



Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*

Paula Bispo de Souza

**A RECLAMAÇÃO E A TEORIA DOS
MOTIVOS DETERMINANTES**

Brasília – DF

2010

Paula Bispo de Souza

A RECLAMAÇÃO E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Brasília – DF

2010

Paula Bispo de Souza

A RECLAMAÇÃO E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Através de estudo bibliográfico, a monografia discorre sobre a importância da reclamação constitucional para proteção à ordem constitucional, abordando o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes, notadamente no que tange ao uso da reclamação para preservar eficácia vinculante não somente em relação à parte dispositiva do julgado, mas, também, aos próprios fundamentos que serviram de suporte à decisão judicial. O presente trabalho relata o histórico do instituto da reclamação, descrevendo suas principais características e peculiaridades. A seguir, dispõe sobre os novos entendimentos externados tanto pela doutrina como pela jurisprudência acerca do controle de constitucionalidade e sua consequência para cabimento da reclamação como instrumento hábil a assegurar a eficácia das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal. Expõe-se na monografia, ainda, as críticas formuladas por parte da doutrina à teoria da transcendência dos motivos determinantes. Conclui-se que, com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes, resta possível pleitear diretamente ao STF a manutenção da autoridade de suas decisões através do instituto da reclamação.

Palavras-chave: Reclamação. Teoria dos Motivos Determinantes. Processo Civil.

ABSTRACT

Through bibliographic study, this monography discourse about the “constitucional claim’s” importance to protect the constitucional order, approaching the transcendence of determinative reasons event, mainly on what concerns to the use of the claim in order to preserve the binding effect, not only regarding the dispositive part of the decision, but also, its fundamentals that support the judicial decision. The present work expound the constitucional claim’s historical elements, describing its main characteristics and peculiarities. Then, discourses about the new understandings exposed by both douctrine and jurisprudence, about the control of constitutionality and its consequence concerning to the convenience of the claim as a capable instrument to guarantee the Supreme Court’s decisions’ efficacy. The monography also relates the critiques formulated by part of the douctrine regarding the transcendence of determinative reasons’ theory. The conclusion, based on the transcendence of determinative reasons theory, is the possibility of demanding directly at the Supreme Court its authorities decisions’ sustenance by the use of the constitucional claim.

Keywords: Constitucional claim. Transcendence of determinative reasons theory. Civil Process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 ORIGEM E CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO	10
1.1 Aspectos gerais da reclamação	10
1.2 Origem e histórico da reclamação	12
1.3 A reclamação no direito comparado	17
1.4 Natureza jurídica da reclamação	19
2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA RECLAMAÇÃO	25
2.1 Hipóteses de cabimento	25
2.1.1 Legitimidade	28
2.1.2 Interesse de agir	30
2.1.3 Possibilidade jurídica	31
2.2 Procedimento da reclamação constitucional	31
3 DELINEAMENTOS CONTEMPORÂNEOS CONCERNENTES AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	36
3.1 Do Controle de Constitucionalidade	36
3.1.1 Considerações iniciais	36
3.1.2 Da aproximação da via difusa da concentrada	38
3.1.3 Do efeito vinculante	47
3.1.3.1 <i>Dos Limites Subjetivos</i>	49
3.1.3.2 <i>Dos Limites Objetivos</i>	50
4 DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O USO DA RECLAMAÇÃO	52
4.1 Considerações iniciais	52
4.1.1 Da eficácia dos precedentes judiciais	53
4.2 Fundamentos teóricos da teoria dos motivos determinantes	57

4.3 Reclamação para assegurar a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal	65
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Ultimamente, no cenário jurídico brasileiro, tem-se verificado o aumento do desacato às decisões judiciais, assim como a inobservância às normas de competência.

Nesse contexto, avulta a importância do estudo da reclamação na medida em que este instituto tem por finalidade enfrentar situações contrárias à Constituição Federal e à ordem jurídica, com o escopo de garantir a observância dos princípios da Supremacia da Constituição e da Segurança Jurídica.

A reclamação constitucional possui três finalidades, quais sejam, assegurar a autoridade e a observância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e garantir o cumprimento de Súmula Vinculante.

A reclamação nasceu por criação pretoriana, baseada na teoria dos poderes implícitos, inspirada na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a reclamação restou alçada à nível constitucional (arts. 102, I, “I”, e 105, I, “f”).

Assim, certo é que a evolução da reclamação, conforme será delineado no presente trabalho, em capítulo próprio, reflete a necessidade de assegurar a autoridade e o cumprimento da prestação jurisdicional.

O ajuizamento crescente de demandas reclamationárias perante o STF e STJ demonstra, de modo indubitável, a importância adquirida pela reclamação no ordenamento jurídico pátrio acarretando, por conseguinte, ampliação de sua aplicabilidade e abrangência.

Nesse contexto, o aumento da propositura de reclamações vem trazendo constantes mudanças de entendimento, quer sejam jurisprudenciais ou doutrinárias, necessitando, pois, de uniformidade de tratamento do tema em comento.

Ocorre que, inobstante a importância adquirida pelo instituto da reclamação no cenário jurídico atual, o tema carece de profundo estudo doutrinário que verse

sobre todos os aspectos legais que envolvem a via reclamatória e suas tendências atuais concernentes, por exemplo, à transcendência dos motivos determinantes, objeto do presente trabalho.

Com o presente estudo, objetiva-se enfrentar o exame da reclamação, inserindo-a dentro do contexto jurídico-normativo, iniciando pelo histórico, analisando o instituto sob a perspectiva do direito comparado, bem como sua natureza jurídica e discorrendo, ainda, sobre os aspectos processuais da reclamação.

Consigne-se, por importante, que o trabalho versará fundamentalmente sobre a reclamação prevista para o Supremo Tribunal Federal, consoante o art. 102, I, I da Constituição Federal.

A justificativa para este trabalho consiste no fato de ser a reclamação instrumento de extrema importância para preservar a competência do Pretório Excelso e garantir a autoridade de suas decisões.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, isto é, segundo a utilização dos resultados, é pura, porque, sem querer transformar a realidade, o objetivo é uma busca de conhecimentos. A abordagem é qualitativa, porque não busca critérios de representatividade numéricas, mas uma maior compreensão das ações humanas e uma observação dos fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória porque classifica, explica e interpreta os fatos assumindo as formas bibliográfica e documental, sem interferência do pesquisador, procurando aprimorar idéias.

O primeiro capítulo trata da reclamação, sua origem histórica, seu enquadramento no direito comparado, bem como sua natureza jurídica.

O segundo capítulo versa sobre aspectos processuais da ação de reclamação, apresentando-se uma análise sobre sua perspectiva normativa e hipóteses de cabimento.

O terceiro capítulo trará uma abordagem sobre o controle de constitucionalidade, destacando-se aspectos pertinentes acerca do novo perfil do controle de constitucionalidade brasileiro.

No quarto capítulo discorrer-se-á sobre as particularidades da utilização da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes e seus reflexos no atual

contexto jurídico bem como o uso da Reclamação Constitucional com base nos fundamentos da decisão supostamente desrespeitada.

1 ORIGEM E CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO

1.1 Aspectos gerais da reclamação

A Constituição Federal de 1988 erigiu o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, cabendo aos mesmos, respectivamente, a defesa da Constituição Federal e a guarda da legislação federal infraconstitucional observada no âmbito da justiça comum.

As atribuições conferidas ao Supremo Tribunal Federal pela Carta Magna comportam objetivos e conteúdos distintos, divididos em: jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade; jurisdição constitucional da liberdade (concernentes aos remédios destinados à defesa dos direitos fundamentais) e jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade (SILVA, 1992).

Assim, ocupa o STF posição de suma relevância no sistema de guarda de constitucionalidade dos comportamentos. “Suas decisões, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade que detém, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais” (ZAVASCKI, 2001, p. 195).

Com a edição da EC n. 45, foi conferido ao Supremo Tribunal Federal nova e relevante função, qual seja, editar enunciados de suas súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nos níveis federal, estadual e municipal.

Nesse passo, considerando a relevância das atribuições conferidas ao STF e ao STJ, resta indubitosa a necessidade de se impor, de modo efetivo, o

cumprimento das decisões emanadas dessas Cortes Superiores, bem como preservar a competência das mesmas.

De igual modo, não pode haver dúvida acerca da importância de se assegurar o respeito às súmulas vinculantes editadas pela Corte Suprema, sob pena de se inutilizar esse mecanismo, comprometendo-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal (MORATO, 2006).

Restaria inócuo se o legislador constituinte, ao atribuir tais funções ao STF e ao STJ, não conferisse aos mesmos método célere e eficaz de preservar suas competências e resguardar a autoridade de seus julgados (SANTOS, 2003).

Por isso é que o legislador constituinte houve por bem prever o instituto jurídico-processual da reclamação para o fim de preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, eis que restaria infrutífero conferir ao STF funções tão relevantes e diferenciadas em relação aos demais Tribunais se não fosse possível à Corte Suprema impor sua competência e seus julgados, na hipótese de serem desrespeitados (MORATO, 2006).

O Min. Celso de Mello, em voto prolatado na Reclamação 1770 (STF, DJ 07.02.2003), destacando os ensinamentos de Frederico Marques, pontuou:

Esse saudoso e eminente jurista, ao justificar a necessidade da reclamação – enquanto meio processual vocacionado à imediata restauração do imperium inerente à decisão desrespeitada –, assinala, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse especial instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (...): ‘O Supremo Tribunal Federal, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de direito processual constitucional, porquanto tem como *causa finalis* assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República.

Nesse contexto, portanto, a reclamação se reveste de grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto apta a viabilizar, antes de tudo, a efetividade do processo.

Evidencia-se, desta feita, a imprescindibilidade da reclamação para garantir a efetividade do processo, porquanto “inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução dos litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados”. Assim, de nenhuma utilidade seriam as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, sem o seu cumprimento e efetividade pois, “negar instrumento de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência” (GRINOVER, 2000, p. 158-166).

Nas palavras de Leonardo Morato (2005, p. 184/185),

A reclamação deve ser compreendida como um instrumento necessário ao sistema, e de extremo valor, porquanto apto a viabilizar uma atividade jurisdicional bastante ampla - por parte das Cortes para as quais esse instrumento está previsto -, com vistas a permitir o enfrentamento de qualquer ato de autoridade (repita-se: omissivo ou comissivo) que caracterize desacato ou usurpação e que, por isso, ponha-se contra a eficácia desse sistema.

E isso deve vale não só em face dos órgãos do Poder Judiciário, como, também, em relação aos membros dos demais Poderes, a respeito dos quais as nossas Cortes precisam ter a coragem de enfrentá-los, para o fim de fazer valer as decisões proferidas em face deles e, com isso, imprimir maior eficácia à nossa Constituição e alcançar a tão almejada ordem.

Deve-se ter em mente que, uma vez proferida uma decisão por um órgão do Poder Judiciário, ou, em existindo uma norma de competência em seu favor, nenhuma autoridade, tampouco a pretexto de ser administrativa, pode descumpri-la ou usurpá-la. O Poder Judiciário tem o dever de adotar a providência que for necessária para impor a sua autoridade e garantir a sua competência. Aliás, é para isso que foi instituído esse Poder. E não há que se falar que essa conduta necessária do Judiciário poderia configurar infringência ao princípio da independência dos poderes, porque, ao contrário, é o desacato ou a usurpação que caracteriza essa infringência, pela autoridade administrativa em questão. A prevalecer a conduta afrontosa, é o Poder Judiciário que acaba diminuído, desrespeitado, de modo a afetar a estrutura do Estado.

(...)

A reclamação aumenta a eficácia decisória dos julgados, conferindo-lhes maior força por ocasião do respectivo cumprimento, e potencializa as normas de competência. É instrumento que permite uma pronta correção do eventual desacato ou da indevida invasão competencial, sendo certo que, por meio dele, é possível levar-se ao conhecimento dos órgãos responsáveis, de forma direta e imediata, a ocorrência desses eventos afrontosos e ilegais - que deturpam a operacionalidade de nosso sistema -, para que tomem as devidas providências, a fim de que tais práticas ilícitas sejam corrigidas.

1.2 Origem e histórico da reclamação

O histórico do instituto da reclamação, de acordo com construção doutrinária, pode ser dividido em cinco fases distintas, cada qual marcada por peculiaridades que contribuíram para o desenvolvimento desse importante instituto.

Visando sistematizar a evolução do instituto no Supremo Tribunal Federal, José da Silva Pacheco (1989), elaborou trabalho sobre o histórico da reclamação, com a proposta de divisão em quatro fases históricas distintas.¹

¹ Pacheco (1989, p. 19/32) delimita o estudo da reclamação em quatro fases, a saber: "1.^a) a primeira vai desde a criação do STF até 1957; 2.^a) a segunda começa em 1957, com a inserção da medida no

Posteriormente, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000), baseado naquele estudo e na proposta de divisão em fases, dividiu, com a devida fundamentação, o histórico da reclamação em cinco fases histórico-jurídica diversas.

Em verdade, afigura-se pertinente a divisão do histórico do instituto em comento em diferentes períodos, em razão dos acontecimentos importantes que, em cada um deles, marcaram a evolução da reclamação.

No presente trabalho, adotar-se-á a divisão proposta por José da Silva Pacheco, sem desconsiderar, contudo, a ótica apresentada por Marcelo Navarro Dantas (2000, p. 218/219), que entende que a Emenda Constitucional n. 7 constitui um marco divisório entre a Carta Magna de 1967 e a atual Constituição Federal.

No direito brasileiro, a reclamação foi inicialmente admitida pelo Supremo Tribunal Federal, mediante construção jurisprudencial baseada na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), originária no direito norte-americano (desenvolvida no célebre caso *Mac Culloch x Maryland*). Tem-se, aí, a primeira fase da reclamação.

De acordo com a teoria dos poderes implícitos, quando a Constituição outorga um poder, institui também, ainda que de forma não expressa (ou seja, implícita), poderes para a concretização do poder outorgado. Em outras palavras, “quando a Constituição dá a um órgão determinado encargo, implicitamente lhe confere os meios de realização desse encargo” (SLAIBI FILHO, 1992, p. 33).

A aplicação da teoria dos poderes implícitos à reclamação no Supremo Tribunal Federal torna-se claramente perceptível, em um primeiro momento, na Rcl. 141-SP, julgada em 25 janeiro de 1952, abaixo transcrita.

