

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
NÉRIO ANDRADE DE BRIDA

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DE CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Umuarama
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
NÉRIO ANDRADE DE BRIDA

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DE CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada à
Universidade Paranaense – Unipar –
como requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto
de Souza

Orientador Ad Hoc: Prof. Dr. Adauto
de Almeida Tomaszewski

Umuarama
2007

NÉRIO ANDRADE DE BRIDA

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DE CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada à
Universidade Paranaense – Unipar –
como requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto
de Souza

Orientador Ad Hoc: Prof. Dr. Aduino
de Almeida Tomaszewski

Banca Examinadora

Prof. Dr. Aduino de Almeida Tomaszewski

Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho

Umuarama
2007

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho à minha esposa
Priscila e meu querido filho Otavio*

AGRADECIMENTOS

Deus, porque nos dá a vida e o ânimo, nos sustenta em seu amor e nos provê de todas as formas, inclusive da sabedoria;

Minha esposa Priscila e ao meu filho Otavio, que durante todo o tempo necessário foram pacientes na minha ausência;

Meus pais, Nério e Vanda, cujo a vida me é exemplo de união, dedicação e trabalho;

Meu orientador Prof. Dr. Paulo Roberto de Souza, cujo a sapiência e paciência em me mostrar os caminhos foi primordial para a conclusão deste trabalho;

Meus colegas, Ricardo, Rodolfo e Gabriela, que auxiliaram nos trabalhos do escritório nos dias em que me dedicava aos estudos, especialmente ao Rodolfo por me auxiliar em algumas pesquisas;

Amigo Alessandro Otavio Yokohama, que foi mentor sobre alguns questionamentos que fiz enquanto desenvolvia minhas teses;

Secretaria do Mestrado, em especial a Rose, que, sempre prestativa, jamais deixou atender as necessidades de todos os acadêmicos;

Professores do mestrado, cujo conhecimento transmitido foi essencial para meu crescimento pessoal;

EPÍGRAFE

“O temor do Senhor é o princípio do saber, mas os loucos desprezam a sabedoria e o ensino” (Bíblia Sagrada, Provérbios, capítulo 1, versículo 7)

RESUMO

A reclamação é processo de competência atribuída ao STF e ao STJ no artigo 102, inciso I, alínea “l” e no artigo 104, inciso I, alínea “f”, respectivamente da CF, para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. O nome de reclamação é seguido do adjetivo “constitucional” atribuído pela escassa doutrina existente sobre o assunto, dado seu nítido conteúdo de instrumento de garantia das atribuições constitucionais do STF sobre sua competência ou autoridade de suas decisões. A reclamação foi criada por precedentes jurisprudenciais no STF no início do século XX com base na teoria dos poderes implícitos, vindo a ser introduzida no Regimento Interno em 1957 por sugestão dos Min. Ribeiro da Costa e Lafayette de Andrada, somente sendo prevista no texto da constituição de 1967. A Constituição de 1988 manteve a previsão da reclamação para o STF e STJ no artigo 102, inciso I, alínea “l” e artigo 104, inciso I, alínea “f” respectivamente. O Regimento Interno do STF prevê a reclamação e dita seus procedimentos nos artigos 156 à 162, enquanto que, a lei 8.038/90 igualmente prevê o processo de reclamação nos artigos 13 à 18. A reclamação tem natureza jurídica processual, mais especificamente de ação, pois é instrumento que provoca atividade jurisdicional, com finalidade de tutela de direito e persiste em uma lide, portanto, caracterizando os elementos: partes, pedido e causa de pedir; sujeitando-se, inclusive, ao exame de admissibilidade. A reclamação é cabível em hipóteses de usurpação da competência do STF por qualquer outro juízo, seja qual for a instância ou mesmo face aos tribunais superiores e/ou garantir a autoridade de suas decisões quando tiverem efeitos *erga omnes* e forem vinculativas, inclusive como paradigma súmulas vinculantes nos termos do §3º do artigo 103-A da CF, podendo nessas, qualquer interessado promover a reclamação, tais como, são as decisões em ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratória constitucionalidade, ou ainda, quando não forem observadas por autoridades judiciárias ou administrativas, podendo propor a reclamação o prejudicado. O sujeito passivo será a autoridade rebelde ou usurpadora. A reclamação é instrumento bastante interessante para uma nova concepção de Estado Constitucional de Direito, podendo chegar em patamar diferente do que é hoje, e ser utilizado como eficaz instrumento de força das teses de todas as decisões do STF sobre todo o judiciário, já que se caracteriza como a corte de proteção constitucional. Refere-se a verdadeiro instrumento de garantia dos preceitos constitucionais.

Palavras chave: reclamação; controle; constitucionalidade; ação direta de inconstitucionalidade; eficácia; decisão; tribunal; vinculante.

ABSTRACT

‘Complaint’ is a process of competence attributed to Federal Supreme Tribunal and to Justice Supreme Tribunal¹ on the articles 102, I, “l” and 104, I, “f” of the Federal Constitution, in order to preserve the competence and guarantee of the authority of its decisions. The name ‘complaint’ is followed by the adjective ‘constitutional’ attributed by scarce doctrine on this subject, given its clear feature of instrument of guarantee of constitutional attributions of Federal Supreme Tribunal on the competence or authority of its decisions. The complaint was created by jurisprudential precedents on Federal Supreme Tribunal in the beginning of 20th century based on the theory of implied powers, introduced in Internal Law in 1957, suggested by Ministers Ribeiro da Costa and Lafayette de Andrada, being present only at the Constitution of 1967. The Constitution of 1988 kept present the complaint to Federal Supreme Tribunal and Justice Supreme Tribunal on articles 102, I, “l” and 104, I, “f”. Federal Supreme Tribunal Internal Law contains the complaint and dictates its proceedings from article 156 to 162, whereas the Law 8.038/90 contains these proceedings as well from article 13 to 18. The complaint has process juridical nature, more specifically of action, with aim of control right and is present at a case, thus, featuring the elements: parts, request and cause of request (juridical facts and fundamentals); being passive, indeed, to the admissibility exam. The complaint is possible in cases of usurpation of Federal Supreme Tribunal competence by any other judicial organ, at any instance or even against Superior Tribunals and/or guarantee the authority of its decisions when they have *erga omnes* effect and are compulsory, even as paradigms entailed decisions² according to the article 103-A, §3° of the Federal Constitution, being available to any interested one to proceed with complaint, such as the decisions in direct actions of unconstitutionality or unconstitutional declaratory or still, when they are not observed by judicial or administrative authorities, making the possibility to the harmed one to proceed the complaint. The passive subject will be the rebel or usurper authority. The complaint is a very interesting instrument to a new conception of Constitutional State of Law, which can reach a different level from today’s and be used as an effective instrument of strength to the thesis of all Federal Supreme Tribunal decisions over the whole juridical system, as it is featured as a constitutional protection court. It is a real instrument to guarantee the constitutional precepts.

Key Words: complaint; control; constitutionality; direct actions of unconstitutionality; decision; effectively; compulsory; Tribunal.

¹ The Highest Courts in Brazil. Federal Supreme Tribunal is responsible for protecting the Federal Constitution and Justice Supreme Tribunal is responsible for unifying the interpretation of the Federal Law in the whole country.

² ‘Entailed decisions’ are the Federal Supreme Tribunal decisions that become precedent and must be applied by judges and by Public Administration Organs when deciding cases.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade;
ADIn/ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;
Art. – Artigo;
CC – Código Civil;
CDC – Código de Defesa do Consumidor;
CF – Constituição Federal.
CP – Código Penal;
CPC – Código de Processo Civil;
CPP – Código de Processo Penal;
DJ – Diário de Justiça;
DOU – Diário Oficial da União/
Ed. – Editora;
Ibid. – Ibidem;
Id. – Idem;
n. – Número;
Op. cit. – Opus Citatum;
p. – Página;
RCL – Reclamação;
RP – Representação;
STF – Supremo Tribunal Federal;
STJ – Superior Tribunal de Justiça;
STM – Superior Tribunal Militar;
Trad. – Tradução;
TSE – Tribunal Superior Eleitoral;
TST – Tribunal Superior do Trabalho;
Vol. – Volume;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 BREVE BUSCA PELO SIGNIFICADO DA CRÍTICA.....	21
1.1 A CRÍTICA NO ÂMBITO DA CIÊNCIA DO DIREITO	43
1.2 O LÍNEAR DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NUMA PERSPECTIVA CRÍTICA	64
1.2.1 A Reclamação Constitucional como Instrumento Garantidor da Eficácia das Decisões	67
2 A POSIÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE E A COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÃO PARA SEU PROCESSAMENTO	69
2.1 O PODER EXERCIDO PELO ESTADO – EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO.....	69
2.2 A JURISDIÇÃO COMO MANIFESTAÇÃO DO PODER PRÓPRIO DA ATIVIDADE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO COMO SUCEDÂNEO DA AUTO-SATISFAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITOS.	74
2.3 A COMPETÊNCIA PARA SE PROCESSAR E JULGAR A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – POSIÇÃO DA RECLAMAÇÃO NOS VÁRIOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS – AS LEGISLAÇÕES PERTINENTES	76
2.4 A (IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIR A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NOS MAIS DIVERSOS TRIBUNAIS	85
2.4.1 Instituição da Reclamação Constitucional no Âmbito dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais	88
2.4.2 O Voto do Ministro Maurício Corrêa na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1/CE – Reflexão Acerca da Impossibilidade da Reclamação em Âmbito Estadual	102
2.4.3 Sobre a Inexistência de Posição do Supremo Tribunal Federal Acerca do Cabimento da Reclamação Constitucional para Cortes de Jurisdição Ordinária como os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais	113
2.4.4 A Reclamação Constitucional no âmbito dos Tribunais Superiores – Posição constitucional diferenciada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – Necessidade	

da existência de instrumento que lhes garantam o exercício da competência e/ou a garantia da autoridade de suas decisões	118
2.5 DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS – IMPROPRORROGABILIDADE DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO – REGIDEZ DA NORMA FUNDAMENTAL.....	138
3 SOBRE OS INSTITUTOS QUE SE DENOMINAM RECLAMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	155
3.1 No CÓDIGO CIVIL.....	156
3.2 No CÓDIGO DE DEFESA AO CONSUMIDOR	159
3.3 No CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	162
3.4 No CÓDIGO ELEITORAL	164
3.5 No ESTATUTO DA ADVOCACIA.....	166
3.6 NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.....	168
3.7 NOS DIVERSOS REGIMENTOS INTERNOS DOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA	171
4 BREVE HISTÓRICO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	177
4.1 A PRIMEIRA FASE: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO AMERICANO DOS PODERES IMPLÍCITOS - UMA VISÃO GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO E A SUA MÁXIMA EFETIVIDADE.....	181
4.2 A SEGUNDA FASE: A FASE DE DISCUSSÃO - INTRODUÇÃO NO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	186
4.3 A TERCEIRA FASE - FASE DE CONSOLIDAÇÃO - CONSTITUIÇÃO DE 1967.....	192
4.4 A QUARTA FASE: FASE DA DEFINIÇÃO - A EMENDA CONSTITUCIONAL 7/1977	199
4.5 A QUINTA FASE: A PLENIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL - PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA RECLAMAÇÃO - LEGISLAÇÃO PROCESSUAL REGULAMENTANDO O INSTITUTO	205
4.6 UMA SEXTA FASE: A NATUREZA JURISDICIONAL DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA FINALIDADE PROPÍCIA PARA AMPLIAÇÃO DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	208
5 SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	210
5.1 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEDIDA JURISDICIONAL ...	213
5.2 A NATUREZA JURÍDICA PROCESSUAL DE AÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	222
5.3 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RECURSO	241

5.4 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO AÇÃO INCIDENTAL OU INCIDENTE PROCESSUAL	246
5.5 À GUISA DE UMA BREVE CONCLUSÃO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	248
6 OS RESULTADOS DAS TUTELAS JURISDICIONAIS E TUTELAS JURISDICIONAIS DE DIREITO BUSCADAS PELA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	250
6.1 AS TUTELAS JURISDICIONAIS DE DIREITO – PARADIGMA DAS TUTELAS JURISDICIONAIS E TÉCNICAS PROCESSUAIS DE OBTENÇÃO DO RESULTADO – NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA VIA AO FIM PREORDENADO DE DIREITO SUBSTANCIAL	261
6.1.1 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade para escolha da tutela jurisdicional de direito e técnicas processuais hábeis para consecução do fim almejado	271
6.1.2 As tutelas jurisdicionais de direito e as técnicas processuais para obtenção do resultado preordenado no direito substancial – a classificação na visão, <i>a priori</i> , de LUIZ GUILHERME MARINONI	280
6.1.2.1 A independência do dano para que persista o ilícito e seus efeitos	282
6.1.2.2 A classificação das tutelas jurisdicionais de direito e das técnicas processuais – sentenças satisfativas e não satisfativas.....	286
6.1.2.3 As Tutelas Jurisdicionais do Direito e as Técnicas Processuais possíveis na Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal	306
6.2 TUTELA PREVENTIVA CAUTELAR DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – DECISÃO LIMINAR QUE GARANTE A EFETIVAÇÃO DA FUTURA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	324
7 EFICÁCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS – A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DESSA EFICÁCIA	331
7.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	336
7.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA – O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS – INSTRUMENTOS JURISDICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS EFEITOS DAS DECISÕES	347
7.2.1 Extensão da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Atos Normativos.....	364
7.2.2 O Controle Concentrado das Leis e Atos Normativos – Instrumentos Processuais: Ação Direta de Inconstitucionalidade;	

Ação Declaratória de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	373
7.2.2.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade de Direito Municipal em face da Constituição Federal.....	380
7.2.2.2 Efeitos da Decisão em Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade	386
7.2.3 O Controle Difuso de Constitucionalidade.....	403
7.2.3.1 O Controle Difuso de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal – Eficácia Reflexa de suas Decisões – a Vinculação das Decisões Proferidas	408
7.3 SÚMULA VINCULANTE E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA GARANTIA DE SUA APLICAÇÃO	420
7.4 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	424
7.4.1 A Reclamação Constitucional contra Decisão ou Ato Administrativo Contrário à Decisão do Supremo Tribunal Federal em Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade	425
7.4.2 A Reclamação Constitucional contra Decisão ou Ato Administrativo Contrário à Decisão do Supremo Tribunal Federal em Controle Difuso de Constitucionalidade	427
7.4.2.1 O Cabimento da Reclamação Constitucional para Garantia de Tese em Decisão do Supremo Tribunal Federal em Controle Difuso de Constitucionalidade	428
7.4.3 Um Novo Paradigma para Garantia da Força Normativa da Constituição – A Autoridade das Decisões do Supremo Tribunal Federal como Instrumento de Efetivação das Normas Constitucionais	432
CONSIDERAÇÕES FINAIS	439
BIBLIOGRAFIA	445

INTRODUÇÃO

A teoria da constituição tem sido um dos principais temas desenvolvidos pela doutrina do direito, visando a construção de um sistema que contribua para a melhor distribuição dos valores sociais consagrados, dando ampla e irrestrita aplicação e efetividade às normas constitucionais.

Um dos pontos nodais do estudo do direito constitucional certamente está na necessidade de se manter a coerência entre as leis infraconstitucionais e a própria Constituição Federal que é norteador de todo sistema jurídico pátrio, símbolo de igualdade e participação democrática em toda estrutura do Estado.

O estudo da hermenêutica jurídica nesse campo tem sido bastante frutífero. Contudo, ao mesmo tempo que se deve desenvolver as formas de se interpretar e aplicar a Constituição Federal para a máxima efetividade de suas normas, devem-se desenvolver mecanismos para essa finalidade.

Abarca-se no presente estudo a já conhecida reclamação, no que, pela doutrina diante da conveniência, se denomina de reclamação constitucional, dado sua homonímia com vários outros instrumentos

existentes nas mais diversas leis, que não guardam qualquer relação com o instituto da reclamação constitucional, prevista na Constituição Federal pelo artigo 102, inciso I, alínea “l” e pelo artigo 105, inciso I, alínea “f”, o primeiro atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal e o segundo ao Superior Tribunal de Justiça o processamento e julgamento da mesma, para garantia da autoridade de suas decisões ou, preservação de sua competência.

A reclamação constitucional tem previsão também no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seus artigos 156 à 162, enquanto que, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça em seus artigos 187 à 192. A lei 8.038, de 26 de Maio de 1990, entre os artigos 13 e 18.

Instrumento processual cuja a natureza específica é de ação, como será demonstrado no desenrolar do presente trabalho, a reclamação constitucional tem como finalidade resguardar a autoridade das decisões ou preservar a competência dos tribunais de superposição do sistema jurisdicional.

Mas sua aplicação não tem sido limitada ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Também no Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar, por via oblíqua, tem sido aceito o manejo da reclamação para a mesma finalidade. Igualmente ocorre com vários tribunais de justiça que, por meio de seus regimentos, tem previsto a reclamação para a mesma função. Todavia, pelas características próprias do instituto, diante dos efeitos que podem acarretar suas decisões, comportar a

reclamação constitucional no âmbito dos outros tribunais senão àqueles que a própria Constituição Federal já albergou, torna o sistema incoerente, desconstituindo a própria característica de sistema constitucional.

A reclamação constitucional nasceu por construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal. Num primeiro momento, o pretório excelso entendia que necessariamente, para a própria verificação da aplicação das normas constitucionais, a garantia de autoridade de preservação da competência do Supremo era essencial, devendo haver, para tanto, um instrumento hábil para defesa dessas atribuições. Buscaram na teoria norte americana dos poderes implícitos para formar um instituto que dispusesse dessas forças contra atos e decisões que contrariassem as decisões do pretório, ou usurpassem sua competência.

Em 1957, foi introduzido ao Regimento Interno do Supremo Tribunal as disposições regulamentares acerca da reclamação constitucional, vindo a ser a primeira legislação pertinente à matéria, delineando suas finalidades e requisitos. Antes da Constituição de 1988, a reclamação já teria previsão constitucional, introduzida primeiramente na Constituição de 1967, sem sofrer maiores modificações em sua previsão, até ser estendida ao Superior Tribunal de Justiça com a última constituição.

No afã de desenvolver o presente trabalho numa perspectiva crítica, envolvendo esta como uma construção dialética participativa de construção da ciência em busca da verdade, questionando a atual posição da reclamação constitucional se tenta construir, sobre as bases de uma nova

dogmática do processo que visa a maior efetividade do processo e eficácia das normas constitucionais. Mostra-se assim, a reclamação constitucional como verdadeira tutela de segurança, a cabo de preservar justamente direitos líquidos e certos, quando de seu âmbito de aplicação.

A construção dessa reclamação constitucional importa em quebra de diversos paradigmas que se tentará demonstrar no desenvolver do trabalho, mas também, na construção de novos dogmas a serem estabelecidos para a melhor aplicação do instituto da reclamação constitucional como verdadeiro instrumento de defesa dos direitos constitucionais, que devem, ao contrário de restringidos, serem ampliados ao máximo, com acesso aos prejudicados por quaisquer atos violadores dos direitos, todos, principalmente os fundamentais.

Para tanto, é que nessa construção de uma nova dogmática da reclamação constitucional se busca oportunidades pontuais onde o instituto poderia, e não é, ser utilizado para garantia máxima das normas constitucionais. No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Isso porque, a reclamação constitucional pode ser instituto garantidor da hermenêutica constitucional perpetrada pelo tribunal que tem a função de guarda da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, sendo que o objeto do presente estudo se limita ao âmbito deste tribunal.

É que, num primeiro momento, tão somente a parte prejudicada por ato violador da decisão do Supremo Tribunal Federal, ou o prejudicado por usurpação de sua competência, em suma, poderia propor a reclamação

constitucional diretamente no Supremo para que este casse a decisão contrária, ou anule o ato administrativo violador, ou ainda, evoque o processo de sua competência. Somente nos casos em que a decisão do pretório excelso tivesse expresso caráter vinculante e com efeitos contra todos, é que, poderia qualquer interessado prejudicado propor a reclamação para resguardar o seu direito, e mesmo nessa última hipótese, muito se foi debatido.

Assim, a reclamação constitucional somente poderia ser utilizada por aquele que participou efetivamente como parte do processo na qual o Supremo tenha proferido a decisão, ou ao menos, sujeito que foi prejudicado com decisão judicial ou ato administrativo contrário a decisão do Supremo Tribunal em controle de constitucionalidade concentrado e abstrato das normas.

Todavia, o controle difuso de constitucionalidade, promovido por via concreta, por incidente de inconstitucionalidade, não alberga efeitos vinculantes, mesmo quando promovido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. E nele, é que se tenta com o trabalho, construir um novo pensamento a respeito. Nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade.

Mostra-se, é verdade, linha pragmática no estudo, pois para haver hipótese de cabimento da reclamação constitucional contra inobservância de decisão proferida pelo Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade, não resta dúvidas de que, expressamente ou

tacitamente, estar-se-ia ampliando os efeitos vinculantes e a eficácia *erga omnes* que somente o controle abstrato e concentrado das normas tem, àquele, promovendo assim, uma uniformização vertical da aplicação das normas constitucionais, o que, para muitos, significaria o denominado “engessamento” do judiciário.

O que se busca é justamente esse pragmatismo, mas junto dele, a efetividade máxima das normas constitucionais que são de interpretação em última instância do Supremo Tribunal. Caminhos que se encurtam em satisfatividade jurisdicional, e do direito, tendo em vista que, mais longo ou mais curto, a solução dada pelo Supremo Tribunal será a cabal para qualquer caso que venha a conter questionamento acerca da interpretação constitucional.

O maior dos problemas que o processo civil tem sentido é o delineamento do acesso à justiça, mas que não significa simplesmente a possibilidade de se ter do judiciário uma resposta à questão posta à sua deliberação, mas acesso com efetividade e celeridade passíveis de ministrarem o gozo ao direito buscado em tempo hábil, para que não se perca o interesse ou mesmo o próprio direito.

Nesse sentido é que se mescla no presente trabalho, as tutelas possíveis da própria reclamação constitucional, introduzindo-a à teoria das tutelas, analisando quais as modalidades de tutelas e técnicas são albergadas pelo instituto, do qual, se faz necessário para sua conclusão, o

estudo dos direitos substanciais que são protegidos pela utilização da reclamação constitucional.

O trabalho é dividido em sete partes. Delas, a primeira tenta demonstrar qual o papel da crítica do direito e seu método, que será utilizado em todo o trabalho, desconstruindo a reclamação constitucional como é, construindo uma nova sistemática que a adéqua ao plano do direito processual contemporâneo; a segunda, terceira e quarta partes são de análises discursivas, compreendendo a legislação que abarca a reclamação, os diferentes institutos denominados “reclamação”, e que não tem relação propriamente com o objeto do trabalho, mas que se faz necessário para ilidir confusões acerca do tema; na quinta parte, a demonstração do atual pensamento da doutrina acerca da natureza jurídica da reclamação, concluindo ao final ter natureza jurisdicional de ação; na sexta parte se pretende discorrer acerca dos direitos que são protegidos pela reclamação constitucional e as modalidades de tutelas por ele empregadas, assim como, as técnicas processuais que se prestam a garantir a eficácia das decisões proferidas na reclamação; finalmente, na sexta parte, demonstrar a eficiência da reclamação constitucional como instrumento de garantia das decisões do Supremo Tribunal Federal mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, e como se poderá haver uma nova sistemática de vinculação salutar das decisões do pretório excelso.

Com isso, seguirá o trabalho tratando a reclamação constitucional com o adjetivo “constitucional” quando necessário para discernir o instituto objeto da pesquisa com homônimos que possam haver.

1 BREVE BUSCA PELO SIGNIFICADO DA CRÍTICA

Para que se possa desenvolver um pensamento envolto à uma crítica do direito, deve-se, necessariamente num primeiro momento, investigar o que seja a crítica e seu método.

Durante o tempo em que se tem aulas de filosofia do direito, hermenêutica jurídica e ramos específicos do direito, entre eles, principalmente o processo civil, com evidente e exponencial aplicação da teoria crítica do direito, no mestrado em direito, parece ser impróprio mencionar que a sensação é de muitas dúvidas além das que já se tem antes de iniciar o curso.

Em muito houve uma busca para responder a intransigente pergunta do que seria um pensamento crítico do direito. Para tanto, o clássico brasileiro sobre a crítica do direito não poderia ser deixado de lado, como faz base para o presente trabalho, a *Teoria crítica do direito*, do professor LUIZ FERNANDO COELHO.

Nesse brilhante estudo, o professor logo em sua nota introdutória é enfático em dizer que não pretende apresentar uma teoria crítica do direito somente buscando uma desconstrução do sistema existente. Mas além da denúncia face às contradições havidas e a existência de mecanismos de proteção de classes que dominam toda a sociedade e mantém o direito como um dos mais importantes vetores para a mistificação de preceitos jurídicos que obrigam a sociedade a seguir sempre a tendência da inarredável mesmice, também a elaboração sistematizada da solução mais adequada a ser implementada no direito e na sociedade para deslocar essa dominação sobre a massa ingênua que aceita em seu próprio prejuízo um direito voltado para a prática da benevolência aos que detém o poder. O direito deve, assim, ser o “*refúgio das reivindicações sociais, o lugar das conquistas dos fracos, oprimidos socialmente e excluídos de todo o tipo*”.³

Enfim, não foi difícil chegar a uma conclusão lógica de que crítica do direito seria um largo campo a ser buscado na reconstrução de todo o mundo jurídico existente em busca da inclusão de todos os grupos sociais existentes e repensar o direito como um instrumento da sociedade, e não somente do Estado, para regular as relações havidas entre os indivíduos, uns e outros, uma coletividade, umas e outras, e entres aqueles e estas, numa harmonização patente de equilíbrio sensato e sem justificações mitológicas para dominação de um grupo sobre outro.

³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Dell Rey, 2003, p. 13.

Mesmo assim, ainda pairava estranha a crítica, pois aparentava algo inalcançável e não poucas vezes confuso do que poderia ser o direito pensado numa perspectiva crítica.

A busca timidamente continuou, dado os nuances da prática atual do direito que leva a uma tentação quase inquebrantável de se aplicar sempre a fácil e útil subsunção, ou seja, fato e texto normativo com resultado lógico sem se aperceber ou dar importância aos valores inerentes a cada situação de fato existente, ou ainda, às pessoas que são sujeitos sociais, logo, dotados de valores dos mais divergentes e não raro convergentes herdados ao longo de suas tradições.

Mas o direito não tem sido mais o mesmo, e *“aqueles que ainda hoje defendem o dogma da subsunção equiparam-se aos atuais fumadores: fazem-no, é verdade, mas não mais com o mesmo à-vontade”*.⁴

E por certo que para qualquer humilde operador do direito a aplicação silogística do direito já não tem sido suficiente para configurar o resultado pelo qual o direito, através do exercício da jurisdição, deveria compor em busca de uma real paz social, sem atestar, como o judiciário tem atestado ultimamente, sua própria incapacidade de solucionar todos os problemas havidos entre os elementos da sociedade, quando, através de amplos programas de publicidade, tem intimado a população em lide no judiciário a compor amigavelmente com a parte contrária. Esta situação levou a crer que o judiciário já não tem mais suficiência na direção da

⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad: Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 82.

solução dos conflitos de interesses na sociedade. Através do programa “conciliar é legal”, o judiciário brasileiro tem feito grandes frentes de trabalho no intuito de alavancar conciliações em lides cujo objeto fossem direitos disponíveis. Em nada se rebela contra a possibilidade de duas pessoas se conciliarem perante o judiciário, afinal, a finalidade primeira da jurisdição civil é a paz social, a composição dos conflitos de interesses. Porém, a atitude transforma uma possibilidade quase que numa imposição, fazendo com que os sujeitos de direito cedam mais do que tem realmente interesse em ceder, visto que a conciliação é uma cessão mútua de direitos ou parte deles. A vicissitude que se cria em publicidades como esta pode ocasionar inclusive o absurdo de uma cessão completa do interesse sobre um possível direito, em nome da composição amigável, o que, em verdade, não se caracterizaria numa composição amigável, mas no reconhecimento total do direito da parte contrária, travestido de acordo. E essa não é a finalidade da jurisdição.

Embora seja sapiente de todos que o judiciário está abarrotado de trabalho em meio aos seus implacáveis e demorados processos judiciais, sem poder, os juízes, muito fazer em busca de uma solução, pois praticamente sozinhos estão no incessante caminho da colisão social. A crítica vem justamente para desmascarar o sistema impróprio para satisfazer as necessidades do grande grupo social, de maneira eficaz, honesta, justa e clara, sem medidas paliativas impertinentes como o do “conciliar é legal”.

A filosofia em busca da desconstrução da realidade proveio de escritores do final do século XX com o movimento denominado estruturalismo. Este movimento em muito se assemelha à crítica que buscamos no direito, com idéias como a “virada lingüística”, debatida por LÊNIO LUIZ STRECK em sua obra *Hermenêutica E(m) Crise*⁵, ou ainda, a noção de que todo o discurso se limita a uma tentativa de exercer o poder sobre os outros, entendimento este de Michel Foucault.⁶

Entre os estruturalistas também se destacaram com grande ênfase JACQUES DERRIDA e JACQUES LACAN. Mesmo assim, é com acerto que BRYAN MAGEE informa que os filósofos analíticos anglófonos “criticavam” esses novos críticos por sua extrema dificuldade na compreensão de seus escritos, chegando ao ponto de serem ridicularizados, pois nada ou quase nada se podia extrair de idéias quando eram desenredados e analisados mais detidamente, diziam estes.⁷

Isso quase se torna uma verdade quando da leitura de alguns textos de autores que se sabem críticos do direito, como COELHO, EROS GRAU ou LÊNIO STRECK, até mesmo, JÔNATAS MOREIRA. Os escritos do direito se mostram duma profundidade quase que impenetrável, sendo praticamente insuficiente apenas uma leitura por seus escritos para compreender com clareza a idéia que se quer expor.

