação, conferindo à jurisdição constitucional reflexividade necessária para adquirir adaptabilidade necessária para ajustar prognoses errôneas ou incorporar em sua regulação novo conhecimento socialmente produtivo.” (ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno, op. cit.*, p. 656-57).

da Reclamação seja demonstrar a distinção ou a necessidade de modificação deste provimento. Sucede-se que, este acesso direto ao Tribunal deve observar critérios, assim como a modificação do provimento vinculante também deve obedecer a alguns critérios, sob pena de se tornar inviável a Reclamação para este desiderato. Os requisitos ou critérios necessários para a utilização da Reclamação como meio de modificação dos provimentos vinculantes em controle concentrado será tratado no próximo tópico.

O ponto mais sensível do tema é quanto a admissibilidade da Reclamação nesta hipótese, isto porque, de *lege lata*, será necessário a criação de filtros de admissibilidade sob pena de tornar inviável sua utilização. Não obstante, propõe-se que os seguintes requisitos deverão ser observados para modificação de provimento vinculante em sede de Reclamação Constitucional.

3. Requisitos para modificação de provimento vinculante em controle concentrado no julgamento da Reclamação Constitucional: necessária observância do devido processo legal constitucional

No Supremo Tribunal Federal, o manejo da Reclamação Constitucional *per incuriam* já é uma realidade, veja-se importante trecho do acórdão da Reclamação 4.987, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 7.3.2007, que ilustra essa possibilidade: “Se um órgão jurisdicional considerar como constitucional uma lei estadual análoga àquela que o STF considerou inconstitucional, caberá reclamação, em razão do desrespeito ao precedente nascido de uma decisão em controle concentrado. A reclamação, nesse caso, serve para fazer valer o precedente (fundamentação) construído pelo STF, em um processo de controle concentrado de constitucionalidade.” Vê-se que a *ratio decidendi* pode ser parâmetro de Reclamação, o que facilita o juízo de distinção ou superação do provimento vinculante ante o caso concreto, essa posição parece ser a mais adequada com a coerência e integridade do Direito (art. 926, CPC/15).

Porém, como se verificou no tópico 1 do presente Capítulo, embora o STF tenha admitido a reclamação por violação da *ratio decidendi* (motivos determinantes), rechaçou essa possibilidade posteriormente. Tal posição merece ser criticada, os fundamentos estão no contexto do presente trabalho, todavia um argumento parece ser irrefutável, qual seja, a posição restritiva da corte quando ao cabimento da Reclamação por violação da *ratio decidendi* ignora a eficácia vinculante dos provimentos vinculantes, eficácia esta que decorre do próprio texto constitucional (art. 102, §2º, CF), como já exaustivamente visto nos tópicos do Capítulo I.

De qualquer forma, ao se admitir a Reclamação para modificação de provimento vinculante, alguns requisitos devem ser observados, sob pena de haver um desvirtuamento do instituto, que jamais deve servir como meio de revisão de uma decisão judicial, pois essa é a finalidade dos recursos,

a Reclamação serve para garantia da autoridade dos provimentos vinculantes, havendo possibilidade restrita de utilizá-la como meio de modificação ou superação desses provimentos, sempre que foi veiculada razão substancial, fática ou jurídica. A observância do devido processo legal constitucional se faz necessária e tratando-se de controle concentrado de constitucionalidade, alguns obstáculos se colocam no que tange ao procedimento, ao quórum, à amplitude do contraditório e a participação de setores interessados da sociedade na formação do provimento.

Inicialmente, sabe-se que nos termos do art. 97 da Constituição Federal e do enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do STF, é exigida reserva de plenário para que um ato normativo seja declarado inconstitucional ou seja afastada sua aplicação no caso concreto. Essa cláusula constitucional também deve ser observada quando se busca modificar provimento vinculante por meio da Reclamação Constitucional. A reserva do plenário é um dos obstáculos para que a Reclamação possa modificar os provimentos vinculantes, o motivo é que, por expressa previsão do RISTF, são as turmas que processam e julgam a Reclamação Constitucional. Dessa forma, a competência o órgão julgador é o primeiro problema que deve ser solucionado.

A solução é a afetação da ação ao plenário, quer dizer, se o Regimento Interno do STF atribui competência de julgamento para as Turmas, mas, por outro lado, há exigência de reserva do plenário, se mostra necessária a afetação da Reclamação ao plenário sempre que houver a possibilidade de mudança de provimento vinculante.²⁴⁰

O segundo obstáculo que se coloca é quanto ao rito da Reclamação Constitucional que busca a modificação de provimento vinculante. No procedimento das ações diretas de controle judicial de constitucionalidade há, sem dúvidas, um contraditório ampliado e qualificado, com possibilidade de participação de diversos setores da sociedade interessados no tema (*amicus curiae* e audiências públicas), por outro lado, no rito comum da Reclamação Constitucional não há tal procedimento qualificado, como visto no Capítulo II. Assim, sempre a Reclamação Constitucional buscar modificar provimento dotado de eficácia contra todos e efeito vinculante, se faz indeclinável a necessidade de contraditório ampliado e qualificado, admitindo-se *amicus curiae* e audiências públicas.