A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão 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 Federal

RISTF, até 1967; 3.^a) a terceira, a partir do disposto na Constituição Federal de 1967, art. 115, parágrafo único, c, que foi reproduzido na EC 1/69, art. 120, parágrafo único, c e, posteriormente, após a EC 7, de 13.04.77, com o disposto no art. 119, I, o, sobre a advocatária, e no § 3.^o, c, autorizando que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecesse 'o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal'; 4.^a) a quarta, com o advento dos arts. 102, I, l, e 104, I, f, da CF/1988, cujos prevêem, expressamente, a reclamação como da competência originária do STF e do STJ.”

tem feito. É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal (DANTAS, 2000, p. 174).

De fato, a Reclamação n. 141-SP significou um marco no estudo da evolução da reclamação, na medida em que discutiu-se o fundamento para a criação do instituto, seu alcance, objetivos, distinguindo-a da reclamação correicional.

O Ministro Rocha Lagoa, em voto preliminar na reclamação em destaque, advertiu que “tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição” (DANTAS, 2000, p. 176).

O Ministro Orozimbo Nonato, seguindo tal posicionamento, assinalou no julgamento da Reclamação n. 141 que “a criação de um remédio de direito para verificar o cumprimento fiel das suas sentenças está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural dos seus poderes” (DANTAS, 2000, p. 174).

Com tal entendimento, demonstrou Orozimbo Nonato, a necessidade da reclamação para garantir o fiel cumprimento das decisões do STF e para impedir a invasão de sua competência.

A segunda fase da reclamação teve como marco a sua inclusão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1946, no art. 97, inc. II, passou a trazer em seu bojo a possibilidade da Corte Maior elaborar o seu Regimento Interno. Assim, sob a égide da Constituição de 1946, aprovou-se, em 1957, a incorporação da reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A iniciativa da emenda, objetivando a inserção da reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foi proposta pelo Ministro Orozimbo Nonato, no exercício da presidência da Corte, sendo relator da referida emenda o Ministro Ribeiro da Costa. Este justificou a necessidade da emenda destacando a importância dos tribunais, mormente do STF, vindicarem o fiel cumprimento de seus julgados, nos seguintes termos (PACHECO, 1989, p. 21):

A medida processual, de caráter acentuadamente disciplinar e correicional, denominada reclamação, embora não prevista, de modo expresso, no art. 101, I-IV, da CF de 1946, tem sido admitida pelo STF, em várias oportunidades, exercendo-se, nesses casos, sua função corregedora, a fim de salvaguardar a extensão e os efeitos de seus julgados, em cumprimento dos quais se avocou legítima e oportuna intervenção”.

A reclamação compreende a faculdade cometida aos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridade judiciárias, ou de serventários que lhe sejam subordinados. Visa manter em sua inteireza e plenitude o prestígio da autoridade, a supremacia da lei, a ordem processual e a força da coisa julgada.

Constitui, pois, meio idôneo para obviar os efeitos de atos de autoridades, administrativas ou judiciárias, que, pelas circunstâncias excepcionais de que se revestem, exigem a pronta aplicação de corretivo energético, imediato e eficaz que impeça a prossecução de violência ou atentado à ordem jurídica. Assim, a proposição em apreço entende com a atribuição concedida a este Tribunal pelo art. 97, II, da Carta Magna, e vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno.

Diferentemente do que ocorria na fase precedente, em que a reclamação encontrava apenas fundamento na jurisprudência, agora o instituto passa a ser previsto de forma expressa no Regimento Interno da Corte Suprema.

Conforme destaca Alexandre Moreira Tavares dos Santos (2003, p. 125), as duas primeiras fases da reclamação - freqüentemente equiparadas à correição parcial - tiveram como característica marcante o fato de imperar no âmbito doutrinário o entendimento pela inconstitucionalidade do instituto em virtude da ausência de previsão legal.

Ocorre que, com a positivação do instituto no ordenamento jurídico, restaria prejudicado o fundamento para o não conhecimento da reclamação, viabilizando-se o pleno conhecimento e julgamento desta.

Enquanto a primeira fase teve como cerne a discussão acerca do cabimento da reclamação, a segunda fase restou marcada pelas discussões a respeito de sua natureza jurídica e da confusão com o instituto da reclamação correicional.

Nesse passo, pode-se afirmar que a segunda fase, devido à falta de definição e incerteza quanto à natureza jurídica, caracterizou-se por ser período de maior instabilidade conceitual do instituto.

Em face dos questionamentos suscitados até então, o terceiro período histórico da reclamação ensejou a tramitação de diversos projetos de Constituição a partir de 1964, com objetivo de dirimir as dúvidas existentes acerca do instituto em estudo.

A Constituição de 1946, então em vigor, não previa a possibilidade da Corte Excelsa legislar sobre processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Apenas com o advento da Constituição de 1967, art. 115, parágrafo único, "c", o legislador constituinte possibilitou que o STF regulasse a matéria em comento (Art. 115 - O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário

ou dividido em turmas. Parágrafo único. O regimento interno estabelecerá: c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso).

Nesse passo, a Carta Magna de 1967, ao autorizar o Pretório Excelso a estabelecer a disciplina processual dos feitos de sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, esvaziou o debate sobre a (in)constitucionalidade da reclamação por ausência de previsão legal.

No período compreendido na terceira fase da reclamação, foi incluído no texto da Emenda de 1969 o conteúdo do art. 119, I, “o”, constitucionalizando a figura da advocatária irrestrita, possibilitando que, observados certos requisitos, a requerimento do Procurador da República, o Supremo Tribunal Federal avocasse para si “qualquer causa, de qualquer natureza, que estivesse correndo perante qualquer juízo ou tribunal, para assim, fazer com que fosse julgada em única instância, sem mais recurso” (DANTAS, 2000, p. 219).

Para Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 218), a quarta fase da reclamação tem início a partir da EC 7/77², que passou a prever que o Supremo poderia deferir pedido do Procurador-Geral da República para avocar àquela Corte causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais. Segundo o autor, a advocatária mostra-se relevante no estudo da reclamação, pois, caso fosse a primeira adotada com o objetivo de preservação de competência do Supremo Tribunal Federal, esvaziaria consideravelmente o instituto da reclamação. Outrossim, vale asseverar que durante esse período,

apesar de dispor de uma advocatária genérica, o STF praticamente não a pôs em uso, desprezando a reclamação; antes pelo contrário, nessa época fortaleceu definitivamente a reclamatória, como que a indicar seu desejo de somente proceder à avocação quando o feito a ser avocado estivesse sendo processado em invasão à sua competência. Realmente, a reclamação, durante tal época, foi bastante utilizada, e nela teve seu momento de maior afirmação jurisprudencial (DANTAS, 2000, p. 223).

Com fulcro nessa linha argumentativa, Marcelo Navarro Dantas (2000, p. 218) entende que entre a referida Emenda n. 7 e a Constituição de 1988, existe uma fase histórica a ser observada, influenciando na divisão anteriormente proposta por

² Alguns autores, tal como Alexandre Moreira Tavares dos Santos (2003), entendem que a quarta (e atual) fase da reclamação ocorreu a partir da promulgação da Constituição de 1988, “uma vez que esse instituto processual passa a ter natureza constitucional, ficando expressamente previsto nos arts. 102, I, I, e 105, I, f, com a finalidade de assegurar a competência e a autoridade dos julgados do STF e do STJ.”

José da Silva Pacheco (1989, p. 19) de 4 (quatro) fases. Aquele doutrinador consigna em sua obra que são 5 (cinco) períodos a serem considerados na evolução histórico-jurídica da Reclamação Constitucional.

A promulgação da Constituição de 1988 caracterizaria a quinta – e atual – fase da reclamação. O texto constitucional prevê, em seu art. 102, I, “l”, e no art. 105, I, “f”, a competência originária do STF e do STJ, respectivamente, para processar e julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, minimizando, dessa forma, discussões sobre “a constitucionalidade ou não da Reclamação constitucional ou da contrariedade aos princípios que norteiam as leis processuais ou por não ser a reclamação prevista entre os recursos; a exclusividade ou não do Supremo Tribunal Federal em matéria de reclamação; a advocatória irrestrita” (PACHECO, 2000, p. 23).

Pontue-se, por derradeiro, que para Leonardo M. Morato, a EC n. 45/2004 representa o início de uma sexta fase no que diz respeito ao histórico da reclamação. Tal posição é justificada pelo autor ao fundamento de que a criação de uma finalidade inédita para a reclamação, qual seja, a de preservar a eficácia e operacionalização das súmulas vinculantes, destacando que

parece terem ficado finalmente definidos os contornos deste instituto, seja no tocante à sua natureza jurídica (como instrumento processual, uma ação), seja quanto aos sujeitos que podem figurar na reclamação (especialmente em face de quem pode ser proposta – a parte passiva), seja, ainda, relativamente aos limites da atividade do órgão julgador competente para apreciá-la (MORATO, 2007, p. 36).

1.3 A reclamação no direito comparado

A reclamação constitucional é medida processual tipicamente brasileira, inexistindo no direito estrangeiro o instituto da reclamação nos moldes conhecidos no Brasil.

Todavia, como adverte Marc Angel (apud NAVARRO, 2000, p. 385), conquanto inexista nos ordenamentos jurídicos estrangeiros instituição diretamente correspondente à reclamação, tal fato não significa, necessariamente, a existência de lacuna na legislação comparada.

Marcelo Navarro Dantas (2000), mesmo vislumbrando a inexistência no direito estrangeiro de figura comparável à reclamação constitucional, analisou em cada sistema estrangeiro estudado quais os métodos utilizados para garantir o respeito às decisões proferidas pelas Cortes Supremas.

Conforme já consignado no presente estudo, os Estados Unidos foram os responsáveis pela criação da Teoria dos Poderes Implícitos, possuindo como órgão de cúpula do Poder Judiciário, a Suprema Corte.

A Suprema Corte dos Estados Unidos possui, em seu Regimento Interno (arts. 10 a 16), o chamado *writ of certiorari* cuja finalidade precípua é servir para uniformizar a jurisprudência.

Bernard Schwartz (apud NAVARRO, 2000, p. 394), no livro Direito Constitucional Americano, assinala que “a Corte Suprema tem conseguido manter o seu papel (...) somente porque, de modo geral, tem continuado a conservar sua reputação (...) perante a opinião pública”.

No direito alemão, segundo a ótica encontrada no estudo realizado por Marcelo Navarro Dantas (2000), não se encontrou qualquer mecanismo similar à reclamação, nem na Constituição, nem no Direito Processual germânico, exceto no que concerne à identidade vocabular (*Beschwerde* e *Verfassungsbeschwerde*).

Nesse passo, os conflitos de competência são resolvidos em conformidade com as normas processuais germânicas, não se identificando, contudo, qualquer medida processual ou administrativa similar à reclamação. Há, unicamente, uma figura talvez semelhante ao *contempt of court* americano, no §888 do Código de Processo Civil, com o nome de *Zwangsstraf*.³

Segundo Marcelo Navarro Dantas (2000, p.423), é no Direito Comunitário Europeu onde existe figura processual que se aproxima da reclamação constitucional, a saber, a Ação por Incumprimento.

Por intermédio da Ação de Incumprimento, objetiva-se “fazer com que os Estados da Comunidade Européia cumpram as obrigações decorrentes do Direito Comunitário, a interpretação exata de disposições controversas – inclusive em relação a conflitos de competência” (DANTAS, 2000, p. 425).

Pontue-se, contudo, que a semelhança existente entre a reclamação constitucional e a ação de incumprimento existe unicamente se observado sob o

³ Cf. Marinoni, Luiz Guilherme, Novas Linhas de Processo Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 93.

aspecto instrumental de manutenção de competência, porquanto discutível a real supremacia do direito comunitário sobre o direito nacional.⁴

1.4 Natureza jurídica da reclamação

A natureza jurídica da reclamação é questão bastante controvertida na doutrina. Há os que entendem se tratar de recurso, outros defendem sua natureza de ação, enquanto para alguns, a reclamação nada mais seria do que uma representação de cunho processual.

Para Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 42), a reclamação poderia ser considerada como uma garantia especial decorrente do direito de petição aos poderes públicos. Portanto, a reclamação, de acordo com os ensinamentos da autora,

não se trata de ação, uma vez que não se vai discutir a causa com terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão, o seu exato e integral cumprimento.

O entendimento da jurista acima transcrito já foi endossado no âmbito do STF pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento da ADI 2.212/CE⁵. Discorreu a Ministra em seu voto:

⁴ Nesse sentido, Leonardo I. Morato (2007, p. 37), para quem “a ação por incumprimento, data vênica, está inserida num contexto absolutamente diverso da reclamação, porquanto se trata de mecanismo disponível para provocar o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, para que sejam respeitados os tratados estabelecidos naquela comunidade.”

⁵ Na oportunidade, assim restou assentado no acórdão da Corte: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça

[...] a natureza jurídica da reclamação está mais próxima do direito de petição, constitucionalmente assegurado ao cidadão e à cidadã, do que ao direito de ação ou ao direito de recorrer que tem a parte no bojo de uma relação processual. O objetivo desse instrumentos é proporcionar à parte ou ao terceiro interessado um meio hábil de, nas pás palavras de Ada Pellegrini, "postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento". Evita-se, por essa via, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, decorrente, por exemplo, de uma interpretação que extravase os seus limites, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva, transitada em julgado.

Insta consignar que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.212-1 não foi pacífico, ao contrário, gerou acirrado e intenso debate no plenário do Supremo Tribunal Federal, não podendo servir como base para se definir o entendimento da Corte Suprema acerca do assunto, sobretudo em razão da mudança de composição do tribunal em destaque.

Apesar do entendimento defendido no Supremo Tribunal Federal, diversos são os argumentos que podem ser utilizados para afastar a tese acima exposta, dentre os quais, o fato de a reclamação ser instrumento de cunho exclusivamente judicial e não administrativo. Além disso, não se deve olvidar a exigência de capacidade postulatória para o exercício da reclamação, bem como a produção da coisa julgada material advinda da decisão que julga a reclamação. Desta feita, como bem expõe Leonardo José Carneiro da Cunha (2005, p. 337):

O problema é que tal possibilidade resta afastada dos Tribunais Regionais Federais, pois estão inseridos no âmbito da Justiça Federal, não estando compreendidos na estrutura de um Estado-membro, nem se subordinando a uma Constituição Estadual que, dada a simetria com a Federal, poderia outorgar-lhe a competência para processar e julgar uma reclamação. É sabido que a competência dos Tribunais Regionais federais está definida no art. 108 da CF, ali não havendo qualquer previsão para a reclamação destinada à preservação de competência ou garantia da autoridade de suas decisões

Com o devido respeito ao entendimento adotado pela Corte Suprema, não parece que a Reclamação deva ser enquadrada como manifestação do direito de petição. É que o direito de petição pode ser exercido tanto no âmbito administrativo quanto na seara judicial. E a reclamação, como se viu, constitui medida judicial, não ostentando feição administrativa. Além do mais, se realmente a reclamação consistisse numa manifestação do direito de petição, não haveria razão para exigir a capacidade postulatória, quando de sua propositura, sendo igualmente incompatível com sua natureza de

estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (ADI 2212, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02403)

mero direito de petição entender que sua decisão produz coisa julgada material.