⁵ STRECK, Luiz Lenio. *Hermenêutica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157-75.

⁶ MAGEE, Bryan. *História da filosofia*. Trad: Marcos Bagno. São Paulo: Loyola, 1999, p. 219.

⁷ *Ibid.*, p. 219.

Num primeiro momento, a tendência era apreender que a crítica tinha como função a destruição da dogmática que traz em seu conteúdo a dominação da classe que detém o poder de modificar as suas próprias inferências, em detrimento dos interesses das classes, ou mesmo das pessoas individualmente consideradas, que não tiveram a chance de trilhar o difícil caminho para alcançar as mais variadas formas de exercer o poder político estatal.

Em primeira vista, a crítica se consubstanciava em denunciar todas as formas de dominação impregnada na sociedade e informar os “dominados” de sua condição, para que pudessem se libertar dos grilhões dessa ordem violenta à liberdade dos interesses em geral, para então, criar soluções das mais variadas para transformar essa realidade.

Essa visão é claro, não está errada. A crítica do direito efetivamente tem como escopo a libertação do indivíduo alienado através da denúncia dos dogmas “mitológicos” que dominam todos os interesses desse indivíduo. E essa libertação somente pode ser conferida através da informação, do conhecimento. Alienado é aquele que não tem conhecimento de sua alienação. A partir do momento que o sujeito social tem conhecimento de sua condição de alienação à ordem em nome da prevalência dos interesses dos mais privilegiados, ou seja, aqueles que alcançaram um patamar de poderes sobre a sociedade, sua condição deixa de ser de alienação. Isto porque, com a informação em seu poder passa a obter dois caminhos possíveis: aceita sua condição social, o que ocorre com a maioria dos sujeitos sociais que não enxergam outra forma de

sobreviver senão em se submeter aos interesses dos detentores da ordem social, ou; luta pela mudança, onde o sujeito se utiliza dos mais variados meios para obtenção da libertação social.

Assim, o primeiro ofício da crítica é libertar o sujeito social da alienação. Esta alienação social é afastada a partir da denúncia especificamente dos dogmas que mantêm intactos os meios pelos quais os dominantes atingem as finalidades de acordo com seus próprios interesses. A denúncia dessas condições implica na indicação específica dos elementos que não fazem sentido algum para sua própria existência além de manter a ordem que beneficiam alguns poucos em seu nome. A desalienação social, então, é definitivamente a primeira missão da crítica, sem o qual, não existe libertação do sujeito social para a luta que deve desempenhar para o segundo passo.

Informado, logo, não mais alienado, é que o sujeito social decidirá se manter inerte diante da situação que se encontra ou preferir lutar contra a ordem que prejudica seus próprios interesses em benefício dos que dominam todas as classes da sociedade. Aquele que prefere a primeira opção já não pode ser tido como um sujeito alienado. Isso porque, a partir do momento que o sujeito conhece toda a situação existente e se liberta da ignorância, mas prefere não modificar a realidade por algum interesse, mesmo que seja pela incapacidade moral de fazê-lo, deixa a condição de alienado e passa à condição de subserviente da ordem advinda da dominação externa ao indivíduo. Essa desalienação consiste na desobstrução da visão do sujeito cognocente do objeto sobre os aspectos

que influenciam negativamente na dominação do objeto sobre o sujeito a serviço daqueles que construíram o objeto, instrumento de dominação. E um desses instrumentos de dominação é o próprio direito.

À medida que o Estado foi tomando suas mais variadas formas durante toda a história da sociedade e da civilização, é possível perceber numa perspectiva macro social que a sua organização sempre foi construída no sentido de espelhar os interesses do grupo social que dominava a sociedade na ocasião⁸. Isso levava, por derradeiro, à utilização do direito como um instrumento de dominação do Estado para a manutenção da estrutura social construída com base nas vontades exclusivamente destacadas daqueles grupos. Isso porque numa lógica bastante óbvia, o Estado sempre foi o detentor exclusivo da “criação” do direito, seja através da elaboração das leis, seja pela execução de seus preceitos, através do rei, de um colegiado ou ainda, de um “escolhido” do povo. Por ser fonte do direito devidamente controlado pelos grupos dominantes, o direito como ideologia, nada mais pode ser do que um eficaz instrumento de ocultação da realidade sobre a estrutura social, mantendo como legítima a distribuição do poder para alguns, assegurando todo o tipo de privilégios àqueles que detém esse poder⁹. Assim, em perfeita definição de Coelho, o direito “*nada mais é do que a expressão semiótica da ordem social, sendo o Estado a organização incumbida de manter a ordem por meio do direito*”¹⁰. E por ter essa expressão, é que a crítica vem para dissociar a

⁸ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 346.

⁹ Ibid., p. 343.

¹⁰ Ibid., p. 392.

realidade dos institutos para o controle efetivo e manutenção do *status quo* para os grupos que detêm o poder em seu próprio benefício, daqueles que funcionam como verdadeiro corolário da inclusão exercício do poder e inferência à satisfação dos interesses dos demais grupos, aqueles que diretamente, no sistema vigente, não alcançam grau de poder suficiente para impor seus valores sociais.

O compreender e desvelar as amálgamas propositalmente criadas para a manutenção do poder é o preparo para a crítica sistemática da situação vigente, com a função de penetrar e desconstruí-la, à medida que, ao mesmo tempo, reconstrói os institutos para um verdadeiro atendimento aos propósitos da massa.

Nessa linha é que num primeiro momento, a crítica aparenta, principalmente no que se refere ao direito, ser referência ao “anti-dogmatismo”. Todavia, quão não são as perplexidades quando se depara com a afirmação de EROS ROBERTO GRAU, um dos críticos do direito mais influente, da falsidade de se dizer que os críticos não são dogmáticos, mas que se também fazem dogmática¹¹.

Essa afirmação, para ser concebida, deve ter como pressuposto o reconhecimento por parte do próprio crítico da auto-crítica. Se o desenvolvimento do pensamento crítico cria seus próprios dogmas, se faz necessário que a crítica se mantenha crítica sobre os institutos que cria através de seu próprio desenvolvimento, pois, por certo, que uma nova

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151.

sistemática adotada através da percepção crítica da sociedade, consistirá na elaboração de novos dogmas. Porém esses dogmas se diferenciarão pela sua atuação mais próxima de uma realidade justificável como a busca pela satisfação dos interesses de toda a sociedade, e não somente de um seletivo grupo. Mesmo assim, para se manter nesta perspectiva, extremamente defensável é a possibilidade de corrupção do pensador crítico para estabelecer estruturas falhas, ou na pior das hipóteses, construir ou reconstruir os institutos com a finalidade de manutenção de novos interesses de algum outro grupo especificamente, na forma de beneficiamento de alguns em detrimento de outros.

Essa eliminação da alienação chega ser, nas palavras de COELHO, um dos núcleos do pensamento crítico, erigida como categoria pela dialética da participação¹². O pensamento dialético tem como perspectiva dinâmica de seu objeto, numa transformação contínua do pensamento sobre o objeto mediante um processo que se verifica a tese, antítese e síntese¹³. Esse processo não é difícil de entender. Mediante um processo de aplicação lógica a tese é apresentação da situação estagnada do pensado sobre o objeto, contrastando com uma forma contrária de pensar sobre o mesmo objeto, conflitando a tese com a antítese para se concluir por uma nova fórmula do conhecimento sobre o objeto, denominado de síntese. Síntese, apesar da palavra, não se refere a conjunção dos conhecimentos anteriores, ou seja, um misto da tese com a antítese. Não. A síntese é o resultado da

¹² COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 52.

¹³ Ibid., p. 34.

solução aos problemas surgidos com a transposição das barreiras antes existentes diante da tese, evidenciadas pela antítese. Fica então tranqüilo firmar que o pensamento crítico diz respeito diretamente ao processo dialético, pelo qual, evidencia, desmantela e cria novas situações que sejam de maior significação ao pensamento crítico.

Mas COELHO informa que não é qualquer dialética. Mas denomina o processo do pensamento crítico como a dialética da participação¹⁴. Coloca, o jusfilosofo, que à teoria crítica importa, além de descrever a realidade social como tal, também se propõe a ofertar as soluções inspiradas nessa realidade que servirão para transformar a sociedade. Essa transformação exige que as manifestações sociais sejam encaradas em sua *totalidade e dinamicidade imanentes*. Isso faz com que o sujeito, o ser cognocente, seja integrado ao objeto social compreendido, objeto do conhecimento. Logo, o sujeito que está estudando a situação social se faz objeto, ao ter ciência de que está introduzido no contexto que ele próprio estuda, devendo ter noção de que os resultados e implicações que suas sugestões convergirem implicarão diretamente na transformação de sua própria realidade social, como atuante efetivo da sociedade. Com o desenvolvimento do processo intelectual do objeto denominado de dialética, combinado com a integração do próprio sujeito cognocente ao contexto social que é estudado, faz com surja a referida dialética da participação, ou seja, onde o próprio sujeito participa da dialética do pensamento crítico desenvolvido. Ele se compreende e identifica na tese, antítese e síntese, sofrendo inclusive as

¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p.40-6.

possíveis variações resultantes das efetivas aplicações dos resultados obtidos pelo processo no mundo fenomênico.

Também nesse contexto, LÊNIO LUIZ STRECK entende que o sujeito somente pode conhecer o direito através da linguagem. Todo o conhecimento adquirido através da observação do objeto somente pode ser transmitido através da linguagem. A linguagem é a forma, também, que se conhece o direito como objeto desse conhecimento. Como tal, a linguagem passa a ser o conduto do conhecimento jurídico sem o qual, não existe qualquer tipo de juízo possível do que se entenda por direito. Nesse sentido, o processo interpretativo do direito depende diretamente do próprio sujeito para que se conheça. O objeto de conhecimento (o direito) não pode ser entendido em si mesmo, por si mesmo ou de forma distanciada do sujeito. Este sujeito, então, não observa o objeto para depois apartá-lo separadamente de si, mas o representa a partir da linguagem que o próprio objeto, assim como o sujeito, está invariavelmente inserido. Por isso, a forma lingüística com que o sujeito reconhecerá e transmitirá seu conhecimento acerca do objeto (direito) estará eivado das particularidades e valores, pelos quais, aquele esteja mergulhado dessa linguagem, pois *“quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição”*¹⁵.

Os mais adeptos da dogmática clássica do direito, assustam-se com a potencialidade das conseqüências que podem escorrer a subjetividade da interpretação dos textos normativos, eivados de valores diversos que se

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 263-7.

distanciam da melhor expectativa do resultado que se dará a aplicação da lei, na criação da norma. Afinal, o jurisdicionado não pode ficar mercê do bom ou mau senso de um intérprete. Por sinal, DESCARTES define muito bem essa variação de bom senso, dizendo que: “*O bom senso é a coisa do mundo melhor partilhada: pois cada um pensa estar tão bem provido dele que mesmo os mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que têm*”¹⁶. Por isso o medo incessante de pensar que o intérprete detém poder sobre o resultado da aplicação da lei.

Mas diferente não poderia ser, se vislumbrarmos o pensamento de STRECK anteriormente mencionado. Se o conhecimento se dá através da linguagem, ou seja, somente pela linguagem ao sujeito é permitido representar o objeto do seu conhecimento, sendo que somente pela linguagem ele pode conhecê-lo e transmitir esse conhecimento, e ainda, considerando que o sujeito é mergulhado nas mais diversas tradições que também são representadas através da linguagem, fica impossível separar na “imagem” que o intérprete faz do direito o que seria aplicação do texto propriamente dito e a carga de subjetividade imposta. Mesmo porque, por ser um *ser* inserido no mesmo contexto da norma que se pretende adotar, o direito que é criado com a existência da norma só o é porque o intérprete assim adotou. Logo, a norma, como direito, resultado da aplicação do texto alocado ao fato fenomenológico, se dá por processo intelectual condicionado na consciência do intérprete do direito, logo, o resultado dessa interpretação é a inferência entre os textos normativos e sua própria

¹⁶ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2004, p. 37.

convicção, sem o qual, a norma simplesmente não pode existir. Esse ou aquele resultado da interpretação do direito sempre dependerá dessa ou daquela convicção do sujeito. Independentemente de qual seja, mesmo que o direito seja aplicado puramente pela subsunção do fato ao texto, sem a convicção do intérprete, o resultado simplesmente não se faz, não existe, é inacabado.

Mas enfim, num contexto geral, o que seria a crítica por assim dizer? Esse é um questionamento que apesar de toda a leitura realizada desses grandes pensadores antes lembrados, aflige, talvez mais por uma insegurança intelectual do que propriamente dúvidas sobre o que seja o pensamento crítico.

Assim, nova inquietude resulta o pensamento. O que é a crítica? Para que serve? Que tipo de saber promove? Qual seu método? Todas essas respostas já estavam respondidas nos contextos apresentados pelos autores vislumbrados. Mas com POPPER, o resultado se aclara melhor, a crítica realmente se torna algo mais realístico, ou ao menos, de melhor apreensão.

KARL RAIMUND POPPER (1902-1994), parece responder o que seja a crítica na sua forma mais básica, em sua essência mesma que pode ser enxergado com grande esmero desde pelo mais intelectual até o mais humilde de inteligência pela facilidade e disponibilidade que se mostra no pensamento desse saudoso filósofo.

Em observação às ciências naturais, POPPER percebeu que todo ser vivente busca uma espécie de mundo melhor. Qualquer organismo vivo tem

como escopo maior em sua vida o alcance da mais boa maneira de viver, em todos os aspectos, segurança, comodidade, vitalidade, longevidade enfim, mesmo enquanto dorme, todo o organismo tende a melhorar sua própria situação, constantemente. Essa dinamicidade de tentativas de estar sempre resolvendo pequenos problemas existentes ao seu redor ou no próprio organismo do ser vivo, faz com que diversas das buscas pelas soluções sejam errôneas, nos quais, são seguidas por uma condição pior, que resulta em novas tentativas. Essa busca incessante é denominada de “homeostasia”. Essa homeostasia não pode ser perfeita, pois se torna o motivo da vivência do ser, ou seja, a constante correção de erros na manutenção de suas condições internas. A perfeição da homeostasia redundaria na morte do organismo, pois resultaria na suspensão da atividade de funções vitais.¹⁷

Nessa busca incessante, todo o organismo encontra, inventa, reorganiza, movimenta, reestrutura, revitaliza enfim, novos traços são realizados com o constante movimento para a melhora do ser. Logo, tudo passa a ser um constante corrigir de erros, jamais chegando à perfeição, sequer se podendo, mas sempre na tentativa de se chegar quanto mais perto dela.

Diferente não é o método das ciências. O conhecimento parte de problemas. O saber não se inicia pela simples observação do objeto, mas pelo revelar dos erros que existem sobre sua interpretação ou seu funcionamento. Esse revelar leva o crítico a buscar das mais diversas

¹⁷ POPPER, Karl Raimund. *Em busca de um mundo melhor*. Trad: Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7-10.

soluções sobre as constantes falhas persistentes em todas as ramificações do conhecimento humano, levando à desenfreada busca pela verdade objetiva.¹⁸

Mas é preciso ter ciência de que apesar da verdade poder ser alcançada, algo jamais o poderá ser, segundo esse filósofo. A certeza jamais pode ser considerada pelo observador. Mesmo que alguma teoria tenha se encontrado com a verdade, o observador não poderá jamais estar certo de que esta verdade foi alcançada. Pois todas as teorias que serviram uma vez para descrever e solucionar os problemas existentes anteriormente a elas não passam de hipóteses, que servem para uma tentativa de descrever o que seja a verdade. Mas essa verdade não é certa. Ou seja, o sujeito não pode ter certeza de que encontrou essa verdade. Assim, toda verdade deve ser conjeturada e possivelmente, será refutada quando se detectar erros quanto à sua significação, ou seja, desvelar que não era exatamente uma verdade. Por isso, a certeza é impossível de ser alcançada, não a verdade, mas como a certeza não se expõe, não há como saber se a própria verdade foi detectada, não se podendo encerrar a busca por melhores hipóteses.¹⁹ Por hipotético, o conhecimento científico é conjetural.

E para COELHO, a ciência do direito não é diferente, de forma que entende a conjetura como núcleo essencial da lógica jurídica quando se fala em busca pela verdade no decorrer do processo. O pensamento conjetural através de seu método hipotético é a busca pela aproximação do que se

¹⁸ POPPER, Karl Raimund. Op. cit., p. 14.

¹⁹ Ibid., p. 15-6.

pode chamar de verdade real. Assim, ao relatar e ministrar o alcance da maior aproximação da verdade, o juiz está formando um juízo de convencimento baseado numa possível verdade que para ele tem o condão de certeza, apesar de inexistente, mas por uma motivação o faz aderir formando uma condição de decidibilidade, que envolve grau de validade maior ou menor, mas que a verdade fica ainda correspondente às provas apresentadas ao seu meio de experiências. A conjectura, por sinal, não pode ser tida como uma forma de confronto à imparcialidade, mas a uma imposição sem o qual, o julgador não pode e não consegue, sem a já referida adesão, chegar a uma decisão quanto ao caso que lhe opuseram solução.²⁰

Voltando à POPPER, este menciona que o método, então, da ciência, é crítico, pois resulta num constante solucionar problemas das hipóteses já existentes, na criação de novas hipóteses. Claramente evidencia-se a dialética antes mencionada, onde a solução dos problemas havidos numa determinada hipótese cria uma nova situação, uma síntese. Esse é o critério do processo científico.

Mas para uma hipótese ser considerada melhor do que as anteriores, deve explicar condições que a hipótese combatida não explicava; deve evitar ou mesmo resistir aos testes críticos que a hipótese anterior não

²⁰ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 557-9.

resistia e ainda; explicar determinadas coisas que a hipótese antiga não explicava.²¹

Assim, o conhecimento científico para POPPER não tem o condão de figurar como certeza, mas uma verdade objetiva que pode ser refutada a qualquer tempo mediante a crítica que propõe novos elementos que a verdade anterior não tinha previsto, ou de problemas que não foram solucionados pela situação anterior.

Um dos grandes fatos históricos da ciência ocorridos que servem como exemplo probatório do pensamento de POPPER, foi a contradição apresentada por ALBERT EINSTEIN (1879 – 1955), quando da publicação de sua Teoria Especial da Relatividade (1905) e posteriormente sua Teoria Geral da Relatividade, quando colocou em *check* vários dos dogmas que muitos filósofos e cientistas tinham como verdade absoluta, ou seja, certeza imutável da física que não poderia ser jamais contrariada, da teoria anterior mais seguida pelo gênio NEWTON.²²

Isso porque, desde DESCARTES, a busca pela certeza estivera no ponto crucial de toda a filosofia, sendo que toda a amplitude da ciência já descoberta ou desenvolvida era tida como imutável, certeza inconfundível

²¹ POPPER, Karl Raimund. Op. cit. p. 62.

²² MAGEE, Bryan. *Confissões de um filósofo*. Trad: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 201-27.

que não poderia sofrer alterações, mas tão somente, avanços à partir do ponto mais encontrado.²³

Quando a teoria de NEWTON, tida antes como verdade absoluta, a certeza sobre a física, foi refutada e comprovada sua refutação com o jovem EINSTEIN, não somente o conhecimento na física foi amplamente abalado, mas também, toda a filosofia, todo o desenvolvimento do pensamento da filosofia, pois ficou imposto o reconhecimento de que mesmo conhecimento científico, dos quais se utilizam dos métodos analíticos e de concepções de exatidão matemáticas, mesmo assim, não se pode estar certo a respeito do alcance da verdade sobre o objeto estudado.

Isso causa um certo transtorno, tendo em vista que, uma teoria que durou várias gerações sendo considerada como verdade absoluta entre os pensadores da física, seja refutada com provas bastante convincentes de sua inexatidão, mas numa nova perspectiva, levando à tona questionamento que mais transparece insegurança adolescente em fase de auto-afirmação: o que pode ser certo? Existe algum conhecimento humano que pode ser tido, com certeza, como verdade absoluta? Outra então, não foi a conclusão de POPPER: podemos até atingir a verdade, mas jamais a certeza de que atingimos a verdade.

Se não podemos ter certeza de algo, e em verdade não a temos de nada, é natural, como qualquer organismo biológico em relação à homeostasia, sempre buscar, a partir de testes constantes, a refutação do

²³ MAGEE, Bryan. Op. cit., 1999, p. 220-1.

conhecimento atual e sua forma. E o método passa a ser sempre crítico, pois a intenção é estar sempre, constantemente, pondo em risco a lógica situacional.

Mas não é só. POPPER ainda menciona que a própria crítica deve ser crítica. Isso significa que o crítico deve tentar refutar suas próprias refutações, para que não embarace um conhecimento que está mais próximo da verdade do que sua própria crítica.²⁴

Mas essa situação pode ocorrer. O conhecimento humano fica o tempo todo correndo o risco de regredir em relação à verdade, ao invés de progredir e chegar o mais próximo possível dela. Mas não há como essa aproximação ou distanciamento ser verificado, pois como a certeza não pode ser alcançada, também não é possível estar certo de que o novo pensamento a respeito de um objeto está mais ou menos próximo da verdade do que o conhecimento anterior.

Mas a convicção da impossibilidade de se atingir a certeza, logo, sem jamais saber se a verdade foi mesmo alcançada ou não, não pode fazer olvidar a necessidade de se promover a crítica constante do pensamento atual e descoberta de novas perspectivas para o conhecimento humano, pois é através dessa busca pela verdade, não pela certeza, mas pela aproximação da verdade é que se evolui o conhecimento humano. Parar essa busca seria o mesmo que estagnar qualquer tipo de evolução, pois mesmo em situações que o pensamento sobre determinado objeto pudesse estar regredindo sua

²⁴ POPPER, Karl Raimund. Op. cit., p. 72.

posição em relação à verdade que é desconhecida, e sempre o será, ainda assim, o ser humano estará progredindo, evoluindo seu conhecimento, pois estará refutando o conhecimento anterior através de comprovações de inverdades tidas antes por dogmas, que se revelam impostores quando da verificação crítica.

O crítico deve ser crítico também quanto às soluções que propõe. Mesmo depois de refutar o conhecimento anterior com sucesso, ou seja, revelando erros, propondo soluções com uma nova teoria, a nova teoria deve imediatamente ser posta em observação para que supere novos testes que deverão ser realizados, considerando que sua existência pode ser breve.

O método dialético se mostra evidente na crítica. Com a refutação de uma tese, resulta numa síntese, que novamente se torna tese e fica à disposição e mercê de outra antítese que a refute. Processo natural de desenvolvimento do pensamento humano, que mesmo que regrida, sem dúvida experimentará como já experimentou, as mais variadas formas de conhecimento de um determinado objeto, reduzindo cada vez mais a cada nova refutação, a possibilidade de errar, pois as velhas teorias serão evitadas ou, no mínimo, reavaliadas corrigindo-se antigas proposições não mais aceitáveis.

Por isso POPPER acredita que jamais poderemos justificar nossas teorias científicas, mas, no máximo, submetê-las a diversos exames críticos, o que deve ser feito o tempo todo, pois não se pode saber se um dia se revelarão serem falsas, ou mesmo, não. Mas a crítica, para POPPER,

deve ser sempre racional, com a criatividade que a imaginação fértil do ser humano pode acessar, mas racional, pois “*a crítica refreia a fantasia, sem acorrentá-la*”.²⁵

O método das ciências sociais não se difere das colocações já ministradas. Tratam-se em solucionar problemas existentes propondo novas situações que estarão entregues a novas refutações, novas críticas. POPPER percebeu que todo o seu pensamento a respeito das ciências naturais eram aplicáveis às ciências sociais, momento que publicou *A Sociedade aberta e seus inimigos*, uma de suas mais importantes obras. Sua análise aqui nos parece dispensável, primeiro tendo em vista a revitalização e acessibilidade de suas grandes idéias através de sua obra *Em Busca de Um Mundo Melhor*, onde explica com enorme grau de compreensividade da linguagem mantendo seu estilo elogiável. Por sinal, o próprio POPPER era adepto do maior grau de simplicidade das idéias, dizendo: “*Quem não pode falar de modo simples e claro deve calar-se e continuar trabalhando até que possa fazê-lo*”²⁶. Segundo porque a análise aqui realizada não busca exaustão do tema sobre o que seja a crítica, mas tão somente uma humilde experiência sobre a busca e contato primordial com a compreensão do que seja o pensamento crítico. Mesmo assim, tal busca jamais termina.

²⁵ POPPER, Karl Raimund. Op. cit., p. 80.

²⁶ Ibid., p. 118.

1.1 A CRÍTICA NO ÂMBITO DA CIÊNCIA DO DIREITO

No direito, essa concepção não soa diferente. Em razão da busca da solução mais aceitável de uma determinada situação, o direito se desenvolve pela aceitação das premissas mais suficientes e concebíveis diante do problema a ser resolvido. Se quer dizer que numa perspectiva crítica, várias soluções poderão ser levantadas e discutidas, colocadas à disposição de contradições por testes argumentativos, mesmo retóricos, que indiquem a aproximação da solução da maior perfeição quanto ao fim que se almeja para o problema em tese. Mas a solução mais acertada para um período histórico pode não corresponder à melhor solução da mesma situação num período posterior.

Como os valores sociais são mutantes, acreditando-se que o direito deve estar apto a satisfazer as exigências sociais, a ciência passa a ser mutável e seus problemas debatidos constantemente para o encontro com a melhor solução, ou mesmo, a solução que seja aceitável para a sociedade.

O debate judiciário e sua lógica concerne em escolher as premissas que mais espelham a vontade social, numa motivação que repila as objeções havidas sobre os possíveis erros que a solução perpetra, de forma mais eficaz que qualquer outra apresentada.²⁷

²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 242.

Nesse diapasão, CHAÏM PERELMAN entende o debate jurídico como uma retórica que deve ser apresentada e apreciada pelos mais diversos “auditórios”. Essa retórica jurídica trata-se de “*provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento*”²⁸. Assim, o discurso jurídico depende de uma adesão a quem é transmitido, que pode ser variado em sua intensidade de acordo com o auditório o qual se destina a argumentação. Aí se entrelaçam o pensamento de PERELMAN com o de COELHO, onde a conjunção do conhecimento judiciário depende de um saber conjetural, que depende da adesão do julgador, que também, por assim dizer, terá três auditórios que deverá satisfazer pelo seu discurso de persuasão, sendo estas as partes do litígio, a seguir os profissionais do direito e, enfim, a opinião pública, que se manifestará através dos vários meios de participação popular ou mesmo pela reação legislativa das decisões do judiciário.²⁹ Portanto, como o próprio pensador concluiu, o direito se desenvolve equilibrando a exigência de uma ordem jurídica coerente, ou seja, sistemática, com outra exigência pragmática, na busca de soluções aceitáveis pela sociedade como mais próximas da justiça e da razoabilidade.³⁰

A vinculação das mais variadas forças sociais que imperam o destino das concepções morais e éticas da sociedade, de forma mutável, e com grande potencial de influência sobre o discurso jurídico, faz com que a sustentação de uma argumentação pura, ou seja, uma teoria pura do direito,

²⁸ PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 141.

²⁹ Ibid., p. 238.

³⁰ Ibid., p. 238.

seja quase impossível, dado o desprezo que um raciocínio formal prático teria dessas forças³¹, o que impossibilita o desenvolvimento crescente da ciência do direito.

Daí a construção do direito pode-se acarretar num contraste com a letra vigente da lei. PERELMAN nos traz dois exemplos de como o texto legal foi preterido à argumentação jurídica para delinear uma maior satisfação do meio diante da aceitação plausível de uma nova solução social para o problema. O primeiro, deles reflete contrário gosto ao artigo 305 do Código Penal belga, que proíbe sob pena de prisão os proprietários de casas de jogos. Porém, problema social sério causou nas delineações balneárias, onde as casas de jogos eram os principais atrativos turísticos para a região, que fechados, redundaria na dificuldade econômica de toda a região. Com esse problema em vista, os procuradores gerais aceitavam não denunciar o crime quando o proprietário tivesse obtido uma determinada concessão governamental. O segundo exemplo, é referente à lei de aplicação belga, francesa e Países Baixos, no qual pune severamente a prática do aborto. Em todos esses países com grande maioria católica, sendo a revogação da lei bastante combatida pela igreja, seus governantes não quiseram entrar em atrito, vindo a se solucionar na renúncia de serem instaurados inquéritos sobre a prática de abortos realizados em meio hospitalar, de necessidade imperiosa.³²

³¹ PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 168.

³² Ibid., p. 187-9.