Essa necessidade decorre do fato de o provimento vinculante ser mais robusto do ponto de vista de sua vinculação quanto mais qualificado for o procedimento de sua criação, por isso que o rito

²⁴⁰ “Não se deve admitir, contudo, que no julgamento de uma reclamação, por um órgão fracionário, ocorra a revisão de um precedente estabelecido pelo Plenário da Corte, especialmente diante de casos nos quais, por meio da reclamação, busca-se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo cuja constitucionalidade houver sido anteriormente declarada pelo Tribunal. Em tais hipóteses, caberia à Turma, segundo disposto no art. 11 do Regimento Interno do STF (arts. 11 e 22), afetar o processo ao julgamento do Plenário, para que a questão de inconstitucionalidade, não obstante já decidida pela Corte, seja reexaminada. Essa é uma imposição que decorre do próprio texto constitucional, que estabelece a reserva de plenário para que Tribunal realize controle de constitucionalidade (art. 97 da Constituição). Deve-se considerar que a revisão de precedente da Corte, por meio da reclamação, afasta a competência da Turma, que se limitava à aplicação do entendimento firmado no Plenário, tornando imperativa a nova afetação ao Pleno do Tribunal”. (QUINTAS, Fabio Lima; CESAR FILHO, Alcebíades Galvão. *A reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 516).

qualificado das ações diretas (confira tópicos 3.3.2.1 a 3.3.2.4 do Capítulo I) também deve ser aplicado à Reclamação que busca modificar provimento vinculante. Veja-se o exemplo das Súmulas Vinculantes, cuja edição ou cancelamento, nos termos da Lei 11.417/006, exige manifestação do PGR, exigência de decisão por 2/3 dos membros do STF, possibilidade de manifestação de terceiros, publicação do enunciado no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União e possibilidade de modulação dos efeitos. O que esses exemplos da Súmula Vinculante e do procedimento das ações diretas demonstram? Que o provimento será tanto mais vinculante quanto mais qualificada for a participação da sociedade na sua formação. Como observado por Fábio Lima Quintas e Alcebíades Galvão Cesar Filho, o órgão julgador, o quórum de julgamento e a observância de um contraditório amplo, qualificado e especial em relação aos demais procedimentos da jurisdição comum, são critérios ou requisitos que qualificam o provimento vinculante em controle concentrado.²⁴¹

Se vislumbra assim, que o *fair trail*, extraído em nosso sistema, entre outros dispositivos, dos arts. 5º, 6º e 10 do CPC/15, é uma condição para que se possa modificar provimentos vinculantes por meio da Reclamação Constitucional. Além da reserva do plenário e do procedimento qualificado, há que se observar todas as garantias e exigência de um procedimento justo (devido processo legal constitucional), com manifestação da Procuradoria-Geral da República, da Advocacia-Geral da União e das entidades interessadas.

Há uma exceção da exigência de reserva no plenário na interpretação conforme à constituição, pois neste caso não há declaração de inconstitucionalidade, por isso desnecessária observância da regra da *full bench*, enquanto que, na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, há declaração de inconstitucionalidade de determinada interpretação da norma mantendo incólume o texto, porém há declaração de inconstitucionalidade, por isso deve haver respeito à regra *full bench* (cláusula de reserva de plenário). Propõe-se que, em se tratando de julgamento de Reclamação que busca modificar provimento vinculante sempre haverá necessidade de reserva do plenário, pois mesmo que o provimento em questão tenha dado interpretação conforme à Constituição a determinado dispositivo legal, o órgão julgador foi o plenário, sendo impossível que tal provimento seja modificado por órgão fracionário, tal possibilidade ensejaria desconfiguração e instabilidade do sistema, em oposição à integridade e coerência necessárias para garantia de segurança jurídica.

²⁴¹ “Em outras palavras, a utilização da Reclamação para modificar precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal deve exigir não apenas o quórum qualificado do Plenário, mas também a observância de procedimentos semelhantes àqueles utilizados na formação de decisões com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante. Além disso, considerando que o julgamento da reclamação, na situação aqui tratada, pode acarretar a modificação da jurisprudência dominante, surge a possibilidade legal de modulação dos efeitos dessa decisão que não se confunde com a previsão geral de modulação de decisões de controle de constitucionalidade contida no art. 27 da lei nº 9.868, de 1999.” (QUINTAS, Fábio Lima; CESAR FILHO, Alcebíades Galvão. *A reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, *op. cit.*, p. 518).

Preenchidos os requisitos expostos, é admissível que a Reclamação Constitucional possa exercer suas funções de indutora de reflexividade e aprendizado cognitivo, modificando ou melhorando os provimentos em controle concentrado, é também desejável que tal potencialidade ocorra para uma melhora qualitativa do sistema de provimentos vinculantes brasileiro. Com o presente trabalho, espera-se ter demonstrado que a Reclamação Constitucional é um efetivo instrumento de redução de discricionariedade na Jurisdição Constitucional, de maior participação do cidadão na formação dos provimentos que lhe afetarão, aumentando a legitimidade da função contramajoritária típica do controle judicial de constitucionalidade, além de tudo isso, há um enorme ganho de segurança jurídica e isonomia na aplicação do Direito, que cada vez mais é criado pelos Tribunais, demonstrando-se um importante um canal de abertura para sucessivas reflexões e revisão de decisões que afetam todos os Brasileiros.

A adoção de um sistema de provimentos vinculantes no *civil law*, como feito no Código de Processo Civil de 2015, embora apresente semelhança de finalidade (isonomia, previsibilidade e estabilidade), não se confunde com o sistema de precedentes do *common law*, (confira Capítulo III). Um “sistema de precedentes” no *civil law* exige mecanismos de adaptação, a Reclamação é um destes mecanismos e, embora apresente rígidos critérios e requisitos para sua utilização em hipótese extralegal, tal como defendido, deve ser aperfeiçoada e utilizada, sendo criticável posições institucionais que rechaçam essa possibilidade por argumentos pragmáticos e consequencialistas, esquecendo-se que o Direito é meio e não fim.

CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. A jurisdição constitucional nasce no contexto das revoluções burguesas (séculos XVII e XVIII). Juntamente com o constitucionalismo, é obra de um movimento político e filosófico que buscou colocar limites no modelo de Estado absolutista. Em linhas gerais, a gênese da Jurisdição Constitucional remonta aos seguintes eventos históricos, políticos e jurídicos: (i) substituição do monarca pelo Direito, (ii) secularização do Direito pelo contratualismo e (iii) legalidade pós Revolução Francesa, que levam concomitantemente à consolidação da autonomia do Direito frente à política e também à necessidade de garantir a supremacia da Constituição.