Parece, sem embargo do entendimento firmado pelo STF, que a reclamação é, efetivamente, uma ação, e não a manifestação de mero direito de petição.”

Expondo entendimento diverso, Moniz de Aragão (*apud* MORATO, 2007) defende a natureza de incidente processual da reclamação. Para o autor, o instituto funcionaria como um incidente de competência. Há de se considerar, contudo, que a reclamação pode ser ajuizada fora da relação processual original, portanto, após o trânsito em julgado da decisão que se visa combater. Ademais disso, há de se ter em mente que

a finalidade do incidente processual não é cassar ou reformar decisão judicial, o que é próprio dos recursos e das ações autônomas de impugnação. Por isso a reclamação pode referir-se a um processo, e incidir sobre ele, mas sem com isso significar que ela é um incidente processual. Os embargos à execução, por exemplo, incidem sempre sobre um processo de execução, mas não deixam, por isso, de ser considerados como uma ação de conhecimento. Também a ação cautelar, apesar de poder ser incidente numa ação principal, não é um incidente processual (SANTOS, 2003, p. 150).

Quanto a possibilidade de se atribuir natureza recursal à reclamação, tem-se que deve ser rechaçada. Inicialmente, deve-se considerar que em decorrência do princípio da taxatividade, faz-se imprescindível a existência de lei prevendo o recurso. Seguindo esta linha de raciocínio, os únicos recursos existentes são os previstos no artigo 496 do Código de Processo Civil. Ademais, em se tratando de recurso, está-se diante de matéria de índole processual, de competência privativa da União, portanto, nos moldes do art. 22, I, da Constituição Federal.

A reclamação constitucional não está prevista em qualquer dispositivo de lei federal, como recurso, razão pela qual não deve ser qualificada como tal. Aliás, a reclamação está prevista no inciso I dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, estando, portanto, confinada nas hipóteses de competência originária do STF e do STJ, o que reforça a idéia de que não detém natureza recursal. Ademais, o recurso, para ser interposto, depende da existência de sucumbência, gravame ou prejuízo imposto ao recorrente. Já a reclamação não depende da derrota, resultando, bem ao revés, da vitória, tendo o recorrente interesse em que a decisão que lhe fora favorável seja efetivamente cumprida ou, independentemente de derrota ou vitória, seja preservada a competência do tribunal. Enquanto o recurso tem prazo, a reclamação não se sujeita a qualquer prazo preclusivo (CUNHA, 2009, p. 564).

Ademais, não se pode olvidar que a Lei n. 8.038/90 que versa sobre a reclamação constitucional está inserida em seu Título I (dos Processos de

competência originária), não estando, pois, incluída no Título II, que cuida dos recursos.

Apesar da celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica da reclamação, há de se destacar, conforme expôs o Ministro Celso de Mello⁶, que independentemente da qualificação que se dê ao instituto (ação, recurso ou sucedâneo recursal, remédio incomum, incidente processual, medida de Direito Processual Constitucional, medida processual de caráter excepcional), atualmente, a reclamação configura instrumento de extração constitucional (apesar de sua origem pretoriana), tendo como objetivo precípuo a viabilização da preservação da competência, bem como a garantia da autoridade das decisões do STF e do STJ, concretizando, assim, sua dupla função de ordem político-jurídica.

Ademais, relevante destacar que a reclamação não se confunde com o instituto da correção parcial. Primeiramente, há de se salientar o diferencial histórico⁷, já que a correção parcial tem sua origem no Dec. 9.623, em 1911, passando a ser utilizada posteriormente em outros estados. A reclamação propriamente dita, por sua vez, surgiu, conforme explicitado no tópico precedente, da construção pretoriana no Supremo Tribunal Federal até a sua constitucionalização em 1988.

⁶ Cf. inteiro teor da ementa: - RECLAMAÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - ALEGADO DESRESPEITO A AUTORIDADE DE DECISÃO EMANADA DO STF - INOCORRENCIA - IMPROCEDENCIA. - A reclamação, qualquer que SEJA a qualificação que se lhe DE - Ação (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orosimbo Nonato, "apud" Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, "A Correção Parcial", p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (Jose Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcao, RTJ 112/518-522) - configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "I") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "f"). - Não constitui ato ofensivo a autoridade de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal o procedimento de magistrado inferior que, motivado pela existência de varias execuções penais ainda em curso, referentes a outras condenações não desconstituídas pelo "writ", deixa de ordenar a soltura imediata de paciente beneficiado por "habeas corpus" concedido, em caso diverso e especifico, por esta Corte. (Rcl 336, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/1990, DJ 15-03-1991 PP-02644 EMENT VOL-01612-01 PP-00007 RTJ VOL-00134-03 PP-01033)

⁷ Conforme relata Alexandre Moreira Tavares dos Santos (2003, p. 126), "a primeira lei federal a admitir a correção parcial no nosso ordenamento jurídico foi a Lei 1.533, de 31.12.1951, que em seu art. 5.º, II, prescreveu que "não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificada por via de correção". Também a Lei 5.010, de 30.05.1966, que organizou a Justiça Federal, disciplinou a correção parcial em seu art. 6.º, I, posteriormente modificado pelo Dec.-lei 253, de 28.02.1967".

Também não se pode desconsiderar as distinções concernentes à legitimidade e hipóteses de cabimento da reclamação e da correção parcial. De fato, como bem pontua Alexandre Moreira Tavares dos Santos (2003, p. 126):

Enquanto a correção parcial só é cabível para impugnar erro ou abuso de juiz de primeira instância que ocasione inversão tumultuária dos atos e fórmulas legais da ordem do processo, ou seja, que conturbe o desenrolar do procedimento, a reclamação é cabível para atacar qualquer ato ou omissão de órgão judicial de qualquer instância que usurpe a competência ou afronte decisão do STF ou do STJ, e até mesmo ato administrativo em alguns casos excepcionais. Logo, na correção parcial só é possível corrigir *error in procedendo*, quando não haja recurso específico para o caso.¹⁸ Por isso, atualmente, perdeu sua importância no processo civil, uma vez que o Código de 1973 admite o agravo de instrumento de toda decisão interlocutória;¹⁹ subsiste, porém, quando o tumulto processual deriva de despacho ou omissão do juiz. No âmbito do processo penal, tem maior utilidade, em face de haver diversas decisões interlocutórias irrecorríveis para o Ministério Público. De outro lado, a reclamação pode ser utilizada tanto para corrigir *error in procedendo* como *error in iudicando* que usurpem competência ou afrontem a autoridade das decisões do STF e do STJ.

Assim, a reclamação é uma medida judicial e não pode ser considerada como figura meramente administrativa, recordando que, em seu histórico, existiam discussões concernentes a sua natureza correcional.

Atualmente, vem se firmando o entendimento de que a reclamação constitucional é uma ação, isto porque, dentro do contexto normativo produzido com o advento da Carta Magna de 1988, a reclamação foi inserida na competência originária do Supremo Tribunal federal e Superior Tribunal de Justiça.

Pontes de Miranda (1974, p. 384), desde o início da construção doutrinária da reclamação constitucional, já defendia a natureza de ação para a Reclamação, nos seguintes termos:

A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por invadente da competência do tribunal superior é constitutiva negativa. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz e repele a interpretação que fora dada à decisão sua, no tocante à força e à eficácia, também é constitutiva negativa. A ação de reclamação que rechaça o ato do juiz por ter retardado, materialmente, a cognição do tribunal superior é mandamental.

José da Silva Pacheco (1989, p. 30), corroborando tal entendimento, pontua que a reclamação é, de fato, “ação, fundada no direito de que resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a resolução já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos; e de que se eliminem os óbices ou se elidam os estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia das decisões ou à competência para decidir”.

Marcelo Navarro Dantas (2000, p. 460), ao discorrer sobre o tema, assevera que a reclamação possui todos os requisitos necessários a conceituá-la como ação:

- a) Por meio dela se provoca a jurisdição – na espécie, das cortes a que a Constituição ou lei nesta prevista, a atribuem;
 - b) Através dela se faz um pedido de tutela jurisdicional – o de uma decisão que preserve a competência da corte, a qual esteja sendo usurpada por outro tribunal ou juízo inferior, ou que imponha o cumprimento de decisão daquela, que não esteja sendo devidamente obedecida;
 - c) Contém uma lide, (...) – o conflito entre quem deseja manter a competência da corte, de um lado, resistindo por quem persiste em invadi-la, do outro; ou entre o que pretende seja o *decisum* daquela integralmente cumprido, duma banda, enfrentando a resistência, da outra, por parte do que teima em não obedecê-lo.
- Possui, então, a reclamação os três elementos da ação: a) partes – o reclamante, isto é, quem quer preservar a competência ou a autoridade da decisão da corte; e o reclamado, ou seja, quem está invadindo a referida esfera competencial, ou desobedecendo decisão proferida dela; b) pedido – a decisão que resguarde a competência da Corte ou imponha o cumprimento do seu julgado; e c) causa de pedir – a invasão de competência ou a desobediência à decisão da Corte.

Merece destaque, ainda, o fato de a reclamação ser um processo subjetivo, eis que é necessário que o proponente desse instituto comprove legitimidade e interesse para figurar no processo decisório que foi desrespeitado. Diversamente ocorre em um processo objetivo, no qual, inobstante o interesse das partes envolvidas, o processo é instaurado para defender a coletividade, tal como ocorre na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Leonardo L. Morato (2007, p. 110), ao comentar o art. 103 – A, §3º, da Constituição Federal, pontua que “o legislador constituinte (...) utilizou o termo procedente para designar o resultado positivo do julgamento da reclamação, quando se sabe que, tecnicamente, o julgamento de procedência só se aplica a pedidos formulados em ações.”

Essa assertiva é precisa, pois a reclamação constitucional possui a vocação cognitiva da ação, com o fim de obter uma prestação jurisdicional final, avaliadora do conflito instaurado nas fileiras de um processo, para fazer cumprir a autoridade dos julgados, barrar invasão de competência ou mácula a recente súmula vinculante, com vistas a assegurar o conteúdo sublime esculpido na Constituição da República de 1988.

2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA RECLAMAÇÃO

Conforme consignado no capítulo 1, apesar da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da reclamação, no presente trabalho, optou-se por adotar a posição que defende a sua natureza de ação.

Isto posto, como ação que é, necessário se faz tecer alguns comentários acerca dos aspectos processuais da reclamação, mormente acerca das hipóteses de cabimento, legitimidade para propositura, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e do procedimento para ajuizamento da reclamação constitucional. É o que se passa a fazer.

2.1 Hipóteses de cabimento

A Constituição Federal e a Lei 8.038/90 estabelecem as hipóteses cabíveis para o ajuizamento da reclamação (preservação de competência; garantia da autoridade das decisões e o respeito às súmulas vinculantes). Na prática, contudo, a questão demonstra maior complexidade, na medida em que a ocorrência de tais situações no plano fático, pode gerar inúmeras dificuldades, como, a título exemplificativo, no caso de existir, além da reclamação, outra medida cabível a atingir o fim pretendido, um recurso, por exemplo.

Diante desta constatação, corroborada pela escassez de estudos doutrinários sobre a temática, a delimitação das hipóteses de cabimento da ação reclamatória tem sido construída pela jurisprudência, que o faz com base nos casos que lhe são propostos.

A jurisprudência do STF, em mais de uma oportunidade, vem demonstrando filiar-se ao entendimento segundo o qual, a reclamação não é instrumento viável para combater determinado ato decisório na hipótese de existir um recurso

específico com esse desiderato. Como pode ser depreendido no julgado abaixo colacionado:

Reclamação: usurpação de competência (CF, art. 102, I, I): improcedência. A decisão reclamada, do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, examinou admissibilidade de recurso extraordinário, conforme previsto no art. 542, § 1º, do C.Pr.Civil e é atacável mediante agravo de instrumento quando - como é o caso - a pretensão de seguimento é negada (C.Pr.Civil, art. 544). (Rcl 4107 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2006, DJ 01-12-2006).⁸

O entendimento predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal ou de ação rescisória⁹. Entretanto, como adverte, Leonardo L. Moratto, apesar de correto, referido entendimento há de ser utilizado com ponderação, posto inexistir qualquer vínculo de dependência ou mesmo caráter supletivo entre a via reclamatória e a via recursal. Desta maneira,

Entender que sempre que fosse cabível seria descabida a reclamação seria o mesmo que dizer que a reclamação teria a sua natureza jurídica e finalidades igualadas às da medida processual cabível, no caso, um recurso, e, com isso, ao incidir o princípio da unirrecorribilidade (unicidade), com base no qual há apenas um recurso para cada situação, não seria cabível a reclamatória, mas, sim, o recurso previsto [...]. Mas a reclamação não é recurso [...] e aí está a importância de se identificar a natureza jurídica de cada instituto. [...] Reclamação é medida processual com finalidade diferente de um recurso, muito embora possa, por vezes, abranger o que poderia ser alcançado com o recurso eventualmente cabível. Sendo a reclamação uma ação, mais precisamente, um *writ*, pode ela ser ajuizada

⁸ No mesmo sentido, cf. Rcl 306 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1989, DJ 07-12-1989.

⁹ Nesse sentido, conferir recente julgado: EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - USO DE PARADIGMA EXTRAÍDO DE AÇÕES SUBJETIVAS - USO INDEVIDO DA RECLAMAÇÃO - PRECEDENTES - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1 - A reclamação é meio constitucional de preservação da autoridade da Corte e da eficácia de suas decisões. Sua natureza é subsidiária e não pode ser desvirtuada e confundida com sucedâneo recursal. Ela não visa a compor conflitos intersubjetivos, conquanto possa, indiretamente, atender a interesses individuais, o que se dá apenas como decorrência da realização de seu papel magno, que é a conservação da hierarquia jurisdicional (Egas Dirceu Moniz de Aragão). 2 - O uso, como paradigmas, de acórdãos prolatados em ações intersubjetivas, despossuídas de caráter erga omnes e de eficácia vinculante, não é válido na reclamação, quando delas não fez parte o reclamante. Agravo regimental não provido. (Rcl 9545 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00155). No mesmo sentido, decidiu a Corte Suprema: Rcl 7217 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2010; Rcl 5703 AgR, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009. Assim também decidiu o STJ: AgRg na Rcl 2.252/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007; 1.806/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2005).

contra um ato também passível de recurso, eventualmente cabível [...] (MORATO, 2007, p. 142-143).