Situação bastante semelhante foi presenciada na cidade de Guaíra, Estado do Paraná. Nesta cidade, está sediada uma das unidades da Universidade Paranaense. O conflito foi existente entre a instituição de ensino e o Ministério Público daquela localidade, em razão da concessão de uso, pelo município através de lei promulgada pela câmara legislativa municipal, de um trecho proporcional a uma quadra de uma rua que ladeava o prédio já existente da universidade. O Ministério Público atuou contrariamente, conseguindo a invalidação da lei que autorizava a concessão, por conseguinte, a própria concessão, alegando, em suma, que a rua era de domínio público, bem dominical inalienável, não podendo ser concedida a qualquer particular, ou mesmo, ente público. O resultado não poderia ser diferente. Ao invés da instituição de ensino ampliar sua estrutura e promover a instalação de vários novos cursos que, pela imprensa, já estavam programados para a unidade de Guaíra, simplesmente aceitou a determinação, mas manteve a mesma infraestrutura até o momento, com os mesmos cursos superiores que foram instalados inicialmente. Diferente foi com a unidade sede de Umuarama, onde foi-lhe concedido o uso de uma praça e uma rua, onde naquela foi construída uma das maiores bibliotecas do estado, compondo hoje entre as universidades mais conhecidas em todo país. Neste exemplo, o de Guaíra, a ânsia social não foi observada. Na lembrança ainda se vê reuniões onde o promotor público, mostrando uma certa prepotência, aludia constantemente que na cidade “dele” rua servia para transeuntes e não para exploração econômica, sob protestos de toda a comunidade, que queria a ampliação das estruturas universitárias. Sabe-se que o mesmo promotor já tem como “dele” outra

cidade, pois não reside mais naquela comunidade, enquanto que os moradores daquela, que poderiam estar gozando de uma movimentação econômica bastante superior em decorrência óbvia do crescimento universitário na cidade, estão ainda frustrados pelas possibilidades que poderiam lhe ser auferidas.

Essas manifestações “contrárias” ao “direito posto”, mostra o quanto os textos legais podem estar em dissonância com os anseios sociais, visto que a realidade jurídica não é, por certo, exatamente correspondente ao que os textos promovem como solução adequada ao conflito social. Isso faz com que a paz social somente seja firmada quando a solução mais aceitável do problema impera sob qualquer outra que não tenha a mesma eficácia. Indica aí, a necessidade e a característica do direito como argumentação para satisfazer a aplicação dos institutos legais de acordo com a satisfação social, pela solução mais adequada de acordo com as perspectivas aceitáveis do meio social.³³

Nesse contexto que muitas das vezes os tribunais levam mão a argumentações que possam corresponder à aplicação mesma do direito como texto legal, ao tempo que faz dessas argumentações, motivações para solucionar conflitos de acordo com os valores tidos como mais imperiosos da situação social, mas que, ao mesmo tempo, não estejam completamente fora da suficiência sistemática do ordenamento jurídico.

³³ PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 189-92.

Isso condiz com a posição de que é inaceitável conceber somente a imposição legislativa como a fonte mesma do direito. A evolução do direito em todas as sociedades democráticas somente é possível considerando a aplicação eqüitativa e razoável do direito, norteado pelos valores que a própria sociedade aduz quanto à compreensão e solução dos problemas e conflitos o meio social.³⁴

E para se considerar democrática a sociedade, não se pode olvidar as mais diversas representatividades dos grupos sociais, sejam majorias ou minorias que devem ser, senão atendidas, ouvidas sobre suas expectativas e interesses, não se conformando tão somente o Estado, através dos poderes executivos e legislativos como representantes da massa.

Mas como na teoria de avanço crítico das teses, a argumentação jurídica não busca a correção, ou mesmo, a certeza. Mas a aproximação da verdade em decorrência da necessidade de adesão ao discurso proferido, sendo que, o auditório que não adira às conjeturas apresentadas, não se satisfará com a solução proposta. Logo, a sociedade em desacordo com as soluções judiciárias, num tom sarcástico, explode, pois não refletem os valores atuais da comunidade assim como, não resultam nos mecanismos plausíveis de interesses dessa comunidade. De forma tal, ainda, esses valores podem mesmo não corresponder aos conceitos mais próximos de

³⁴ PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 228-9.

“verdade”, que não resultará propriamente numa regressão, mas na aplicação daquilo que se mostra mais pertinente no âmbito social.³⁵

Por isso, a argumentação não busca alto grau de correção do resultado obtido pela produção lingüística, mas sim, tão somente na correção do uso racional do próprio discurso, por meio da observação das regras a ele inerentes.³⁶

Aparentemente se observa aplicação da idéia básica de POPPER, que não pretende solucionar os problemas da ciência com proposições imutáveis, que poderiam ser tidas como verdades absolutas, alcançando grau de certeza. Mas sim, aproximação involuntária da verdade, num desenvolver de todas as áreas do conhecimento humano sem a preocupação de certeza quanto à correção da solução apresentada. Por este motivo, o discurso passa a integrar uma dialética, introduzido a esta o próprio observador, tendo em vista sua tradição axiológica pertinente e inafastável dos modelos de soluções que apresentará ao auditório, que objetiva erradicar os erros da solução anterior, resistindo quanto possível a todas as formas de refutações que forem reveladas no decorrer do tempo, sabendo-se, ainda, que por mais que resista a toda e qualquer refutação, é possível que num determinado tempo seja completamente desestruturada por um novo pensamento.

³⁵ PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 196-8.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 290.

Essa perspectiva de PERELMAN quanto ao dever de observância de outros elementos que devem compor a decidibilidade e adesão por uma solução ou outra do conflito, leva a lembrar de EROS ROBERTO GRAU, quanto ao seu trabalho intitulado *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*.

Toda obra citada é de grande profundidade, demonstrando largo saber de seu autor. Logo no prólogo, GRAU nos traz um conceito bastante interessante do que seria o direito, como “*sistema de princípios (normas) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto*”³⁷.

Portanto, o direito seria uma sistematização de normas, que devem ser geridas por princípios que podem ser dos mais amplos existentes, que são impostos por uma determinada organização de cunho social, ou seja, em decorrência da imposição da comunidade que se extrai os axiomas a serem aplicadas. É notório que o conceito de direito, parece, para EROS GRAU, se desvencilha da dicotomia Estado-Direito, concebendo o direito não somente com pluralidade das fontes, mas o próprio objeto (direito) pluralizado.

Se quer dizer que o direito não emana tão somente do Estado, mas o Estado é uma das organizações sociais que impõe coercitivamente suas normas ao grupo social. Mas igual ao Estado, que não se reconhece como Estado, por óbvio, existem várias formas de organizações que impõe coercitivamente a aplicação e cumprimento de seus princípios, conjugando,

³⁷ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 16.

assim, uma forma de direito entre os indivíduos que compõe o grupo social integrado a esta organização.

A igreja, por exemplo poderia ser considerada como uma dessas organizações sociais que impõe ao grupo a ela pertencente os princípios bíblicos nos quais são os indivíduos fiéis. E existe a coerção na penalidade eterna que o transgressor das normas da religião sofrerá ao transpassar deste mundo ao mundo dos mortos. Por mais que pareça, ao descrente, uma forma ineficaz de imposição da norma que se estabelece a esses grupos, ao indivíduo crente a expectativa de ser condenado à eternidade afastado de Deus, é castigo pior que qualquer pena capital que lhe possa ser aplicada.

Mas não somente as igrejas têm uma espécie de direito que deve ser respeitado e é imposto pela ordem religiosa, mas todo e qualquer grupo social que tenha como escopo primeiro, a perenidade. Sem ordem não sobrevive qualquer meio social. A ordem do grupo social somente pode ser estabelecida através do controle direto e imposição de certas normas que são criadas pelo próprio grupo, ou no mínimo, aceitas por este através de algum elemento de aceitação.

Resgatando o exemplo das igrejas, não por qualquer pessoalidade, mas por ser certamente uma das formas mais bem organizadas de grupos sociais existentes, é notório que as normas são pré-estabelecidas, não sendo possível ao crente mergulhar na discussão dos princípios que são determinados a serem obedecidos sob pena de condenação eterna. No máximo, poderá mergulhar o indivíduo na discussão sobre as idéias que se

podem extrair dos princípios que lhe foram impostos, entretanto, dentro dessas idéias jamais poderá adjazer interpretação fora do núcleo central que o princípio adotado enseja.

Diante disso, se mostra que poderão haver formas distintas de submissão à ordem emanada do grupo social, que não poderá ser descumprida por aqueles que aceitarem suas condições. Duas dessas formas poderão ser, a primeira através da mera adesão, o que ocorre no caso das igrejas; a segunda pela criação dos próprios indivíduos das normas que ordenaram suas vidas quanto grupo social.

Aparentemente é inquestionável a inviabilidade da simples adesão à norma, sem poder palpitá-la para modificar aos pleitos inerentes da condição de seus indivíduos. Mas referida adesão, em várias formas de grupos sociais é necessária, mediante a condição de que a exclusão do indivíduo será iminente em caso de descumprimento das normas emanadas pelo poder autorizado. Criam-se outras duas situações interessantes nesse meio. Primeiro, aquela em que se entende a ordem como emanada de um ente superior, que não teve, ou mesmo teve, mas se tornou imutável pela crença, de normas que deverão ser aderidas ou, segundo elas mesmas, o indivíduo sofrerá punição eterna se não atendê-las. Segunda situação é aquela onde o indivíduo adere às condições impostas já pré-criadas por indivíduos anteriores a ele, do qual, se parte uma presunção de igualdade.

Na segunda situação é implacável a imutabilidade das normas visto que não se referem a princípios estabelecidos por indivíduos que estiveram

numa mesma condição, porém, sem normas para aderirem, propiciando a obrigatoriedade de criação dessas normas para manutenção do grupo, mas que foram pré-estabelecidas por ente acima das condições humanas, dos quais, o indivíduo humano não terá condições de arcar com a responsabilidade de se alterar, mesmo por interpretação criativa, dado que não lhe é lícito estabelecer critérios diferenciados dos que Deus predestinou.

Assim, nesses grupos sociais onde os princípios a serem respeitados e obedecidos são imposições tidas de ordem superior ao próprio indivíduo (entendendo como superior uma entidade não humana, visto que as autoridades estatais são compostas por indivíduos em suma iguais aos administrados, podendo em outro momento ser composto por qualquer outra pessoa), no qual, tão somente terá a possibilidade de aderir ou não ao que lhe é imposto, de forma que a punibilidade pela negação é de cunho pessoal, dado que somente surtirá efeito imediato se o indivíduo for crente no ente superior que erigiu os princípios pré-estabelecidos. Esse efeito imediato tem tão somente condão pessoal, visto que, somente é perceptível diante da condenação do indivíduo por sua própria consciência, pelo temor de se ver eternamente condenado ao afastamento de seu Deus. Se esta condenação, a condenação eterna por negação do ente divino, é verdadeira, depende da crença do indivíduo e não cabe aqui ser discutida. Mas a condenação da consciência do indivíduo crente é inevitavelmente uma forma de punição imediata e em vida do sujeito, evidenciando, assim, a coercitividade das normas religiosas. Queremos dizer que as normas religiosas não têm cunho coercitivo somente da punibilidade pós morte,

mas também em vida, sendo que sequer faz parte do grupo aquele não acredita no Deus.

Aparentemente pode ser observado um critério bastante interessante para estudo do conceito de direito de EROS GRAU. O indivíduo deve ser integrante do grupo social que do qual uma determinada organização faz aplicar princípios estabelecidos. Retomando o exemplo das igrejas, temos que o indivíduo que simplesmente não acredita no Deus que é pregado e nos princípios religiosos aduzidos, não sofre qualquer pena (ao menos neste mundo), tendo em vista que a única possível seria a condenação da própria consciência sobre o temor de eterna condenação. Mas este temor, somente tem aquele que acredita no ente, sendo que, o descrente, sequer faz parte do grupo e por isso não pode ser punido com a coerção do direito imposto àquele grupo. O sujeito deve ser integrante do grupo, pois caso contrário, não poderá ser punido pela infração a algum dos princípios do grupo social.

Exemplo disso, também, poderiam ser os indivíduos de comunidade indígena. Os povos indígenas são comunidades desalienadas da imposição estatal que impera entre as chamadas “sociedades civilizadas”. Em vista, os indígenas têm seus próprios conceitos de civilização, direito, arte, moral, poder, Estado, controle social enfim, são comunidades próprias e que exercem seus próprios princípios. Em tese, não poderiam nenhum de seus indivíduos serem julgados e penalizados por infrações praticadas contra as normas que regem o Estado brasileiro, pois não são sujeitos a tais normas tendo em vista não comporem o grupo social. Mesmo assim, se a mesma

conduta que infringe uma norma da sociedade brasileira, também infringe uma norma de sua aldeia, deverá ser punido, mesmo que tenha praticado longe de seu grupo social. Porém, se não houver paradigmas ordenatórios, não haverá punição, redundando em conduta sem castigo. O inverso, deveria ser verdadeira. Um cidadão da sociedade brasileira também teria aplicado o mesmo critério.

É que se o fundamento básico para a existência do direito seja a imposição por uma ordem, ou organização social, dos princípios que entendem adequados a um determinado grupo social, a integralização do grupo é elemento essencial para que o direito tenha legitimidade. O sujeito social é aquele que está integrado a um determinado grupo, e aderi, ou mesmo incentiva ou auxilia a criar, as normas que deverão ser estabelecidas e seguidas, mediante a imposição de uma organização movida pelo próprio grupo.

Por isso, fica dificultosa a idéia de legitimidade do direito quando o sujeito social, integrado na ordem jurídica pública que conhecemos questiona que não teve qualquer participação das normas e determinabilidade dos princípios que serão aceitos como axiomas à sociedade e imposto pelo Estado, através de suas instituições, sendo administradas por certos indivíduos que, em tese, são “mandatários”, no caso de uma democracia, do povo. Isso porque, é fácil compreender a mera adesão de normas pré-estabelecida por uma entidade superior, cuja única penalidade, ao menos imediata e em vida, será interna, da consciência. Mas, e quando a penalidade pelo descumprimento é de ordem física, ou

mesmo pecuniária, privativa de algum direito que o sujeito teria não fosse a imposição estatal, sendo que numa primeira visão, não deu seu acorde ao convencionalismo social havido entre seus concidadãos?

ROUSSEAU nos fala sobre o pacto social, onde o indivíduo espontaneamente se priva de alguns direitos individuais, principalmente a força sobre o indivíduo mais fraco, em troca de uma segurança que a coletividade, administrada por um ser soberano por uma república, lhe propiciará³⁸.

É no mínimo interessante, apesar de fugir um pouco da questão ora debatida, o fundamento de que o uso da força não pode ser considerado direito para ROUSSEAU. Direito, segundo ele, tem característica de apresentar dever e direitos. No uso da força para estabelecer controle sobre o grupo, o detentor dessa força orçará a legitimidade do seu direito nessa força. Em contrapartida, a obediência passará a ser o dever dos subservientes àquela força. Entretanto, o mais forte nem sempre será o mais forte, de forma que, em algum momento, alguém passará a ser mais forte do que o anterior. A partir desse momento, onde o mais forte deixa de sê-lo, a legitimidade de seu direito cai por terra, dado que sua força já não impera sobre os demais componentes do grupo social, eliminando por vias de consequência o próprio dever, que seria a obediência, já que o antigo mais forte já não detém o próprio “direito” de impor suas condições. Exemplifica ironicamente por meio de um assalto no parque, questionando

³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad: Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2003, p. 28-31.

se o ladrão estaria efetivamente numa posição de direito de levar os bens da vítima.³⁹

Mas retornando então à questão do grupo social. É claro que o sujeito inserido na sociedade tem para si a obrigação de observação das normas impostas pelo Estado em decorrência de sua participação, mesmo que indireta, na criação e aplicação da ordem jurídica através do mecanismo estatal, que seria, no conceito de direito de GRAU, a organização social. Entretanto, fica inaceitável a imutabilidade das normas, dado que foram criadas e estabelecidas por uma organização imperada por sujeitos sociais iguais. Assim é que se abrem as portas para as manifestações mais pertinentes das sociedades em todas as suas possibilidades de ser compreendidas e em muito atendidas, dado que, por falho que são os seres humanos, falho também poderão ser suas normas.

Mesmo porque, ensinando sobre o princípio de THOMAS JEFFERSON, ZAGREBELSKY menciona que *“Ninguna ley y constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas”*, e continua o eminente italiano, dizendo que:

Ya que toda generación es independiente de la que la precede, cada una puede utilizar como mejor crea, durante su propio <<usufructo>>, los bienes de este mundo y, entre ellos, también las leyes e la constitución. Cada hombre, siendo dueño de su propia persona, tiene el derecho de decidir en general gobernarla como mejor lo considere. Por ello las leyes y la constitución pueden ser mantenidas con vida sólo durante la generación que las ha hecho. Si tuvieran que

³⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. cit., p. 19-20.

durar más, sería un acto de fuerza, no de derecho, ya que la generación precedente oprimiría a la sucesiva.⁴⁰

É de se considerar que essa exacerbada concepção foi tomada como o princípio de THOMAS JEFFERSON, no qual se verificava que todo o sistema normativo, logo, todo o direito, era para os vivos, pois a terra pertencia aos vivos, de forma que, geração por geração, todo o sistema constitucional deveria ser modificado às vontades dos cidadãos dessa próxima geração, pois somente a força poderia ser exercida para obrigar a submissão das próximas gerações ao sistema constitucional anteriormente vigente. O próprio autor, é claro, mais adiante informa que não prosperou o pensamento de THOMAS JEFFERSON dado sua impraticabilidade, visto que, a reforma de todo o sistema constitucional de geração em geração causaria, provavelmente, caos político-social. Entretanto, a idéia não se faz de toda desarazoadada, ao contrário, mostra como qualquer lei ou mesmo o texto constitucional poderá ser modificado, pois não é divino ou imutável, desde que as forças sociais sejam bastante para impor novos valores que devem ser observados por uma nova ordem legal.

Assim, o sujeito social tem possibilidades de, mesmo não integrando seletivo grupo do qual emanam as “normas” ao grande grupo social, poder intervir no direcionamento da organização que mantém a aplicação do direito.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad: Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 40.

Daí, outro aspecto, no conceito de EROS GRAU, deve ser observado. Os princípios (normas) impostos por uma organização social ao grupo social é de criação exclusiva desse grupo social, e não, diretamente da organização. Esta poderá ter o poder delegado pelo grupo para emanar as normas que deverão ser observadas, porém, a qualquer momento, a própria sociedade, por seus indivíduos, poderá se recusar a cumprir determinadas normas, ou mesmo, passar a cumprir certos expedientes anteriormente tidos como desnecessário para regulamentação. Isso transporta, novamente, à evidente mobilidade das leis, por elementos não próprios de sua criação, mas por forças que interagem indiretamente para sua modificação, criação ou mesmo extinção, mesmo que somente quanto sua aplicação.

Dessa forma, é importante pensar que a sociedade em si poderá modificar as bases do direito posto, do direito do Estado, conforme novos parâmetros que forem desenvolvidos em outros ramos do conhecimento, ou ainda, em determinados grupos sociais, dos quais, um direito convive com outro, dentre esses grupos, devendo-se harmonizar, diante das adequações do direito de um ou de outro grupo social. Assim é que os diversos grupos existentes na sociedade, cada qual com sua ordem normativa vigente e seguida por seus integrantes é que podem, por certo, influenciar no direito do Estado, por diversas formas de manifestações sociais que os indivíduos produzem para o caminhar da evolução da *juris-prudentia*.

Direito é prudência. No pensamento de EROS ROBERTO GRAU, direito é objeto da ciência, e não a própria ciência. Existem diversas ciências que estuda o direito, seja ela filosofia do direito, teoria geral do direito,

história do direito, sociologia do direito ou dogmática jurídica. Cada qual, corresponde a uma modalidade de ciência que estuda o direito como objeto, e não o próprio como ciência. Portanto, direito não é ciência, pois não descreve algo, mas prescreve.⁴¹

Todas essas ciências o são sobre o direito, pois este se comporta como objeto que prolata prescrições corretas, e não de exatidão, diferentemente das ciências que estudam o direito, que buscam a verdade objetiva. As ciências do direito criam mecanismos de interpretação e aplicação do direito, indicando como proceder para decidir o conflito, ou ainda, descrevendo a atuação do direito. Entretanto, as ciências não descrevem o que se deve decidir em cada caso, mas somente o como se deve decidir. Desta forma que no direito repousa a prudência, pois passa a ser uma forma de arbítrio do juiz, que segundo GRAU, é o intérprete autêntico, aquele que produz a norma de decisão.

Para GRAU, norma é o resultado da interpretação/aplicação do direito ao caso concreto. Por isso, ao aplicar o direito o intérprete está produzindo a norma jurídica, que expressa a norma de decisão⁴². Importante salientar que o autor não menciona que o intérprete do direito crie a norma jurídica, ou mesmo, norma de decisão, mas *produz* a norma, pois o que ocorre é a extração do direito da solução que o intérprete entende mais acertada ao caso em apreço.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 36-7.

⁴² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

Interessante o exemplo que traz o mencionado autor a respeito da produção normativa. Três escultores se põem a esculpir, em três blocos de mármore para cada um, a *Vênus de Milo*. Na entrega das obras, poderá se verificar a presença de três esculturas que representam a *Vênus de Milo*, perfeitamente identificáveis, porém, cada qual com traços personificados que cada escultor lhe deu, segundo seu próprio interpretar da figura⁴³. Teremos assim, três perspectivas diferentes, e acertadas, do mesmo objeto. A diferença de qual será a mais correta ou não, está no espírito de cada escultor, que terá a sua escultura como a mais próxima da significação de seu objeto.

Por isso, o direito, como objeto, não produz norma jurídica, mas serve de “bloco de mármore” para que o intérprete expresse e produza a norma jurídica que será aplicada. Claro, por óbvio, que a produção dessa norma será mediante a verificação dos fatos que a inferem. Nessa perspectiva que se entende o direito por prudência, pois mediante a escolha das mais diversas formas possíveis de resultados que direito atribui a um determinado caso, a escolha, versada por uma motivação, produzirá a norma jurídica através da compreensão do intérprete, que atribui, a sua interpretação, todos os traços característicos de sua própria bagagem cultural. Assim, direito é prudência, e não ciência.

Em todo esse contexto, aparece a distinção elaborada por EROS GRAU, onde existem o direito posto e o direito pressuposto⁴⁴. Num primeiro

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 29-30.

⁴⁴ Id., *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 43-83

momento o autor elabora uma exposição bastante avançada da teoria marxista acerca da relação da ordem econômica como fundamento de todo o sistema social, pelas relações de produções existentes se desenvolvem as estruturas a base forte de toda e qualquer manifestação de direito. As forças produtivas que direcionam a ordem econômico-social da nação, são forças determinantes da ordem normativa que irá desempenhar o controle social. Assim, o direito é produzido pela estrutura econômica. O direito pressuposto seria essa força produtividade que determina a atuação do Estado como formador do direito a ser seguida.

Entende, ainda, EROS GRAU, que Estado *põe* o direito, enquanto que a sociedade o concebe naturalmente, através dos caminhos que são por ela traçados a respeito da ordem econômica. O direito pressuposto é determinante para a construção da ordem normativa do Estado. Porém, o próprio direito posto pode também intervir na prospecção do direito pressuposto, ou da ordem econômica. O direito posto é criado às bases que o direito pressuposto condiciona. Entretanto, o direito pressuposto pode ser, de alguma maneira, condicionado pelo direito posto.

Esse é o cerne do pensamento de EROS GRAU. Em verdade, o fato de corresponder o direito pressuposto com as relações de produção gerais, conseqüentemente, na ordem econômica, neste momento, ainda não importa para uma descrição sobre o conceito de direito que se discute.

Pois bem. O direito, como antes havia mencionado, é o sistema de princípios impostos por uma organização social à sociedade, coercitivamente, desde que tenha poder para tal.

Claro que como analisado anteriormente, esse conceito se mostra albergue a qualquer das épocas históricas do homem como ser cultural, visto que se equaciona praticamente a qualquer sistema que já teve sua chance de viger. Para captar a idéia de um direito pressuposto, basta que se creia na existência, e existe, de um sistema que norteia a produção do direito, como objeto, direcionando toda a criação dos textos legais pelo Estado. Assim, o direito pressuposto, além de ser somente a estrutura econômica da sociedade como determinante das normas e do direito, que pode ser produzido diferentemente a cada nação, pode-se estender, a todas as formas de manifestações de interesses de vários grupos sociais que coexistem ao grupo social maior, sendo esta a nação, com o Estado como organização social que aplica o direito de forma coercitiva.

O direito pressuposto, portanto, são todas as formas de ordens normativas existentes aceitáveis por todo o grande grupo social ou não, ou ainda, na forma do pensar de COELHO, as manifestações do grupo social dominante. Por sinal, EROS GRAU critica duramente as leituras que explicitam o direito como instrumento de dominação do mais forte sobre o mais fraco, sendo expressão da vontade desse grupo dominante, ou ainda, o direito como ideologia, e somente como tal. O direito seria além disso. Direito seria um elemento de um todo complexo, e como elemento, pode ser instância modificadora do complexo.

Já COELHO, vê o direito posto como uma estrutura mesma de dominação do grupo que se reserva no poder por gerações. Instrumento mesmo de alienação e manutenção do *statu quo*. Todavia, ao final de sua obra, expressa seu entender das possibilidades de converter o direito de instrumento de dominação para espaço de libertação, onde o direito não seria mais utilizado para se manter nas posições atuais os diversos grupos sociais, mas sim, ocasionar mudanças radicais para estruturar numa forma justa toda a sociedade.⁴⁵

Portanto, o direito é objeto que pode ser desenvolvido em prol não de um domínio comum, mas como fator equilibrante dos mais diversos grupos sociais. Direito pois, evolui, contrasta-se, modifica-se, e cabe ao crítico promover esse direcionamento adequado para o amparo do cidadão através do mais eficaz instrumento de dominação, mas instrumento de dominação do igual, do livre, instrumento de dominação da libertação.

1.2 O LÍMITE DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NUMA PERSPECTIVA CRÍTICA

Com esse paradigma crítico, também o direito constitucional necessariamente deve se desenvolver. A “homeostasia” constitucional, poder-se-ia dizer no olhar de POPPER, ou seja, a incessante busca da ciência

⁴⁵ COELHO, Luiz Fernando. Op.cit., p. 567-75.

do direito, acerca da hermenêutica constitucional, para que as normas da Constituição Federal tenham plena eficácia à sociedade. Pois no dizer de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem.⁴⁶

É necessário superar esse outro dogma de Constituição de proteção. A carta constitucional é garantia de proteção ao cidadão e toda sociedade contra os abusos do Estado, mas também, é carta de direitos e deveres para todos e por todos, não somente contra o próprio Estado, mas também, para qualquer sujeito de direitos e obrigações.

Mas não basta ter uma Constituição escrita que preveja todos as proteções possíveis aos sujeitos de direitos. É necessário que suas normas tenham eficácia. E para eficácia, suas normas devem ser aplicadas com efetividade pelos órgãos que detém competência para impor a força normativa da Constituição Federal. Principalmente órgãos jurisdicionais, premente o Supremo Tribunal Federal, guardião da carta constitucional, devem resguardar a aplicação ampla da Constituição Federal em todos os sentidos.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

E como escrever uma Constituição não basta, se deve aplicá-la, o seu guardião deve ser dotado de força hábil para convalidar a eficácia das normas constitucionais como se espera aplicação. É dotado de instrumentos jurisdicionais que o guardião da Constituição Federal terá condições plenas para tornar realidade esta eficácia necessária das normas constitucionais.

Um desses instrumentos, como se verá no decorrer do trabalho, é a reclamação constitucional, que se mostra como instituto processual hábil a promover a força de autoridade máxima das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal. E somente quando as decisões do guardião da Constituição Federal têm forte eficácia sobre todos os jurisdicionados, é que amplamente a Constituição ganha alta força normativa. Um judiciário seguro e eficiente é sinônimo de efetivação do ordenamento jurídico, sem o qual, as leis, assim como a Constituição Federal, não passa de textos vazios de significado.

É pelo judiciário que as normas ganham força. É pela jurisdição constitucional que a Constituição Federal se efetiva. E somente se poderá efetivar plenamente na sociedade, quando houverem instrumentos hábeis para tornar as decisões do Supremo Tribunal Federal mais eficazes, mais imperativas na vida social.

1.2.1 A Reclamação Constitucional como Instrumento Garantidor da Eficácia das Decisões

A reclamação constitucional é um desses instrumentos que garantem a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. Hodiernamente é acolhido para garantia da autoridade das decisões ou contra usurpação de competência do tribunal. Para que garanta a força da decisão proferida no pretório excelso, o reclamante deverá ser a parte prejudicada no processo onde foi desrespeitada a decisão do Supremo, ou então, qualquer interessado prejudicado, quando a decisão do tribunal tiver efeito vinculante, como nas ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Logo, somente quando a decisão do Supremo for tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é que, em suma, poderá o interessado prejudicado por ato administrativo ou judicial que contrarie a decisão daquele tribunal, propor a reclamação. Assim é a compreensão acerca da reclamação constitucional praticamente desde que foi criada.

É preciso mudar essa visão. É preciso ampliar a reclamação constitucional para outras perspectivas. Ampliar para o controle difuso de constitucionalidade exercido pelo próprio Supremo Tribunal.