2. A supremacia do Parlamento, conquista da Revolução Gloriosa, cedeu espaço à supremacia da Constituição a partir do controle de constitucionalidade das leis, cujo nascimento se remonta ao célebre caso *William Marbury vs. James Madison* julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O precedente do caso *Marbury vs. Madison* foi tão importante, que inspirou, inclusive, a internalização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil através da Constituição de 1891. Sinteticamente foram três as principais contribuições do modelo americano de controle de constitucionalidade: (i) a Constituição escrita passa a ser vista como lei fundamental; (ii) todo e qualquer juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, que se mostre contrária ao texto constitucional e (iii) lei inconstitucional é nula, o judiciário apenas declara essa situação jurídica e, portanto, os efeitos da decisão são retroativos (*ex tunc*).

3. O controle difuso tem origem nos Estados Unidos em 1803 (*judicial review*), enquanto o primeiro Estado que adotou o modelo do controle concentrado foi a Tchecoslováquia, em 29 de fevereiro de 1920, com a criação de um Tribunal ad hoc próprio para julgar atos normativos em face da Constituição. A turbulência política da época não permitiu que o Tribunal da Tchecoslováquia julgasse sequer uma lei. Poucos meses depois a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 instituiu o controle concentrado de constitucionalidade, o qual teve como mentor intelectual Hans Kelsen, por isso o controle concentrado de constitucionalidade também é chamado de modelo Austríaco de controle de constitucionalidade. Em sentido contrário ao que se passou no sistema norte americano de controle de constitucionalidade, a decisão no modelo kelseniano não teria efeitos retroativos e sua vinculação seria *erga omnes* e não *inter partes*.

4. Essa função de controle concentrada no Tribunal Constitucional ficou conhecida como modelo do “legislador negativo”. Kelsen desenvolve uma estrutura metódica para dar fundamento da validade a todo ordenamento jurídico: o fundamento de validade das sentenças é a lei; o fundamento de validade da lei é a Constituição e o fundamento de validade da Constituição é a norma hipotética fundamental, logo a sentença é válida pois foi produzida de acordo com a Constituição, que por sua vez está de acordo com a norma hipotética fundamental. Assim, uma norma sempre extrai seu fundamento

de validade de outra norma, de nível hierárquico superior, cujo fundamento também se lastreia em norma superior, chegando-se ao topo da pirâmide normativa com a Constituição.

5. Como a atividade jurisdicional era vista como equiparada a atividade legislativa na teoria de Kelsen, porém a legislativa cria uma norma geral e a jurisdicional uma norma individual, o controle de constitucionalidade da lei seria equiparado à atividade legislativa negativa, isto é, produziria uma revogação geral da lei anulada, daí chamar-se esse modelo de controle de “legislador negativo”. Para Kelsen o controle de constitucionalidade se reduz ao aspecto formal e a Jurisdição Constitucional tem função equiparada à legislativa, porém com sinal negativo, havia, assim, um fortalecimento do Poder Legislativo frente ao Judiciário.

6. O modelo Kelseniano, embora tenha coerência interna e tenha sido útil às finalidades do contexto em que elaborado, se mostrou insuficiente para conformação da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito contemporâneo.

7. A evolução da Jurisdição Constitucional acompanhou o avanço da democracia, no controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo passou a analisar também o aspecto material e não apenas formal. Também não se mostrou suficiente somente o controle negativo, a Jurisdição Constitucional após o século XX passou a controlar também as omissões do Poder Público, em verdadeira atuação prospectiva com decisões aditivas e manipulativas. A força normativa da Constituição se mostrou incompatível com um sistema ao qual se atribui à Jurisdição Constitucional a função única de legislar negativamente.

8. Os mecanismos de declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos tem demonstrado uma flexibilidade em prol da estabilidade e segurança jurídica, a discussão que se coloca, em síntese, é quanto aos limites do controle de constitucionalidade e sua legitimidade frente aos atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo.

9. A evolução histórica da Jurisdição Constitucional e do controle de constitucionalidade seguem na mesma linha da evolução histórica dos sistemas democráticos, ambas instituições político-jurídicas convergem no sentido de limitar o Poder e a submetê-lo ao Direito, cuja Constituição é expressão máxima em um ordenamento jurídico.

10. No que se refere ao Brasil, trajetória institucional é bastante acidentada, permeada por golpes, autoritarismo e uma marcante desigualdade social. Foram sete constituições ao longo da história do Brasil (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), alguns autores consideram que a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 à Constituição de 1967 consubstanciou nova constituição, aumentando o número para oito. Embora não falem constituições na história do Brasil, é fato que sempre faltou constitucionalismo responsável.

11. As constituições não lograram êxito em limitar verdadeiramente o poder dos governantes em favor governados, esse vício do processo político nacional não se deve à falta de qualidade dos textos constitucionais, que sempre estiveram em sintonia com as tendências do constitucionalismo, mas sim à ausência de efetividade dos comandos normativos das constituições no plano das ações políticas, econômicas e sociais.

12. Mesmo após o nascimento da *judicial review* em 1803 nos EUA, o Brasil só adotou o modelo judicial do controle de constitucionalidade por ocasião da instituição do regime republicano em 1891. O controle adotado na Constituição de 1890 era o difuso.

13. O acesso à Jurisdição Constitucional era extremamente restrito, porém um importante registro histórico informa que na constituinte de 1934, o Deputado Nilo de Alvarenga propôs a instituição de uma Corte Constitucional, justificando na proposta do projeto ser imprescindível a criação, na jurisdição constitucional, de um tribunal especial, com a função de anular leis e atos inconstitucionais, erga omnes. Afirmou ainda que não bastaria a criação do tribunal especial, mas seria necessário assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis, rápidos e baratos. o projeto do deputado, de 20-12-1933, previa que “qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional...”, o que criaria uma verdadeira ação popular de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Tal proposta não foi aceita.