Portanto, o fato de uma determinada decisão ser recorrível não constitui óbice para a utilização da reclamação; mesmo que se afigure cabível a utilização da via recursal, pode ser que também seja cabível o uso da via reclamationária, em certas hipóteses, até mesmo de forma simultânea. Exemplificando a situação ora descrita:

Uma vez proferida uma decisão por um Tribunal local que, no dado caso, fosse incompetente para apreciar uma questão de competência originária do Supremo Tribunal Federal, ainda que fosse cabível o recurso extraordinário, à vista de violação de dispositivo constitucional pela decisão proferida, também seria cabível a ação de reclamação perante a Corte Suprema, em decorrência da invasão de sua competência, que é uma outra questão, objeto de análise em sede própria, ou seja, em processo de reclamação (MORATO, 2007, p. 140).

Vale destacar, oportunamente, que a Lei 11.417/2007, ao dispor em seu art. 7º que a reclamação será cabível “sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”, pôs fim à controvérsia sobre a possibilidade da utilização de outros meios de impugnação, além da reclamação.

A reclamação apenas será cabível quando for desacatada uma decisão de forma concreta, ou seja, uma vez decidida questão pelo STF ou pelo STJ, em um determinado caso concreto, tal decisão deverá ser cumprida, nos termos fixados pela Corte, sob pena de o ato que a ela seja contrário, dar ensejo a interposição da reclamação pelo prejudicado. Outrossim, também não se pode falar em desacato se, em momento posterior à decisão de questão por parte do Tribunal, ocorra fato novo que impossibilite ou prejudique o cumprimento do que fora decidido, situação esta que, em ocorrendo, possibilitará que o tribunal inferior adote conduta diversa da determinada pelos tribunais superiores, desde que devidamente justificada pelo fato novo (MORATO, 2007, p. 157). Ademais,

não se pode pretender fazer uso da reclamação, alegando ter havido desacato, se a decisão reclamada não constitui verdadeira afronta à decisão anterior da Corte, que, por isso, não teve sua autoridade violada. Da mesma forma, a reclamação não se presta a provocar as Cortes Superiores para que interpretem os seus julgados, em razão de eventual dúvida (MORATO, 2007, p. 162).

A reclamação na hipótese de usurpação de competência, será cabível quando restar caracterizada a atuação de figura diversa da autoridade competente, ocorrendo a invasão da esfera de competência desta última, com conseqüente

infração às normas legais que regem a competência. No caso de uma autoridade, judicial ou não, atuar de maneira a interferir na competência do STF ou do STJ, “abrem-se as portas para a impetração da via reclamationária, a fim de impedir essa conduta, repará-la, avocar a causa indevidamente apreciada pela autoridade competente etc., qualquer providência que se faça necessária para a preservação da competência da Corte” (MORATO, 2007, p. 176).

2.1.1 Legitimidade

A Lei 8.038 de 1990 determina, em seu artigo 13, que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões. Entretanto, referida lei não presta maiores esclarecimentos quanto à abrangência que deve ser atribuída ao termo “parte interessada”; da mesma forma, inexistente consenso na doutrina quanto ao alcance do termo.

O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à utilização da reclamação em sede de ação direta de inconstitucionalidade, opta por uma ampliação do conceito de parte interessada. Nestes termos se pronunciou a Corte Suprema:

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. **4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado.** 5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido. (Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min.

MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284) (Destacou-se)

Em outra oportunidade, no julgamento da Rcl. 2398, deixou-se assente que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em evolução, é no sentido de se admitir a legitimidade para reclamação de todo e qualquer interessado em ver prevalecente acórdão formalizado no controle concentrado de constitucionalidade” (STF, Rcl 2398, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2005, DJ 24-02-2006).

De acordo com Leonardo L. Morato (2007, p. 119), por “parte interessada”, deve-se entender aquela que, “em virtude de um desacato ou de uma usurpação, se encontra numa posição favorável à satisfação de uma necessidade de garantir a autoridade de uma determinada decisão desacatada ou de preservar uma dada norma de competência usurpada”. Estariam inseridas na condição de parte ativa da reclamação, portanto: 1) aqueles que fizeram parte do feito em que, proferida determinada decisão judicial, posteriormente veio a ser descumprida; 2) aqueles que, conquanto não tenham sido partes, foram juridicamente atingidos pelos efeitos da decisão judicial; e por fim, 3) aqueles a quem faz referência a norma competencial desrespeitada. Vale asseverar, outrossim, que a reclamação não é instrumento idôneo para impor o cumprimento da jurisprudência dos tribunais superiores; a reclamação como instrumento para a preservação da autoridade das decisões existe “para atender e garantir o interesse específico levado à apreciação e que restou decidido pelas Cortes Superiores”.

A possibilidade de o Ministério Público atuar no pólo ativo da reclamação é explícita na Lei nº 8.038, que deixa consignado, ainda, em seu art. 16, que o *Parquet*, nas ações em que não houver formulado, terá vista do processo, por 5 dias, após o decurso de prazo para informações. Assim, além da possibilidade de, em determinadas situações, figurar o Ministério Público no pólo ativo da reclamação, o dispositivo legal determina a atuação ministerial como fiscal da lei no processo reclamatório.

Cumpre salientar, entretanto, que não é sempre que se afigurará cabível a propositura ou impugnação da reclamação por parte do Ministério Público. Na modalidade de reclamação que objetiva suprimir desacato, torna-se necessário que o *Parquet*, para poder propor ou impugnar a reclamação, tenha atuado como parte, no feito em que a decisão foi proferida, ou, ainda, atuado como *custos legis* nesse

mesmo feito. Fora dessas situações, poderá atuar no processo reclamatório apenas para opinar. Nas palavras de Morato (2007, p. 120):

O Ministério Público poderá ajuizar reclamação e, portanto, dela ser parte, se tiver sido ou pudesse ter sido parte, ou mesmo tiver atuado ou pudesse ter atuado como fiscal da lei, no feito em que foi proferida a decisão objeto de desacato ulterior. Em qualquer dessas hipóteses, o Ministério Público poderá figurar como parte ativa na reclamação, pouco importando o ajuizamento dessa medida pela parte interessada. Cuida-se do mesmo critério aplicável aos recursos, em consonância com os ditames do art. 499, §2.º, do CPC. Em suma, o Ministério Público poderá ser parte na reclamação quando demonstrar que se encontra no exercício de suas funções primárias, decorrentes do quanto previsto no art. 127 da Carta Magna.

2.1.2 Interesse de agir

O interesse de agir deve ser compreendido dentro do binômio necessidade/utilidade de a parte fazer uso de certo meio processual com o objetivo de obter um provimento jurisdicional. Em suma, pode-se afirmar que “o exame do interesse de agir (interesse processual) passa pela verificação de duas circunstâncias: a) a utilidade e b) necessidade do pronunciamento judicial” (DIDIER JR., 2009, p. 196).

A verificação do interesse de agir na reclamação, portanto, deve levar em conta se consiste esta no instrumento processual adequado para coibir eventuais condutas irregulares que venham a ir de encontro ao cumprimento da decisão judicial prolatada “em seu favor ou ao respeito da norma de competência ou da súmula vinculante que lhe favorece, pois assim alcançará um resultado que lhe seja benéfico, por meio da tutela jurisdicional postulada” (MORATO, 2007, p. 126).

Conforme continua a discorrer Morato (2007, p. 126), para que reste configurado o interesse de agir, há de se considerar também a necessidade de haver a adequação do provimento jurisdicional intentado à proteção do direito que se diz sujeito à ameaça ou lesão, “e isso porque de nada adiantaria demonstrar-se a necessidade de buscar uma providência jurisdicional se não fosse evidenciado que, com a reclamação, é possível alcançá-la de modo adequado”.

2.1.3 Possibilidade jurídica

Conforme o direito processual, a possibilidade jurídica do pedido resta caracterizada quando a pretensão da parte diz respeito a tutela jurisdicional admitida pelo direito objetivo. Há de se esclarecer, contudo, que a possibilidade jurídica do pedido não se resume apenas a previsão da pretensão do autor *in abstracto*. Conforme externou Moniz de Aragão (2004, p. 394):

A possibilidade jurídica do pedido, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável.

Na reclamação, o pedido do autor deverá consistir na emissão de uma decisão de caráter mandamental que se mostre apta a afastar a afronta ocorrida e, assim, conferir a eficácia da decisão desrespeitada, ou ainda, possibilitar a aplicação da regra de competência violada, bem como, permitir a correta utilização de súmula vinculante. O pedido em questão envolve um pedido implícito, consistente na imposição do cumprimento da decisão a ser prolatada “na reclamação, para o que, em sendo preciso, poderão ser utilizadas todas as medidas necessárias pelo órgão julgador. O reclamante poderá indicar, se achar conveniente, as medidas que julgar pertinentes ao caso, sem que com isso vincule a atividade do órgão julgador” (MORATO, 2007, p. 129-130).

2.2 Procedimento da reclamação constitucional

O procedimento da reclamação, segundo explana o Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental na Reclamação 449 (DJ 21.02.1997), compreende, nas perspectivas das fases que lhe compõem a ordem ritual (Lei n. 8.038/90, arts. 13/18), quatro momentos básicos, que podem ser assim postos:

(a) fase postulatória (a reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível); (b) fase ordinatória (o relator, ao despachar a petição inicial, requisitará informações ao órgão a que foi atribuída a prática do ato impugnado, que deverá prestá-las no prazo de dez

dias, e determinará, se necessário, a suspensão cautelar do processo ou do ato impugnado; (c) fase pré-final (audiência do Ministério Público por cinco dias, se não houver sido ele o autor da reclamação) e (d) fase decisória (o Tribunal, caso julgue procedente a reclamação, cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará a medida adequada à preservação de sua competência).

A fase postulatória tem início com o ajuizamento da reclamação, a partir do seu protocolo no tribunal. Nos termos do parágrafo único do art. 13, da Lei 8.038, a reclamação deverá ser dirigida ao Presidente do Tribunal, devendo ser instruída com prova documental. Será, então, autuada e, sempre que possível, distribuída ao relator da causa principal. Considerando-se a reclamação como ação, pode-se afirmar que a petição inicial deverá conter os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC.

No STF o reclamante deverá pagar as custas iniciais do processo nas reclamações de natureza cível, e será isento naquelas de natureza criminal (RISTF, arts. 57, 59, II, e art. 61, I); enquanto no STJ há isenção de custas em qualquer que seja a natureza da reclamação, haja vista o disposto no art. 112 do seu Regimento Interno (SANTOS, 2003, p. 155).

Consoante expõe Alexandre Moreira Tavares dos Santos (2003, p. 136), como a Lei n. 8.038 não previu dilação probatória, o documento é o único meio de prova admitido na reclamação. Além disso, esclarece o autor que a admissão exclusiva da prova documental encontra-se em consonância com a celeridade que deve ser conferida ao instituto, sem cercear a busca da verdade que deve ser buscada através do processo. Destarte, “a afronta à autoridade das decisões do STF e do STJ ou a usurpação de suas respectivas competências a ensejar o cabimento da reclamação deve advir da prática de um ato processual ou administrativo, o qual, para existir, necessariamente tem de estar documentado”.

Conforme explicitado acima, nos moldes legais, sempre que possível, a reclamação será distribuída ao relator da causa principal. Justificando a adoção de tal medida, externou o Ministro Ribeiro da Costa (*apud*, SANTOS, 2003, p. 157):

A distribuição alternada da reclamação apresentava inconveniente óbvio, impondo ao relator, que não o do processo principal, um novo estudo, sempre mais demorado, do que este o faria, já o conhecendo em seus pormenores. visa a alteração proposta atender a celeridade do julgamento do feito, que deve ter pronta e eficaz a solução. Esta será, assim, alcançada se for obrigatoriamente relator da reclamação o mesmo do processo principal, salvo se este se encontrar afastado do exercício.

Nos moldes dos arts. 284 e 295 do CPC, após a distribuição da reclamação, caberá ao relator o recebimento, emenda ou indeferimento da petição inicial. O art.

39, da Lei n. 8.038 prevê o agravo regimental como instrumento processual apto a combater eventual decisão de inadmissibilidade da petição inicial, estabelecendo que “da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias”.

Conforme previsto nos incisos I e II, do art. 14 do diploma legal em comento, o relator, ao despachar a reclamação: I) “requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias; II) “ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado”. Há de se consignar que deve-se dar interpretação extensiva para tal dispositivo, com vista a abranger, também, eventuais omissões que forem objeto de impugnação (SANTOS, 2003, p. 157). Ademais, deve-se sublinhar que

As informações da autoridade têm natureza de defesa, e a sua requisição tem natureza de citação, assim como no mandado de segurança. Porém, como ocorre no *writ*, em razão da especial estrutura do processo reclamatório, a ausência de informação no prazo legal não acarreta revelia e a confissão ficta quanto à matéria de fato, uma vez que ao reclamante cumpre demonstrar, mediante documento, os fatos que fundamentam a reclamação, salvo no caso de estar sendo alegada omissão do órgão reclamado. Cumpre ainda destacar que há uma presunção *juris tantum* da veracidade e exatidão das informações, da a presunção de legalidade dos atos do Poder público e da palavra de suas autoridades (SANTOS, 2003, p. 157-158).

O inciso II, transcrito acima, trata da liminar na reclamação. Existem divergências quanto à natureza desta liminar, entendendo alguns autores pela natureza antecipatória, enquanto outros defendem que tal liminar teria natureza cautelar. Entretanto, tal discussão mostra-se desprovida de maior relevância prática, pois, consoante expõe Leonardo Morato (2007, p. 248/249):

O que importa é enfatizar a necessidade e a disponibilidade do provimento liminar para a reclamação, considerando a garantia constitucional da prestação da tutela jurisdicional justa e tempestiva (art. 5º, XXXV, da CF), garantia essa que, vale notar, é fundamento da existência da reclamação em nosso sistema.

Além do mais, essa discussão acerca das diferenças entre a medida acautelatória e a medida antecipatória, de um modo geral, diminui de importância após o advento da Lei 10.444/2002, que instituiu a fungibilidade para as tutelas de urgência. O magistério autorizado de Dinamarco é no seguinte sentido: ‘Bem analisado o Código de Processo Civil e submetido seu novo art. 273 a uma interpretação sistemática no contexto da disciplina das medidas urgentes, não é tão importante a busca da precisa distinção entre as cautelares e antecipações. A realidade sobre as quais todos esses

dispositivos opera é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força-corrosiva do tempo-inimigo’.