A busca pela efetividade das normas constitucionais necessariamente passa pela jurisdição constitucional. É com o desenvolvimento dos instrumentos de efetivação das decisões jurisdicionais é que se fortalecem

os preceitos constitucionais. Nesse fortalecimento, a reclamação constitucional é instrumento que pode tornar as decisões do Supremo Tribunal em controle difuso de constitucionalidade mais com força vinculante paritário às decisões em controle concentrado, fazendo com que a interpretação do guardião da Constituição Federal sobre a Constituição Federal seja observada por todo o judiciário e pela administração pública em geral, tornando assim, a própria Constituição Federal mais eficaz, pela eficácia das decisões do tribunal responsável por sua efetivação.

Percebe-se aí a “homeostasia” constitucional indicada. Um desenvolvimento dialético sobre um instrumento de jurisdição constitucional para a finalidade de melhorar a efetivação das normas constitucionais através da ampliação da eficácia das decisões em âmbito da jurisdição constitucionais.

Nesse diapasão é que será desenvolvido o presente trabalho. Uma busca do desenvolvimento de um instrumento hábil para que se possa melhorar a vida dos jurisdicionados, através da observância imediata das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não somente no próprio processo em que fora proferida, mas a partir da interpretação que o guardião da norma constitucional dá a esta, vinculando todas as situações análogas, mais das vezes idênticas, evocando o judiciário mais próximo do povo a efetivar essas interpretações, tornando o processo mais célere, efetivo e acessível.

2 A POSIÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE E A COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÃO PARA SEU PROCESSAMENTO

2.1 O PODER EXERCIDO PELO ESTADO – EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

O Estado se caracteriza pelo exercício do poder basicamente em criar e aplicar a lei que num sistema de observância máxima do princípio democrático tendo a igualdade como expressão norte do sistema jurídico vigente valendo-se de suas possibilidades e das oportunidades para se distinguir os desiguais em favor da justiça social que se designa como substância do preceito da dignidade humana. O tratamento igualitário aos administrados transcende à mera equiparação formal das pessoas para equalização substancial em vista das necessidades, encargos e diferenças de cada qual, que modificam a condição do sujeito de direitos em relação

ao outros. A consagração da igualdade no artigo 5º da Constituição Federal, “*bem distinto dos que nas nossas Constituições antecedentes o institucionalizaram, há consagração do princípio da igualdade não apenas em termos formais, mas também em termos materiais*”.⁴⁷

Como pretende em sua “teoria da justiça”, JOHN RAWLS expõe que o princípio da igualdade democrática somente pode chegar aos resultados pretendidos por seu conteúdo quando por meio da combinação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença, observando o direito com primado na justiça social a gradação equidistante com instrumentos de superação para aqueles que não estão em melhores situações de expectativa pela sua própria realidade econômico-social.⁴⁸

Nessa perspectiva de se atuar o poder com a premissa da valoração da equalização social dos indivíduos o Estado cria e aplica as normas exercendo poder que é classicamente distribuído nas funções administrativas, legislativas e jurisdicionais. A função de criar as leis⁴⁹ e de aplicá-las quando não realizadas espontaneamente pelos subordinados à

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 106.

⁴⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79-80.

⁴⁹ Interessante destacar que a perspectiva moderna sobre o que é lei e norma não as converge ao mesmo sentido, expressando que o texto é concebido pelo órgão legislador na forma geral e abstrata sem distinguir partes mas devendo observar as deferências para com a Constituição Federal, destacando-se que o texto é designação lingüística, enquanto que, a norma, é o que se revela do texto pelo intérprete que cria uma substância à mercê da expressão idiomática da lei, sendo nela, uma forma de expressão (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78-80). Pertinente destacar ainda que “*la generalidad es la esencia de la ley em el Estado de derecho* (ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad: Marina Gascón. 6. ed. Madri: Trotta, 2005. p. 29), lembrando, no entanto, sobre a possibilidade que o sistema jurídico permite da criação de leis voltadas especificamente a ordenar atos de cunhos pessoais como as que verberam doações de bens públicos a particulares.

sua orientação é desígnio próprio do exercício do poder estatal consubstanciando na aplicação para finalidade de administração republicana e na jurisdicionalização das relações sociais havidas na comunidade.

Temos então que a criação das leis⁵⁰ se dá através da função legislativa do Estado que entrega ao denominado “Poder Legislativo” (CF, Capítulo I, Título IV) para gerar os textos normativos de ânsia da sociedade nos limites estabelecidos pela Constituição Federal. Em decorrência, a aplicação das leis é atribuída às demais funções do Estado que o revela na interpretação pelo “Poder Executivo” (CF, Capítulo II, Título IV) e “Poder Judiciário” (CF, Capítulo III, Título IV) e aplicação do direito cada qual com suas atribuições específicas.

Na aplicação da lei é que se diferenciam a função primordial de cada esfera de atuação do Estado pela aplicação primária da lei pela administração pública o que faz no seu próprio interesse ou ainda, na aplicação secundária da lei que a jurisdição desempenha por substituir a vontade ou inteligência das partes alocadas no processo que teria, espontaneamente fosse, aplicação primária.

Nesse diapasão, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO expõe que a classificação de jurisdição como campo de aplicação secundária da lei não

⁵⁰ Aqui se expressa a intenção de se referir a todas as modalidades de criação de textos normativos pelo legislador, sejam em correspondência a todas as leis como também em referência à Emendas Constitucionais, mesmo salientando que estas, podem não ser aceitas como leis propriamente ditas, dado sua finalidade de se integrar ao texto constitucional.

é de toda correta, pois, existem formas de jurisdição exercida em verdadeira aplicação primária da lei. Isso porque, traduz o processualista, muitas das relações sociais que dependam da atividade jurisdicional para sua solução realmente será de aplicação secundária da lei naqueles casos em que o demandado deveria ter satisfeito o direito do demandante e não o faz espontaneamente, desencadeando aí a necessidade do arbítrio institucional do juiz para satisfação do direito. Não ocorre quando a atividade jurisdicional é necessária independentemente da vontade espontânea dos interessados envolvidos, como por exemplo, na anulação de casamento, anulação de eleição, extinção do pátrio poder⁵¹ ou dissolução conjugal^{52, 53}.

Essa diferenciação, diz PAULO AFONSO DA SILVA, é propriamente afeita à teoria do processo, pois, na ciência da constituição, basta diferenciar-se pelo agente que aplica a lei segundo os critérios de divisões dos poderes estabelecidos pela Constituição Federal, sendo jurisdição quando a lei for aplicada pelo Poder Judiciário e administração quando aplicada pelo Poder Executivo.⁵⁴

A ponderação feita pelo constitucionalista pátrio é pertinente, já que, mesmo em esfera acadêmica, a diferenciação entre a aplicação das

⁵¹ Hodiernamente denominado de “poder familiar”.

⁵² Obviamente que na edição consultada ainda não vigorava a lei 11.441, de 04 de Janeiro de 2007, DOU 05.01.2007.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do processo civil*. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 335-6.

⁵⁴ SILVA, Paulo Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 555.

normas pela administração pública da jurisdição propriamente dita realizada pelo poder judiciário pouco ou nada importa para que se compreenda todo o sistema de distribuição dos poderes aderido pelo constituinte. Não exerce a jurisdição a administração pública mesmo quando profere decisões em processos administrativos presididos pelas autoridades administrativas, sendo que, essas decisões, se caracterizam tão somente por atos administrativos decisoriais no âmbito da administração pública vinculando esta com o destinatário direto do ato proferido, mas jamais, excluindo a possibilidade de revisão pelo judiciário (CF, artigo 5º, inciso XXXV), mesmo que tenha o sujeito passivo do procedimento administrativo gozado do direito ao contraditório e ampla defesa, pois estes são direitos inerentes não somente ao processo jurisdicional, mas também, ao administrativo (CF, artigo 5º, inciso LV).

Por óbvio que não se escapa aqui a compreensão que mesmo os órgãos jurisdicionais poderão praticar atos administrativos não jurisdicionais, porém, não o serão na esfera do processo judicial do qual o juiz exerce o poder investido pelo Estado de aplicar a lei e estabelecer normas concretas e pessoais às partes litigantes, destacando-se os atos que pratica para finalidade de administração do órgão público que dirige.

2.2 A JURISDIÇÃO COMO MANIFESTAÇÃO DO PODER PRÓPRIO DA ATIVIDADE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO COMO SUCEDÂNEO DA AUTO-SATISFAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITOS.

Tecidas essas exíguas considerações, é necessário depreender a jurisdição como elemento objetivo do exercício do poder estatal desempenhado pelo Estado pelo Poder Judiciário através dos sujeitos investidos no poder jurisdicional para aplicar o direito.

A jurisdição pode ser definida por sua finalidade, da qual, decorre na intenção imperativa de solução dos conflitos interindividuais ou supra-individuais surgidos na sociedade, sem proeminência de auto resolução entre os sujeitos interessados e demais escopos que o sistema processual lhe atribui.⁵⁵

O vocábulo vem do latim *juris* mais *dictio* que se traduz como “dizer o direito”. O exercício da jurisdição é substitutiva da autodefesa dos indivíduos em conquistar a satisfação de seus direitos quando os por ele obrigados não os cumprem voluntariamente. Tem caráter de inevitabilidade, já que os demandantes não se desligam da atuação estatal por mera conveniência particular individual, mas uma vez invocada, sugere que se resolva a lide até seu deslinde.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 330.

A jurisdição é una. É um poder/dever unificado, indivisível, atribuído ao Estado propriamente dito a atua como uma de suas funções essenciais. Mesmo assim, a Constituição Federal organizou a forma como é desempenhada a jurisdição pelo Estado, através do judiciário, dividindo-a em determinados grandes grupos para, após, seja para alguns órgãos na própria Constituição Federal ou por lei para outros, distribuiu-se a competência para determinados feitos para os diversos órgãos jurisdicionais.

Assim, tem-se a jurisdição subdividida para finalidade de organização estatal da atividade jurisdicional em: jurisdição comum, desempenhada pelos tribunais de justiça e seus juízes de direito e pelos tribunais regionais federais e por seus juízes federais, cada qual de acordo com suas competências; a jurisdição especial, desempenhada pelos tribunais e seus juízes eleitorais, tribunais e seus juízes do trabalho e pelos tribunais e seus auditores militares, cada qual, igualmente, dentro de sua competência; jurisdição penal e jurisdição civil; jurisdição voluntária e jurisdição de litígio.

A jurisdição é una e é desempenhada pelo estado, mas dividindo-se em diversos órgãos estatais jurisdicionais, sejam estaduais ou federais, distribuindo entre eles a competência de cada um. Essa breve perspectiva se faz necessária para iniciar desenvolvimento acerca das atribuições e competências dos órgãos jurisdicionais no que tange à reclamação constitucional.

2.3 A COMPETÊNCIA PARA SE PROCESSAR E JULGAR A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – POSIÇÃO DA RECLAMAÇÃO NOS VÁRIOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS – AS LEGISLAÇÕES PERTINENTES

Para que o estudo da reclamação constitucional seja iniciado, nada mais lógico que se extrair da legislação e da Constituição Federal a posição do instituto para se ter ciência dos órgãos, em tese, capazes de processar e julgar esse tipo de processo.

Nada mais justo que a busca se iniciar pela norma máxima, a Constituição Federal seguindo para a regulamentação específica que cada tribunal apresenta.

Na Constituição Federal a reclamação constitucional⁵⁶ está prevista em dois momentos: no artigo 102, inciso I, alínea “l”⁵⁷ e no artigo 105, inciso I, alínea “f”⁵⁸, sendo o primeiro referente ao Supremo Tribunal Federal e o segundo ao Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁶ É interessante lembrar que a Constituição Federal ou a legislação não denomina a Reclamação objeto do trabalho como “Reclamação Constitucional”, mas meramente de “Reclamação”. Na introdução expusemos que utilizaremos o aquele com o adjetivo para não haver dúvidas acerca do instituto tratado, já que a doutrina se utiliza dessa nomenclatura.

⁵⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

(...)”

⁵⁸ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

O primeiro dispositivo citado elenca as hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal, facultando-lhe a possibilidade da Reclamação Constitucional para “*preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*”.

Como será esboçado em capítulo próprio, o Supremo Tribunal introduziu em 1957 o instituto da reclamação em seu Regimento Interno, cujo atual, ainda preserva o texto no Título V, sobre “Dos Processos sobre Competência”, no Capítulo I, “Da Reclamação”, entre os artigos 156 à 162⁵⁹.

O Superior Tribunal de Justiça seguiu a mesma linha adotada pelo pretório excelso, quanto à formulação dos dispositivos regimentais referentes ao instituto da reclamação constitucional, alocando em seu

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

(...)

⁵⁹ “Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental.

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

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

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

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

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

I - avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;

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

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

Parágrafo único. O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal.

Art. 162. O Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.”

Regimento Interno no Título V, “Dos Processos Sobre Competência”, Capítulo I, “Da Reclamação”, entre os artigos 187 e 192⁶⁰.

Como se percebe logo à primeira vista, a Constituição Federal atribuiu hipóteses da existência do instituto da reclamação constitucional tão somente ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, silenciando quanto ao cabimento nos demais órgãos jurisdicionais, sejam nos demais tribunais superiores, ou mesmo, nos tribunais de justiça, regionais federais, do trabalho, eleitorais ou militares.

Porém, já não é novidade que a reclamação constitucional tem previsão expressa e é bastante utilizado nos superiores eleitoral e militar. Em nenhum outro tribunal a reclamação constitucional é prevista ou mesmo utilizada⁶¹, como é exemplo dos cinco tribunais regionais federais, que já nas linhas da Constituição Federal, não ousaram adentrar em competências que não lhes foram concedidas, já que estas em relação aos regionais, são

⁶⁰ Art. 187. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal e instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 188. Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, a qual as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 189. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 190. O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 191. Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 192. O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

⁶¹ Observando que aqui se refere especificamente à reclamação constitucional, instituto diferenciado daqueles previstos em diversos tribunais de justiça no Brasil, de caráter tão somente correicional, cuja natureza é tratada oportunamente.

expressas na própria carta magna (CF, artigos 108 e 109). A lei 8.659/1993 limitou a aplicação da lei 8.038/1990, lei que disciplina procedimentos perante o Supremo Tribunal e o Superior de Justiça, somente sobre a ação penal originária, que o texto de seu artigo primeiro se reduz em estabelecer como aplicável aos Tribunais Regionais Federais os artigos 1º ao 12 desta lei.

No que concerne ao Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar, a reclamação constitucional não tem previsão constitucional como para o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça assim como informado. Aliás, como dito alhures, não o tem para qualquer outro órgão jurisdicional.

Porém, não tem sido raro o processamento de reclamações constitucionais perante o Tribunal Superior Eleitoral, assim como, no Superior Tribunal Militar.

O Código Eleitoral Brasileiro⁶² dispõe sobre a competência do Tribunal Superior Eleitoral em seu artigo 23, já que a Constituição Federal, em seu artigo 121, prorroga a disciplina da competência dos tribunais e juízes eleitorais para lei complementar⁶³, do qual, recepcionou o Código Eleitoral já existente.

⁶² Lei 4.737, de 15 de Julho de 1965.

⁶³ Nesse sentido, não há mais discussão sobre a recepção do Código Eleitoral que é anterior à própria Constituição Federal, não ensejando motivos justos para alargar aqui argumentos para demonstrar a ocorrência desse fenômeno.

Em seu artigo 23, os incisos IX e XVIII, dispõem que compete privativamente ao Tribunal Superior “*expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código*” e “*tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral*”, respectivamente.

Ao dispor com linhas tão genéricas, mediante a autorização constitucional de fixar sua competência por lei complementar, da competência do Tribunal Superior Eleitoral, a criação da reclamação constitucional no âmbito deste tribunal estaria autorizada, já que em consonância com a Constituição Federal.⁶⁴

No Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral⁶⁵, seu artigo 94 dispõe que “*nos casos omissos deste regimento aplicar-se-á, subsidiariamente, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*”, no qual, como já mencionado logo antes, em seu artigo 156 e seguintes disciplina a reclamação como processo sobre a competência do mesmo.

Por esses fundamentos é que se tem aceito a aplicação da reclamação constitucional no âmbito do Superior Eleitoral, já que, a lei recepcionada como complementar que fixa a competência do mesmo autoriza que o tribunal disponha de todo e qualquer recurso que lhe faça impor sua competência e autoridade.

⁶⁴ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Safe: 2000, p. 286-91.

⁶⁵ Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 4.510 de 29 de Setembro de 1952.

Muito parecido também se traduz ao Superior Tribunal Militar, onde, apesar da Constituição Federal não apontar a reclamação constitucional como possível em dispositivo constitucional, o artigo 124 em seu parágrafo único da Carta Magna traduz a possibilidade de se fixar as competências, funcionamento e organização judiciária da Justiça Militar.

Assim mesmo que fora introduzido no texto da lei 8.457/1992, denominado de Lei Orgânica da Justiça Militar, em seu artigo 6º, inciso I, alínea “f” prevê expressamente, em texto muito semelhante⁶⁶ ao da Constituição Federal que atribui a reclamação sob a alçada do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça.

Também, o Código de Processo Penal Militar⁶⁷ disciplina o procedimento de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça, em seus artigos 584 à 587⁶⁸.

⁶⁶ Por sinal no mesmo dispositivo encontramos o instituto da advocatária, no inciso IV do artigo 6º da LOJM, quando juiz singular, que obviamente se lê adjetivo “da justiça militar”, invadir esfera de competência do Superior Tribunal Militar. Fica claro que quanto à restauração da competência indica-se a existência mútua dos dois institutos naquele tribunal, o da reclamação, que será medida a ser pleiteada pela parte legitimada pelo Código de Processo Penal Militar, assim como, a advocatária, que será ato de poder, a meu ver, sem necessidade de provocação, do próprio tribunal. Por sinal, vale ressaltar em nota que a advocatária do qual o STM tem poder, não faz muita relação com a advocatária do qual o STF tinha poder através da alínea “o” do Inciso I do artigo 119 da Constituição Federal de 1967 já emendada pela emenda constitucional 1/1969, cuja redação foi dada pela emenda constitucional 7/1977. É que nesta, a pedido do Procurador-Geral da República, o STF poderia avocar todo e qualquer processo de qualquer juízo desde que possa ocorrer dano grave ou lesão à ordem, saúde segurança e às finanças públicas. É perceptível o alto grau de lesão ao princípio do juiz natural, visto que, o STF poderia aforar competência de qualquer outro juízo. Diferentemente da advocatária no âmbito militar que, aparentemente, ao menos no texto legal, cuida respeito ao princípio do juiz natural tão somente importando a medida quando algum juízo de instância inferior agredir sua própria competência.

⁶⁷ Decreto-lei 1.002 de 21 de Outubro de 1969, DOU 21.10.1969.

Oportuno salientar que diferentemente do que estabelece a Constituição Federal quanto à necessidade de lei complementar para fixar a competência da Justiça Eleitoral nos termos do artigo 121, para a Justiça Militar e para Justiça do Trabalho, conforme artigos 124 e 113 respectivamente, determinou que suas competências poderiam ser fixadas por lei ordinária. Assim foi a idéia do constituinte dado que para a justiça Eleitoral, a Constituição não alberga um mínimo sobre a competência de seus juízes e tribunais, enquanto que, para justiça do trabalho e para justiça militar, já estabelece algumas regras de suas respectivas jurisdições, como exemplo, no artigo 114, no qual, descreve toda a competência da justiça laboral resguardando para lei somente as questões de maior detalhe e

⁶⁸ “Art 584. O Superior Tribunal Militar poderá admitir reclamação do procurador-geral ou da defesa, a fim de preservar a integridade de sua competência ou assegurar a autoridade do seu julgado.

Avocamento do processo

Art. 585. Ao Tribunal competirá, se necessário:

- a) avocar o conhecimento do processo em que se verifique manifesta usurpação de sua competência, ou desrespeito de decisão que haja proferido;
- b) determinar lhe sejam enviados os autos de recurso para êle interposto e cuja remessa esteja sendo indevidamente retardada.

Sustentação do pedido

Art. 586. A reclamação, em qualquer dos casos previstos no artigo anterior, deverá ser instruída com prova documental dos requisitos para a sua admissão.

Distribuição

1º A reclamação, quando haja relator do processo principal, será a êste distribuída, incumbindo-lhe requisitar informações da autoridade, que as prestará dentro em quarenta e oito horas. Far-se-á a distribuição por sorteio, se não estiver em exercício o relator do processo principal.

Suspensão ou remessa dos autos

2º Em face da prova, poderá ser ordenada a suspensão do curso do processo, ou a imediata remessa dos autos ao Tribunal.

Impugnação pelo interessado

3º Qualquer dos interessados poderá impugnar por escrito o pedido do reclamante.

Audiência do procurador-geral

4º Salvo quando por êle requerida, o procurador-geral será ouvido, no prazo de três dias, sôbre a reclamação.

Inclusão em pauta

Art 587. A reclamação será incluída na pauta da primeira sessão do Tribunal que se realizar após a devolução dos autos, pelo relator, à Secretaria.

Cumprimento imediato

Parágrafo único. O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se depois o respectivo acórdão.”

organização judiciária. O mesmo se pode dizer quanto ao artigo 124, que já descreve de maneira categórica que compete à justiça militar processar e julgar os crimes militares.

Melhor sorte que o Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar não teve o Tribunal Superior do Trabalho, quanto à reclamação constitucional.

A legislação que especifica as competências do âmbito da justiça do trabalho é a Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁹ e a lei 7.701/1988. Nenhuma dessas legislações, a primeira dispendo sobre quase todos os direitos do trabalho, mas também sobre competência, processo e organização judiciária da justiça do trabalho, prevêem o instituto da reclamação constitucional na mesma finalidade prevista ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Mesmo assim, o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho⁷⁰ prevê entre seus artigos 190 e 194 o instituto da reclamação⁷¹.

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS entende que nas esferas dos Tribunais Superiores Eleitoral e Militar é possível a presença da reclamação constitucional por terem expressa previsão em lei, no primeiro

⁶⁹ Aprovada pelo Decreto-lei 5.452 de 1º de Maio de 1943, DOU 09.08.1943. Saliendo que foi também recepcionada pela nova ordem constitucional.

⁷⁰ Resolução Administrativa 908/2002, DJU 27.11.2002.

⁷¹ Pertinente anotar que o Regimento Interno revogado do TST igualmente previa a reclamação, praticamente com o mesmo texto, o que importa em dizer que os Juizes daquele tribunal certamente entendem ser cabível o instituto.

caso por lei complementar, do qual, decorre da Constituição Federal a oportunidade de fixar regras de competência. Todavia, mesmo tendo sido concedida a mesma hipótese constitucional para a justiça trabalhista, na legislação pertinente, não define a possibilidade de existência da medida, de forma que, a previsão regimental da reclamação ao Tribunal Superior do Trabalho seria inconstitucional.⁷²

Houvesse a lei disposto sobre a reclamação, certamente não haveria, como não há aos demais superiores⁷³, empecilho para que o superior trabalhista fixasse em seu Regimento Interno o instituto. Mas não o fez, de forma que não poderia utilizar o instrumento processual.⁷⁴

⁷² DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., p. 277-82.

⁷³ Mais adiante se demonstrará fundamentos pelos quais não se adota no presente trabalho, *a priori*, essa idéia, pois em verdade, nenhum dos superiores poderia instituir a reclamação constitucional como o STF e o STJ, mas tão somente, como medida meramente administrativa, natureza que não é a da reclamação constitucional ora estudada.

⁷⁴ Nesse mesmo sentido entende Leonardo L. Morato, onde “*não havendo lei que institua a reclamação, tampouco norma que a autorize, revela-se inconstitucional a previsão do cabimento de reclamação contida nos arts. 274 a 280 do Regimento Interno do Superior Tribunal do Trabalho*” (*Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007, p. 75-6). É claro que, apesar da obra mencionada ter sido editada recentemente, ainda, para atualização doutrinária de instituto tão novo como é a súmula vinculante, o autor citou os dispositivos do Regimento Interno do TST revogado em 2002, Resolução Administrativa 313. Mesmo assim, a validade da citação não se esvai, já que os textos do antigo ao do novo regimento são bastante equivalentes.

2.4 A (IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIR A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NOS MAIS DIVERSOS TRIBUNAIS

Saber se a reclamação constitucional pode ser instituída em outros tribunais além do Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça não é problema novo. Na verdade, ainda muito se discute sobre qual a verdadeira natureza jurídica do instituto, pelo que, percebe-se que o próprio Supremo ainda não tem uma definição pacífica sobre o assunto, do qual, será tema próximo neste trabalho.

Como mencionado acima, a Constituição Federal somente previu a reclamação para finalidade de preservação de competência e autoridade das decisões ao Supremo Tribunal e ao Superior de Justiça nos termos dos artigos 102, inciso I, alínea “1” e 105, inciso I, alínea “f”, respectivamente.

Fica patente que a reclamação constitucional não foi firmada para outros tribunais, sejam para os superiores, sejam para tribunais federais ou da justiça estadual.

Claro que a questão não se encerra somente pela simples ausência de previsão constitucional para os demais tribunais, sejam aos superiores ou aos demais, já que, como a própria referência histórica da criação do instituto reclamatório no próprio Supremo, se deu pela revisão do princípio da efetividade das decisões do pretório excelso, pela substância dos

implied powers do qual decorre do dever de poder o órgão jurisdicionado impor a autoridade de suas decisões.

Acerca dos poderes implícitos, como ensina JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, é técnica que aponta para uma leve referência constitucional “às situações de necessidade através da simples indicação dos órgãos de soberania competentes para adoção das medidas necessárias e apropriadas ao restabelecimento da normalidade constitucional”⁷⁵. Lembra como exemplo típico da adoção dessa técnica à constituição americana, no qual, a maior parte dos poderes exigidos por situações de emergência são baseados nos poderes implícitos.

Assim, em construção pretoriana, até Outubro de 1957 quando então a reclamação foi introduzida no então Regimento Interno do Supremo, este tribunal já com a atribuição constitucional de guardar a aplicação adequada da Constituição Federal, desenvolveu o instituto sob as bases do *implied powers*, pois assim era de interesse para sustentar o instrumento para o resguardo de sua competência e da autoridade de suas decisões.

Logo mais, sob a proposta conjunta dos Ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e RIBEIRO DA COSTA à comissão de regimento interno da corte suprema, então sob a presidência do Ministro OROZIMBO NONATO, em plenário foi aprovada a emenda regimental para introdução do capítulo V-A no Título II do Regimento Interno, iniciando aí o que fora anteriormente

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.092.

denominado de segunda fase histórica da reclamação constitucional no direito brasileiro.

Não há dúvidas que a todo tribunal cabe, além das atribuições que lhe são auferidas pela Constituição Federal ou pela legislação, complementar ou ordinária, conferir o exato cumprimento de seus preceitos de competência e autoridade de suas decisões mormente aos jurisdicionados subordinados à sua competência.

Dessa feita, poder-se-ia entender que os tribunais inferiores ao Supremo Tribunal, como são os superiores (sem se falar no Superior Tribunal de Justiça, pois para este a reclamação é expressamente prevista constitucionalmente) e todos os demais (tribunais regionais federais, tribunais de justiça, tribunais regionais eleitorais, tribunais regionais do trabalho) poderiam criar o instituto da reclamação constitucional em seus próprios regimentos internos como forma de estabelecer maior respeito à sua competência e autoridade de suas decisões, como fez o Supremo em meados do século passado.

Num primeiro momento, parece que a reclamação poderia ser criada por esse mecanismo sem qualquer problema, pois visa a fiscalização do próprio tribunal do cumprimento de suas decisões e prerrogativas jurisdicionais. Todavia, num raciocínio mais aprofundado a questão não se resolve por esse prisma.

Essencial para estabelecer a possibilidade ou não de outros tribunais, além do Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de

Justiça, instituir a reclamação, seja por meio da existência de leis infra-constitucionais para tanto, seja por meio de atribuição regimental, é fixar premissa acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional, estabelecendo desde já que não se trata de mera medida administrativa ou remédio constitucional não especificado, mas sim, verdadeiro instituto processual, mais especificamente “ação”, como objeto de capítulo próprio deste trabalho.

2.4.1 Instituição da Reclamação Constitucional no Âmbito dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais

Fincando a reclamação constitucional como instituto processual, segue-se fácil compreender que é inconstitucional a criação do instrumento no âmbito dos tribunais de justiça, já que dever-se-ia fazer instituir pela constituição estadual, conforme preceitua o disposto da Constituição Federal no artigo 125, em seu §1º, porém, violaria diretamente o preceito constitucional aduzido no inciso I, do artigo 22 da Carta Magna, pois, é de competência privativa da União legislar sobre o direito processual, seja de natureza civil ou criminal, no qual, a reclamação pode dizer respeito sobre qualquer desses.

Todavia, não foi essa a interpretação dada pela plenário do Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede da Ação Direta de

Inconstitucionalidade autuada sob o n. 2.212-1⁷⁶, de autoria do Governador do Estado do Ceará, onde foi relatora Ministra ELLEN GRACIE, na qual, questionava dispositivo da Constituição Estadual daquele estado, alínea “j” do inciso VII do artigo 108 e, alínea “j” do inciso VI do artigo 21 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Na oportunidade, o Supremo discutiu sobre a constitucionalidade desses dispositivos, pois, ambos instituem a reclamação nos mesmos moldes da Constituição Federal para o Supremo e Superior Tribunal de Justiça, assim como, disciplina no âmbito regimental da mesma forma da reclamação prevista nos regimentos internos desses pretórios.