14. A proposta teve clara inspiração na teoria de Hans Kelsen, o qual defendia que a ideia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com instituição de um Tribunal Constitucional, assim como de que a garantia mais efetiva e radical para o controle de constitucionalidade seria a *actio popularis*. Nem na Áustria e nem no Brasil a ação popular de inconstitucionalidade vingou, o risco de ações temerárias e sobrecarga de trabalho nos Tribunais Superiores impediram a instituição desse importante instrumento popular de controle de constitucionalidade

15. A Constituição de 1934, no art. 91, IV, atribuiu competência ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declaração inconstitucionais pelo Poder Judiciário.” Outra inovação da Constituição de 1934 foi a exigência de que a declaração de inconstitucionalidade, nos Tribunais, somente poderia se dar pela maioria da totalidade dos respectivos membros. Verificou-se um aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade no sentido de evitar a insegurança jurídica.

16. Em 1937, no contexto autoritário do Estado Novo, há um verdadeiro declínio do controle judicial de constitucionalidade. É fato que a Constituição de 1937 manteve o controle difuso de constitucionalidade, também manteve a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, ato declarado inconstitucional pelo poder Judiciário e a necessidade de quórum especial para tal de-

claração, todavia criou uma hipótese que possibilitava ao Presidente da República submeter ao Parlamento uma lei declarada inconstitucional, se as duas casas legislativas reafirmassem a validade da lei por dois terços dos seus membros, a decisão judicial deixava de produzir efeitos (art. 96, parágrafo único).

17. A Constituição de 1946 manteve o controle difuso, a competência do Senado para suspender ato declarado inconstitucional e a reserva do plenário, alterou, porém, a Representação Interventiva, prevendo legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, tinha como objeto atos normativos estaduais que violassem os princípios constitucionais sensíveis.

18. O controle concentrado de constitucionalidade, processo objetivo no qual a questão constitucional é principal e não incidental, no qual o ato normativo é confrontado *in abstracto* ao texto da Constituição só foi introduzido no direito brasileiro com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965. A representação de inconstitucionalidade, ação que posteriormente será substituída pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, era monopólio do Procurador-Geral da República, que até então também acumulava a função de Advogado-Geral da União, tornando o controle concentrado de constitucionalidade, não obstante importante, um instrumento mais oportuno às estratégias políticas dos governantes de plantão, já que o cargo de Procurador-Geral era de nomeação e exoneração ad nutum pelo Presidente da República.

19. A Constituição de 1967 aprofundou o autoritarismo da Carta de 1937, deu relevo fundamental à segurança nacional, aumentando os poderes do Presidente da República, permitindo, inclusive, a suspensão de direitos e garantias constitucionais. No que se refere ao controle judicial de constitucionalidade, a Carta de 1967/69 manteve o sistema judicial difuso e abstrato de controle de constitucionalidade, sem maiores inovações. A representação interventiva de atribuição do PGR foi ampliada, cabia agora também para prover a execução de lei federal, além do clássico objetivo de forçar a observância dos princípios constitucionais sensíveis. A Constituição de 1967 não durou muito tempo, logo foi editado o Ato Institucional n. 5 de 13.12.1968 que rompeu a ordem constitucional.

20. Ao lado da representação de inconstitucionalidade, exclusiva do PGR, foi criada a “representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, cuja legitimidade também era exclusiva do PGR, a medida foi adotada no contexto do chamado “pacote de abril”, que, dentre outros atos, promulgou a Emenda Constitucional n. 7 de 13.4.1977 à Constituição de 1967/69. O instituto foi extinto logo depois.

21. Instituto revelador do cariz autoritário do regime militar, a “avocatória”, criada pela EC 7/77, instituiu o art. 119, I, “o” na Constituição de 1967/69, que permitiu ao Supremo Tribunal Federal deferir avocação, a pedido do PGR, em causas envolvendo perigo de grave lesão à ordem pública, à segurança, à saúde ou às finanças, suspendendo assim os efeitos da decisão proferida pelo STF, de-

volvendo o conhecimento integral da matéria à Procuradoria-Geral da República. O instituto foi largamente utilizado durante o regime de exceção, para “suspender decisões jurídicas à luz de argumentos políticos, conforme a conveniência do governo.”

22. Não obstante o *nomen iures* de “representação de inconstitucionalidade”, o controle de constitucionalidade tinha natureza dúplice ou ambivalente, o PGR poderia apresentar representação de inconstitucionalidade e dar parecer favorável à constitucionalidade do ato normativo.

23. Essas foram, em síntese, as principais mudanças quanto ao controle de constitucionalidade nas constituições do Brasil antes da redemocratização. Houve uma radical mudança no sistema judicial de controle de constitucionalidade a partir da promulgação da Constituição de 1988.

24. As mudanças realizadas pelo texto da Constituição de 1988, especialmente no art. 103, reduziram significativamente o papel do controle difuso, pois permitiu que “todas as controvérsias relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.”²⁴²

25. A ampla legitimidade conferida pelo art. 103 da Constituição de 1988 para deflagração do processo objetivo de controle de constitucionalidade e a possibilidade de concessão de medida liminar, até mesmo monocrática, permitiu que, por intermédio de um processo célere e com decisão dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, fossem deslocados os principais conflitos sobre interpretação constitucional de lei federal ou estadual para o âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que evita decisões contraditórias no território nacional e confere maior segurança jurídica, ao menos em tese.