Cumprir destacar a imprescindível participação do Ministério Público na ação de reclamação. Assim, nas ações em que o *parquet* não atuar como autor, deverá ser dada vista do processo, pelo prazo de cinco dias, nos moldes do art. 16, da Lei n. 8.038 (“O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.”).

O art. 17 do diploma legal em foco, estabelece que, “julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência”. Não se pode desconsiderar, entretanto, que em diversas situações, a mera cassação da decisão exorbitante não será suficiente para assegurar a autoridade das decisões dos Tribunais, sendo necessário, assim, a imposição da prática de determinado ato ao reclamado. Sobre o assunto, assevera Alexandre Moreira Tavares dos Santos (2003, p. 160):

Nesse contexto, deve prevalecer a interpretação teleológica e extensiva do art. 17 da Lei 8.038/90 sob a mera exegese gramatical (art. 5º, da LICC). Com efeito, o instituto da reclamação foi erigido pela Constituição Federal para assegurar a autoridade e a competência do STF e do STJ, não podendo o intérprete dar uma interpretação à lei que limite as hipóteses de cabimento da reclamação.

O acórdão que julga pela procedência da reclamação possui natureza declaratória quando declara nulo um ato que desrespeite a autoridade do tribunal ou que usurpe sua competência. Fazendo uso o tribunal do disposto no art. 249 do CPC (“O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados”), declarando a nulidade do ato e ordenando as providências necessárias, a decisão terá, então, eficácia declaratória e mandamental, pois, além da simples condenação, há também a imposição de uma obrigação. Isso posto, alguns autores entendem que quando o tribunal determina “em sede de reclamação que o reclamado faça ou deixe de fazer algo, sua decisão deverá ser cumprida imediatamente pelo reclamado quando receber o ofício encaminhado pelo presidente da corte, sob pena de praticar crime de desobediência ou prevaricação” (SANTOS, 2003, p. 160-161). Há, inclusive, posicionamento de Turma do STJ no sentido de que a mera procedência da reclamação já seria suficiente para caracterizar o crime de desobediência ou prevaricação pelo reclamado, conforme se observa no julgado colacionado:

RECLAMAÇÃO. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE ANULOU JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DA CORTE ESTADUAL, QUE EXONERARA O RECLAMANTE DO CARGO DE JUIZ DE DIREITO QUANDO JÁ ULTRAPASSADO O ESTÁGIO PROBATÓRIO. RETORNO AO STATU QUO ANTE, COMPREENDENDO AÍ O EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO PARA COMPLETAR-SE O CUMPRIMENTO DA DECISÃO.

Para garantir a autoridade de suas decisões, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente reclamação (CF, art. 105, I, "f"). Uma vez julgada procedente, caracteriza-se a prática, em tese, de ilícito penal (desobediência ou prevaricação), impondo-se o dever legal de se remeterem ao Ministério Público cópias e documentos necessários ao oferecimento de denúncia contra a autoridade que desrespeitou o julgado, seja ela judiciária ou administrativa, sob pena, com relevo, a não se poder completar a jurisdição, uma das funções essenciais do Estado. Reclamação julgada procedente. (Rcl. 657/RR, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/05/2000, DJ 29/05/2000 p. 109).

Impende destacar que, do acórdão que julga a reclamação no âmbito do STF, apenas podem ser opostos embargos de declaração. No âmbito do STJ, além dos embargos de declaração, também se mostra cabível a interposição do recurso extraordinário ao STF (SANTOS, 2003, p. 161). Não se mostra plausível, assim, a interposição de embargos de divergência e os infringentes¹⁰, pois,

[...] a reclamação é sempre julgada pelo Plenário, pela Corte Especial ou pela Seção, mas nunca pela Turma, o que impede que haja – por óbvio – divergência/infringência entre turmas, tornando sem efeito, com isso, qualquer outro argumento que tenha como base alguma norma legal ou de caráter regimental existente a esse respeito (MORATO, 2007, p. 261).

Por derradeiro, insta consignar que caberá, ainda, ajuizamento de ação rescisória em face da decisão final exarada em sede de reclamação.

¹⁰ Nesse sentido, a Súmula 368 do Supremo Tribunal Federal: “Não há embargos infringentes no processo de reclamação”.

3 DELINEAMENTOS CONTEMPORÂNEOS CONCERNENTES AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Atualmente, a jurisprudência¹¹ têm reconhecido a eficácia vinculante não apenas da parte dispositiva do provimento jurisdicional exarado em sede de controle de constitucionalidade, mas, também aos fundamentos que deram azo ao *decisum*. Assim, como consequência da aplicação da transcendência dos motivos determinantes, tribunais e magistrados devem observar não apenas a conclusão do julgado, mas também as razões de decidir (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Nesse ponto, sobressai a importância da reclamação como instrumento hábil a resguardar a vinculação da *ratio decidendi* do *decisum* e, por conseguinte, assegurar a eficácia das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, antes de adentrar no estudo da utilização da reclamação para fazer valer o entendimento do STF - inclusive os motivos determinantes da decisão - é necessário tecer algumas considerações acerca do novo perfil do controle de constitucionalidade brasileiro, mormente a tendência de ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal quando do controle de constitucionalidade, fundindo, não raro, o controle difuso e concentrado.

3.1 Do Controle de Constitucionalidade

3.1.1 Considerações iniciais

Consigne-se, inicialmente, que o presente trabalho não tem a pretensão de abordar detalhadamente a temática concernente ao controle de constitucionalidade,

¹¹ Cf. Rcl. N. 2986, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.03.2005, Rcl. 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 31/3/2004.

posto não ser este o objetivo proposto. Importante, todavia, mencionar as mudanças no sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, haja vista que a aplicação do efeito vinculante, inclusive em sede de controle difuso de constitucionalidade, implica em redimensionamento do uso da reclamação - reforçando o sistema de defesa da Constituição.

A Constituição Federal, como lei fundamental, tem por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização dos seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, impor limites à sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos limites econômicos, sociais e culturais (DA SILVA, 1989).

Adquire o texto constitucional a posição de delimitador do horizonte de possibilidades para produção do arcabouço normativo infraconstitucional, bem como de validade dos atos do Poder Legislativo e Executivo.

Logo, dentro dessa estrutura jurídica escalonada, todo o sistema jurídico deve apresentar-se racional e coerente com os ditames insculpidos na norma superior, sob pena de macular a harmonia do ordenamento normativo, acarretando violação ao princípio da segurança jurídica (BOBBIO, 1997).

Nesse contexto, evidencia-se a importância da observância do princípio da segurança jurídica, posto que o mesmo possui a função de condicionar a produção legislativa à obediência à Constituição.

A esse respeito, Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 128) pontua que a segurança jurídica está implícita no valor justiça, “sendo um ‘a priori’ jurídico.”

Portanto, “a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético” (REALE, 1996, p. 12).

Acrescente-se, ainda, que, a obediência à hierarquia constitucional é valorosa para a resolução das antinomias jurídicas, conforme consignado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 74-8/RN:

As antinomias jurídicas podem gerar a ruptura do sistema, enquanto estrutura lógica e racional, e desequilibrar-lhe o sentido totalizante e unificador, pela desagregação dos elementos que devem compô-lo em necessária relação de harmonia e independência. As antinomias jurídicas, por isso mesmo, infirmam a integridade do sistema, comprometem-lhe a

unidade, negam-lhe a coerência interna, inibem-lhe a eficiência e tornam instável a ordem jurídica nele estruturada. (...) A estrutura escalonada do ordenamento positivo permite a solução de tais conflitos pelo reconhecimento de precedência das espécies normativas de grau superior, nas quais repousa o fundamento de validade e de eficácia das regras inferiores. A teoria da graduação da positividade jurídica, reconhecendo a pluralidade de fontes institucionais, hierarquiza, numa relação de verticalidade, as normas que destas emanam. O problema do conflito de normas dentro de uma ordem jurídica impõe, para ser resolvido sistematicamente, distinção preliminar quanto à graduação de sua positividade. Tratando-se de normas situadas em planos desiguais de validade e eficácia, resolve-se a incompatibilidade vertical entre elas existente, pelo preavalecimento da regra de maior hierarquia. (LEX-JSTF 169, p. 9).

Ocorre, contudo, que a supremacia constitucional restaria prejudicada se inexistisse um sistema apto a assegurar a força normativa da Carta Maior, repelindo as normas e atos emanados em desacordo com os preceitos insculpidos nas normas constitucionais (LENZA, 2008).

Para Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 632), o controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos consiste no “exame da adequação das mesmas à Constituição, tanto de um ponto de vista formal quanto material”.

Diante desse cenário, mostra-se incontroversa a importância do controle de constitucionalidade como mecanismo apto a garantir a defesa da Constituição em face de atos normativos e concretos contrários aos seus comandos.

3.1.2 Da aproximação da via difusa da concentrada

Através do controle concentrado de constitucionalidade instaura-se uma fiscalização abstrata das leis e atos normativos cujo objetivo é a declaração de inconstitucionalidade - independentemente da existência de um caso concreto.

A questão constitucional, portanto, é objeto principal da ação, limitando-se o órgão julgador “a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame do caso concreto” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 327).

Mediante o controle concentrado de constitucionalidade inaugura-se um processo objetivo no qual inexistem partes. É que, em face de sua natureza objetiva,

não há lide no processo insaturado nem, tampouco, pretensão resistida. Em verdade, buscam os legitimados a defesa da Constituição (MENDES, 1990).

O controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal nos moldes preconizados por Hans Kelsen (1985, p. 288/290), para quem tal controle deveria ser exercido por um único órgão:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa a competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.

(...)

Assim, se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

O controle direto processa-se por meio das seguintes ações diretas, a saber: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º.); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC n. 03/93); argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo 1º).

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante.

Entretanto, no presente estudo merece destaque a ação direta de inconstitucionalidade genérica e a ação declaratória de constitucionalidade.

O controle difuso pressupõe a existência de um conflito de interesses, suscitado em ação judicial, no qual uma das partes litigantes alega a inconstitucionalidade de lei ou ato que a parte contrária deseja ver aplicada ao caso (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Deste modo, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá resolvê-lo e, para tanto, deverá – incidentalmente - verificar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como matéria prejudicial, não sendo, portanto, objeto principal do processo.

No controle por via de exceção, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade se faz *incidenter tantum*, ou seja, a questão é analisada como questão prejudicial e, após apreciá-la, o magistrado verifica o pedido principal.

O controle difuso-incidental da constitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para processar e julgar a causa.

Tratando-se de controle difuso, a decisão sobre a constitucionalidade da lei ou ato atinge unicamente as partes envolvidas no caso concreto levado à análise jurisdicional do Poder Judiciário, não induzindo à anulação do ato normativo, que permanece vigente, eficaz e aplicável às demais relações jurídicas, conforme assevera Paulo Bonavides (2001, p. 273/274):

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutra feita, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgamento não ataca a lei em tese ou in abstracto, nem importa o formal cancelamento das suas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada. É a chamada relatividade da coisa julgada. Nada obsta pois a que noutra processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada.

Existe, todavia, a possibilidade de que a decisão exarada em sede de controle difuso tenha a sua abrangência ampliada, passando a ter eficácia contra todos, conforme prevê a Constituição Federal, no seu art. 52, X, que estabelece caber ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A exigência de que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso dependa de decisão do Senado Federal foi introduzida no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1934, com o fim de “evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade de conflitos de decisões” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 316).

Ocorre, entretanto, que há tendência de ampliar a eficácia vertical da decisão proferida pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade, apontando como desnecessária a providência delineada no art. 52, X da Carta Magna, conforme leciona Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 283/284):

(...) no contexto atual, é absolutamente sem sentido, chegando a soar como teratológico, a explicação de que, no controle difuso, o Supremo decide inter

partes, enquanto no controle concentrado decide *erga omnes*. E tudo isso só porque o STF, na primeira hipótese, declara a inconstitucionalidade revolvendo uma questão incidental e, na segunda, declara a mesma inconstitucionalidade solucionando a própria questão principal. Onde está a lógica disso, já que – seja decidindo incidenter tantum ou principaliter tantum – o órgão prolator da decisão é o mesmo?

Pontue-se que a norma contida no art. 52, X da Carta Magna não foi reproduzida nos Estados Unidos e nos demais países vinculados ao sistema do *Common Law*, em face da adoção princípio do *stare decisis*, mediante o qual todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário ficam adstritos às decisões emanadas da Suprema Corte. Em verdade, “a força dos precedentes que caracteriza o princípio em comento opera de modo tal que a declaração de inconstitucionalidade da lei acaba assumindo uma verdadeira eficácia *erga omnes*, a despeito de a decisão ter sido prolatada num caso concreto (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 294).”

A situação acima delineada é tratada por Gustavo Binenbojm (2001, p. 40-41), segundo o qual:

(...) do ponto de vista prático, a introdução de um sistema difuso em países ligados à tradição romano-germânica - que de resto se deu em diversos países -, que não conhecem o princípio do precedente vinculativo (*stare decisis*), típico dos sistemas de *common law*, se revelaria problemática do ponto de vista da segurança jurídica. De fato, uma determinada lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, sob o argumento da inconstitucionalidade, enquanto outros juízes, de opinião contrária, poderiam entendê-la aplicável. Ademais, é possível que se formem verdadeiras tendências contrastantes entre órgãos judiciários de diversos graus, como ocorre, v.g., entre juízes de primeiro grau - geralmente mais jovens e progressistas - e juízes de instâncias superiores -, gerando 'uma situação de grave conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado'. (...) A pleora de ações rigorosamente iguais (circunstância tão freqüente na realidade brasileira) sem uma solução célere e homogênea, além de emperrar o funcionamento da máquina judiciária, representa um foco recorrente de conflitos sociais e descrédito das instituições do Estado de Direito.

Ademais, ante às novas técnicas de decisão adotadas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, destacando-se a ampliação do controle concentrado e o reforço às decisões por ele proferidas, dotando-as de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, fica mais patente o anacronismo do instituto da suspensão senatorial.

Nesse passo, impõe a necessidade de se repensar o papel do Senado Federal no que concerne à suspensão da execução das leis declaradas

inconstitucionais em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção (BARROSO, 2009. p. 121-122).

Por outro lado, Pedro Lenza (2008, p. 156), adotando posicionamento mais conservador, entende ser necessária reforma constitucional modificando o art. 52, X para ser possível conferir efeito vinculante as decisões tomadas em sede de controle difuso, *verbis*:

Na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência – repita-se, bastante atraente – da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante.

Na Rcl. n. 4.335, ajuizada pela Defensoria Pública da União contra o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, alegou-se o descumprimento da decisão do STF no HC 82.959 (DJ de 01.09.2006), na qual a Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/90 (“Lei dos Crimes Hediondos”), que vedava a progressão de regime.