Em parecer fundamentado quanto à (in)constitucionalidade do dispositivo da constituição estadual em questão, o Advogado-Geral da União na ocasião, hoje Ministro do Supremo GILMAR FERREIRA MENDES contribuiu, mas não foi seguido pelos então ministros, para uma visão interpretativa significativa em sede da constitucionalidade do dispositivo estadual.

GILMAR MENDES aduziu que não se poderia levar ao extremo tanto da constitucionalidade quanto da inconstitucionalidade dos dispositivos, mencionando que os mesmo deveriam ser interpretados, e assim declarados

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.212-1/CE. Relator Min. Ellen Gracie. J. 14.11.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2005.

pelo Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a Constituição Federal.⁷⁷

Aduziu precipuamente que aos tribunais de justiça competia o controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais, de forma que, como as decisões em ações diretas de inconstitucionalidade de atribuição jurisdicional constitucional do Supremo Tribunal Federal, tem força vinculante e de efeitos *erga omnes*.

A interpretação de lei conforme a constituição já é técnica atribuída ao tribunal constitucional ou mesmo, em controle difuso de constitucionalidade, possível ser auferida por juízo de primeira instância ou tribunal em exercício de sua jurisdição.

Interessante destacar que LUIZ GUILHERME MARINONI observa que a técnica da interpretação conforme a constituição é maneira de conformar a lei. É forma da jurisdição estabelecer coerência do texto da lei com o preceito constitucional quando daquele puder resultar múltiplas facetas, extraíndo de todas elas a única hipótese possível de que não obrigue a exclusão do texto normativo da ordem legal.⁷⁸

Aduz o mesmo processualista que a interpretação conforme a constituição é uma das técnicas da qual a jurisdição no estado contemporâneo se pauta para concretizar com máxima efetividade e

⁷⁷ Apesar das buscas, não foi possível conseguir cópia do parecer mencionado, de forma que as informações sobre sua posição se dá indiretamente através do relatório e voto da Ministra ELLEN GRACIE, relatora da Adin 2.212-1-CE.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT. 2006, p. 95.

eficiência das normas constitucionais, com dever próprio de realizar os valores públicos consagrados na norma fundamental. E foi citando OWEN FISS que definiu brilhantemente a maior das funções da jurisdição, assim consignando:

Para ele, ‘os tribunais existem para dar sentido aos nossos valores públicos, não para resolver disputas. A jurisdição constitucional é a mais viva manifestação dessa função, mas ela também parece verdadeira para a maior parte dos casos civis e criminais’. Dar sentido aos valores públicos, todavia, não é somente conferir significados específicos para esses valores – é, ademais, dar-lhes conteúdo operacional. É só por causa desse entendimento amplo do que seja ‘dar sentido aos valores públicos’ – concretiza-los, efetiva-los, atualiza-los – que Fiss consegue abarcar nessa definição, aparentemente estreita, de jurisdição, o que ele chama de ‘reforma estrutural’ mediante a ação dos tribunais. (...) Nela, o juiz tenta dar sentido aos valores constitucionais na operação destas organizações, agindo segundo a premissa de que ‘valores constitucionais não podem ser plenamente assegurados sem que se efetuem mudanças básicas nas estruturas dessas organizações’. Um processo judicial de reforma estrutural é aquele em que um juiz, confrontando a burocracia estatal com respeito a valores de dimensão constitucional, encarrega-se de reestruturar a organização, para, assim, eliminar a ameaça àqueles valores posta pelos atuais arranjos institucionais.⁷⁹

Numa perspectiva de que a jurisdição do estado contemporâneo deve refletir conformidade com as implicações do direito material, é que no exercício da jurisdição o juiz, seja qual for a instância, cria norma geral em decorrência da premissa quando esclarece que a norma é criada positivamente (que no ver de Kelsen somente seria possível pelo legislador), por ser oriundo de ato humano dotado de valores sociais

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 107.

essenciais para concreção da norma, sendo possível concluir que o juiz cria norma geral dotada de positividade.⁸⁰

Muito interessante o que fora discorrido por ALESSANDRO OTAVIO YOKOHAMA em tese para obtenção do título de doutoramento em direito apresentado à Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, indo mais longe ao defender que o dogma do Supremo Tribunal Federal ser legislador meramente negativo é um mito, devendo ser entendido sob nova perspectiva, atestando que, para tanto, o pretório tem-se manifestado pela aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para criar verdadeiras normas concretizadoras de cunhos gerais e abstratas, pois, “*em verdade, já vem, há muito, abandonando o seu apego ao dogma do ‘legislador negativo’*”.⁸¹

Esse constitucionalista afirma que o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes sob o absurdo lógico e disfarçando sua função criadora de normas na forma positiva tanto quanto ao legislador propriamente dito, cria verdadeiras normas jurídicas a serem aplicadas conforme sua própria interpretação. Para tanto, traz diversas sustentações em julgados e pensadores que seria alongar desnecessariamente o presente trabalho, já que esta análise não é o objeto central.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 100.

⁸¹ YOKOHAMA, Alessandro Otavio. *Dimensão positiva da proporcionalidade no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF na constituição de 1988: Superação do dogma do legislador negativo*. PUC/SP, 2006. p. 397.

O que importa realmente é que a interpretação conforme a constituição também por ele é tida como técnica criadora de norma jurídica, pois esculpe ao texto de lei novo contexto, trazendo à baila diversos julgados do pretório excelso, entre eles, o julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8, no qual, ampliou entre a permissividade do aborto o caso de anencefalia.⁸²

Pois bem, retornando ao que anteriormente se relatava, em parecer fundamentado, o então Advogado-Geral da União GILMAR MENDES sustentou que a interpretação conforme a constituição seria de boa técnica para a aplicabilidade sem declaração de inconstitucionalidade total dos dispositivos constitucionais estaduais do Ceará, mantendo sua validade e eficácia quanto às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais, para finalidade de garantir a autoridade do tribunal nessas decisões.

Muito embora a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1 tenha sido julgada improcedente, vale a análise dos votos que o integram, dada a gama de divergência tornando acirrada e não terminada⁸³ a discussão.

Após relatar o processo indicando a posição da advocacia-geral da união, que já na ocasião era ministro do Supremo não podendo votar por estar impedido, assim como, a posição do Procurador-Geral da República

⁸² YOKOHAMA, Alessandro Otavio. Op. cit., p. 413-4.

⁸³ “Não terminada” não em relação ao julgado na citada ADIn, mas quanto à posição mesma do tribunal que, apesar de naquele momento ter julgado improcedente, teve significativas modificações que poderiam alterar a definição do tema.

GERALDO BRINDEIRO, opinando pela procedência total da ação direta, a Ministra ELLEN GRACIE proferiu voto julgando pela improcedência da mesma, para manter válidos e eficazes os dispostos da Constituição Estadual do Ceará e do Regimento Interno de seu Tribunal de Justiça, no que concerne à reclamação lá albergada.

Iniciou seu voto citando histórica decisão do Supremo na Representação 1.092-9⁸⁴, em que foi relator o Ministro DJACI FALCÃO, onde se decidiu pela inconstitucionalidade da previsão do instituto da reclamação no regimento interno do Tribunal Federal de Recursos.

Mencionou a Ministra que naquela decisão o relator expôs que a criação histórica do instituto da reclamação tinha origem na consagração do princípio da efetividade das decisões do pretório e que, com o desenvolvimento do instituto, sua introdução em âmbito do texto constitucional e, finalmente, sob a lavra de doutrina de ADA PELEGRINI GRINOVER, a reclamação não tinha natureza nem de recurso, nem de ação, nem de remédio constitucional, mas sim, decorrente do direito fundamental de petição que todo e qualquer cidadão detém perante os tribunais para se fazer eficaz a decisão proferida em relação ao sujeito de direitos contemplado pelo conteúdo do julgado proferido.

Nessa linha, vai mais além da mera orientação de GILMAR MENDES em destacar a limitação do instituto em âmbito estadual para finalidade de

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp. n. 1.092-9/DF. Relator Min. Djaci Falcão. J. 31.10.1984. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2005.

se manter eficaz em relação às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em sede de controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal. Isso porque, segundo a magistrada, não “via” motivos para não ampliar os mesmos fundamentos pelos quais o Supremo Tribunal em época anterior se utilizou para criar a reclamação por construção jurisprudencial, posteriormente, incluindo em seu regimento interno, aos tribunais de justiça, para finalidade de garantir a autoridade de suas decisões quando “não impugnados pela via recursal” ou, para preservar sua competência invadida por outro juízo ou tribunal.

Muito embora, na mesma linha, destaca-se que o Ministro DJACI FALCÃO, ao proferir voto vencedor seguido por maioria na Representação 1.092-9, julgando pela procedência da mesma declarando inconstitucionais os artigos 194 à 201 do Regimento Interno do extinto Tribunal Federal de Recursos, justamente porque se trata de instituto de cunho eminentemente constitucional, de natureza processual, não podendo ser criado por tribunal outro que não o próprio Supremo Tribunal Federal.

Votou da mesma forma o Ministro NELSON JOBIM, todavia, em aparente contradição suscitado atentamente pelo Ministro MOREIRA ALVES. Na ocasião de seu voto, aquele ministro aduzia inicialmente que a Constituição Federal, quando determinou que os estados por suas constituições estaduais fixassem a competência de seu respectivo tribunal de justiça, abriu exceção à disposto sobre a competência legislativa privativa da União para criar leis em âmbito do processo. Até então, apesar de não estar a contento a sua posição, parecia que seu julgamento seria

pela procedência da ação. Porém, logo mais, o magistrado limita a questão sobre a garantia de autoridade de suas decisões seriam em relação aos juízes de primeira instância.

Ao leitor desatento pode não parecer tão grave contradição. Mas ao questionar sobre o “para quem” seria voltado o instituto da reclamação quando em âmbito do tribunal de justiça do estado, respondendo que seria certamente para o juiz de primeira instância, não ficam dúvidas de que o julgamento seria conduzido sob a premissa clara de que o estado, ou mesmo o próprio tribunal de justiça, independentemente da previsão constitucional expressa, poderia instituir a reclamação pois esta teria tão somente caráter administrativo, ou melhor salientando, correicional. Claro, pois, se a medida é voltada tão somente para os juízes que são diretamente subordinados ao tribunal que profere a decisão, a autoridade não é decorrente da norma constitucional fundamental ou pelo dever de obediência às decisões de autoridade superior, mas por outro lado, por estar afeito diretamente sob pena de desobediência administrativa do julgado do órgão ao qual está vinculado, que por sinal, representa em grau singelo, primário. Ora, nessa perspectiva, é fácil de compreender que não se trata de reclamação constitucional, mas de correição parcial.

Instado a manifestar-se sobre ser ou não instituto de natureza processual pelo Ministro MOREIRA ALVES, o Ministro NELSON JOBIM afirmou ser a reclamação instituto de natureza processual, mas albergava sua tese na possibilidade de exceção do contido no artigo 22, inciso I da Constituição Federal, podendo o estado membro legislar, desde que em

consonância com a disciplina constitucional, sobre temas procedimentais. Mesmo assim, foi salientado e embargado, novamente, por aquele ministro que mencionava ser expresso na constituição a impossibilidade dessa exceção, pela qual, fosse confirmada, resultaria certamente na possível existência de outros institutos processuais criados ou regulamentados por leis ou constituições estaduais.

Após o debatedor responder (aparentemente com certa ironia depois de ter-lhe sido prometido pelo votante uma edição da obra de Bertrand Russel do Princípio Matemático) que não é preciso ler Russel para concluir logicamente que a competência exclusiva não admite exceção indefinida, o Ministro NELSON JOBIM limitou-se a acompanhar o voto da relatora, sem concluir sua fundamentação.

Ministro CARLOS VELLOSO, além de sustentar a improcedência da ação com os mesmos fundamentos da relatora, salientou que a reclamação não é processo, independentemente da natureza outra que fosse, não tinha substância de processo, já que, “*na reclamação não há autor e não há réu, não há pedido, não há contestação, não há, portanto, litígio*”. E finalizou, julgando pela improcedência, dado que, a Constituição Federal delegou aos estados a competência para legislar por sua constituição estadual sobre a competência dos tribunais de justiça.

Não parece verídica a afirmação de que na reclamação não há autor ou réu, pedido, contestação ou mesmo litígio. Por óbvio que há autor, já que a reclamação não tem como precursor ato de ofício do tribunal. Pelo

contrário, deve ser mobilizado por parte interessada, seja pelo Procurador-Geral da União, seja por outro interessado, oportuno salientar que é interessado qualquer pessoa que tenha se prejudicado por ato judicial ou administrativo contrário à decisão de efeitos *erga omnes* e vinculante do Supremo Tribunal Federal. Por isto, é forçoso notar que na reclamação constitucional sem dúvida há autor. Também há réu, qual seja, a autoridade judicial ou administrativa desobediente. Ora, se não houvesse esta, a reclamação também não necessitaria existir, de forma que, ainda, integra o pólo passivo do processo. Óbvio que existe pedido. O pedido da reclamação é bastante acentuado, de forma que, são dois possíveis em termos genéricos como pedidos imediatos: reconhecimento de usurpação de competência ou violação de autoridade de julgado. Não é pelo fato de serem limitados os pedidos imediatos ou mesmo a causa de pedir próxima que a reclamação deixa de ter natureza jurídica de processo. Por fim, *data venia* ao eminente ministro, existe sim litígio na reclamação. Ora, litígio não existe nos procedimentos de jurisdição voluntária que tão somente necessitam de declaração ou autorização judicial para prática de algum ato, por ser da esfera de interesses sociais em relação aos sujeitos de direito. Na reclamação, a jurisdição não é voluntária, mas contenciosa, a ponto de poder ser defendida por qualquer pessoa ou mesmo, pela própria autoridade reclamada.

O Ministro CARLOS AYRES BRITO igualmente votou pela improcedência da ação, limitando-se a acompanhar o voto da relatora, nada acrescentando a respeito da questão.

Em seu voto, Ministro MARCO AURÉLIO MELO, julgando também pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, iniciou seu voto, primeiro, quanto à simetria da Constituição Federal às constituições estaduais. Num segundo momento, na natureza jurídica da reclamação como mero procedimento, e não processo.

Menciona o ilustre ministro que nos estados o órgão jurisdicional de cúpula é o Tribunal de Justiça, da mesma forma que, no âmbito do cenário nacional, é o Supremo Tribunal Federal. Quando a Constituição fixou competência para este processar e julgar a reclamação constitucional para garantir sua competência e autoridade de suas decisões, “simetricamente” aportou aos tribunais de justiça a mesma possibilidade, pois, como aquele, exercem a jurisdição local. Apesar de não serem exatamente nessas palavras, o eminente ministro teve intenção de esclarecer que o tribunal de justiça está para o estado-membro como o Supremo Tribunal está para nação, de forma que, numa lógica reversa, se poderia entender que o tribunal de justiça exerceria toda jurisdição constitucional que o Supremo exerce fosse tribunal daquela localidade, pois assim restaria da aplicação do princípio da simetria. *A priori*, não parece acertada essa afirmação pela obviedade de sua contradição. O Supremo é órgão de jurisdição constitucional de superposição, único com poder de declarar com efeito *erga omnes* e vinculante a inconstitucionalidade ou mesmo a constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou federais em face à Constituição Federal. Além do mais, são fixadas competências exclusivas a este tribunal, inclusive recursais de âmbito ordinário e

extraordinário, natureza recursal esta última que os tribunais de justiça ou os tribunais regionais federais não dispõem. As divergências são múltiplas.

Por fim, arrematando seu voto de certa forma fortalecendo-o⁸⁵, aduz o ministro que para albergar seu voto sob o manto da simetria constitucional, necessário fincar a natureza jurídica do instituto da reclamação constitucional como mero procedimento, afastando da linha processualística do qual se proíbe a legislatura estadual atuar, para albergar na possibilidade de se haver legislação estadual para disciplinar a reclamação nos termos do artigo 24, inciso XI da Constituição Federal.

Finalmente, julgando igualmente improcedente a ação, todavia, eloqüente e lógico em seus argumentos como é de praxe em suas decisões, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE que, ao discorrer que aos estados, absolutamente, não estavam autorizados a criar novos remédios processuais, fosse o que fosse a reclamação, concluiu que não é com base na natureza jurídica que fundamenta seu voto, mas na mesma compreensão de poderes implícitos que tem o Supremo Tribunal para poder criar instrumentos próprios para efetivação de suas decisões. Finalizou, como dito, pela improcedência.

Vale ainda uma lembrança quanto ao posicionamento do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE em relação à possibilidade da instituição da

⁸⁵ Assim parece entender Leonardo L. Morato, quando comenta o voto do Ministro Marco Aurélio, alegando que o mesmo traz fortes argumentos (*Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007, p. 61). Na verdade, nem tanta força tem o argumento trazido pelo magistrado, mas, claramente, uma tentativa de justificar o que não se compreende a fundo.

reclamação constitucional no âmbito estadual, pois na deliberação do colegiado do Tribunal Superior Eleitoral que resultou na redação da Resolução 14.150 daquela corte, PERTENCE expôs sua objeção à reclamação em sede dos tribunais estaduais ou federal de segunda instância já que não são órgãos de jurisdição recursal de vias estreitas como são os superiores ou o Supremo. Nessa linha, aduz que os tribunais superiores têm por competência uma terceira instância que corresponde a um difícil acesso pelas vias recursais, daí a necessidade de se estabelecer instrumentos que resguardem suas competências quando necessário, enquanto que, nos tribunais inferiores, que são mobilizados por vias recursais de fácil acesso, não existe a necessidade de implementação do meio da reclamação constitucional, pois, “*absolutamente desnecessário e até indesejável*”⁸⁶.

Os votos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1/CE não foram proferidos na ordem exposta. Interessante manifestar a ordem dos fundamentos que levaram os ministros a julgarem improcedente para, em seguida, contrastar com os votos proferidos pela procedência da ação, que foram dos Ministros MAURÍCIO CORRÊA, MOREIRA ALVES e SYDNEY SANCHES, nessa seqüência, nos quais, os dois último, não foram além de fundamentar seus respectivos votos nos argumentos trazidos pelo primeiro. Argumentos fortes os são para demonstrar que os estados não podem, seja pela Constituição Estadual ou no regimento interno de seus tribunais de justiça, albergar o instituto da reclamação.

⁸⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., p. 309-14.

2.4.2 O Voto do Ministro Maurício Corrêa na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1/CE – Reflexão Acerca da Impossibilidade da Reclamação em Âmbito Estadual⁸⁷

Em seu voto, Ministro MAURÍCIO CORRÊA iniciou expondo que recurso ou ação, a reclamação tem indubitosa natureza processual, e não meramente procedimental, como viria a sustentar o voto do Ministro MARÇO AURÉLIO, sendo de matéria legislativa de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

Para melhor exame do julgado, interessante, neste ponto, transcrever na íntegra o voto do eminente ministro, nesses termos, destacando os pontos mais interessantes do julgado:

O Senhor Ministro Maurício Corrêa: Na sessão do dia 25/05/00, quando da apreciação do pedido cautelar, acompanhei o Ministro Octavio Gallotti (fl. 433), de modo a suspender a vigência da norma do artigo 108, inciso VII, alínea i, da Constituição federal do Estado do Ceará, que deu competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originalmente a reclamação de suas decisões. Na apreciação do mérito, em virtude do erudito voto proferido pela Ministra Ellen, que convalida a eficácia do preceito, julguei necessário repensar no tema, daí por que pedi vista dos autos.

2. Sem embargo dos doutos argumentos trazidos por S. Exa. E pelo Ministro Nelson Jobin, mantenho meu entendimento anterior. Com efeito, a reclamação, qualquer que seja sua natureza (ação ou recurso), possui nítido conteúdo processual, sendo matéria da competência legislativa da união, na forma do inciso I do artigo 22 da Constituição Federal.

⁸⁷ Passível também de se ampliar o mesmo questionamento em sede dos Tribunais Regionais Federais.

3. Oportuno lembrar o entendimento do Tribunal no julgamento da representação 1092, Djaci Falcão, Dj de 19/12/84. À ocasião discutiu-se se o então Tribunal Federal de Recursos poderia instituir a reclamação por ato redimental. Concluiu a corte que não, sob o argumento de que a Constituição pretérita reservava apenas ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de legislar sobre “ o processo e o julgamento dos efeitos de sua competência originária ou recursal”, tão-somente a ele sendo possível inovar, criando instituto não previsto nas leis processuais. Entendeu, por isso mesmo, ter havido vulneração á competência da União de legislar sobre direito processual prevista no artigo 8º, XVII, “b”, da carta anterior.

4. A carta política vigente também legou à União a competência privativa para legislar sobre o processo, razão pela qual não vejo como poder a constituição do Estado criar mencionando instituto processual, incluindo-o nas competências do Tribunal de Justiça, sob pena de caracterizar-se clara intromissão no âmbito da iniciativa específica reservada à União.

5. Ainda que se admita tratar a hipótese de instituto ligado ao direito processual constitucional, ficando, assim, afastada qualquer violação ao artigo 22, I, da Carta de 1988, não vejo como adequar a previsão estadual da reclamação aos princípios que norteiam a organização da Justiça estadual (CF, artigo 125). Decorre tal impossibilidade da subsunção do poder constituinte estadual às delimitações do modelo federal, a cuja obediência sujeita-se o Estado-membro, em face do princípio da simetria, situação que, como se sabe, também não foi prevista no âmbito dos órgãos que compõem a estrutura da Justiça Federal.

6. Conforme ficou assentado na ADIMC 2587, por mim relatada, e segundo a linha de orientação jurisprudencial do Tribunal “os Estados-membros têm competência para organizar a sua justiça, com observância do modelo federal (CF, artigo 125)” (DJ de 06/09/02).

7. A constituição Federal não conferiu competência aos Tribunais Regionais Federais, paradigmas para os Tribunais de Justiça dos Estados, para processar e julgar reclamações destinadas a preservar sua competência e a autoridade de seus julgados. Inadmissível, assim, que o Estado-membro crie tal instrumento processual mesmo que no texto de sua constituição. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são Cortes extraordinárias, não podendo servir de modelo para a organização judiciária dos Estados.

8. Convém observar, ademais, que as hipóteses excepcionais foram expressamente previstas na constituição, como a competência reservada aos Tribunais de Justiça para

exercer o controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual (cf, artigo 125, § 2º). Ora, não prevista a reclamação, também excepcional, não pode a Constituição Estadual inovar. Caso se admita tal responsabilidade, teríamos que aceitar que o Estado-membro pudesse conferir competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar representações de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face de carta da República, situação múltiplas vezes rejeitada por esta Corte (ADI 409, pertence, DJ de 26/04/02; ADIMC 508, Octávio Gallotti, DJ de 23/08/91 e ADIMC 347, Moreira Alves, DJ de 26/10/90).

9. Convém observar, por fim, que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, *latu senso*, podem ser considerados Tribunais nacionais, na medida em que processam feitos em graus de recurso tanto da Justiça Federal quanto Estadual, resolvendo, inclusive, os conflitos de competência entre essas esferas do Poder Judiciário (CF, artigo 102, “o”; e 105, “d”). Têm nessa perspectiva na reclamação o instrumento de preservação de suas competências e garantia de efetividade de suas decisões, sem que com isso haja qualquer risco de quebra de harmonia entre as diversas instâncias do Poder, que é nacional, resguardada sempre a hierarquia jurisdicional.

10. Note-se que a possibilidade de o Tribunal de Justiça decidir, em sede de reclamação, que um Juiz Federal, um Tribunal Regional Federal, um Juiz do Trabalho ou um Tribunal de outro Estado, estaria usurpando sua competência ou descumprindo suas decisões, poderia resultar em grave risco de ruptura do equilíbrio das instituições judiciárias. Observe-se que a excepcionalidade da medida é tão grande que nem mesmo os outros Tribunais Superiores (TST, STM e TSE) foram com ela contemplados pela Carta Federal.

11. Se assim penso, rogo vênias à Ministra Ellen e aos que a acompanham, para confirmar o entendimento adotado quando do julgamento da medida cautelar, e, assim sendo, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 108, inciso VII, alínea “i”, da Constituição do Estado do Ceará, e do artigo 21, inciso VI, letra “j”, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local.

É como voto.

Sustentou o ministro que no precedente do Supremo em sede da Representação 1.092, o tribunal já suscitou que não poderia o Tribunal Federal de Recursos introduzir em seu Regimento Interno a reclamação por

corresponder a matéria eminentemente processual, somente no caso, de competência da União. Naquele julgamento, foi esclarecido que ao Supremo Tribunal não era defeso a previsão regimental, dado que, na Constituição vigente à época era expressamente permitido ao Supremo “legislar” acerca de modalidades processuais quando omissa a legislação e necessário para o seu desempenho processual, o que autorizava a corte constitucional instituir a reclamação constitucional.

Ainda que a vigente carta de direitos tenha delegado competências legislativas aos estados-membros para legislarem sobre a competência de seus judiciários, essa competência não abrange a possibilidade de criar institutos processuais que a lei federal não alberga aos estados, como é o caso, justamente, da reclamação, tão somente prevista constitucionalmente nos dispositivos relativos às suas competências jurisdicionais.

Mesmo que se consubstanciasse a reclamação constitucional como direito processual constitucional, afastando a hipótese de violação da competência legislativa privativa da União, ainda assim, restaria inconstitucional a previsão do instituto no âmbito estadual, por força do princípio da simetria constitucional. Aduz o ministro que para que fosse analisada a possibilidade de se instituir a reclamação pela justiça estadual, o paradigma para se ter como simétrica a disposição constitucional seria por ordem de competências da justiça federal, jurisdição de mesmo nível constitucional, porém, com específicas competências cada qual. Porém, é de se salientar que mesmo para justiça federal não foi ampliada a possibilidade de se instituir a reclamação constitucional.

Discorre mais. Atenta que a constituição estadual não pode inovar, ou seja, criar novos institutos processuais que a Constituição Federal não albergou às justiças dos estados. Assim fosse, também poderia ampliar suas competências para processar e julgar representações contra atos e leis municipais ou estaduais face à constituição do estado, o que contrariaria precedentes da corte suprema.

Outra perspectiva interessante de seu voto é dizer que a Constituição Federal somente previu a reclamação constitucional para o Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça pois estes são os únicos tribunais que podem ser considerados como cortes nacionais⁸⁸ e, portanto, julgam feitos da ordem de quaisquer das jurisdições comuns, federal ou estadual. Por isso é que a reclamação se torna instituto exclusivo destes tribunais, já que, observam necessidades de se estabelecer harmonia entre as diversas instâncias do poder, através de instrumento que garante a sua competência e autoridade efetiva de suas decisões. Resultaria em grave risco de completo desequilíbrio do sistema jurisdicional a possibilidade de um tribunal de justiça processar e julgar reclamação decidindo que tribunal regional federal, tribunal regional do trabalho, tribunal regional eleitoral, juiz federal, do trabalho ou eleitoral, estivesse usurpando de sua competência jurisdicional, sem levar ao Superior, órgão competente para tanto, o conflito de competência.

⁸⁸ Nesse aspecto, não parece acertado, pois, os demais tribunais superiores também são cortes de âmbito nacional, porém, cada qual com sua limitada competência para processar e julgar feitos de órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores, o que para o STJ é paritário, já que, este julga feitos da ordem de competência das justiças comuns enquanto que, aqueles, julgam da ordem das justiças especiais, porém, em grau recursal, com as mesmas atribuições.

Por fim julgou pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a previsão constitucional da reclamação no âmbito estadual para do Ceará.

Aparentemente não existiria limites para a utilização da reclamação em sede do tribunal de justiça, que não só poderia vir a julgar reclamação face à usurpação de sua competência por órgãos jurisdicionais não vinculados à sua competência mas de nível paritário, como também, poder-se-ia chegar à teratológica hipótese de se haver reclamação onde o pólo passivo fosse integrado por algum tribunal superior, ou mesmo, indo mais além ainda, do próprio Supremo Tribunal Federal.

Daí insurgir a grave contradição que se eleva quando órgão de jurisdição inferior pudesse tratar do instituto processual da reclamação, sendo mais do que mera medida correicional.

Além do mais, a reclamação como processo que é sequer tem relevância sua instituição no âmbito dos tribunais de justiça ou mesmo dos tribunais regionais federais simplesmente porque, nestes, havendo descumprimento de suas decisões ou mesmo usurpação de suas competências por juízes de instância singela, existem nas cartas de direitos processuais⁸⁹ instrumentos recursais ou mesmo de natureza originária no tribunal que conferem a esses tribunais comuns o poder de revisão dos atos que usurpem sua competência ou desacatem sua autoridade.

⁸⁹ Código de Processo Civil, Código de Processo Penal e legislação processual extravagante.

Em primeiro plano vale notar que a reclamação não é instrumento hábil para se decidir pelo conflito de competência. É necessário lembrar que os conflitos de competência existentes entre juízes vinculados a um mesmo tribunal ou mesmo, entre um juiz e o próprio tribunal que está vinculado, a decisão de qual será o órgão competente para julgar a lide é do próprio tribunal. Não existe relevância a existência de reclamação nesse aspecto, mesmo que o juiz de primeira instância insista em manter o processo sob sua jurisdição.

Já os conflitos de competência, positivo ou negativo, entre órgãos judiciários com diferentes atribuições jurisdicionais, a competência para se decidir qual será o juízo da lide em questão é do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, variando conforme os tribunais que estejam envolvido no conflito.