26. No ponto que se refere à expansão da legitimidade para deflagração do processo objetivo de controle de constitucionalidade, embora não se tenha incluído uma maior participação da sociedade civil, como por exemplo por meio da ação popular de inconstitucionalidade já referida, ou por meio de iniciativa popular de inconstitucionalidade, não se pode negar que o constituinte abrangeu grande parte da representação da sociedade a partir do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade: Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

27. Ainda assim, o controle incidental-difuso é um mecanismo relevante da Jurisdição Constitucional na defesa de direitos fundamentais e se mostra importante especialmente quando o controle concentrado se apresentar insuficiente para a resolução de controvérsia constitucional, inviabilizando a análise de ato normativo violador de direitos constitucionais. Tal morosidade na solução da controvérsia,

²⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 112.

ocorre, por exemplo, pela ampla discricionariedade conferida ao presidente da Corte para pautar o julgamento da matéria ou pelos pedidos de vistas do processo, que também conferem ampla discricionariedade aos ministros para paralisar o julgamento, sem prazo sancionatório para o descumprimento da norma regimental (RISTF) que estipula trinta dias para apresentação dos autos após o pedido de vistas.

28. A Constituição de 1988, no que se refere ao controle abstrato de normas, ampliou de forma significativa os mecanismos de fiscalização constitucional. Manteve a representação interventiva para observância dos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII c/c art. 36, III da CF/88) e também a clássica competência originária do Supremo Tribunal Federal para resolução de conflitos federativos (art. 102, I, “f” da CF/88).

29. Mudança substancial da Constituição de 1988 ocorre no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, I, “a” da CF/88), e posteriormente com a criação da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (EC 3/93). Ao lado do mandado de injunção (art. 5º, LXXI e art. 102, I, “q” da CF/88), a criação do controle abstrato judicial de constitucionalidade das omissões (art. 102, §2º da CF/88), demonstrou que o constituinte dedicou especial atenção às omissões do poder público em efetivar normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais. Também criada pela lei maior, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi prevista inicialmente no parágrafo único do art. 102, posteriormente transformado em §1º do art. 102 da CF/88 pela EC 3/93, com disposição bastante simples, que delegou à lei ordinária a regulação da ação, estabelecendo que será apreciada originariamente pelo Supremo Tribunal Federal.

30. Em 1999 foram publicadas as leis n. 9.868 e 9.882 dispuseram sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente.

31. O quanto exposto se demonstra suficiente como antecedente lógico para o desenvolvimento dos próximos tópicos, onde a questão do controle de constitucionalidade continuará ser tratada, porém sob a ótica da Reclamação Constitucional como instrumento de melhoramento, modificação ou até mesmo superação das decisões prolatadas no âmbito do controle abstrato.

32. A Reclamação Constitucional, se admitida como mecanismo de acesso rápido e eficaz à Jurisdição Constitucional, permite levar ao Tribunal contextos e circunstâncias complexas referente às demandas sociais frente às decisões em controle concentrado, isto é, o Tribunal poderá revisitar suas decisões de posse de novos elementos fáticos e jurídicos, adaptando os provimentos vinculantes à complexidade democrática, aumentando assim a legitimidade de suas decisões e abrindo espaço para maior participação no fechado sistema de controle abstrato de constitucionalidade.

33. Na visão simplista poderia a Jurisdição Constitucional ser considerada antidemocrática, porém, o aparente choque entre estes dois ideais políticos está na forma como se concebe a democracia, e, não necessariamente na incompatibilidade entre o governo da maioria com proteção dos direitos das minorias. Com isso, pode-se afirmar que no Estado constitucional de Direito a democracia não pode ser concebida como majoritária, mas sim como democracia constitucional. É por meio da democracia constitucional que há a conciliação entre as opções das majorias e os direitos das minorias.

34. A Jurisdição, inicialmente, não foi concebida como forma de controle do poder estatal, mas sim como mera ferramenta de solução de conflitos privados e aplicação de penas. A partir do momento em que se consolida como forma de proteção do cidadão frente aos poderes do próprio Estado, o controle judicial de constitucionalidade torna-se uma indiscutível realidade. O controle de constitucionalidade é plenamente exercido no Brasil, a discussão não está pautada na adoção ou não do controle judicial de constitucionalidade, mas sim na intensidade em que é exercido, se de forma mais ativista ou mais contida, com maior ou menor deferência aos atos dos outros poderes. É aqui que se coloca a questão contramajoritária.

35. A divergência não está mais na adoção ou não do controle judicial de constitucionalidade, mas sim na intensidade do exercício desse controle. Defendeu-se neste trabalho que os argumentos contrários à alta intensidade do controle judicial de constitucionalidade, parecem ser mais consistentes. Não se pode ignorar que o Poder Judiciário somente age por provocação, porém a ampla legitimidade de atores políticos para provocar o controle judicial de constitucionalidade não pode ser uma justificativa universal para que o STF se torne o decisor de todos os dilemas morais da sociedade. Questiona-se se não seria mais adequado, em determinadas situações, onde nem mesmo a população demonstra um consenso, a possibilidade de o Tribunal utilizar-se do *non liquet*, como ocorre com outras Cortes Constitucionais ao redor do mundo.

36. É possível afirmar que o controle judicial de constitucionalidade de fato é contramajoritário, mas isto não significa que seja antidemocrático. A Jurisdição Constitucional também exerce função representativa na democracia, representa as minorias contra as majorias do parlamento sempre que os segundos avancem sobre direitos já garantidos dos primeiros.

37. Porém, como o poder político deve ser exercido pelo povo e não em nome do povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88), essa atribuição representativa a órgão não eleito deve limitar-se a hipótese em que age em defesa da própria democracia, somente a defesa da democracia legitima o agir representativo da Jurisdição Constitucional, isto porque legitimar a Jurisdição Constitucional pela via direta da voz das ruas equivaleria a criar uma espécie de “jurisdição constitucional plebiscitária”, incompatível com o constitucionalismo democrático

38. Um exemplo para demonstrar a complexidade dessa tensão entre função representativa e o controle de constitucionalidade foi o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, em 13 de junho de 2019. A

Corte decidiu criminalizar a homofobia, aplicando analogicamente a Lei n. 7.716/89. Essa decisão do STF é uma “sentença aditiva”, decisão por meio da qual a Corte cria a norma para resolver a questão, superando a clássica atuação limitada a anular normas (legislador negativo), edita um provimento contendo norma geral e abstrata, “disciplinando setores da realidade abrangidos por seus programas normativos.” Existem bons argumentos favoráveis e bons argumentos contrários à referida decisão.