Entendeu o julgador de primeira instância, contudo, que a decisão do STF somente teria eficácia a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional pela Corte, nos moldes do art. 52, X, da Constituição Federal.

Nesse ponto, merece destaque por seu caráter explicativo acerca da temática em questão o voto lançado pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Reclamação Constitucional n. 4335-5/AC, *in verbis*:

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n 16/65 e sob a Carta de 1967/69.

No sistema constitucional de 1967/69, a ação direta era apenas uma idiosincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso. A

adoção da ADI, posteriormente, conferiu perfil diverso ao nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continuou a ser um modelo misto. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia erga omnes e de efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental.

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).

Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o Relator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava “em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava “de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial.

E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da “suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988.

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição

a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão inter partes.

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.

É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia erga omnes passaram a se generalizar.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º A).

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes.

Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988.

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para

quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, “apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.⁵⁸

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte⁵⁹, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê.

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a idéia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal.

Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos⁶¹ parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão.

(...)

Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente reclamação, para cassar decisões proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que negaram a

possibilidade de progressão de regime relativamente a cada um dos interessados acima mencionados.

Nesta extensão da procedência da reclamação, caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados (pacientes) atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Nota-se, portanto, uma aproximação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, fortalecendo, por conseguinte, o processo de vinculação vertical dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, conferindo importância à jurisdição constitucional no Brasil e reforçando o sistema de defesa da Carta Maior.

Conforme pontuado pela doutrina, “existe um processo irreversível de objetivação do controle concreto de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 70).

Neste contexto, mesmo decisões exaradas em sede de recurso extraordinário - ou seja, na via do controle incidental -, quando objeto de manifestação do Plenário do STF, gozam de efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário, abandonando-se o tradicional entendimento que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário atinge unicamente os litigantes.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, na Reclamação n. 2986 (DJ 18.03.2005), pontuou que “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”.

Na apreciação do RE 197.917-SP (DJ 10/09/2003), em que o número de Vereadores de Mira Estrela não era proporcional à população, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Orgânica Municipal, por afronta ao art. 29, IV, a, b e c da Constituição Federal.

O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, concedeu efeito *ex nunc* para assegurar a segurança jurídica, demonstrando a tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. No mesmo sentido:

[...] a tendência dominante - especialmente na prática deste Tribunal - é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em

vista o melhor cumprimento da missão precípua de 'guarda da Constituição', que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. (SE-AgR 5206 / EP – ESPANHA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/04/2004)

De fato, com a objetivação do controle concreto de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, a ampliação do objeto do recurso extraordinário, percebe-se que “está sendo reapreciado o papel e o móvel da reclamação constitucional, especialmente no que respeita a manutenção das decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade, sendo prescindível a aplicação do procedimento previsto no art. 52, X, da CF/88” (ARAÚJO, 2008, p. 352).

3.1.3 Do efeito vinculante

O efeito vinculante “obriga as cortes subseqüentes a seguirem a mesma decisão prolatada no caso precedente considerado vinculante. O princípio normativo que deriva do pronunciamento efetuado no caso precedente deve ser observado pelas cortes posteriores” (SILVA, 2005, p. 222).

Tal efeito, “decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais” (MARTINS e MENDES, 2009, p. 604).

Juliano Tavares Bernardes (2008, p. 361/362), baseado na doutrina alemã e no entendimento do STF, pontua que o efeito vinculante determina as seguintes obrigações por parte das autoridades e dos órgãos vinculados:

- a) Dever de aplicar a decisão vinculante aos casos pendentes e futuros, o que inclui a chamada “proibição de repetição” – i.e., dever de abstenção de eventuais comportamentos que contrariem a decisão vinculante;
 - b) O dever de não aplicar ou de desfazer os atos que impliquem inobservância da decisão vinculante, sempre que fática ou juridicamente ainda possível;
- (...)

- c) Dever de editar os atos normativos regulamentares que eventualmente se façam necessários à fiel observância da decisão vinculante;
- (...)
- d) Abrange outros atos normativos de “igual conteúdo”, desde que provenientes do Judiciário e do Executivo;
- e) A não-observância da decisão dotada de efeitos vinculantes caracteriza violação do dever funcional da autoridade administrativa ou judicial.

A concessão de efeitos vinculantes às decisões foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 03, de 17.03.1993 que acrescentou o § 2.º ao art. 102 da Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 102 – (...)

§ 2.º - 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.

Em 10 de novembro de 1999 foi promulgada a Lei n. 9.868 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O art. 28, parágrafo único¹² da lei em destaque estendeu o efeito vinculante à decisão prolatada em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Posteriormente, em 03 de dezembro de 1999 foi promulgada a Lei n. 9.883 que estabeleceu que as decisões prolatadas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental seriam dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu nova redação ao §2º do art. 102 da Constituição Federal¹³ e atribuiu efeito vinculante às sumulas aprovadas por 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, “sob a égide do STF, é hoje incontroverso que o ordenamento jurídico brasileiro consagra efeitos vinculantes tanto às decisões finais quanto às

¹² Art. 28 – (...).

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹³ Art. 102 – (...)

§ 2º 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.

decisões liminares proferidas em todas as ações do controle abstrato de constitucionalidade” (BERNARDES, 2008, p. 357).

3.1.3.1 Dos Limites Subjetivos

No tocante ao limite subjetivo do efeito vinculante, conforme estabelecido pela Emenda Constitucional n. 03/1993, uma vez proferida decisão no controle de constitucionalidade, os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário estão compelidos a seguir a orientação fixada, devendo guardar-lhe plena obediência (LEAL, 2006).

A adoção do instituto do efeito vinculante inexistente, contudo, para a própria corte prolatora da sentença, que não está obrigado a manter entendimento jurídico sustentado em uma decisão posterior, conforme anota Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 246):

Por serem os formadores da doutrina vinculante, os Tribunais Superiores necessitam de certa margem de liberdade para modificá-la, se razões suficientes demonstrarem necessidade de se adequar as decisões judiciais à realidade social que subjaz ao direito e que, por natureza e índole é mutável, sob pena de petrificação do direito, vez que obrigaria o Tribunal a sustentar teses anteriores que julga errôneas ou já superadas pela evolução social. É que os fatos mudam, as sociedades, notadamente na época atual, estão em contínua, inexorável e vertiginosa evolução pelo que os valores por elas socialmente compartilhados alteram-se com o decorrer do tempo.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado às suas próprias decisões, podendo modificar sua jurisprudência constitucional, devendo, contudo, fixar o momento de alteração. Assim, em homenagem ao princípio da segurança jurídica recomenda-se que o abandono do entendimento anteriormente fixado seja devidamente acompanhado de justificativas adicionais, conforme leciona Inocêncio Mártires Coelho (2000, p. 79/80):

(...) sem prejuízo de se reconhecer aos julgadores a prerrogativa ou, até mesmo, a obrigação de mudar de entendimento quando, a seu ver, melhores razões apontem para outra interpretação, ninguém imagina dispensar-lhes da exigência de explicitar aquelas razões, nem tampouco da obrigação de mostrar que esses argumentos sustentam a nova interpretação, tanto à vista do caso que se está a decidir, quanto de casos novos, da mesma espécie, que venham a surgir no futuro. Por isso é que o abandono dos precedentes exige não apenas a explicitação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentem essa

decisão, mas também uma justificação adicional dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. Quem resolve desprezar um precedente, assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato abandonar-se, sem melhores razões em contrário, um entendimento até então prevalecente.

De igual modo, o efeito vinculante não abrange o Poder Legislativo. Entendimento diverso implica em flagrante violação ao princípio da separação de poderes, afetando a relação de equilíbrio entre o legislador e o tribunal constitucional, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação n. 2617.

A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão proferida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal não alcançam o Poder Legislativo, que pode editar nova lei com idêntico teor ao texto anteriormente censurado pela Corte. Perfilhando esse entendimento, e tendo em conta o disposto no § 2º do art. 102 da CF e no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, o Plenário negou provimento a agravo regimental em reclamação na qual se alegava que a edição da Lei 14.938/2003, do Estado de Minas Gerais, que instituiu taxa de segurança pública, afrontava a decisão do STF na ADI 2424 MC/CE (acórdão pendente de publicação), em que se suspendera a eficácia de artigos da Lei 13.084/2000, do Estado do Ceará, que criara semelhante tributo. Ressaltou-se que entender de forma contrária afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição. Rcl 2617 AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 23.2.2005. (Rcl-2617)

Assim, “não há vinculação ao Poder Legislativo, reformulando posição anterior, podendo este reincidir na inconstitucionalidade, não lhe sendo vedado votar lei de conteúdo idêntico à anteriormente declarada inconstitucional” (PALU, 2001, p. 229).

3.1.3.2 Dos Limites Objetivos

Quanto ao aspecto dos limites objetivos do efeito vinculante, impende questionar se tal efeito está adstrito à parte dispositiva do provimento jurisdicional ou se ele abrange também os chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante se estende também às observações ditas de passagem, ou seja, ao denominado *obiter dicta*.

Os aspectos concernentes aos limites objetivos do efeito vinculante estão indubitavelmente relacionados com o papel das cortes constitucionais em um moderno Estado Democrático de Direito.

Tal papel, pontue-se, “não se restringe apenas ao de solucionar disputas intersubjetivas, mas prover, dentro dos limites que o ordenamento jurídico lhe confere, pautas gerais de condutas para os membros da sociedade, a fim de distribuir justiça em termos coletivos e permitir uma maior previsibilidade das conseqüências jurídicas do atuar humano” (SILVA, 2005, p. 223).

Nesse contexto é que se passa a analisar os limites objetivos do efeito vinculante, perquirindo se mencionado efeito transcende o dispositivo do julgado, alcançando a *ratio decidendi*, isto é, seus fundamentos determinantes.

4 DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O USO DA RECLAMAÇÃO

É cediço que a existência de decisões conflitantes entre si acerca de um mesmo tema acarreta insegurança jurídica, injustiça e multiplicação de processos sobre idêntica matéria.

É, pois, nessa seara que se insere a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes como resposta à necessidade de preservar a força normativa da Constituição, resolvendo-se – em parte – a problemática da multiplicidade de decisões conflitantes emanadas do Poder Judiciário, prestigiando a economia processual, eficiência e segurança jurídica.

4.1 Considerações iniciais

O fenômeno da transcendência reflete uma preocupação com a integralidade normativa da Constituição, posto que para garantir a supremacia formal e material, necessário se faz reconhecer que a eficácia vinculante diz respeito não somente à parte dispositiva do julgado, estendendo-se, ainda, aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao conferir efeitos vinculantes aos motivos determinantes das deliberações da Corte Maior vincula-se não apenas a parte dispositiva da decisão judicial, mas também a fundamentação. Em outras palavras,

o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado (MENDES, *on line*).

É clássico no pensamento constitucional que “em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito” (REALE, 1996, p. 15).

Nesta linha, deriva a aplicação da teoria em comento “(...) da necessidade de cada uma das decisões do STF vincular ao próprio tribunal e aos demais juízes dando sentido à função da mais alta Corte brasileira diante do sistema de controle de constitucionalidade” (MARINONI, 2009, p. 175).

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes consagra a observância dos precedentes judiciais exarados pela Corte Constitucional, vedando-se a violação do conteúdo essencial das decisões.

Para Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 112/113) a importância dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes na jurisdição constitucional justifica-se

"ante a recalcitrância dos demais poderes, sobretudo mediante alteração material dos atos e condutas declarados inconstitucionais, é possível constatar certa insuficiência na eficácia das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional. A limitação da autoridade da decisão apenas à sua parte dispositiva, a exemplo do que ocorre com as demais decisões judiciais, não observa tais implicações. Em regra, essa parte do julgado cinge-se, no máximo, a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo. [...] A imposição da *ratio decidendi* que presidiu a decisão aos demais poderes teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração do comportamento julgado inconstitucional, bem como a obrigação de eliminar os demais atos que encerram o mesmo vício apontado"

Nesse contexto, afigura-se necessário empenho concernente à questão da uniformidade do direito, aumentando a previsibilidade do resultado do processo.

De fato, “a exigência de interpretação e aplicação, tanto quanto possível, homogênea do *ius positum* tem efetivamente ocupado a atenção do legislador pátrio, inclusive, por certo, como meio de minimizar o afluxo exagerado de demandas” (TUCCI, 2004, p. 258).

4.1.1 Da eficácia dos precedentes judiciais

Nesta ordem de idéias, impende fazer breves considerações acerca da eficácia dos precedentes judiciais como mecanismos processuais de unificação do entendimento dos Tribunais.

Na *common law*, sistema predominante nos Estados Unidos¹⁴ e na Inglaterra, a lei não é tida como fonte principal. A jurisprudência é a fonte formal de referência legal, “cabendo à lei o lugar de fonte secundária, incumbida de trazer corretivos e adjunções aos princípios firmados pelos tribunais. Revela-se, assim, casuísta e jurisprudencial” (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 64 net).

O sistema do *stare decisis* busca, mediante a vinculação das decisões judiciais aos precedentes jurisdicionais que versem sobre o mesmo tema, assegurar a certeza do direito, posto que casos semelhantes são decididos de uma forma similar, antevendo, portanto, qual a solução a ser adotada pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Toni M. Fine (2000, p. 90):

A doutrina do *stare decisis* repousa no princípio de que um Tribunal é uma instituição requisitada a aplicar um corpo de leis, e não um mero grupo de Juízes proferindo decisões isoladas nos casos a eles submetidos. Assim sendo, as regras de direito não devem mudar caso a caso ou de Juiz a Juiz. Tal doutrina também manifesta o reconhecimento de que aqueles que se encontram engajados em transações baseadas nas regras de direito que estão prevalecendo podem confiar em tal estabilidade. Em suma, o *stare decisis* promove um imparcial, previsível e consistente desenvolvimento dos princípios legais; fomenta confiança nas decisões judiciais; e contribui para a real integridade do processo judicial.

¹⁴ Existem quatro instrumentos de capital importância para a exata compreensão do sistema norte-americano que se ampara no chamado *stare decisis*, quais sejam, a *ratio decidendi* (*holding*), o *Obter Dictum*, o *Distinguishing* e o *Overruling*. A *ratio decidendi* é a razão determinante para o julgado, ou seja, o motivo da decisão judicial. No sistema norte-americano, o juiz tem a liberdade de se utilizar dos precedentes como sua *ratio decidendi*, ou seja, os precedentes são fonte formal e material de Direito. É a *ratio decidendi* que se torna vinculante para os demais juízes e para as partes. Se através do *distinguishing* ou do *overruling* o juiz não encontra uma forma de aplicar decisões anteriores acerca do tema, existe uma importante margem de liberdade para extrair do ordenamento como um todo, o princípio a partir do qual irá se decidir aquele caso concreto (poder de criação). Esta *ratio* passa a ser motivo determinante da decisão e se torna abstrata a ponto de permitir sua aplicação por outros juízes no futuro.