Assim, se o conflito de competência se der entre tribunais superiores e qualquer outro órgão jurisdicional, o conflito de competência será dirimido pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “o” da Constituição Federal. Já, se o conflito for entre tribunais inferiores, seja qual for a jurisdição (especial ou comum), será dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, com exceção, é claro, dos conflitos havidos entre tribunais de mesma jurisdição material, como entre dois tribunais regionais do trabalho, no qual, o Tribunal Superior do Trabalho será competente para dirimir o conflito.

O conflito de competência é suscitado em incidente processual pelas partes, Ministério Público ou de ofício pelo juízo⁹⁰, do qual, remeterá o incidente a ser julgado pelo órgão competente sobre o conflito jurisdicional.

Verifica-se então que quanto à possibilidade de usurpação da competência dos tribunais inferiores e mesmo aos superiores, já existe instituto hábil a garantir-lhes a observância da divisão funcional da jurisdição, através do incidente do conflito de competência, de forma que, afasta a necessidade do uso da reclamação constitucional para efeito de se resgatar a competência eventualmente usurpada por outro órgão do judiciário.

Além do mais, como já mencionado pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA, seria abalar as estruturas jurisdicionais e de todo o sistema de divisão de competência do judiciário poder um tribunal de justiça avocar processos que entender ser competente para processar e julgar de um juiz federal ou mesmo do próprio tribunal regional federal. A assertiva contrária também é verídica. Seria despautério processual dar poderes para um tribunal regional federal avocar processos face ao tribunal de justiça. Ou pior, da possibilidade através da reclamação constitucional, avocar processos face ao próprio Superior Tribunal de Justiça ou mesmo do Supremo Tribunal Federal, o que seria evidentemente uma aberração instrumental.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 53.

Cabe à parte se defender contra juízo que insista ser de sua competência quando a competência foi originária do tribunal a que está vinculado. Quando se está diante de processo cujo competência por prerrogativa de função ou por outro motivo for originária do tribunal, caberá a parte alegar a violação ao disposto constitucional que disciplina sobre a prerrogativa de foro e recorrer da decisão do juiz singular que entender não ser de competência do tribunal o feito em trâmite.

Existem instrumentos hábeis para se impedir a violação dos preceitos constitucionais contra magistrados de primeira instância, seja por meio de recursos próprios ordinários contra a decisão judicial impertinente ou mesmo, quando a decisão for irrecorrível, como no caso de decisões em processo de conhecimento de juízes do trabalho em primeira instância, a possibilidade de se impetrar o mandado de segurança diretamente no tribunal em questão.

Notes-se que, quando do descumprimento de decisão proferida pelo tribunal de justiça por juiz de instância inferior quando da execução da medida, poder-se-á fazer uso do agravo de instrumento para reformar a decisão judicial que desacata a autoridade do tribunal. Ou ainda, em última oportunidade após o desacato, o mandado de segurança, quando não for cumprido, por exemplo, por autoridade administrativa.

Mesmo assim, a situação que se perfaz necessária para a tutela contra atos de usurpação de competência ou de desacato às decisões dos tribunais de justiça, no mais das vezes, se soluciona por simples petição

nos autos alertando o descumprimento por parte da autoridade administrativa da decisão proferida pelo órgão colegiado. Ainda, quando a autoridade for judiciária, hão medidas recursais passíveis de se elevar a questão ao nível do órgão jurisdicional desacatado para que faça ele mesmo cumprir suas decisões.

Com efeito, vale ainda ressaltar que para inexistir essas incompreensões e incoerências processuais demonstradas acima, no máximo se poderia consagrar a reclamação em sede dos tribunais de justiça ou mesmo aos tribunais regionais federais, para garantir a autoridade de suas decisões ou ante a usurpação de sua competência, necessário seria expressar a sua limitação aos atos dos juízes de primeira instância vinculados a esses tribunais ou, no máximo, contra autoridades administrativas que não cumpram determinação do tribunal, não podendo sobejar a autoridade face a juízes vinculados a tribunais diferentes.

Todavia, nesses parâmetros se ressalta que não estar-se-ia falando, propriamente, de reclamação constitucional, ao menos, não aquela pela qual a Constituição Federal fixa expressa competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. A força contra autoridade judiciária de primeira instância do tribunal ao qual está diretamente vinculado é meramente administrativa, do qual, já se manifesta nas normas regimentais dos mais diversos tribunais, atestando a autoridade administrativa do órgão colegiado sobre o juiz de primeira instância desobediente, com medidas administrativas que podem resultar até na exoneração do servidor.

É pertinente ressaltar que o tribunal de justiça ou tribunal regional federal desobedecidos por juízes de primeira instância a eles mesmos vinculados, não tem razão de se persistir o instituto processual da reclamação para se impor a autoridade de suas decisões. Os juízes em relação a esses órgãos são diretamente vinculados de forma que devem cumprir com a ordem sob pena de violação a preceitos administrativos contrários ao órgão do qual é subordinado.

Já quanto ao Supremo Tribunal e ao Superior Tribunal de Justiça, a estrutura não é a mesma. O juiz de direito de primeira instância não está vinculado ao Supremo ou ao Superior Tribunal de Justiça, mas sim, diretamente ao tribunal de justiça, de forma que, aqueles, não têm poderes disciplinares sobre o juiz de primeira instância que usurpa a sua competência ou viole a autoridade de suas decisões, necessitando, para tanto, de instrumento processual hábil para garantir a autoridade e competência desses tribunais de superposição.

Portanto, não se podendo confundir a reclamação constitucional com mera medida administrativa disciplinar, não existem razões pertinentes na esfera processual para se instituir aquela no âmbito dos tribunais de justiça, nem mesmo, para os tribunais regionais federais, regionais do trabalho ou mesmo, dos tribunais regionais eleitorais, sob pena de se instaurar o desequilíbrio institucional no sistema jurisdicional constitucional brasileiro, pela incoerência que a reclamatória resultaria em âmbito processual.

2.4.3 Sobre a Inexistência de Posição do Supremo Tribunal Federal Acerca do Cabimento da Reclamação Constitucional para Cortes de Jurisdição Ordinária como os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais

Mesmo que o Pleno do Supremo Tribunal Federal tenha produzido precedente jurisprudencial pela possibilidade dos tribunais de justiça dos estados instituírem em seu âmbito a reclamação constitucional, valendo-se na oportunidade de apreciar o mérito e julgar improcedente Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1/CE, conforme discorrido no item anterior, ainda assim, é cediço que em verdade o Supremo não tem posicionamento firmado sem óbices sobre a questão tão controvertida.

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1/CE, se pronunciaram os Ministros NELSON JOBIM, ELLEN GRACIE, MAURÍCIO CORRÊA, MOREIRA ALVES, SYDNEI SANCHES, CARLOS VELLOSO, CARLOS BRITTO, MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE. O Ministro GILMAR MENDES não se pronunciou pois estava impedido, visto que, na oportunidade da manifestação da União, ocupava o cargo de Advogado-Geral da União, dando parecer pela interpretação dos dispositivos questionados em conformidade com a Constituição Federal. Já os Ministros CELSO DE MELLO e ILMAR GALVÃO, apesar de presentes na última sessão plenária, estranhamente não se pronunciaram.

Dos Ministros que votaram, MAURÍCIO CORRÊA, MOREIRA ALVES e SYDNEI SANCHES julgaram procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos constitucionais e regimentais do Tribunal de Justiça do Ceará, entendendo contrários à Constituição Federal, já explicitado no item anterior.

Os demais ministros votantes, julgaram pela improcedência pelos fundamentos igualmente já expostos anteriormente.

Vê-se então que alguns dos ministros que julgaram pela procedência da declaração de inconstitucionalidade já não compõem o Supremo Tribunal Federal. Todavia, dos ministros que julgaram pela improcedência da ação declaratória, o qual resultou no acórdão de improcedência, estão presentes na composição do tribunal os Ministros CARLOS BRITTO e MARCO AURÉLIO, visto que SEPÚLVEDA PERTENCE se aposentou, integrando o Supremo em seu lugar o Ministro CARLOS DIREITO. Lembrando que os Ministros ILMAR GALVÃO e CELSO DE MELLO, muito embora este ainda faça parte do tribunal excelso, não se pronunciaram.

Note-se então que, com posição expressa entre os ministros do Supremo Tribunal de ser possível a instituição da reclamação constitucional em âmbito dos tribunais de justiça estão a ELLEN GRACIE, CARLOS BRITTO e MARCO AURÉLIO.

Todavia, a existência de nova Ação Direta de Inconstitucionalidade autuada sob o n. 2.480-9/PB⁹¹, bastante recente, onde foi relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, com causa bastante semelhante a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-0/CE, onde se discutia a constitucionalidade do artigo 357 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que conferia aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal de Justiça nos casos omissos, com a finalidade de conferir interpretação conforme a Constituição Federal para o fito de não se poder aplicar os dispositivos regimentais do pretório excelso no que tange à reclamação constitucional.

Na oportunidade de julgamento da ação direta, o relator julgou improcedente sem se afastar por demais de seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-0/CE, definindo que o tribunal local detém, como o Supremo, poderes implícitos para fazer-se impor por suas decisões ou contrário à usurpação de sua competência, de forma que, poderia instituir a reclamação como sucedâneo instrumental de garantia desses preceitos. Ressaltou ainda questão ademais muito interessante, alegando que o precedente tido diante da Representação 1.092, que foi relator o Ministro DJACI FALCÃO, onde foi julgada procedente declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos regimentais do Tribunal Federal de Recursos, não poderia ser paradigmática ao julgamento da ação paraibana pois tinha sido proferida em sede de sistema constitucional divergente do

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.480-9/PB. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 02.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2007.

presente, já que, se deu na ocasião de vigência ainda da Constituição Federal de 1967. Aduziu além de que o uso da reclamação em sede do Tribunal de Justiça paraibano não é inconstitucional, visto que, a Constituição Estadual daquele ente federativo expressamente alberga em seu artigo 105 o instituto da representação perante o tribunal para assegurar observância dos princípios da constituição estadual e para prover execução nos casos de desobediência a ordem ou decisão judiciária do próprio órgão colegiado, atribuindo assim, a justa competência ao Tribunal de Justiça em processar como reclamação essas representações, não violando o estatuído pelo artigo 125, §1º da Constituição Federal, no qual, preceitua ser dever do estado federado em sua constituição discorrer acerca da competência judiciária estadual.

Acompanharam seu voto, logo pela improcedência da ação direta, os Ministros CESAR PELUSO e, por surpresa, o Ministro GILMAR MENDES. Surpresa tendo em vista que foi de sua autoria quando Advogado-Geral da União, que o Supremo Tribunal despertasse para a interpretação conforme a Constituição Federal para os dispositivos estaduais atacados na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-0/CE, sendo que agora, sequer se pronunciou nesse sentido.

Nessa oportunidade, o Ministro MARCO AURÉLIO julgou pela procedência da ação sob o fundamento de que não poderia o tribunal de justiça ampliar seus poderes regimentais com dispositivo tão abrangente, sendo inconstitucional subsidiar sua ordem regimental com a do Supremo Tribunal, de forma que, não se manifestou diferentemente do que já tinha

exposto por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212/CE. Já o Ministro CESAR PELUSO acompanhou o voto do relator, portanto, julgando pela improcedência.

Estranhamente, os Ministros CELSO DE MELLO, CARLO BRITTO, JOAQUIM BARBOSA, EROS GRAU, RICARDO LEWANDOWSKI e CÁRMEN LÚCIA não se pronunciaram, enquanto que, a Ministra ELLEN GRACIE estava de licença⁹².

Conclui-se então que na composição atual do Supremo Tribunal, se posicionaram sobre o assunto no sentido de permitir a reclamação constitucional em sede de tribunais locais os Ministros GILMAR MENDES, MARCO AURÉLIO, ELLEN GRACIE, CESAR PELUSO e CARLOS BRITTO, enquanto que ainda fica incógnito o posicionamento acerca do tema dos Ministros CELSO DE MELLO, EROS GRAU, JOAQUIM BARBOSA, RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LÚCIA e, agora com a aposentadoria de SEPÚLVEDA PERTENCE, a posição do Ministro CARLOS DIREITO, que ocupa cadeira antes daquele.

Por isso é bastante plausível que o tema ainda seja objeto de debates acirrados no tribunal excelso, já que mais da metade dos integrantes do Supremo ainda não se posicionaram acerca do tema, o que podem fazer a qualquer momento, sem considerar ainda, a possibilidade de algum dos ministros que já julgaram da forma contrária à posição ora defendida, se

⁹² V. extrato da ata no julgamento da ADI 2.480-9/PB.

posicionarem diferentemente, como já ocorreu na via contrária com o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

2.4.4 A Reclamação Constitucional no âmbito dos Tribunais Superiores – Posição constitucional diferenciada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – Necessidade da existência de instrumento que lhes garantam o exercício da competência e/ou a garantia da autoridade de suas decisões

Outro questionamento bastante pertinente ao que concerne à reclamação constitucional tal como atribuída ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal, além das breves considerações discorridas acima acerca da existência do instituto no âmbito dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais, ou mesmo, em quaisquer outros órgãos jurisdicionais de instâncias ordinárias, é justamente sobre a possibilidade ou não de existência do instrumento reclamatório para o Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral ou para o Tribunal Superior do Trabalho.

Importa lembrar o que fora discorrido no início deste capítulo sobre a posição majoritária da escassa doutrina existente acerca da reclamação constitucional, no que, inegavelmente se propõe a possibilidade da

recepção por esses tribunais superiores do processo reclamatório contra usurpação de sua competência ou garantia de suas decisões.

Esse posicionamento se destaca mais pela eficiência do instituto da reclamação constitucional como garantidor da autoridade das decisões dos tribunais e contra a usurpação de suas competências do que, propriamente, pela técnica da ciência processual. O tema não é pacífico. Tanto que ainda tramita ação direta de inconstitucionalidade autuada sob o n. 3.435⁹³, onde é Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, de autoria do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da alínea “d” do Inciso I do artigo 70 e dos artigos 190 à 194, todos do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, nos quais, prevêem a reclamação perante aquele tribunal para preservação da sua competência ou garantia da autoridade de suas decisões.

Como mencionado alhures, tanto a doutrina sobre a reclamação constitucional quanto a jurisprudência no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral, têm encontrado amparo para a possibilidade de se instituir a ação reclamatória para preservação da competência ou autoridade das decisões nos tribunais superiores no fato da Constituição Federal ter adotado sistemática “delegatória” à lei ordinária ou lei complementar de fixação da competência dos demais tribunais superiores além dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais, o que, em tese, na inexistência de lei que delegue essa competência de se instituir a

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 3.435/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Sem decisão. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2007.

reclamação no regimento interno desses tribunais, não poderiam criar o instituto em suas esferas jurisdicionais.

Todavia, como igualmente já fora antes mencionado, o Supremo Tribunal ampliou a possibilidade desse advento mesmo sem que a norma fundamental para fixação de competência do tribunal dispusesse, ao menos expressamente, sobre a possibilidade de prever a reclamação em seu âmbito, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.480-9/PB, onde foi Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, tendo em vista que mesmo os tribunais de justiça detêm oportunidade de criar mecanismos aptos a preservar sua competência ou garantir a autoridade de suas decisões, por força do poderes implícitos decorrentes da função jurisdicional. Como supedâneo ainda, citou dispositivos constitucionais do Estado da Paraíba, que autorizavam tacitamente a criação da reclamação pelo tribunal de justiça em seu regimento interno, por via oblíqua, bastante análoga ao discorrido acerca do Código Eleitoral. Porém, destaca-se, este segundo argumento que resultou no seu voto pela improcedência da ação influenciando os demais ministros que votaram foi secundário.

O segundo argumento no voto ministrado pelo relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.480-9 foi análogo ao que se compreendeu em sede da reclamação constitucional perante o Tribunal Superior Eleitoral, pois, como também já discorrido anteriormente neste capítulo, a fundamentação básica para possibilidade de se existir a reclamação constitucional neste superior foi pela existência de autorização tácita do Código Eleitoral para que o Superior Eleitoral criasse qualquer instituto

que garantisse suas ordens contra juízos de instâncias inferiores ou autoridades administrativas rebeldes às suas decisões ou mesmo, rol de competência.

Diga-se que, por este fundamento, melhor sorte não terá, é certo, as disposições regimentais do Tribunal Superior do Trabalho questionadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.435/DF, já que inexistente nas leis que discorrem sobre sua competência a possibilidade do superior laboral prever a reclamação constitucional em seu regimento interno.

Mesmo assim, deve-se contentar que existe sim a possibilidade dessa ação declaratória vir a ser julgada improcedente, se forem vislumbrados os argumentos do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE na Ação Declaratória 2.480-9/PB, já que, afastam a necessidade lógica de existência de norma que albergue a competência para o tribunal de se instituir o mecanismo reclamatório. Se os tribunais de justiça, mesmo sem a constituição estadual prever a reclamação constitucional em seu texto, podem criar o mecanismo em seus regimentos internos, quanto mais, poderá o Tribunal Superior do Trabalho, por seu Regimento Interno, instituir a modalidade processual.

Entretanto, ao que parece, não é a visão mais acertada. Prefere-se, pela melhor ciência do processo e coerência técnica na coexistência dos institutos processuais e dos mais diversos órgãos jurisdicionais que compõem o judiciário, limitar a existência da reclamação constitucional

aos órgãos jurisdicionais que a própria Constituição Federal previu, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Diferentemente de todos os demais tribunais, a Constituição Federal elencou para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça todas as suas competências nos artigos 102 e 105 respectivamente. Somente alcança certa proximidade à exaustão constitucional da competência desses, as normas relativas às competências da Justiça Federal (CF, artigos 108 e 109) e da Justiça do Trabalho (CF, artigo 114). Este último não tão exatos quanto aqueles, pois o artigo 108 a Carta Magna dispõe especificamente sobre a competência dos tribunais regionais federais, enquanto que, no artigo 109, dispõe especificamente sobre a competência dos juizes federais. Oportuno salientar que nenhum desses dispositivos, prevê a reclamação.

Aos demais órgãos jurisdicionais, autorizou a Constituição que a competência fosse atribuída por lei, seja complementar no caso da justiça eleitoral ou, ordinária no que se trate à justiça militar. No âmbito das justiças dos estados, albergou à constituição estadual de cada qual, a fixação da competência de seus respectivos órgãos jurisdicionais, os tribunais de justiça e os juizes de direito.

A divisão da competência feita pela Constituição Federal observou parâmetros de necessidade de distribuição das mais diversas matérias que devem ser apreciadas pela função jurisdicional do Estado, criando os mais diversos órgãos jurisdicionais. Dividiu, conforme nos informa PAULO

AFONSO DA SILVA, com critérios de necessidade de criação dos órgãos assim:

(...) (a) um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal; (b) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça⁹⁴; (c) as estruturas e sistemas judiciários, compreendidos nos números 3 a 6 supra⁹⁵; (d) os sistemas judiciários dos Estados, Distrito Federal e Territórios.⁹⁶

Observa-se que a Constituição Federal e a doutrina em geral, coloca o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça numa posição de destaque, que merece, no mínimo, atenção.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO classifica o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como órgãos judiciários de superposição⁹⁷. Menciona que o Superior Tribunal de Justiça sobrepõe-se às

⁹⁴ Interessante observar a nota de rodapé que o autor coloca na página 556 de sua obra, por ser informação de curiosidade, onde descreve que à despeito da reivindicação da originalidade da idéia de criação do Superior Tribunal de Justiça por parte do Prof. Miguel Reale, que teria sugerido em 1965 num debate realizado na Fundação Getúlio Vargas, o autor aduz que já tinha se referido à criação de órgão análogo em sua obra denominada “*Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*” na página 456, em 1963, vindo a diferenciar somente no nome que atribuiu ao órgão que sugere criar, como “Tribunal Superior de Justiça”, enquanto que, aquele, sugeriu “Superior Tribunal de Justiça”, porém, com os mesmos traços institucionais.

⁹⁵ O autor transcreve os incisos do artigo 92 da Constituição Federal, do qual, a indicação feita referem-se aos incisos III, IV, V e VI. Vale observar sua redação:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I – o Supremo Tribunal Federal;

I-A – o Conselho Nacional de Justiça;

II – o Superior Tribunal de Justiça;

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI – os Tribunais e Juízes Militares;

VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

⁹⁶ SILVA, Paulo Afonso. Op. cit., 2007, p. 556-7

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2005. p. 479.

justiças locais e federais, enquanto que, o Supremo Tribunal sobrepõe-se ao próprio Superior Tribunal e às demais justiças, todas elas.

Se limitarmos a essa consideração feita pelo processualista citado, sem desmerecer a brilhante gama de conhecimentos jurídicos que já contribuiu e continua a contribuir, poder-se-ia dizer sem receio de errar que os demais tribunais superiores igualmente são tribunais de superposição, pois também são destinados a serem as mais altas cortes de suas próprias “justiças” com poder de rever suas decisões, como de forma análoga, o Superior Tribunal de Justiça.⁹⁸

Mas LUIZ GUILHERME MARINONI esboça e diferencia muito claramente o motivo pelo qual, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar não devem ser considerados como tribunais de superposição. Expõe esse processualista que a Constituição Federal descreveu de maneira exclusiva as competências específicas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, subtraindo essas competências das dos demais órgãos judiciários, logo, “*subtrai certas causas de todas as ‘justiças’*”⁹⁹. Além do que, é pertinente destacar que esses tribunais não pertencem a nenhuma das denominadas “justiças”.

⁹⁸ Pudera, é oportuno observar que Dinamarco escreve em sua genial obra citada acima sobre o Direito Processual Civil, não importando para seu trabalho os demais tribunais superiores, por corresponderem a matérias de processos diferenciados do que trata em suas “Instituições (...)”, de forma que, acredita-se, não se importou em descrever qual seria a posição de classificação dos demais superiores.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., 2006, p. 39.

Parece vago e frágil dizer que os demais tribunais superiores além do Superior Tribunal e do Supremo Tribunal não são, propriamente, tribunais de superposição. Mas necessário se destacar, por oportuno, que o artigo 92 da Carta Magna não descreve a existência do Tribunal Superior Eleitoral, do Superior Tribunal Militar ou mesmo, do Tribunal Superior do Trabalho. Numa primeira visão, quem estivesse fazendo a primeira leitura da Constituição sem conhecer da existência dos mais diversos órgãos jurisdicionais do país, sequer saberia da redação do primeiro dispositivo constitucional que rege o Poder Judiciário sobre a existência desses tribunais superiores. Isso por um fator óbvio: são dotados de uma limitação de competência material praticamente residual, diretamente vinculados às suas respectivas “justiças” onde são órgãos de cúpula em linha vertical. Mesmo assim, submissos ao Supremo Tribunal Federal, como o é, o Superior Tribunal de Justiça.

Mesmo que o Superior Tribunal de Justiça seja dotado de competências similares no que concerne às justiças comuns, federais e estaduais, com os demais tribunais superiores em convergência às suas respectivas justiças, não se pode fechar os olhos para as competências específicas do Superior Tribunal de Justiça para questões especiais que os demais superiores não têm.

Antes de mencionar sobre essas competências especiais, necessário destacar que ao Supremo Tribunal e Superior Tribunal de Justiça foram distribuídas em relação a cada um a competência originária, a competência

para julgar recursos ordinários e por fim, para julgar recursos de natureza extraordinária.¹⁰⁰

Essas cortes de superposição têm competências originárias como quaisquer outros órgãos jurisdicionais, assim como, têm competência para processar e julgar recursos de natureza ordinária.

No Supremo Tribunal Federal, são recursos de natureza ordinária aqueles que têm a finalidade de rever decisões denegatórias proferidas originariamente pelos tribunais superiores, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança ou mandado de injunção, ou ainda, o crime político. Já de natureza extraordinária, quando em única ou última instância a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local face à Constituição Federal ou, julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Sabidamente, PAULO AFONSO DA SILVA destaca ainda três modalidades de exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal face ao conteúdo que exprimem, seja originária ou recursal, classificando como: jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, naquelas hipóteses que o pretório excelso declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, mediante ação direta ou via incidental; jurisdição constitucional da liberdade, no que diz

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 479; SILVA, Paulo Afonso. Op. cit., p. 559-2.

respeito à competência de processar e julgar originariamente ou em grau de recurso (ordinário) os chamados remédios constitucionais como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção, e; jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, sendo esta, a atividade judicante própria do Supremo, porém, ausente a natureza de controle de constitucionalidade exercido por ele.

Interessante vislumbrar que apesar dos mais diversos pensadores sobre o tema das modalidades de competências do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de existirem três, quais sejam, a competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária¹⁰¹, diferentemente atribui classificação ALEXANDRE DE MORAES, que limita a competência de ambos os tribunais em originária e recursal, não diferenciando este último em ordinária e extraordinária como os demais num primeiro momento como grande área¹⁰². Mesmo assim, discorre sobre a diferenciação de cada modalidade posteriormente.

Aduzidas essas considerações e retornando ao tema, necessário se faz dar atenção especial a determinadas competências que somente o Superior Tribunal de Justiça tem, sem similitudes com os demais tribunais superiores.

¹⁰¹ Faz referência à Paulo Afonso da Silva e Cândido Rangel Dinamarco já anteriormente citados sobre o tema, relatando ainda, a mesma classificação feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. (*Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

¹⁰² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 485-6 e 496.

São essas competências, entre outras, para processar e julgar originariamente, nos crimes comuns, “*os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos **Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho**, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais*”¹⁰³.

É de sua atribuição de competência para se processar e julgar originariamente os juízes que compoñham os tribunais regionais eleitorais e os juízes que compoñham os tribunais regionais do trabalho. Por sinal, trata-se de uma competência de exclusividade do Superior Tribunal de Justiça por fugir da competência material dos demais tribunais superiores o crime comum ou de responsabilidade.

Essa diferenciação de competências entre o Superior Tribunal de Justiça e os demais superiores sem similaridades, se evidencia quando se destaca que passa a ser competente aquele para processar e julgar ações criminais originárias de crimes comuns ou de responsabilidade de juízes estaduais ou federais de primeira instância, em exercício nos tribunais regionais eleitorais. Isto porque, conforme se depreende da redação do artigo 120, §1º da Constituição Federal, os tribunais regionais eleitorais serão compostos, entre outros, por dois juízes de direito escolhidos pelo

¹⁰³ Artigo 105, inciso I da Constituição Federal.

tribunal de justiça e poderá ser composto por um juiz federal de primeira instância.

Note-se que, em regra, a competência para se processar e julgar originariamente ações criminais por crimes comuns ou de responsabilidade, os juízes federais é do respectivo tribunal regional federal, nos termos do artigo 108, inciso I da Constituição Federal. Em equivalência, a regra de que é de competência privativa do tribunal de justiça processar e julgar por crimes comuns os juízes estaduais a ele vinculados, nos termos do artigo 96, inciso III da Carta de Direitos. Isso demonstra que, apesar de ter similitudes com os demais tribunais superiores, o Superior Tribunal de Justiça detém competência especial em contrário senso das competências daqueles, de forma que, comporta-se em tribunal de superposição cujas atribuições vão além das atribuições dos outros superiores.

E por essa exceção quanto ao julgamento nos crimes comuns e de responsabilidade de membros dos tribunais regionais eleitorais que, a primeira vista, teriam de ser competências de outros órgãos jurisdicionais, é pertinente pois, em tese, a exceção suscitada deveria ser do próprio Supremo Tribunal Federal. Até mesmo porque, em situação de exceção outra prevista pela Constituição Federal, atribui-se a competência ao Supremo para julgar e processar o feito originariamente. É o que temos da redação da alínea “n”, do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, no qual, o pretório excelso será competente para processar e julgar quaisquer ações em que todos os membros do tribunal sejam interessados ou mais da metade estejam impedidos.

Essa competência originária do Supremo Tribunal não teria necessariamente de ser absolutamente deste tribunal, mas também, poder-se-ia ter designado o Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar determinadas ações, dependendo do grau do tribunal em questão. Por exemplo, poderia ter sido atribuído ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar as ações em que todos os membros do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal sejam interessados ou estejam impedidos. Da mesma forma, poderia albergar competência aos outros tribunais superiores processar e julgar as ações de competência de sua respectiva justiça onde todos os magistrados de grau inferior ou a sua maioria estejam impedidos, a exemplo da distribuição de competência para decidir acerca dos conflitos de competência.

Claro que nas matérias em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, são perfeitamente compreensivos os motivos que levaram o constituinte originário a depositar ao Supremo Tribunal, que é o órgão máximo da magistratura, a competência originária, tais como, em matérias sobre o direito à licença-prêmio para os juízes, nos termos da súmula 731¹⁰⁴. Todavia, quando a hipótese for a descrita na segunda parte do dispositivo constitucional, ou seja, mais da metade dos membros do tribunal de origem estiverem impedidos ou sejam interessados, poderia perfeitamente ter sido atribuída ao Superior Tribunal de Justiça quando o tribunal de origem fosse um

¹⁰⁴ “STF. Súmula 731. Para fim da competência originária do Supremo Tribunal Federal, é de interesse geral da magistratura a questão de saber se, em face da LOMAN, os juízes têm direito à licença-prêmio.”

tribunal de justiça ou tribunal regional federal, ao Superior Tribunal Militar quando o tribunal de origem fosse tribunal militar, ao Tribunal Superior Eleitoral quando fosse em relação a tribunal regional eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho quando em relação a tribunal regional do trabalho, por óbvio, respeitando-se em cada hipótese a competência material. Mas não, preferiu-se que fosse diretamente ao Supremo Tribunal a competência específica. E a questão já é pacífica no Supremo Tribunal, já que, mesmo onde mais da metade dos desembargadores de tribunal de justiça estejam impedidos ou sejam interessados na causa, deverá o feito ser processado e julgado no pretório excelso. Assim, por sinal, foi decisão obtida na Reclamação 1.004¹⁰⁵, onde foi Relator o Ministro ILMAR GALVÃO.