39. A Jurisdição Constitucional, como demonstrado, tem legitimação para preservar os direitos das minorias, mas a insubmissão às leis vigentes não representaria também um risco para a democracia? Obviamente não se pretendeu responder essa questão no presente trabalho, porém a contribuição que se buscou apresentar é no sentido de que a Reclamação Constitucional é um instrumento processual democrático que permite que essa questão seja respondida. No exemplo apresentado, o debate deve estar aberto, os dados empíricos que surgirem a partir da aplicação do provimento vinculante prolatado pelo STF na ADO n. 26 e no MI 4.733 podem ser levados ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação Constitucional, alimentando a própria decisão com a realidade.

40. A Reclamação Constitucional é instituto genuinamente brasileiro, não há notícia que no mundo haja uma ação semelhante, isto é, ação constitucional destinada a garantir às decisões dos Tribunais. A ação nasceu da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, posteriormente teve sua regulamentação legal no Regimento Interno do STF, que naquele período tinha força de lei ordinária. Na fase anterior à Constituição de 1988 a Reclamação já havia sido bem desenvolvida, tendo delimitada sua natureza e finalidade, após sua positivação no texto constitucional e mais recentemente com a previsão no Código Processo de Civil o instituto se consagra como uma ação voltada a proteção do ordenamento jurídico como um todo, mecanismo essencial para o controle dos provimentos vinculantes.

41. Quanto a natureza jurídica, a Reclamação Constitucional apresenta-se como uma ação constitucional destinada a tutelar o direito fundamental à devida tutela jurisdicional, isto porque visa assegurar ao jurisdicionado que os provimentos vinculantes proferidos em seu favor pelos Tribunais superiores sejam devidamente observados no seu caso. Em suma, a Reclamação Constitucional é autêntica ação constitucional de competência originária dos Tribunais.

42. No âmbito deste trabalho utilizou-se a expressão provimento vinculante pelo fato de não se vislumbrar um sistema de precedentes no Brasil. O precedente não precisa ser previsto em lei para que sua observância seja obrigatória, assim como sua legitimação se dá a posteriori, isto é, o órgão prolator não diz que sua decisão é um precedente, são os juízes, na aplicação diária que assim o reconhece. Os provimentos vinculantes, ou legalmente vinculantes, referem-se àquelas decisões que, por força de lei, devem ser obrigatoriamente observadas pelos juízes e Tribunais.

43. Um precedente é uma decisão que por suas características torna-se parâmetro para decisões posteriores, independe de qualquer lei obrigue sua observação, a decisão torna-se um precedente de

forma natural, a partir do reconhecimento posterior dos aplicadores da lei, que veem naquela decisão um conjunto robusto de fundamentos fáticos e jurídicos que servem para serem aplicados a situações semelhantes.

43. Se percebe na doutrina e na jurisprudência o prestígio por uma estrutura formal, baseada na autoridade de quem decide por último, e não no conteúdo da decisão. Parcela da doutrina no Brasil adere a concepção de precedente como norma (teoria normativista), isto é, reduz a complexidade de um precedente em um enunciado normativo abstrato a ser aplicado aos casos futuros. Tem-se, no Brasil, portanto, um sistema de provimentos legalmente vinculantes e não um sistema de precedentes. O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou sistema de provimentos vinculantes (art. 926 e 927), tendo a doutrina, *a fortiori* após o CPC/15, os incluídos como fonte do Direito.

44. Pelos motivos expostos, adotou-se a denominação provimento vinculante para denominar as decisões cautelares e de mérito proferidas em sede de controle judicial abstrato, não que tais decisões não possam se tornar precedentes, mas não o são a priori, somente a atividade jurisdicional posterior é que poderá dizer se os provimentos vinculantes serão genuínos precedentes. A Reclamação Constitucional é o mecanismo por excelência que pode revolver as decisões em controle concentrado de modo a firmar as bases do precedente que daí advirá.

45. Se houve ou não uma aproximação entre as tradições *civil law* e *common law*, não foi possível constatar nos limites deste trabalho, mas pode-se, com certeza, afirmar que há uma troca recíproca de tecnologias jurídicas entre ambas as tradições, com o objetivo de atingir as mesmas finalidades: segurança jurídica, previsibilidade e isonomia na aplicação do Direito.

46. No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a Reclamação Constitucional tem um grande potencial, porém o tratamento restritivo que a jurisprudência dispensa ao instituto, limitando sua hipótese de cabimento à violação da parte dispositiva da decisão, demonstrou-se equivocado, pois a fundamentação da decisão, ao menos os motivos determinantes da fundamentação, também vinculam. A tese da transcendência do efeito vinculante sobre os motivos determinantes é a mais adequada para um sistema de provimentos vinculantes, permitindo a discussão quanto a violação ou não da *ratio decidendi* no caso concreto.

47. Defendeu-se, neste trabalho, que a posição do STF que limita o cabimento da Reclamação para quando houver violação apenas à parte dispositiva do provimento vinculante deve ser revisitada. A decisão em controle concentrado, assim como qualquer outro precedente, tem duas normas: a primeira consta da parte dispositiva, é a norma concreta. A segunda é a *ratio decidendi*, a norma que será extraída dos motivos determinantes. No caso de descumprimento da parte dispositiva, caberá Reclamação nos termos do art. 988, II do CPC/15. Já no caso de descumprimento da *ratio decidendi*, caberá Reclamação nos termos do art. 988, III do CPC/15. A posição do STF, por conseguinte, é, no mínimo, *contra legem*.