Já no caso do chamado *obter dictum* – fundamentos de fato e de direito – estes não vinculam os demais juízes, na medida em que são apenas elementos acessórios em favor de uma determinada solução. Note-se que somente as decisões publicadas podem ser consideradas precedentes e os juízes podem-se negar a publicá-las, visando ampliar sua liberdade futura.

O método do *distinguishing* é aplicado pelos juízes norte-americanos de maneira a buscar similitude entre os fatos que compuseram um caso concreto anterior e os fatos que compõem o atual. Não havendo semelhança substancial entre os fatos do caso anterior e os do caso atual, o juiz da causa rejeitará a aplicação do precedente invocado. Somente se o juiz do caso verificar que não existe similitude fática entre o caso anterior e o atual é que pode deixar de aplicar este precedente, mesmo que intimamente o considere incorreto.

Finalmente, no sistema do *stare decisis* temos o caso de revogação (*overruling*) que permitem a evolução da jurisprudência. Existem (tradicionalmente) cinco critérios para se aplicar o *overruling*: (1) respeito às expectativas legítimas, (2) um precedente interpretativo não deve ser revogado, (3) deve-se evitar a produção de consequências imprevisíveis, (4) não se deve utilizar o *overruling* para produzir amplas reformas e o (5) precedente anterior não pode ser revogado pelo simples fato de que a Corte atual o considera equivocado. (APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 59-60)

Mediante o mencionado sistema objetiva-se o estabelecimento de um critério uniforme na interpretação e aplicação das leis – prestigiando o princípio da segurança jurídica.

Ressalte-se, por importante, que nem tudo quanto consta do julgado configura precedente. Nesse ponto, merecem destaque as ponderações feitas por Edilson Pereira Nobre Junior (2002, p. 64):

a) apenas as questões de direito se dirigem aos casos futuros; b) entre as proposições de direito afirmadas no julgamento, somente deve ser respeitado aquilo que foi considerado necessário para a decisão, denominado *ratio decidendi*, em contraposição ao *obiter dicta*, o qual não merece ser levado em consideração.

No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12) pontua que “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.

Toni M. Fine (2000, p. 90) destaca que a doutrina do precedente conduz, em regra, a um aperfeiçoamento do processo decisório judicial e um fortalecimento institucional do Judiciário. O autor em destaque enumera três razões que justificam seu entendimento, quais sejam,

Eficiência do processo decisório

Quando um Tribunal decide uma questão com base em regras e princípios articulados em casos anteriores, esse Tribunal está na verdade preservando uma reserva preciosa e escassa. Em vez de ter que reconsiderar cada questão como que se a mesma nunca tivesse sido considerada antes, o Juiz poderia usar sua energia para se concentrar em questões de direito de maior magnitude e importância, sobre as quais pairam controvérsias mais agudas.

Fortalecimento do processo decisório enquanto instituto jurídico

Quando cidadão e entidades dentro de um Estado de Direito vêem que os Tribunais tratam partes em situações semelhantes da mesma forma, um nível de confiança tal se desenvolve no sistema jurídico que, caso contrário, poderia não se encontrar presente. De maneira que, quando os Tribunais demonstram uma vontade de aplicar a lei de maneira consistente e equânime, os cidadãos desenvolvem um elevado senso de fé e confiança no Judiciário, que, por seu turno, reverte em um fortalecimento no sentimento de Justiça.

Também porque a doutrina do *stare decisis* significa que a decisão judicial de hoje será o precedente de amanhã, os Juízes precisam ter um incentivo para tomar o maior cuidado ao formular suas opiniões e ao desenvolver uma linha de raciocínio adequada a tal opinião.

Estabilidade

Um sistema legal baseado no precedente judicial tende a influenciar profundamente os cidadãos por meio de um senso de estabilidade e confiança no regime legal. Se as regras de direito são constantemente reformuladas e aplicadas de maneira inconsistente, o sistema como um

todo dá a impressão de instabilidade. A aplicação de princípios bem fundamentados inspira confiança nas regras de direito e nas instituições que as promovem.

A eficácia do precedente difere em cada sistema jurídico. Conforme já assinalado, nos países regidos pela *common law* o precedente judicial é fonte formal do direito, enquanto no âmbito da *civil law* o precedente apresenta-se como método hermenêutico auxiliar do julgador - configurando como fonte secundária do direito.

Contudo, conforme anota Tucci (2004, p. 18), “os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina.”

Observa-se, portanto, a crescente importância dos precedentes judiciais no desenvolvimento do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se, ainda, que o legislador tem “caminhado na direção do fortalecimento da jurisprudência através de várias alterações legislativas no campo processual, que passaram a reconhecer a adequação ao entendimento sumulado ou à jurisprudência dominante dos tribunais superiores” (SILVA, 2005, p. 163).

O legislador infraconstitucional, conferindo importância aos precedentes, dispôs no artigo 38 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, que “o Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

A Emenda Constitucional n. 03/93 atribuiu efeito vinculante às decisões proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade. Após, por meio das Leis n. 9.868/1990¹⁵ e 9.882/1990¹⁶, o legislador ampliou o âmbito de aplicação do efeito vinculante para abranger as decisões exaradas em qualquer processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Posteriormente, com a promulgação da emenda constitucional n. 45/2004, o legislador constituinte derivado estendeu o efeito vinculante também ao controle de

¹⁵ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

constitucionalidade exercido de modo difuso pelo Excelso Pretório através da adoção da súmula vinculante.

Nesse contexto, constata-se “a passos largos, o caminho de adoção, no Brasil, do precedente judicial com força vinculante em situações nas quais se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político” (TUCCI, 2004, p. 271).

Seguindo essa linha evolutiva de conferir maior força ao precedente judicial é que se passa a analisar a teoria dos motivos determinantes.

4.2 Fundamentos teóricos da teoria dos motivos determinantes

Na visão tradicional da doutrina, o efeito vinculante está limitado à parte dispositiva do julgado, a despeito da relevância dos seus outros capítulos, concernentes ao relatório e à fundamentação.

Assim, a avaliação das questões prejudiciais dirimidas (exceto se proposta a demanda declaratória incidental, nos termos do art. 325 do Código de Processo Civil), das circunstâncias fáticas e das razões de decidir, mesmo que determinantes para a análise da demanda, não são albergadas pela *res judicata*.

Nesse passo, Moacyr Amaral Santos (2008, p. 68) pontua que “ajudam os motivos o esclarecimento do *decisum*, podem mesmo determinar o entendimento e o alcance deste, isto é, do dispositivo da sentença, mas não fazem coisa julgada”.

Ocorre, contudo, que em se tratando de jurisdição constitucional, superada a visão clássica dos limites objetivos da coisa julgada, doutrina e jurisprudência têm reconhecido a eficácia vinculante não apenas da parte dispositiva do provimento jurisdicional exarado em sede de controle de constitucionalidade, mas também aos fundamentos que deram azo ao *decisum* (MARTINS e MENDES, 2009).

É que, cuidando-se de demandas de controle de constitucionalidade, limitar o efeito vinculante unicamente ao dispositivo do julgado pode implicar a continuidade de inconstitucionalidades já reconhecidas pela Egrégia Corte.

Ademais, nas palavras de Gilmar Mendes (*on line*), “a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo descipiendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei”.

Assim, como conseqüência da aplicação da transcendência dos motivos determinantes, tribunais e magistrados devem observar não apenas a conclusão do julgado, mas também os fundamentos determinantes justificantes do caso precedente.

A inspiração do efeito vinculante, bem como da teoria da transcendência dos motivos tem sua origem no direito germânico a partir de uma interpretação do que preceitua o item 1 do §31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional, *verbis*: “As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da federação e dos estados, assim como todos os órgãos judiciais e autoridades administrativas” (*apud* LEAL, p. 118).

Enquanto em relação à coisa julgada domina a idéia de que ela há de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão. É o que escreve Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (1994, p. 99):

A Corte Constitucional alemã sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungswirkung*), previsto no §31, 1, da Lei Orgânica do Tribunal, como instituto mais amplo do que a coisa julgada (e do que a força de lei, por conseguinte), exatamente por tornar obrigatória não apenas observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos chamados fundamentos determinantes (*tragende Grund*). Os órgãos e autoridades federais e estaduais, bem como os juízes e Tribunais, estariam, assim, vinculados às assertivas abstratas (*abstrakte Rechisaussagen*) da Corte Constitucional. A decisão não resolveria apenas o caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro. Segundo esse entendimento a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos determinantes (*tragende Grund*) sobre a interpretação da Constituição hão de ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Tem-se, pois, na visão da doutrina alemã que “a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros” (MENDES e MARTINS, 2009, p. 600)

Nesse passo, deve-se compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão, diversa da dispositiva, às entidades relacionadas e aos órgãos no texto normativo. “Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado.” (LEAL, 2006, p. 150).

É preciso consignar, todavia, que nem toda a fundamentação utilizada pelo julgador para chegar à conclusão contida na parte dispositiva possui eficácia vinculante. Para tanto, necessário distinguir as razões de decidir (*ratio decidendi*), dos simples motivos secundários ditos apenas para embasar a argumentação principal (*obter dicta*). É o que se passa a fazer.

No que tange à nomenclatura do instituto em estudo, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 182) destaca que as expressões *ratio decidendi* e *holding* referem-se ao mesmo elemento do provimento judicial. Ou seja, “são expressões sinônimas. A primeira delas é própria do direito norte-americano, enquanto a segunda, do direito inglês.” Para efeito deste trabalho, utilizar-se-á a expressão *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi*, nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto” (2004, p. 175). Em outras palavras, é “o argumento de direito que foi decisivo para a solução do caso (MENDES *apud* NOBRE JÚNIOR, 2002)”.

Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 182), ao discorrer sobre a *ratio decidendi*, pontua que:

Quando se tem em vista a específica decisão proferida no caso concreto, *holding* nada mais é do que opinião da corte sobre a questão de direito que lhe é posta para análise. Em termos descritivos, a *ratio decidendi* implica simplesmente na explanação da justificação da corte para sua decisão baseada em uma análise sociológica, histórica ou até mesmo psicológica. O resultado dessa análise é considerado verdadeiro ou falso como uma questão de fato. Em termos prescritivos, a *ratio decidendi* se refere ao julgamento normativo, ou seja, uma questão de direito. Nesse último sentido, portanto, *holding* é o princípio jurídico que o Tribunal estabeleceu para decidir aquele específico caso.

Assim, a *ratio decidendi*, ‘é uma regra expressa ou implicitamente prolatada por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito colocada em discussão pelos argumentos das partes em um caso, sendo uma questão sobre a qual uma regra era necessária para justificar a decisão no caso’.

Já o “*obter dictum* (‘coisa dita de passagem’) são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, não vinculam para fora do processo”. (LENZA, 2008, p. 171).

Assim, *obter dictum* consiste nos argumentos que são consignados apenas de passagem na motivação do provimento judicial, “consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão prescindível para o deslinde da controvérsia” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 383).

Nesse passo, face ao consignado, “somente deve ser respeitado aquilo que foi considerado necessário para a decisão, denominado *ratio decidendi*, em contraposição ao *obiter dicta*, o qual não merece ser levado em consideração. Vê-se que a parte vinculativa é a *ratio decidendi*, núcleo essencial da decisão” (EDILSON, 2002).

A determinação de quais as considerações contidas na motivação da decisão judicial proferida se amoldam na categoria de fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* “constitui uma das principais dificuldades enfrentadas na aplicação prática do efeito vinculante nos países que o adotam” (LEAL, 2006, p. 168).

Visando aclarar tal questão, Freddie Didier Júnior (2010, p. 383) assevera que o *obiter dictum* normalmente é definido de forma negativa. Em outros termos, “é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É apenas algo que se faz constar de passagem, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.”

No mesmo sentido, expõe José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 177):

Para a correta interferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva. Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.

De fato, em matéria de vinculação o que importa é a *ratio decidendi*, elucidou o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da Reclamação 1987: “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’”.

Contudo, inobstante a importância da teoria da transcendência dos motivos determinantes para, dentre outros objetivos, preservar a força normativa da Constituição, não se desconhece as críticas formuladas à teoria em comento.

Leonardo Martins (*apud* BERNARDES, 2008) acentua que mesmo na Alemanha, país onde foi inicialmente adotada, a doutrina da teoria dos motivos determinantes alcançou mais repulsa do que concordância.

Nessa linha, Schlaich e Habele (*apud* BERNARDES, 2008, p.373/374) enumeram várias objeções formuladas por doutrinadores alemães à denominada “canonização” das frases e dos motivos utilizados pelo Tribunal Constitucional em seus provimentos jurisdicionais. Destacam-se as seguintes críticas:

- a) Passado algum tempo, não se sabe claramente quais os motivos formaram verdadeiramente a base de uma decisão (são as declarações logicamente obrigatórias para a decisão ou são aquelas que o Tribunal considera como obrigatórias?);
- b) A opção do Tribunal Constitucional mostra-se em desacordo com o caráter necessariamente aberto da interpretação constitucional;
- c) A tese extensiva promove o engessamento da significação dos direitos fundamentais, que passam a ser traduzidos como “concepções jurídicas gerais”;
- d) A “canonização” reduz, somente às vias de reforma constitucional, as possibilidades de correção legislativa das decisões do Tribunal Constitucional;
- e) A tese extensiva impede o estabelecimento de um “colóquio jurídico” Fazendo com que os juízes percam a coragem de avançar por interpretações diversas, além de bloquear o surgimento de eventuais opiniões divergentes, o que termina por obstruir, ao menos em parte, “a sociedade aberta dos interpretes da constituição”.

Gilmar Ferreira Mendes (*on line*), ciente das desvantagens das críticas formuladas a teoria em tablado, acentuou 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.”

Edilson Pereira Nobre Júnior (2002, p. 64), rebatendo as argumentações contrárias, pontua que não se pode acolher o raciocínio de que o efeito vinculante petrificaria o direito, posto que “quando se pretende adotar a vinculação dos precedentes (...) não se quer dizer que tais decisões permaneçam, pela eternidade, imutáveis.”