Assim, foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça competência especial que os demais superiores não têm similar em suas atribuições jurisdicionais. Mas se não bastasse, ainda se pode constatar outras competências especiais exclusivas do Superior Tribunal de Justiça, como as descritas nas alíneas “g” e “i” do inciso I, e alínea “c” do inciso II, ambos do artigo 105 da Constituição Federal.

Na alínea “g” do dispositivo constitucional citado, ao Superior Tribunal de Justiça é atribuída a competência para dirimir conflitos entre

¹⁰⁵ "Reclamação. Alegada usurpação da competência do STF prevista na alínea *n* do inc. I do art. 102 da Constituição Federal. Impedimento da maioria dos membros do tribunal de origem. Impossibilidade da convocação de juízes de direito. Não havendo maioria desimpedida dos membros do tribunal de origem para julgar o mandado de segurança, não é de se admitir a substituição dos suspeitos ou impedidos mediante convocação de juízes de direito de segunda entrância, mas sim de deslocar-se a competência para o Supremo Tribunal Federal, na forma da alínea *n* do inc. I do art. 102 da Constituição Federal." (Rcl 1.004, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 04/02/00). No mesmo sentido: Rcl 1.933, DJ 28/02/03."

autoridades administrativas e judiciárias da União, nos quais estas, podem ser, inclusive, os tribunais superiores. Assim, quando houver qualquer conflito de atribuição entre o Tribunal Superior de Trabalho, por exemplo, e o Ministério do Trabalho, o órgão jurisdicional competente para dirimi-lo será o Superior Tribunal de Justiça. Deste também será a competência para resolver conflito entre órgãos administrativos de um estado ou do Distrito Federal e judiciário de outro. Neste, poder-se-ia estar envolvidos quaisquer dos tribunais das justiças especiais.

Na alínea “c” do inciso II do mesmo artigo constitucional, atribui a competência ao Superior Tribunal de Justiça para dirimir conflitos entre Estado ou organização internacional estrangeiro de um lado, e Municípios ou pessoa residente ou domiciliado no país de outro. Isso inclui, por certo, problemas trabalhistas contra organizações não governamentais internacionais, por exemplo.

Outro exemplo, é a competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça para homologar sentença estrangeira, nos termos da alínea “i” do inciso I. Observa-se que o dispositivo não faz menção à matéria afeita na sentença estrangeira, que poderia ser de qualquer das especializadas, como por exemplo, uma sentença que tenha sido proferida por juiz da justiça trabalhista em outro país. E mesmo assim, para homologá-la, é competente o Superior Tribunal de Justiça.

Esses quatro panoramas já mostram como ao Superior Tribunal de Justiça foram concedidas competências não afeitas aos demais superiores, mesmo em similitude.

Por fim, mas não menos importante, o destaque ao disposto no artigo 105, inciso I alínea “d” da Constituição Federal, no qual, atribui ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir conflitos entre os tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal, nos termos da alínea “o”, inciso I do artigo 102. Naquele dispositivo ainda, menciona a competência para o Superior Tribunal dirimir os conflitos entre tribunal e juiz a ele não vinculado ou mesmo, entre juízes vinculados a tribunais diversos.

No momento que a Constituição Federal atribui ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflitos de competência entre tribunais diversos, não está somente se referindo sobre o conflito de competência entre um tribunal regional federal e um tribunal de justiça, ou entre dois tribunais de justiça, ou entre dois tribunais regionais federais, ou mesmo, entre juiz de direito e juiz federal. Está também elencando as hipóteses de conflito de competência entre tribunais ou juízes das especializadas com tribunais ou juízes das comuns, ou ainda, entre tribunais e juízes de duas especializadas de jurisdições diferentes. Alerta-se que o mais comum dos conflitos de competências que envolvem uma justiça especializada é entre juízes do trabalho e juízes das comuns, nos quais, mesmo depois das últimas emendas constitucionais, continuam as dúvidas sobre a competência para se

processar e julgar litígios de relação de trabalho entre o órgão público e seus servidores.

Aqui vale um assente. A Constituição Federal é clara ao dispor na alínea “d” do inciso I do artigo 105 que é de competência, em tese, do Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência **entre quaisquer tribunais**, ressalvada a competência do Supremo fincada no artigo 102, inciso I, alínea “o”, onde preceitua sobre os conflitos de competência que envolvam tribunais superiores. Para dirimir o conflito de competência entre tribunais que não sejam superiores, ou entre juízes de justiças diferenciadas (eleitoral e militar; comum e trabalhista; trabalhista e eleitoral; comuns estadual e federal; militar e trabalhista; comuns estaduais de estados diferentes e; comuns federais de regiões diferentes), não se tem dúvidas de que a competência é do Superior Tribunal de Justiça. O problema se amplia em falando de conflito de competência entre tribunais diferentes da mesma justiça, como por exemplo, o conflito entre dois tribunais regionais do trabalho, entre tribunais regionais eleitorais ou entre tribunais militares. Isto porque, é claro o dispositivo constitucional em fixar a competência ao Superior Tribunal de Justiça para dirimir conflitos entre quaisquer tribunais, sendo exceção expressa tão somente aqueles de competência própria do Supremo Tribunal.

Nesse ponto, seria exagero pensar que se deve resguardar ao Superior Tribunal de Justiça a competência para o conflito entre tribunais locais da mesma base de jurisdição especializada, ou seja, entre tribunais regionais do trabalho de diferentes regiões, eleitorais de diferentes estados,

ou mesmo, de militares de regiões diferentes. Isto porque, seria por demais alargar a competência daquele tribunal superior sem precisão lógica, pois, nestes conflitos pelo qual os juízos são vinculados a tribunais superiores específicos, nada mais pertinente do que estes serem afeitos a dirimir os conflitos de competência entre seus próprios tribunais locais.

Percebe-se que assim buscou-se manter a legislação, como se depreende da lei 7.701/1988, que disciplina sobre a competência das seções especializadas do Tribunal Superior do Trabalho, para dissídios coletivos e individuais, onde dispõe sobre a competência da seção especializada em dissídios coletivos, originariamente, julgar conflitos entre tribunais regionais do trabalho em dissídios coletivos, e à seção especializada em dissídios individuais para julgar conflitos entre aqueles em dissídios individuais, na alínea “e” do inciso I do artigo 2º e na alínea “b”, inciso II do artigo 3º, respectivamente, ambos da citada lei. Oportuno salientar que essa competência integra julgar conflitos entre juízes especializados do trabalho vinculados a diferentes tribunais regionais do trabalho.

E ainda, o Código Eleitoral igualmente dispõe sobre a competência do Tribunal Superior Eleitoral para dirimir conflitos entre tribunais regionais eleitorais ou entre juízes eleitorais vinculados a diferentes tribunais eleitorais, ou entre juízes eleitorais vinculados a um tribunal regional eleitoral contra tribunal eleitoral de outro estado, como dispõe o artigo 22, inciso I, alínea “b”, daquele diploma.

Em busca por decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não foi possível encontrar qualquer decisão que pudesse elucidar a posição desses tribunais acerca da orientação que deve ser dada à redação desse disposto constitucional, encontrando, tão somente, decisões em conflitos que não despertam dúvidas acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça, sendo aqueles antes indicados. Isso, aparentemente, importa em manifestar pelo silêncio geral certa concordância com a compreensão de que entre tribunais de mesma jurisdição especial, ou entre juízes de mesma jurisdição especial e tribunal, será do respectivo superior de jurisdição especial a competência para dirimir o conflito, positivo ou negativo, de competência.

Todavia, que fique aqui registrado que, mesmo que seja exagerado fixar essa competência ao Superior Tribunal de Justiça e não aos próprios superiores pelos quais os possíveis órgãos de jurisdição especial estejam em conflito, é de se observar que a norma constitucional é bastante clara em estabelecer que cabe àquele dirimir os conflitos de “*quaisquer tribunais*”, pertinente interessante questionamento sobre a constitucionalidade dessas leis infraconstitucionais.

Mas o que importa é que, fosse o Superior Tribunal de Justiça considerado tribunal afeito à finalidade precípua de mera competência recursal extraordinária como são os demais tribunais superiores, dever-se-ia dizer que, no mínimo, o constituinte não foi coerente quando distribuiu essas competências ao Superior Tribunal de Justiça, e não ao próprio Supremo Tribunal Federal, visto que, são conflitos de competência de

ordem jurisdicional diversa das competências ordinárias e extraordinárias daquele tribunal superior.

Isso tudo mostra que o Superior Tribunal de Justiça tem posição de destaque na ordem constitucional, estando em elevado grau jurisdicional, quase tanto quanto o próprio Supremo Tribunal Federal, por ter determinadas competências especiais exclusivas ao seu pretório, sem poderes jurisdicionais eqüitativas nos demais superiores, de forma que, a estes, assim como a quaisquer outros tribunais, não existe autorização da Constituição Federal, mesmo que por via oblíqua ou tácita, da criação da reclamação constitucional.

Mais ainda, poderia se dizer que caberia reclamação para preservação da competência no Superior Tribunal de Justiça quando usurpada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive com poder avocatório do processo daquele contra este. Se parecer absurdo, necessariamente se deve ter como teratológica a possibilidade de tribunais de justiça, tribunais regionais federais, eleitorais ou do trabalho, tribunais militares, ou mesmo, aos tribunais superiores, terem semelhante poder.

2.5 DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS – IMPRORROGABILIDADE DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO – REGIDEZ DA NORMA FUNDAMENTAL

Como já descrito em outra oportunidade, quanto a atividade jurisdicional como poder/dever estatal, a Constituição Federal distribui a competência entre os diversos órgãos jurisdicionais que ela mesma cria, fixando, a cada qual, determinadas atribuições para processar e julgar, cuja inobservância, acarreta a nulidade dos atos judiciais perpetrados em decorrência de uma decisão do juízo incompetente, assim como, nulidade da própria decisão.

Fixou-se então, o rol de atribuições jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, nos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, respectivamente, entre eles, a ambos, a possibilidade de se processar e julgar a reclamação constitucional para preservação de sua competência ou garantia da autoridade de suas decisões.

Pertinente fazer lembrança de que o texto constitucional não previu a reclamação constitucional a nenhum outro tribunal que não aqueles de superposição dos artigos 102 e 105, tão logo, delegando às leis infraconstitucionais a fixação de competência.

Porém, existem competências que não podem ser abrangidas pelos tribunais inferiores, e a reclamação, de certo, é uma delas. A Constituição

Federal reservou competências especiais ao Supremo Tribunal e ao Superior Tribunal de Justiça em seu texto, implicando-lhes atribuições que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO denomina de “*reservas especiais de jurisdição*”, fazendo-se reservar a determinados tribunais a competência para se processar e julgar litígios específicos¹⁰⁶. As justiças especializadas são dotadas desta reserva especial de jurisdição, por terem atribuições de processar e julgar litígios que se encaixem em ramos específicos do direito. Assim o é para as justiças do trabalho, eleitoral e militar, cada qual, com um órgão jurisdicional superior “máximo” como cúpula de sua jurisdição. Diferente das justiças denominadas comuns, estas as estaduais e federais, que não têm jurisdição específica como as demais, competentes de forma genérica a processar e julgar litígios que não tenham sido compreendidos pelas justiças especializadas. Assim é que se concluiu que a competência das justiças especializadas é *exclusiva*, dado que, exclui do rol de competências das justiças comuns, aquelas lides que a Constituição Federal ou as leis, mediante autorização expressa daquela, taxou.

Ao delinear a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição Federal sugere que esses tribunais têm atribuições com reservas especiais de jurisdições, pois exclui do rol de competência dos demais órgãos jurisdicionais a competência que lhes são fixadas. Por isso ser defeso a abrangência por outro tribunal, de instrumento de competência exclusiva desses tribunais de superposição, a não ser quando a Constituição Federal expressamente

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 676-7.

amplia, como faz, por exemplo, para controle abstrato e concentrado de constitucionalidade de lei estaduais e municipais face às constituições estaduais, aos tribunais de justiça.

A Carta Constitucional possui natureza material e processual, contendo nelas normas que disciplinam toda ordem jurisdicional, fixando bases processuais, quando disciplina e organiza os órgãos jurisdicionais do Estado, suas competências, além de outras normas que não guardam relação própria de direito material.¹⁰⁷

Essa característica processual da Constituição Federal, pela natureza dinâmica da ordem constitucional, se evidencia a ponto de se fundar ramo da filosofia específico para o estudo do direito processual, na sugestão feita por WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, para quem *“representará a descoberta de uma fonte nova de conhecimentos não só para a ciência processual mas também para a ciência jurídica (em sentido amplo) como um todo, bem como para a filosofia em geral”*¹⁰⁸.

Já CANOTILHO, não classifica as normas constitucionais de distribuição de competência como “direito processual constitucional”, sendo este atinente na função de regulamentar procedimentos de jurisdição jurídico-constitucionais dos órgãos jurisdicionais que a Constituição atribui esta competência, como os processos de controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos em geral, mas como

¹⁰⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 27-8.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 28.

“direito constitucional judicial”, no qual, se revela por normas constitucionais de organização e distribuição jurisdicional.¹⁰⁹

Para esse constitucionalista, a competência é “*o poder de acção e de actuação aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos*”. Nessa perspectiva, se pode extrair a existência da competência constitucional, aquela atribuída pela constituição, ou a competência legal, atribuída pela lei, mas que deve ter autorização explícita ou implícita da constituição para sua validade.

Nesse diapasão, um dos mais importantes princípios constitucionais é o princípio da indisponibilidade de competência, que segundo o doutrinador português, está atrelado ao princípio da tipicidade de competências, segundo o qual, as competências dos órgãos jurisdicionais sejam aquelas expressamente elencadas na norma fundamental, assim como, a impossibilidade de não poderem ser transferidas a órgãos diferentes daqueles que a constituição atribuiu. A regra que se deve opor é de que as competências fixadas na constituição são exclusivistas, ou seja, não podem ser estendidas a nenhum outro órgão.¹¹⁰

Essa noção de competências exclusivas também tem o corolário de se garantir o princípio constitucional do juiz natural, cujo alcance se credita ao inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, que garante

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 965-7.

¹¹⁰ Ibid., p. 546-7.

a inexistência de tribunal de exceção, de forma a dever observar o devido processo legal, cujo conteúdo alberga o direito dos cidadãos serem processados perante juiz previamente constituído e dotado de competência para julgar o feito.

A competência fixada na Constituição Federal é absoluta, relacionando-se com esta o juiz natural, de forma que a garantia se concretiza pela abrangência da proibição de tribunais ou juízos de exceção criados posteriormente ao fato que enseja o litígio e a imperiosidade da prefixação da competência do juízo.¹¹¹

Somente seria possível a criação mesmo jurisprudencial de competências constitucionais que a carta de direitos não tenha expressamente previsto quando necessárias para se preencher lacunas constitucionais patentes “*pela leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais*”, o que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO denomina de “admissibilidade constitucional de competências implícitas complementares”.¹¹²

¹¹¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 505.

¹¹² Quanto às competências implícitas complementares, Canotilho observa que é necessário dividir a possibilidade de se admitir constitucionalmente as competências implícitas complementares em duas ocasiões: (1) quando enquadráveis no plano constitucional de divisão das competências explícitas, não comportando em alargamento, mas em atendimento às necessidades de competir ao órgão a preparação e formação da decisão; (2) quando houverem lacunas insanáveis na constituição acerca da distribuição de competências. Num primeiro olhar, parece mais apropriado nomear a segunda hipótese de competências implícitas como “competências implícitas *suplementares*”, e não “complementares” como fez. Isto porque, pelo conteúdo próprio da regra fixada pelo autor para a admissibilidade da competência implícita na primeira hipótese, é de complementariedade, já que visa suceder ao elementar o que já prefixado

Assim, pela sistemática rígida de nossa Constituição Federal, somente seria possível admitir outras competências além das já fixadas quando existirem lacunas no sistema de distribuição jurisdicional constitucional, oportunizando a “complementar” a competência para preencher esses espaços vazios.

No que concerne à reclamação constitucional, surge daí duas hipóteses para admissibilidade do instrumento processual no âmbito dos demais tribunais, sejam superiores ou regionais e locais, além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a contar: (1) considerar que a constituição federal delegou à legislação infraconstitucional para fixação de competência para determinados juízos, sejam tribunais ou juízes singulares; (2) a constituição foi omissa ao fixar competência explícita da reclamação aos demais tribunais do poder judiciário.

Nenhuma das hipóteses parecem viáveis. Quanto à primeira consideração, não de ser observadas as competências que a constituição expressamente, ou seja, competência explícita, atribui à justiça federal, seja para seus juízes singulares ou para os tribunais regionais. Num mesmo ato o constituinte originário previu a reclamação para dois tribunais de superposição no sistema jurisdicional e deixou de prever para os tribunais federais, cujo competência não é delegada às leis infraconstitucionais, mas discorridas à exaço pelo próprio diploma constitucional, assim como, ao

pela constituição, para manutenção da competência explícita do órgão, enquanto que, na segunda hipótese, a característica é própria de ampliação da competência de algum determinado órgão para atribuí-lo de competência lacunosa na constituição (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 549).

Supremo e ao Superior Tribunal de Justiça. Questiona-se quais seriam os motivos que ensejaram o constituinte em prever num mesmo ato de criação constitucional a competência para se processar e julgar reclamação para preservação de competência e garantia das decisões para dois tribunais e, simplesmente tenha desprezado, por omissão, a mesma previsão aos tribunais regionais federais.

O motivo é óbvio! O constituinte percebeu que a previsão da reclamação constitucional para outros órgãos que não os de superposição, acarretaria nas incoerências no sistema jurisdicional já apontadas, conforme já demonstrado em item anterior deste capítulo, incorrendo em absurdos tais como o poder de um mero tribunal de justiça avocar processo para preservar sua competência face ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto à segunda hipótese de admissibilidade da reclamação nos diversos tribunais mediante complementação por ser competência constitucional implícita, não parece segura. Já foi sustentado neste capítulo que existem diversos instrumentos administrativos e processuais perfeitamente hábeis aos diversos tribunais existentes, que preservam a sua competência ou garantem a autoridade de suas decisões. Percebe-se que todos os órgãos jurisdicionais abaixo na ordem vertical diretamente dos tribunais superiores, com exceção do próprio Superior Tribunal de Justiça, são diretamente a eles vinculados, de forma que, para preservação de sua competência ou garantia da autoridade de suas decisões, sequer seria necessário instituto processual reclamatório, mas tão somente, medidas de cunho administrativo face aos juízos rebelados.

Até mesmo porque, o artigo 92 da Constituição Federal sequer prevê, como órgão básico do judiciário, os demais tribunais superiores, mas sim, suas “justiças”. Por isso mesmo, é pertinente destacar que apesar do Superior Tribunal de Justiça ser o órgão para competência recursal extraordinária e ordinária em via originária dos tribunais da justiça comum (tribunais de justiça e tribunais regionais federais), seu elevado grau funcional hierárquico em relação a estes não é administrativo, mas somente jurisdicional, de forma que não tem atribuição nas esferas administrativas daqueles. Enquanto que, nas justiças especializadas, os superiores têm atribuições hierárquicas administrativas e jurisdicionais sobre os órgãos inferiores.

O Supremo Tribunal Federal julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2/DF¹¹³, onde foi Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no qual questionava a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela lei 10.628/2002. Referida ação foi julgada procedente, acórdão inaugurado pelo voto vencedor do relator, declarando a inconstitucionalidade de ambos dispositivos. Mas são os fundamentos que levaram a maioria dos ministros do pretório excelso julgarem dessa forma o que importa de momento.

Os objetos da citada ação direta de inconstitucionalidade são dois basicamente: (1) perda de prerrogativa de foro daquelas pessoas que

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.797-2/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 15.09.2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2007.

deixem de exercer o cargo que lhes outorgavam o direito; (2) extensão da prerrogativa de foro dos crimes comuns e de responsabilidade para processar e julgar ação com fulcro na lei de improbidade.

Quanto ao primeiro objeto, não tem relação com a proposta deste trabalho, pelo que, não se adentrará por questões óbvias ao seu mérito. Vale atenção aos votos proferidos pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE e pelo Ministro CELSO DE MELLO, que foram condutores do resultado do julgamento.

A indagação muito bem é compreendida no dizer do ministro relator de que: *“se lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República”*. Instante depois já lança a resposta negativa.

Num primeiro momento poder-se-ia entender não servir como exemplo o julgamento da dita ação, pois não teria relação com a reclamação constitucional. Porém, guarda pertinência lógica quanto à possibilidade ou não de se estender competências que não foram fixadas constitucionalmente por leis infraconstitucionais, como é justamente o fundamento mais forte para a possibilidade de se criar a reclamação constitucional no âmbito de outros tribunais além do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

SEPÚLVEDA PERTENCE inicia seu voto no mérito da causa atestando que as decisões do Supremo não vinculam o legislativo que detém o poder

para criar os textos de lei na plenitude da atividade de sua função estatal. Citando GOMES CANOTILHO, JORGE MIRANDA, LUIZ ROBERTO BARROSO e CARLOS MAXIMILIANO, o ministro aduz que não é dado ao legislador legitimidade para produzir uma interpretação autêntica da constituição por leis infraconstitucionais. Poderia sim fazê-lo, dado seu poder de reforma constitucional, com normas de força constitucional, sem o qual, somente os tribunais dotados de competência jurisdicional constitucional poderiam promover essa hermenêutica constitucional através de suas decisões. Mais especificamente, mencionando doutrina do professor português JORGE MIRANDA, diz que quando o poder constituinte esgota a criação originária do texto constitucional, volta ao seu estado latente e difuso, de forma que, uma interpretação autêntica somente poderia ser realizada por este poder constituinte originário, e não pelo derivado. Desta forma, mesmo que o legislador transmutado em poder constituinte reformador, cumprindo com as formas constitucionais para produzir a emenda constitucional, ainda assim, não poderia realizar uma interpretação autêntica, pois não corresponde ao próprio poder constituinte originário, único com poder para tanto, além dos tribunais constitucionais.

Por isso, sustenta o eminente ministro, os dispositivos da lei que introduziram os parágrafos no artigo 84 do Código de Processo Penal, já seriam formalmente inconstitucionais, não ensejando necessidade de outras considerações. Mesmo assim, conclui nesse mesmo sentido que permitir que a legislação infraconstitucional inverta a leitura do tribunal constitucional da carta magna seria sujeitar a alta corte constitucional ao

referendo legislativo, expelindo deste tribunal sua mais nobre e primordial função, a guarda da constituição.

Afora outros argumentos que aduz sobre a possibilidade ou não de agentes políticos responderem por improbidade, altamente sustentado a negativa em voto neste julgamento proferido pelo Ministro GILMAR MENDES para sustentar sua decisão de constitucionalidade dos dispositivos questionados, suscitando diversas dúvidas que foram implementadas também pelo Ministro NELSON JOBIM em decisão preliminar da Reclamação 2.138 diante da incoerência que o instituto pode resultar da sua aplicação a esses servidores, o ministro relator ainda ressalta a existência de diversas competências que não estão expressas na Constituição Federal, mas que, por construção pretoriana, foram fixadas por inexistir na carta magna expressa menção acerca dessas hipóteses de competências, claramente aplicando a tese já discorrida logo acima de CANOTILHO, sobre as admissibilidades constitucionais das competências implícitas complementares, quando houver lacuna constitucional acerca do órgão que teria atribuição para determinadas funções, no caso presente, jurisdicional. Cita exemplos como: (1) a competência do Supremo para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato das mesas de quaisquer das casas do Congresso Nacional; (2) a competência do mesmo tribunal para *habeas corpus* face a ato de Ministro de Estado em matéria de extradição, ou ainda, do mesmo *writ* contra decisões das Turmas Recursais dos

Juizados Especiais¹¹⁴; (3) a competência do Superior Tribunal de Justiça para o *habeas corpus* contra decisão de tribunal de alçada¹¹⁵; (4) aos tribunais regionais federais, a competência sobre os crimes de competência da justiça federal praticados pelos dignitários da justiça estadual por prerrogativa de função, no qual, seria originariamente dos tribunais de justiça.

São esses alguns exemplo que o ministro traz em seu voto para demonstrar que por construção do pretório, algumas competências são criadas, porém, a partir de uma complementação das competências constitucionais por não terem sido expressadas no texto maior. Contudo, no caso, explica o magistrado, vai além, pois se questiona a (im)possibilidade do legislador inferir por texto infraconstitucional normas de competência que a constituição não albergou, ao que parece, não por esquecimento, pois foi explícito ao destacar a prerrogativa por função para determinados tribunais quanto à crimes comuns e de responsabilidade para alguns agentes públicos. Porém, mesmo tratando da responsabilidade administrativa e civil dos servidores públicos, se manteve silente quanto essas responsabilidades quando tratou acerca das competências jurisdicionais. Isso, demonstraria a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados por estender, o que não é permitido pela Constituição, as competências jurisdicionais de diversos órgãos, inclusive do próprio Supremo Tribunal.

¹¹⁴ O que parece que seria mais acertado a competência do Superior Tribunal de Justiça e não do Supremo, dado ser aquele o órgão de hierarquia jurisdicional imediatamente superior a essas turmas.

¹¹⁵ Hoje inexistente no ordenamento após a Emenda Constitucional 45/2005.

Interessante destacar uma menção do ministro relator em seu voto. Exemplifica outra inconstitucionalidade quando, por lei federal, usurpa competência legislativa estadual para tratar acerca das competências dos tribunais de justiça dos estados, por meio da constituição estadual. O que, apesar do ministro não ter expressado, parece mais uma inconstitucionalidade formal do que material, mas que não vem ao caso. Importante destacar é a obviedade da lei não poder criar, ampliar, estender ou reduzir competência que não esteja descrita na Constituição Federal.

E quanto à reclamação constitucional deve ser observada a mesma disciplina. A competência para se processar e julgar reclamações constitucionais cada qual dentro de sua própria atribuição é do Supremo Tribunal e/ou do Superior Tribunal de Justiça, não podendo ser estendida ou criada a competência no âmbito de outros tribunais, quaisquer que sejam, para a reclamação, pois seria inconstitucional.

Na mesma esteira do raciocínio do voto do ministro relator, o Ministro CELSO DE MELLO, que apesar da brilhante fundamentação, como é de praxe em seus provimentos, acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos questionados, não somou argumento novo, cabendo aqui mencionar que foi expresso em dizer que à lei ordinária não é constitucional ampliar, modificar ou restringir quaisquer das competências que a Constituição Federal estabeleceu aos órgãos jurisdicionais. Por maioria venceu este entendimento

Ao passo que ora se sustenta haver inconstitucionalidade das leis ou mesmo na sua errônea interpretação que invista na presença da reclamação constitucional face aos mais diversos tribunais, não se deixa de congregar com a existência de leis que por ventura regulamentem a reclamação constitucional no âmbito outros tribunais além do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça. Imprescindível é que não se esgote na mera lei infraconstitucional ou nos regimentos internos dos tribunais a possibilidade de existência do instituto reclamatório, já que a própria Constituição Federal deixou de atribuir aos demais órgãos jurisdicionais essa competência.

Mesmo assim, na lição de GERALDO ATALIBA:

(...) quem pode fixar genérica e abstratamente, com força obrigatória, os preceitos a serem observados não só pelos cidadãos, como pelos próprios órgãos do Estado, evidentemente enfeixa os mais altos e os mais expressivos dos poderes.¹¹⁶

Aponta o doutrinador que as crises políticas ferem-se em torno das prerrogativas legislativas, não por menos, já que tem força impositiva sobre todos indistintamente, modificando a esfera jurídica das pessoas. Mas para lei existe limite formal e material fixado na constituição.

Como GUSTAVO ZAGREBELSKY brilhantemente expõe em suas lições sobre o direito dúctil, termina o tempo em que a lei era a medida de todos os direitos, convertendo-se à constituição essa prerrogativa, sendo esta

¹¹⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

objeto de medição da lei e dela mesma, destronando aquela em favor de uma instância mais alta¹¹⁷.

Essa perspectiva sobre a reclamação constitucional tratada neste capítulo, não representa um regresso quanto ao plano de acesso à justiça e efetividade processual como direitos fundamentais constitucionais, como se pode vir a pensar, tendo em vista que o que se propõe seria suprimir a reclamação constitucional do âmbito de todos os órgãos jurisdicionais cujos a Constituição Federal não previu expressamente o instituto processual.

De forma alguma esse posicionamento seria *pôr um véu* sobre o direito autêntico, num embate à necessária hermenêutica constitucional que tem como preceito básico o desvelar do direito como expõe LÊNIO STRECK, mas na verdade, e nas palavras do mesmo pensador, o que se pretende é “*clarear*”¹¹⁸ o sentido da norma constitucional que não permite que exista no comportamento da criação do direito, seja pela aplicação jurisdicional da constituição, ou pela criação mesma dos textos de lei, incoerências dos instrumentos processuais constitucionais que garantem as funções jurisdicionais de dois dos órgãos mais relevantes do sistema judicial constitucional.