48. Embora o STF não albergue a tese da transcendência do efeito vinculante aos fundamentos (motivos) determinantes da decisão, o faz contra o expresso texto da lei, já que, no caso de descumprimento da parte dispositiva, caberá Reclamação nos termos do art. 988, II do CPC/15 e, no caso de descumprimento da *ratio decidendi* (motivos/fundamentos determinantes), caberá Reclamação nos termos do art. 988, III do CPC/15. Essa é a interpretação que se coaduna com a manutenção de um sistema íntegro, estável e coerente (art. 926 do CPC/15), já que a Reclamação Constitucional poderá servir de instrumento de interpretação, afirmação, modificação ou até superação do provimento vinculante prolatado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

49. De fato, existe uma dificuldade em encontrar a *ratio decidendi* de um provimento vinculante no sistema brasileiro, pois o julgamento é feito colhendo-se todos os votos, o que por vezes leva a um mesmo resultado, mas com fundamentos diferentes. No Brasil não houve um rigor teórico em definir os precedentes, não há critério definido, o elemento vinculante do precedente, por aqui, ora é visto pela similaridade fática, ora pelas questões de direito discutidas ou, ainda, buscando-se abstrair do precedente uma norma geral e abstrata para aplicação subjuntiva nos casos posteriores (tese). No Direito brasileiro, como ficou demonstrado, a Reclamação Constitucional é um importante instrumento de construção da *ratio decidendi*, ao menos no controle concentrado de constitucionalidade, todavia, tal instrumentalização exige requisitos.

50. Portanto, a posição restritiva, que revela uma tendência de rechaçar o acesso direto às Cortes que produzem o precedente, diminuindo-se as hipóteses de cabimento da Reclamação, somado ao fetiche normativista de fixar uma tese vinculante ao final do julgamento de um provimento, tem como efeito transformar um fenômeno complexo, que é o precedente, em uma norma, com a ingênua ilusão de que através da autoridade se pode trazer segurança jurídica e previsibilidade ao sistema. A ideia de integridade e coerência do Direito, albergada no art. 926, caput, do CPC/15 é muito relevante para compreender a aplicação dos provimentos vinculantes e o papel da Reclamação na construção da cadeia de precedentes.

51. A Reclamação Constitucional, desta feita, tem a potencialidade de ser o instrumento jurídico adequado para acrescentar complexidade às decisões em controle concentrado, sendo instrumental útil para levar à Jurisdição Constitucional reflexividade, que melhora os seus provimentos vinculantes, e aprendizado cognitivo, que a Jurisdição Constitucional necessita para solucionar questões cuja expertise foge à técnica jurídica ou apresenta grande complicação social ou econômica.

52. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresenta diversos exemplos nos quais a Reclamação foi utilizada como forma de modificação de provimento vinculante prolatado em controle concentrado, o exemplo mais paradigmático é a Reclamação 4374-PE de relatoria Ministro Gilmar Mendes, no qual restou decidido, além do mérito da ação, que a Reclamação serve como instrumento de reinterpretação da decisão proferida em controle abstrato.

53. É fato que uma norma julgada constitucional pode ser, em momento posterior, considerada inconstitucional, assim como a aplicação do provimento vinculante, ante o caso concreto, pode-se revelar-se inconstitucional, dadas as mudanças circunstanciais relevantes ocorridas, necessitando de reapreciação pela Corte. Este é o papel da Reclamação tal como defendido neste trabalho. Se observou duas modalidades de manejo da Reclamação para modificação dos provimentos vinculantes em controle concentrado: (a) indutora de reflexividade e (b) indutora de aprendizado cognitivo.

54. Questões que exigem a constante reflexão e um plano de acompanhamento, como exemplo das questões ambientais, regulatórias, tecnológicas, de biossegurança, cujos parâmetros científicos evoluem constantemente através do tempo, essas mudanças fáticas e jurídicas que influenciam diretamente a aplicação do provimento vinculante, podem ser incorporadas às decisões pretéritas através da Reclamação Constitucional.

55. O que se verifica é que as Reclamações vão substituindo às decisões prolatadas anteriormente, delimitando, estendendo, restringindo ou modificando os provimentos vinculantes outrora definidos. É no julgamento da Reclamação constitucional em face das decisões parâmetros prolatadas em sede de controle abstrato que os processos de mutação constitucional, de inconstitucionalização de normas e de distinção ocorrem com mais facilidade, isto porque é na reinterpretação do provimento vinculante, com as particularidades fática e jurídicas trazidas pela Reclamação que o Tribunal terá a chance de adequar a decisão ou mesmo superá-la, o que evita, o engessamento da jurisprudência constitucional.

57. Observado o devido processo legal constitucional, não há que se confundir a possibilidade de modificação dos provimentos em controle concentrado por via da Reclamação com violação à coisa julgada. Toda sentença traz em si uma cláusula de revisão (*rebus sic stantibus*), que pode ser acionada sempre que houver substancial mudança das circunstâncias fáticas ou relevantes alterações jurídicas e, ademais, a Jurisdição Constitucional exercida no julgamento de uma Reclamação é a mesma exercida no julgamento das ações de controle concentrado, não há qualquer distinção, motivo pelo qual a modificação ou mesmo a superação de decisão vinculante está de acordo com as competências jurisdicionais da Corte.

58. O ponto mais sensível do tema é quanto a admissibilidade da Reclamação nesta hipótese, isto porque, de *lege lata*, será necessário a criação de filtros de admissibilidade sob pena de tornar inviável sua utilização. Não obstante, propõe-se que os seguintes requisitos deverão ser observados para modificação de provimento vinculante em sede de Reclamação Constitucional, com a observância desses requisitos não há um desvirtuamento do instituto que, como sabido, não serve para revisão de decisão judicial.