Ainda no mesmo diapasão, Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 223) tece os seguintes comentários:

O efeito vinculante tem por finalidade exatamente de modo imediato incrementar a certeza jurídica e, assim, mediatamente, assegurar a justiça. Para alcançar esse desiderato, o efeito vinculante precisa superar a visão clássica dos efeitos da coisa julgada que se limita à parte dispositiva da sentença para abranger também os seus fundamentos justificantes. Essa peculiaridade não é apenas um aspecto desejável, mas imprescindível para a fecunda operacionalização do sistema. Isso tanto mais é verdade, que o princípio que governa o caso, e a fortiori, vincula o resultado nos casos subseqüentes, só pode ser aferido quando cotejado com as razões justificadoras do resultado.

Assim, a limitação do efeito vinculante apenas à parte dispositiva do julgado, certamente, “diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional” (MENDES, *on line*).

Os motivos dados pelo STF para admitir a transcendência dos motivos determinantes vêm expostos, v.g., na seguinte decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na RclMC 2.986/SE (*apud* BERNARDES, p. 379):

Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES ("O Controle Concentrado de Constitucionalidade", p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES ("Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas). Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade", p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. E MARIA HELENA DINIZ, "Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia", p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput"), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema:

"(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)" (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES)

A aplicação da teoria dos motivos determinantes, conforme já consignado, visa impedir a violação ao conteúdo essencial da decisão exarada pelo Pretório Excelso, preservando-se a força normativa da Constituição. Nesse sentido, veja-se Reclamação n. 2986/SE, relator Min. Celso de Mello, *in verbis*:

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: “[...] A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. [...] A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. [...]” (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES).

O Pretório Excelso, ao conferir efeito transcendente, objetiva evitar que a Corte tenha que se pronunciar sobre o mesmo assunto em cada pedido de idêntico teor, racionalizando, portanto, a prestação da tutela jurisdicional.

Ao tratar do efeito vinculante, o Ministro Mauricio Correa, aludiu, de forma expressa, à “transcendência dos fundamentos determinantes” e à “violação do conteúdo essencial”. Eis a parte do seu voto proferido na Reclamação n. 1987 que externa de forma irrefutável a transcendência dos motivos determinantes da decisão.

[...] A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me a recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (RCL 2126, DJ de 19/08/02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segunda a qual a “eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros”, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

[...]

Ressaltou o Ministro Pertence, agora na RCL 1169-PR (DJ de 31/05/02), que ‘jamais vacilou a respeito o Tribunal na caminhada já longa da construção pretoriana da reclamação, que não visa julgar pretensões inéditas, mas, unicamente, a fazer respeitada, nos seus limites objetivos e subjetivos, a autoridade de anterior julgado definitivo da Corte sobre a lide decidida’.

[...] Por fim, rogando ao Ministro Pertence mais uma vez permissão, cito o voto que proferiu na RCL 399-PE, DJ de 24/03/95, em que revelou sua tendência a “admitir a reclamação em casos como o presente, onde não está em causa a independência jurídica dos órgãos jurisdicionais, mas sim, na mesma sede administrativa, o sistemático desacato pelo colegiado reclamado à substância da decisão suspensiva do seu ato normativo sobre a mesma questão.

No bojo da Reclamação 4219, o Supremo retomou a discussão da aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes para externar entendimento contrário à respectiva adoção. Na ocasião, 5 ministros manifestaram os seus votos no sentido da impossibilidade da utilização da reclamação na hipótese descrita, sob o fundamento de não ser possível estender os efeitos vinculantes de

decisão proferida em ADI ou ADC a outra lei. Assim, parte da Corte Suprema rechaça a aplicação da teoria dos motivos determinantes, defendendo que os fundamentos da decisão não se aplicam à ações diversas. Em posicionamento diametralmente oposto, manifestaram-se 4 ministros, manifestando favoravelmente à tese da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes à decisão exarada no controle abstrato de constitucionalidade. Conforme sinteticamente relatado nos informativos 441 e 458, tem-se, respectivamente, o posicionamento contrário e favorável à aplicação da teoria em comento:

INFORMATIVO Nº 441

Reclamação e Efeito Vinculante de Decisão do STF - 2

Quanto à primeira questão de ordem, o relator entendeu que a reclamação teria sido mal dirigida, porquanto, com a cassação do ato judicial impugnado, não adviria qualquer benefício imediato ao reclamante, tendo em conta a subsistência do ato administrativo do Governo do Estado de São Paulo, que tem presunção de legitimidade. Além disso, aduziu que, tratando-se de ato administrativo alegadamente ofensivo à autoridade da decisão do STF, e anterior à sua manifestação definitiva, em ação direta de inconstitucionalidade, sobre a interpretação de determinada disposição constitucional, seria necessário exigir-se da parte interessada, na reclamação, a provocação da Administração acerca dessa ofensa, com base nos artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99, a fim de garantir o regular funcionamento do Tribunal, consideradas as preocupações práticas para tornar o mais preciso possível o âmbito de discussão cabível na reclamação. Em relação à segunda questão de ordem, o relator considerou que o efeito vinculante da decisão proferida na ADI 2602/MG não alcançaria o ato impugnado, haja vista não ser viável aplicar fundamentos determinantes de decisão em controle concentrado a processos referentes a questões oriundas de outras unidades da federação. Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence, adiantou seu voto e, salientando que o que se faz vinculante, nos termos do § 1º do art. 103-A da CF, é a decisão do STF sobre norma determinada, ou seja, a norma impugnada, acompanhou a conclusão do relator relativamente à segunda questão de ordem, no que foi seguido pelo Min. Carlos Britto. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Eros Grau. Rcl 4219/SP, rel. Min Joaquim Barbosa, 21.9.2006. (Rcl-4219)

INFORMATIVO Nº 458

Reclamação e Efeito Vinculante de Decisão do STF - 4

No que se refere à segunda questão de ordem, o Min. Eros Grau entendeu que o que produz eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do disposto no § 2º do art. 102 da CF, é a interpretação conferida pelo Supremo à Constituição, além do seu juízo de constitucionalidade sobre determinado texto normativo infraconstitucional, estando, portanto, todos, sem distinção, compulsoriamente afetados pelas consequências normativas das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Ressaltou que a decisão dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante não se confunde com a súmula vinculante, haja vista operarem em situações diferentes: esta, que é texto normativo, no controle difuso; aquela, que constitui norma de decisão, no concentrado. Dessa forma, concluiu que a decisão de mérito na ADI ou na ADC não pode ser concebida como mero precedente vinculante da interpretação de texto infraconstitucional, asseverando que as decisões do Supremo afirmam o que efetivamente diz

a própria Constituição e que essa afirmação, em cada ADI ou ADC, é que produz eficácia contra todos e efeito vinculante. Após o voto da Min. Cármen Lúcia, que acompanhava o voto do relator, e dos votos dos Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que acompanhavam a divergência, pediu vista dos autos a Min. Ellen Gracie, presidente. Rcl 4219/SP, rel. Min Joaquim Barbosa, 7.3.2007. (Rcl-4219)

A partir dessas considerações, embora carecedora de pacificação no âmbito da Corte, a aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes busca uniformizar o entendimento no âmbito do Poder Judiciário, prestigiando o princípio da segurança jurídica e da força normativa da Constituição.

4.3 Reclamação para assegurar a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

O resultado prático do efeito vinculante da decisão do Supremo depende, sobretudo, da “existência de conseqüências jurídicas eficazes em face da sua inobservância por seus destinatários. A ausência de sanção adequada conduz à inocuidade do instituto e à manutenção do estado de recalcitrância política” (LEAL, 2006, p. 164).

Conforme pontua Kelsen (1985, p. 36), é inerente à própria ordem jurídica se insurgir “contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas”, por meio de instrumentos processuais que visem assegurar a observância das decisões da mais alta corte do Poder Judiciário.

“A sanção ao comportamento recalcitrante é a decorrência prática mais evidente do efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira” (LEAL, 2006, p. 164).

É neste cenário que sobressai a importância da reclamação, instrumento hábil a resguardar a vinculação da *ratio decidendi*, repelindo decisões judiciais e atos normativos incompatíveis com a Lei Fundamental, conforme consigna Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 150):

Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação aos seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade.

É, portanto, em virtude da vinculação aos fundamentos da decisão precedente, que “é legítimo o manejo da reclamação alegando afronta ao decidido, liminar ou definitivamente, em ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, ou em controle incidental” (SILVA, 2005, p. 230).

Nesse sentido, é oportuna a transcrição parcial do voto da lavra do Min. Gilmar Mendes nos autos da Reclamação n. 4.987 MC/PE (DJ 13/03/2007):

A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.

Destarte, com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes, resta possível pleitear diretamente ao STF a manutenção da autoridade de suas decisões através do instituto da reclamação.

CONCLUSÃO

No direito pátrio, inicialmente, a reclamação foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal, mediante construção jurisprudencial fulcrada na teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), originária no direito norte-americano.

A Carta Magna de 1946, no art. 97, inc. II, passou a prever a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal elaborar o seu Regimento Interno. Assim, no ano de 1957, sob a égide da Constituição de 1946, houve a incorporação da reclamação no Regimento Interno do Pretório Excelso.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conferiu-se ao STF e ao STJ, respectivamente, competência para processar e julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, findando-se as discussões acerca da constitucionalidade do instituto em comento.

A reclamação constitucional é medida processual tipicamente brasileira, inexistindo no direito estrangeiro o instituto da reclamação nos moldes conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

A natureza jurídica da reclamação, conforme destacou-se no desenvolvimento do trabalho, é questão bastante controvertida na doutrina. Há os que entendem tratar-se de ação, outros defendem sua natureza recursal, enquanto para alguns, a reclamação seria apenas uma representação de cunho processual.

Inobstante tal divergência, constata-se que, diante dos argumentos consignados por balizados doutrinadores, a reclamação constitucional possui a vocação cognitiva da ação. Isto porque busca-se com o ajuizamento da reclamação obter uma prestação jurisdicional assecuratória da autoridade dos julgados exarados pela Corte Maior, impedindo a invasão de competência ou mácula a súmula vinculante.

A Constituição Federal e a Lei 8.038/90 estabelecem as hipóteses cabíveis para o ajuizamento da reclamação, quais sejam, preservação de competência, garantia da autoridade das decisões e o respeito às súmulas vinculantes.

Firmou-se a importância da reclamação constitucional para assegurar a autoridade dos motivos determinantes dos julgados do Supremo Tribunal Federal externadas em sede de controle de constitucionalidade.

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes consagra a observância dos precedentes judiciais proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, vedando-se a violação do conteúdo essencial das decisões. Assegurando-se a força normativa da Constituição resolve-se, em parte, a problemática da multiplicidade de decisões conflitantes emanadas do Poder Judiciário, prestigiando a economia processual, eficiência e segurança jurídica.

Há que se consignar, contudo, que doutrina tradicional entende que o efeito vinculante está limitado à parte dispositiva do provimento jurisdicional. Observa-se, por outro lado, que em se tratando de jurisdição constitucional, doutrina e jurisprudência têm, paulatinamente, reconhecido a eficácia vinculante não apenas da parte dispositiva do julgado exarado em sede de controle de constitucionalidade, mas, também, aos fundamentos que deram azo ao *decisum*.

Quanto ao aspecto dos limites objetivos do efeito vinculante, nota-se que o efeito vinculante abrange o dispositivo do julgado e seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), não abrangendo às coisas ditas de passagem, o denominado *obiter dicta*.

É neste cenário que sobressai a importância da reclamação, instrumento hábil a resguardar a vinculação da *ratio decidendi*, repelindo decisões judiciais e atos normativos incompatíveis com a Lei Fundamental.

Constata-se, também, tendência doutrinária e jurisprudencial de ampliar a eficácia vertical da decisão exarada pela Corte Excelsa em controle difuso de constitucionalidade, afigurando-se desnecessária a providência insculpida no art. 52, X da Carta Magna,

Nesse passo, verifica-se uma aproximação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, consolidando o processo de vinculação vertical dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, fortalecendo, conseqüentemente, o sistema de defesa da Carta Maior.

Diante deste cenário, com a objetivação do controle concreto de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a ampliação do objeto do recurso extraordinário, a reclamação constitucional vem adquirindo novos

contornos, mormente no que concerne à manutenção das decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

Assim, diante dos novos entendimentos externados tanto pela doutrina como pela jurisprudência, sobressai a importância da reclamação como instrumento hábil a resguardar a vinculação da *ratio decidendi* do *decisum*, assegurando a eficácia das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante o avanço da teoria dos motivos determinantes, há várias objeções formuladas por doutrinadores à denominada “canonização” das frases e dos motivos utilizados na decisão judicial. Insta pontuar que o STF ainda não possui posicionamento definitivo acerca do tema.

Contudo, tais críticas não têm o condão de enfraquecer a teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois que - dentre outros argumentos - negar a possibilidade do manejo da reclamação para assegurar a vinculação da *ratio decidendi* e, conseqüentemente, do núcleo essencial das decisões exaradas pelo STF, constitui inegável enfraquecimento da força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.2.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Verticalização das Decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária, *Revista de Processo*. Ano 33, n. 164, out. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 2002.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodivm, 2008.

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. (tradução de Maria Celeste C. J. Santos). Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 141, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2002, DJ 07-02-2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - ADI 3043/MG, Rel. Min. Rocha Lagoa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno julgado em 25/01/1952, DJ 17-04-1952. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - ADI 2212/ CE, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 14-11-2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 4107, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2006, DJ 01-12-2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 1880 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 2398, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2005, DJ 24-02-2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 449 AgR – Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 12/12/1996, DJ 21-02-1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - ADI 748 – Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 15/02/1996, DJ 15-12-2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 4335– Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 21/08/2006, publicado em DJ 25/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 2986 MC – Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 11/03/2005, publicado em DJ 18/03/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - SE 5206 AgR – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 2617 AgR – Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2005, DJ 20-05-2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 1987 – Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21-05-2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 4219 MC – Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 27/03/2006, publicado em DJ 31/03/2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl 4987 MC – Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 07/03/2007, publicado em DJ 13/03/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *O princípio do stare decisis e a decisão do STF no controle difuso de constitucionalidade. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodivm, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em Juízo*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista de Processo*. V. 782, dez. 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação. *Revista brasileira de ciências criminais* – RBCCRIM. V. 38, n. 75. Abril/junho. 2002.

_____. Paixão e morte do "contempt of court" brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

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

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. n. 172, jun. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geraç no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10.11.1999*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 09 jun. 2010.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista de Processo*. V. 105, jan./mar. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PACHECO, José da Silva. *A "Reclamação" no STF e no STJ de Acordo com a Nova Constituição*. São Paulo: 1989.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996

SANTOS, Alexandre Moreira Tavares dos. *Da Reclamação*. Ano 92. Volume 808. São Paulo: RT, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. V. 3, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: RT, 1989.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um Enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.