59. Os requisitos para a utilização da Reclamação como defendido são: (i) observância de reserva do plenário, o que exige a afetação da Reclamação que busca modificar o provimento para o Tribunal

Pleno, já que conforme o RISTF a competência atualmente é das Turmas; (ii) contraditório ampliado e qualificado, com possibilidade audiências públicas e de manifestação da PGR, da AGU e de *amicus curiae*, tal como ocorre no rito qualificado das ações diretas; (iii) observância do devido processo legal constitucional (arts. 5º, 6º e 10 do CPC/15), (iv) reserva de plenário mesmo quando tratar-se de interpretação conforme à Constituição, pois se o provimento vinculante foi construído no plenário, não pode ser modificado por Turma, ainda quando não haja declaração de inconstitucionalidade.

60. Preenchidos os requisitos expostos, é admissível que a Reclamação Constitucional possa exercer suas funções de indutora de reflexividade e aprendizado cognitivo, modificando ou melhorando os provimentos em controle concentrado, é também desejável que tal potencialidade ocorra para uma melhora qualitativa do sistema de provimentos vinculantes brasileiro.

61. Ao final da pesquisa, concluiu-se que não somente é admissível a Reclamação para modificação dos provimentos vinculantes em controle concentrado, mas será cada vez mais necessária essa utilização, pois aumenta a legitimidade da função contramajoritária típica do controle judicial de constitucionalidade, incluindo o cidadão como participante da construção da *ratio decidendi* das decisões, além de tudo isso, há um enorme ganho de segurança jurídica e isonomia na aplicação do Direito, que cada vez mais é criado pelos Tribunais, demonstrando-se a Reclamação Constitucional um importante um canal de abertura para sucessivas reflexões e revisão de decisões que afetam todos os Brasileiros.

62. A adoção de um sistema de provimentos vinculantes no *civil law*, como feito no Código de Processo Civil de 2015, embora apresente semelhança de finalidade (isonomia, previsibilidade e estabilidade), não se confunde com o sistema de precedentes do *common law*. Um “sistema de precedentes” no *civil law* exige mecanismos de adaptação, a Reclamação é um destes mecanismos e, embora apresente rígidos requisitos para sua utilização como defendido, deve ser aperfeiçoada e utilizada, sendo criticável posições institucionais que rechaçam essa possibilidade por argumentos pragmáticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: letramento, 2021.
- _____. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- _____. *Processo Constitucional*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. *Sentença interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Tese de mestrado: São Paulo, 2009.
- _____; MENDES, Gilmar Ferreira. *Da monocratização à deferência ao plenário: um ensaio sobre os critérios para a concessão de medidas liminares no controle abstrato de constitucionalidade*. Revista de Processo. Vol. 312/2021, fev/2021.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 3ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ARCHANJO, Marco Alexandre de Oliveira; CARVALHO FILHO, José Santos. *Reclamação como ferramenta de superação de precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade*. Revista da Advocacia Pública Federal. Brasília. V. 3, n. 1, 2019.
- ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. - São Paulo, 2011.
- AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação constitucional no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- _____. *Reclamação e honorários advocatícios*. In: JÚNIOR, Nelson Nery; ALVIM, Teresa Arruda (coords). Aspectos polêmicos dos recursos cíveis – e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: função representativa e majoritária das cortes constitucionais*. REI: Revista de Estudos Institucionais, v.2, nº 2, 2017.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4º ed. Revista, ampliada e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- _____; MATTEUCCI, Nicola e GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C, Varriale et al., coord. Trad. João Ferreira. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ed., 1998.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10º ed. Malheiros, 1996.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 12ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- _____. Prefácio in: FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. Organização e prefácio Fábio Konder Comparato. São Paulo: Globo, 2013.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle da constitucionalidade: teoria e prática*. 4ed. - Salvador: Juspodivm, 2010.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 13ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DANTAS, Marcelo Ribeiro Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 15ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4ed. – São Paulo: Atlas, 2016.
- DOWRKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *El papel de la función judicial em el Estado de derecho*. In: *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- GAMA e ABREU, Vinicius Caldas da. *Reclamação constitucional*. PUC-São Paulo. Dissertação de Mestrado, 2018.

- HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ástreal de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Zahar Editores, 1981.
- INNERARITY, Daniel. *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI*. Galaxia Gutenberg, 2020.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *O direito pós-moderno*. Revista USP, São Paulo, n. 42. p. 96-101, junho/agosto 199.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEAL, Victor Nunes. *Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado*. RDP, vols. 53/54, p. 25-37.
- LEONEL, Ricardo Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes no constitucionalismo contemporâneo*. 3ed. Rev. E atual. - Salvador: JusPodivm, 2020.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3ed. Rev. Atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Belo Horizonte, 2013.
- MARTINS, Ives Gandra; Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Publicado originalmente como "*Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de 'vaterlosen Gesellschaft'*". In: Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs.). *Stürzt der Götter?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1989.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*. São Paulo: J. Bushatsky, 1980.

- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*. Revista da AGU, v. 15, n. 3. Brasília: Fórum, jul./set. 2016.
- MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 31, n. 121, jan/mar. 1994.
- _____; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 14ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MINGATI, Vinicius Secafen. *Reclamação (neo)constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova constituição*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 78, n. 646, p. 20-40.
- QUINTAS, Fábio Lima e CÉSAR FILHO, Alcebíades Galvão. *A reclamação constitucional como veículo de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2018, v. 10, n. 19, p. 498-552, jul-dez./2018.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Renovar, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. *Da reclamação*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 808, fev.-2003.
- SGARBOSSA, Luis Fernando, et. al. *Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade*. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional — ABDConst. Curitiba.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

_____; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisprudência constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais, n. 893 – março de 2010 -99º ano.

_____. *Súmula vinculante: figura do common law?* Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.44, out. 2011.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil (de acordo com a lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.