¹¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 40.

¹¹⁸ Streck, que em todo seu trabalho se utiliza de interessantes manipulações dos vocábulos para expressar sua tese do novo despertar para o direito constitucional vigente, numa nova perspectiva do jurídico, manifesta necessário o ‘clarear’ do direito, exemplificando que de tal asserção decorre a clareira, que é o vão de onde aparece a claridade de tudo o que é (STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 287).

A existência, insista-se, da reclamação constitucional nos demais tribunais enseja grave incongruência do sistema pelo poder constitucional que o instrumento representa na ordem processual. Além de quê, sequer se faz necessária sua presença para os demais tribunais, mas relevantíssimo ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, pois aos demais, existem medidas processuais hábeis a desempenhar e efetivar os mesmos objetivos que a reclamação dispõe, ou seja, preservar a competência ou garantir a autoridade das decisões.

Assim, para os demais tribunais, pelos quais, a Constituição Federal não prevê a reclamação constitucional, além das medidas administrativas que já são existentes em todos os regimentos internos dos tribunais, como exemplo, as representações contra magistrados por inobservâncias das determinações do tribunal, existem medidas processuais para segurança e consecução da garantia das decisões do pretório e preservação de sua competência, seja por institutos ordinários do processo, tais como recursos de agravo de instrumento ou apelação no processo civil, ou ainda, pela via cautelar se cabível, mas também, dispõe o sistema de meios extraordinários de natureza constitucional, como são os *writs*, seja por *habeas corpus* impetrado no tribunal a que o juízo incompetente que decretou prisão está vinculado, ou, mais afeito ao processo civil, o mandado de segurança.

Por fim, é necessário se manifestar acerca, já que fora levantada a hipótese, do cabimento do mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça contra as decisões proferidas pelos tribunais regionais federais ou tribunais dos estados, numa visão paradigmática ao que ocorre com as

justiças especializadas, cujos superiores têm competência para processar e julgar os mandados de segurança contra atos das autoridades dos tribunais especializados. Todavia, para os superiores especializados, por uma situação de hierarquia administrativa e jurisdicional, detêm eles referida competência, enquanto que, o Superior Tribunal de Justiça, a detém por força de previsão expressa dessa competência no artigo 105 da Constituição Federal, sem o qual, resguardaria competência do Supremo para tanto.

3 SOBRE OS INSTITUTOS QUE SE DENOMINAM RECLAMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Em toda ciência existe o problema da homonímia, não sendo diferente no estudo do direito, que dentre seus institutos alguns detém a mesma nomenclatura que outros, podendo surgir confusões entre tais.

Assim também ocorre com a Reclamação. Em todo sistema jurídico brasileiro, existem diversas formas de reclamação, ou mesmo, a própria palavra reclamação em diversos textos legais que não discorrem, propriamente, de um modelo de atitude processual a ser estabelecida.

A definição etiológica de reclamação é ato ou efeito de reclamar, protesto, queixa, clamor, reivindicação legal, vindicação¹¹⁹. AURÉLIO, ainda, na mesma obra indicada, dispõe que reclamação também significa: *“Ato escrito ou verbal, tomado por termo, no qual o empregado reclama, na justiça do trabalho, contra ato do empregador prejudicial aos seus*

¹¹⁹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1.710.

direitos trabalhistas”¹²⁰. A derradeira definição da palavra trazida pelo lingüista demonstra que no meio social, quando se tem noção de qualquer modalidade de processo judicial, reclamação tem íntima ligação com o direito do trabalho, do qual decorre a ciência da famosa Reclamação Trabalhista, no qual, o trabalhador empregado que não está percebendo adequadamente seus direitos sociais, poderá mobilizar o judiciário trabalhista para que imponha ao seu empregador o pagamento.

Entretanto, são várias reclamações persistentes no ordenamento jurídico pátrio. Na legislação, sem corresponder propriamente a qualquer instituto processual, mesmo que de caráter correcional, a denominação reclamação existe diversas vezes, uma dando oportunidade ao sujeito de direito tomar qualquer atitude contra aquele que lhe restringe o gozo, seja para mencionar que o sujeito não poderá tomar qualquer atitude.

3.1 NO CÓDIGO CIVIL

Na legislação civil, são praticamente incontáveis as expressões “reclamação” ou “reclamar”, que aparecem em muitos momentos, mesmo dentro somente de uma lei, o Código Civil.

¹²⁰ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. Op. cit., p. 1.710.

O primeiro momento da reclamação no ínterim do Código Civil vigente, é no artigo 12, do qual dispõe sobre a possibilidade de se reclamar por perdas e danos se houver prejuízos do direito à personalidade decorrentes de ameaça ou lesão que o seu sujeito haja sofrido. Já num aspecto negativo, existe o tolhimento do direito de reclamar, quando num negócio jurídico viciado pelo defeito do dolo, ambas partes tiverem agido com o intuito doloso, conforme preceitua o artigo 150. No mesmo aspecto negativo, vemos também a proibição de se reclamar a repetição de pagamento à menor de obrigação anulada, nos termos do artigo 181.

Também no Código Civil, na parte das Obrigações, é perceptível o uso da expressão “reclamar”, como o artigo 236 que possibilita ao credor reclamar perdas e danos quando o devedor, culpado pela deterioração do bem, não puder entregá-lo, ou podendo, fazê-lo em parte. Nas obrigações alternativas, o artigo 255 dispõe que ao credor, quando se perder ambas alternativas de escolha do devedor por culpa deste, poderá reclamar o valor equivalente a qualquer dos objetos da obrigação, além das perdas e danos originados.

Outro momento interessante também, do que a reclamação se aproxima de um procedimento, mesmo que não judicial no Código Civil, é da entrega de documentos ou valores ao preposto por terceiro, nos termos do artigo 1.117, sendo que, aceitando sem protestos no ato de entrega, esta se faz perfeita, se não existir prazo para reclamação. Note-se que este prazo para reclamação deverá estar inscrito no contrato de compra dos bens ou prestação de serviços. Todavia, percebe-se a necessidade da existência

de regras procedimentais a começar pelo prazo que o próprio dispositivo menciona. ARNALDO RIZZARDO limita à existência de vício redibitório redirecionando ao artigo 445¹²¹. *Data venia*, a reclamação pela existência de vício redibitório poderá se dar mesmo sem previsão contratual, visto que, se redibitório, ou seja, oculto, não poderia o preposto identificar o mesmo no ato da entrega dos bens ou prestação de serviços, ou mesmo valores, quando correspondessem a títulos de créditos ou outras formas de créditos, que pudessem guardar, sigilosos, vícios não identificáveis pelo homem médio. Havendo previsão contratual não somente os vícios redibitórios poderão ser reclamados como qualquer vício, sendo que os redibitórios em qualquer das modalidades.

No que concerne à aquisição da propriedade imóvel preceituado pelo artigo 1.247 do Código Civil poderá reclamar, o comprador do devedor, a retificação do registro imobiliário quando não corresponder com o correto. Também poderão “reclamar” qualquer dos interessados, em razão do direito de alimentos, quando sobrevier alteração significativa nas condições financeiras daquele que supre os alimentos, ou mesmo, daquele que recebe, para que os alimentos sejam revisados para crescer ou decrescer o valor pecuniário pago nos termos do artigo 1.699.

Como se vê, são vários os momentos que a carta do cidadão comum dispõe sobre o direito de reclamar, ou de reclamação, em suas disposições de acordo com o direito que se identifica com a possibilidade para tanto. Mesmo assim, é notório que não se fala em qualquer reclamação que se

¹²¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.079.

aproxime do instituto da reclamação constitucional, mesmo o que aparentemente tem efeitos procedimentais como o indicado logo acima, através do artigo 1.117 do Código Civil. Todos eles sugerem a necessidade de se gozar do direito de ação, mobilizando o judiciário para obter êxito da dita “reclamação”, que não corresponderá, propriamente, ao nome de “ação de reclamação”, mas de outras de acordo com o provimento final. Todas albergam o direito de ação. A outra forma, somente poderá ser satisfeita havendo cumprimento espontâneo do devedor, sem o qual, ao credor, apesar do direito de reclamar extrajudicialmente, restará o judiciário.

3.2 NO CÓDIGO DE DEFESA AO CONSUMIDOR

No Código de Defesa ao Consumidor a reclamação aparece como instrumento de defesa do consumidor que se vê prejudicado por vício constante no produto ou no serviço prestado, firmando prazo para tanto, no artigo 26, de trinta dias para o fornecimento de serviço contratado ou de produtos não duráveis e de noventa dias para serviços ou produtos duráveis, iniciando a contagem do prazo da entrega efetiva do produto ou término do serviço, sendo este, prazo decadencial.

É o que se denomina garantia do fornecimento de produto ou serviços prestados pelo fornecedor ao consumidor. Para o vício oculto tem

regulação própria quanto ao início do prazo preceituado pelo artigo 27 contando-se da data em que o vício for identificado.

Mesmo assim, a reclamação do consumidor ao fornecedor não é feita no âmbito judicial, mas administrativamente, devendo ter comprovação de sua formulação àquele com prova inequívoca de sua transmissão. Com essa atitude o consumidor obsta o prazo decadencial.

Na tradição do direito, do latim *dormientibus non succurit jus*, ou seja, o direito não é resguardado ao sujeito inerte, o prazo decadencial serve como divisor de águas entre a possibilidade e a impossibilidade de se questionar a qualidade do produto ou serviço contratado. Para tanto, a reclamação do consumidor é feito necessário para se estabelecer o direito de ação quanto ao descumprimento contratual por vício do produto ou serviço, inaugurando, o sistema de proteção consumerista, um novo modelo de prazo decadencial, aquele que pode ser “obstado”. A reclamação no caso poderá ser verbal ou por escrito desde que o consumidor tenha condições de fazer prova inequívoca da reclamação, podendo ser, inclusive, por telefone, ou mesmo, por entidade de representação ao consumidor, afastando a necessidade de pessoalidade da reclamação ao preposto do fornecedor.¹²²

Não propriamente seria uma reclamação, mas assim poderia ser chamado dado sua característica de clamar por algo, também poderia se aplicar à desistência do consumidor na contratação de produtos ou serviços

¹²² NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 367-87.

que são ofertados e o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial do fornecedor, nos termos do artigo 49 do Código de Defesa ao Consumidor.

O direito decorre da sabida existência da força suplicante que a publicidade tem sobre o indivíduo, com recursos altamente convidativos ao sujeito, sem refletir sobre suas necessidades em relação àquele produto, que adquire o produto ou o serviço em premente estado sugestionável.

O prazo fixado pela norma é de mero arrependimento, sendo lapso de reflexão sobre o negócio realizado, de forma que, não tem necessidade de qualquer objeção objetiva como vício do produto ou serviço, ou mesmo, risco à saúde do consumidor. A lei confere a este a prerrogativa de se eximir do contrato firmado independentemente de qualquer causa somente pela consciência de não querer mais o produto ou serviço por qualquer motivo que seja. Para tanto, deverá o consumidor, “reclamar” a rescisão contratual com a devolução do produto, conseqüentemente, repetição da quantia paga pelo consumidor, se já houver despendido numerário.¹²³

Vê-se que a lei não dispõe textualmente de denominação reclamação, mas claramente dispõe ao consumidor direito de clamar pela rescisão do contrato independentemente da causa para extinção do mesmo desde que observadas as condições de ter sido celebrado contrato em relação de consumo fora do estabelecimento comercial do fornecedor e que seja observado o prazo de sete dias para gozo do direito de arrependimento.

¹²³ NERY JR, Nelson [et al]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 548-53.

Existem procedimentos de reclamações também perante os órgãos de proteção dos direitos dos consumidores, geralmente o denominado “Procon”, dos quais processam essas inserções contra os fornecedores, podendo, inclusive, proferir decisões administrativas ou penalizar com multas os fornecedores que não observem adequadamente as normas consumeristas.

Tais reclamações deverão ser inseridas em banco de dados públicos dos quais os consumidores poderão ter acesso nos termos do artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente o Código de Defesa do Consumidor alberga a possibilidade de celebração de Convenção Coletiva de Consumo relativa às reclamações havidas quanto ao produto ou serviço fornecido conforme dispõe artigo 107.

3.3 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No Código de Processo Civil o feito “reclamação” praticamente não existe. A não ser expressão como “reclamada”¹²⁴ ou “reclamado”, meramente como sinonímia para outras expressões do gênero “cobrar”, “clamar” ou “solicitar”.

¹²⁴ Artigos 627; 681, parágrafo único; 910 e 911; 1.155, inciso IV e; 1.173.

Entretanto, mesmo não existindo o termo expresso na lei processual, a despeito do que leciona MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS¹²⁵, existe uma forma de reclamação albergada pelo Código de Processo Civil, eu é procedimento inserido na Execução de Obrigação de Fazer, no artigo 636, na obrigação que já estiver a cargo de terceiro em conta do devedor por decorrência da exigência do credor em processo executório, e o terceiro não prestar o fato ou prestar de forma incompleta ou defeituosa, poderá aquele reclamar ao juiz o não cumprimento adequado da obrigação.

Convencionou-se na doutrina denominar o procedimento de informação ao juízo do incumprimento da obrigação como “reclamação”, que se processará, por evidente, nos próprios autos de execução já em trâmite, passando o terceiro a ser devedor da prestação da obrigação de fazer por conta do devedor¹²⁶, estabelecendo prazo de dez dias para tanto, ouvindo-se o terceiro em cinco dias.

Apesar de não corresponder em absolutamente nada com a reclamação objeto do presente estudo, é necessária a verificação do instituto processual dada sua natureza procedimental. Mesmo não correspondendo a um direito de ação como é o caso da reclamação constitucional (natureza que se tentará demonstrar em capítulo próprio deste trabalho), mas de simples ato processual, tem características próprias de pleito de tutela jurisdicional do direito do sujeito que é credor da

¹²⁵ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 29.

¹²⁶ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 422.

obrigação perante o terceiro contratado pelo juízo para cumprir com a prestação, originariamente do devedor principal.

Por isso mesmo é que se pode considerar a existência de uma espécie de reclamação no Código de Processo Civil, esclarecendo novamente, todavia, que não se presta nem por aproximação ou características próximas a corresponder com a denominada reclamação constitucional de jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

3.4 NO CÓDIGO ELEITORAL

No direito eleitoral também existem procedimentos denominados “reclamação”, bastante peculiar neste ramo, que a despeito do nome, igualmente aos já relatados, não têm qualquer relação com a natureza jurídica da reclamação constitucional, mas que é interessante pincelar para saber sobre as divergências do instituto.

Nos termos do artigo 121 do Código Eleitoral, caberá reclamação ao juiz eleitoral por qualquer partido registrado contra a nomeação da mesa receptora no prazo de dois dias, podendo da decisão ser recorrido ao tribunal a que o juízo se vincula no prazo de três dias.

Essa reclamação tem como escopo o questionamento sobre as pessoas nomeadas pelo juiz para compor cada mesa receptora de votos para cada seção eleitoral antes do processo eleitoral que entrará em curso. Tais questionamentos não são exauridos pela legislação eleitoral, podendo ser vários os pontos suscitados nas iniciais de reclamação. Mesmo assim, em seu §2º, o dispositivo mencionado dispõe especificamente sobre a possibilidade de ser ajuizada a reclamação contra a nomeação de mesa receptora que tenha entre seus membros algum candidato, cônjuge deste ou parentes até segundo grau, mesmo que por afinidade, proibição esta do §1º, do artigo 120 do mesmo código.

O Código Eleitoral ainda prevê possibilidade de reclamação ao juízo eleitoral sobre as designações dos locais de votação. Previsão esta inserta no §7º do artigo 135, que atribui prazo de três dias, a qualquer partido interessado ingressar com o procedimento. E ainda, contra o voto de eleitor excluído por sentença nos termos do artigo 221, inciso III, alínea “a”, que deveria ter votado com as cautelas descritas no §2º do artigo 147.

A Lei Complementar 64 de 18 de Maio de 1.990, em seu artigo 22, prevê a possibilidade de qualquer partido político, coligação, candidato ou o Ministério Público Eleitoral, “representar” perante a justiça eleitoral requerendo a instauração de investigação judicial para apuração de abuso, desvio ou uso indevido de poder econômico ou de autoridade ou dos meios de comunicação. Mesmo assim, em seu inciso II, complementa que poderá o interessado renovar o pedido ao tribunal, se o “*Corregedor indeferir a reclamação ou representação*”, valendo-se do termo “reclamação” para

denominar o procedimento previsto naquele dispositivo legal eleitoral, além de representação.

3.5 NO ESTATUTO DA ADVOCACIA

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/1994, também menciona uma espécie de procedimento na forma de reclamação ao juízo, tribunal ou qualquer autoridade, inobservância de preceito legal, regulamento ou regimento, escrito ou verbal, por qualquer advogado.

Referido procedimento não tem exatamente o nome “reclamação”, mas o inciso XI do artigo 7º de referida lei, dispõe ser da atribuição de qualquer advogado “reclamar” sobre aquelas hipóteses descritas, o que enseja, geralmente, na denominação de simples petição em reclamação que será processada como medida meramente administrativa.

Ao que parece, poderá essa medida ser usada mediante processo jurisdicional perante o juízo que o preside para atentar a inobservância de preceito de lei, regulamento, regimento ou mesmo, de ordem emanada pelo juiz, por parte dos serventuários da justiça.

Possibilidade essa que poderia ser intentada, por exemplo, contra ato do oficial de justiça que não cumpre determinação judicial, ou mesmo, o cumpre de forma insuficiente ou abusiva. Outro exemplo no qual poderia

ser utilizada essa medida reclamatória é no procedimento de ação civil por ato de improbidade, quando, em fase preliminar de recebimento das defesas prévias conforme descrito no §7º do artigo 17 da lei 8.429/1929, independentemente da determinação do juiz, abre oportunidade à parte contrária para manifestação acerca das defesas a despeito do estatuído no §8º do mesmo dispositivo legal, pelo qual, deverão os autos serem conclusos para apreciação sobre o recebimento ou não da ação.

Isso porque, conforme preceitua o §4º do artigo 163 do Código de Processo Civil, os atos meramente ordinatórios independem de despacho judicial podendo ser praticados pelo próprio serventuário da justiça, o que compreende, exemplificado no próprio dispositivo, a vista obrigatória às partes.

Considerando que dos despachos de mero expediente não cabe recurso qualquer¹²⁷, o requerido não poderia recorrer do ato do serventuário que disponibilizou o processo à parte contrária para manifestação sobre a defesa apresentada, o que ensejaria petição nos autos manifestando a inobservância do conteúdo do §8º do artigo 17 da Lei das Improbidades Administrativas, que apesar de ser mera manifestação da parte por simples petição, estaria embutida na atribuição do advogado concedida pelo Estatuto na Ordem dos Advogados. Caso o juiz entendesse que seria hipótese mesmo de possibilidade de vista à parte contrária, seu pronunciamento estaria revestido de natureza de provimento jurisdicional de decisão interlocutória, contra esta, possibilitando a interposição de

¹²⁷ Artigo 504 do Código de Processo Civil

agravo de instrumento, já que resultaria em prejuízo processual à parte. Conclusos os autos, entendesse o julgador assistir razão ao “reclamante”, simplesmente não disporia sobre o assunto, podendo passar diretamente à decisão preliminar recebendo ou não a ação proposta, o que prejudicaria a questão se estiver o processo apto a ser proferida referida decisão.

Caso o processo não estiver apto à decisão preliminar, faltando algum procedimento a ser cumprido, como por exemplo, alguma defesa prévia em caso de vários requeridos, retornaria ao cartório obrigatoriamente com pronunciamento sobre a impossibilidade jurídica processual de oportunizar ao autor da ação a vista da defesa já apresentada, o que ensejaria também, cabimento de agravo de instrumento pelo autor.

Todavia, as possibilidades dessa “reclamação” prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não se exaure nesses exemplos, sendo múltiplas as hipóteses de seu uso, seja de ordem jurisdicional ou administrativo, não cabendo aqui discorrer alargando o trabalho por sua desnecessidade.

3.6 NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Sem dúvida, a “reclamação” mais conhecida no mundo jurídico é a denominada Reclamação Trabalhista, como é denominada pela legislação e

doutrina do ramo trabalhista a ação individual que é proposta pelo empregado contra o empregador, na busca pela prestação jurisdicional de tutela dos direitos trabalhistas que não foram satisfeitos por este no decorrer do contrato de trabalho.

Em toda Consolidação das Leis do Trabalho encontram-se várias modalidades de reclamações, mesmo de cunho administrativo¹²⁸, que podem ser realizadas junto ao Ministério do Trabalho, pela Delegacia Regional do Trabalho.

Porém, não cabe aqui alongar a explicitação dos diversos procedimentos havidos na legislação trabalhista dado sua impertinência. Cabe tecer considerações sobre a que mais importa, qual seja, a ação trabalhista propriamente dita, logo, a Reclamação Trabalhista.

A Reclamação Trabalhista é nome dado às ações individuais que “*destinam-se à obtenção de um pronunciamento jurisdicional sobre interesses concretos e individualizados*”¹²⁹, sendo várias vezes citadas por este nome em toda a Consolidação das Leis do Trabalho¹³⁰.

O direito de ação em matéria trabalhista não diverge da definição do direito de ação referente aos demais ramos, vindo a ter suas peculiaridades

¹²⁸ Artigos 36; 37; 641; entre outros da Consolidação das Leis do Trabalho..

¹²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 243.

¹³⁰ Artigos 137, §1º; 165, parágrafo único; 455; 651; 652; 731; 758; 786; 787; 789; 837 à 842 da Consolidação das Leis do Trabalho.

sediadas no que concerne às matérias do processo do trabalho, assim como, na competência absoluta em razão dessas, sendo de justiça especializada.

CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, assente à tendência moderna quanto ao direito de ação, escrevendo sobre ação trabalhista, assim conceituou:

Modestamente, eis nosso conceito: ação é o direito público, autônomo e abstrato, constitucionalmente assegurado à pessoa, natural ou jurídica, e a alguns entes coletivos, para invocar a prestação jurisdicional do Estado.¹³¹

Numa primeira vista, isoladamente, poderia se questionar o conceito descrito dado sua limitação quanto ao posicionamento de se bastar o provimento jurisdicional através de uma sentença para que seja satisfeito o direito de ação. Porém, logo mais, o autor menciona a necessidade de atenção pormenorizada do atendimento aos direitos materiais do titular do direito de ação para que seja completado o serviço necessário monopolizado pelo Estado de tutela dos direitos, dado que, o direito de ação se insere no rol de direitos fundamentais nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.¹³²

Nessa esteira, verifica-se que a Reclamação Trabalhista é ação específica para finalidade de se buscar a tutela do Estado no que concerne aos direitos do trabalhador face ao empregador inadimplente, no que, a não

¹³¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 259.

¹³² *Ibid.*, p. 260.

ser pela sua natureza de ação¹³³, não tem qualquer relação com a reclamação constitucional, podendo no máximo, esta ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal para garantir a autoridade de suas decisões face ao seu descumprimento por algum juízo trabalhista de primeiro ou segundo grau, ou mesmo, pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Mesmo assim, reitera a importância de se ventilar a divergência, dado que, muitas vezes tão somente pela denominação equivalente, em muito é confundida a Reclamação Constitucional com a Reclamação Trabalhista, não tendo qualquer correlação uma com a outra.

3.7 NOS DIVERSOS REGIMENTOS INTERNOS DOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Em diversos regimentos internos dos tribunais de justiça do país se observa a presença de instituto denominado “reclamação”, alguns sem qualquer relação de igualdade com a reclamação constitucional que ora estudamos, outros bem próximos, a ponto de ter a mesma redação constante sobre a reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹³³ Como será demonstrado em capítulo próprio, entendemos que a Reclamação Constitucional tem natureza jurídica de ação.

Nos Tribunais Regionais Federais, nenhum, ao menos em seus regimentos internos¹³⁴, reportam a instituto sequer semelhante à reclamação constitucional. Somente no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, cuja competência é São Paulo e Mato Grosso do Sul, em seu artigo 63 menciona a Reclamação como a forma de registro de um dos procedimentos do tribunal. Todavia, em nenhum outro dispositivo, prevê qualquer procedimento denominado reclamação, assim como, não existe procedimento semelhante à reclamação constitucional, a não ser, a correição, do qual decorre administrativamente de atribuição da Corregedoria do órgão.

A presença da reclamação já não é tão rara quanto aos diversos Tribunais de Justiça.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal prevê um procedimento denominado “reclamação” que não tem relação com a reclamação constitucional, mas se faz instituto no mínimo interessante e peculiar.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Parte I, Título V (Do Processo Judicial), Capítulo III (Dos Processos em Espécie), Seção I (Da Competência Originária), Subseção XVI (Da Reclamação), prevê a reclamação contra ato jurisdicional quando não for passível de recurso ou, possível o recurso, este não tiver o efeito

¹³⁴ Pela dificuldade e irrelevância, não se levanta todas os provimentos ou resoluções do respectivos tribunais, podendo prever, em algum ato legal como esses a existência de instituto semelhante à reclamação, ou mesmo, com a mesma denominação.

suspensivo, podendo resultar em grave lesão ou de difícil reparação, assim preceituado pelo artigo 184¹³⁵.

Vê-se que curiosamente o Regimento Interno daquele tribunal prevê instituto processual alternativo ao que seria o mandado de segurança, que serviria também para se reformar ato irrecorrível ou ainda intentar o efeito suspensivo nos recursos que por lei não o cabe além da medida cautelar para essa finalidade.

Assim, tem-se àqueles jurisdicionados, instituto processual¹³⁶ próprio para se buscar os a pretensão que seria objeto em mandado de segurança ou medida cautelar.

No Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, existem previsões de duas modalidades de “reclamações”, ambas no ramo administrativo, para finalidade de correção dos atos.

No Título III (Dos Processos em Espécie), Capítulo XIII (Da Representação Por Excesso de Prazo e da Reclamação Contra Membro do Tribunal), em sua nomenclatura já ressalta o direcionamento contra quem a

¹³⁵ Art. 184. Admitir-se-á Reclamação contra ato jurisdicional, em matéria contenciosa ou de jurisdição voluntária, quando: I - o ato impugnado não for passível de recurso; II - o recurso cabível não tiver efeito suspensivo e do ato puder resultar dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no item II deste artigo, a Reclamação só será admissível quando, além dos requisitos nele previstos, importar o ato em erro de procedimento.

¹³⁶ Não há razão para se adentrar à questão da constitucionalidade do instrumento criado no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dado que é inoportuna. Mesmo assim, à primeira vista, a Reclamação ali prevista não parece concebível constitucionalmente, já que é de competência privativa da União legislar acerca da matéria processual, nos termos do artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

primeira reclamação será proposta, tendo cabimento, conforme preceitua o artigo 143¹³⁷ do Regimento Interno, em diversas situações, todas em relação a mal comportamento do magistrado, seja por ato comissivo omissivo, podendo resultar no seu desligamento do órgão jurisdicional, remoção, aposentadoria compulsória proporcional ou mesmo, a disponibilidade do servidor.

Como se percebe, o instituto da reclamação no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tem cunho eminentemente administrativo, pois culmina, em verdade, em espécie de procedimento administrativo disciplinar que pode tramitar face a qualquer magistrado daquele tribunal. Entre outras características que importem em relevante diferença da Reclamação Constitucional está a autoridade a que será voltada a reclamação, pois, na modalidade descrita pelo Regimento Interno daquele tribunal de justiça, tão somente juízes cariocas poderão ser os reclamados, enquanto que, nas reclamações constitucionais no Supremo ou Superior Tribunal, qualquer autoridade poderá compor o pólo passivo, judiciária ou administrativa, bastando descumprir decisão de algum destes.

¹³⁷ Art. 143. A reclamação contra membro do Tribunal poderá ser apresentada por qualquer pessoa ou pelo Ministério Público e será cabível nos casos de : a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outro cargo ou função, salvo uma de magistério (art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal); b) recebimento, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo (art. 95, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal); c) exercício de atividade político-partidária (art. 95, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal); d) manifesta negligência no cumprimento dos deveres do cargo (art. 56, inciso I, da LOMAN); e) procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções (art. 56, inciso II, da LOMAN) f) escassa ou insuficiente capacidade de trabalho ou proceder funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário (art. 56, inciso III, da LOMAN).

Existe ainda, ao mesmo tribunal, reclamação de cunho correicional, que não se coaduna com a reclamação descrita nos parágrafos acima, pois não se revestem da forma de processo disciplinar contra os magistrados, mas de procedimentos que visem o resguardo do direito das partes contra provimentos judiciais omissos ou, de despachos irrecorríveis que invertam a ordem legal do processo ou resultem em erro de ofício ou abuso de poder¹³⁸. O próprio dispositivo que o prevê, o artigo 210, já se inicia com a natureza correicional de mencionada reclamação, do qual o nome, e somente o nome, foi utilizado para se processar a representação face ao erro judiciário.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul é um dos mais curiosos acerca da previsão de procedimento denominado reclamação.

São diversos os dispositivos regimentais que dispõe algo sobre uma possível reclamação contra determinado ato de autoridade, em diversas naturezas, na maioria, meramente administrativas, colhendo hipóteses para correição dos atos judiciais, dificilmente podendo influir em decisões jurisdicionais propriamente ditas.

Mas a curiosidade está na disciplina do processo da reclamação no âmbito daquele tribunal que servirá para garantir a autoridade de suas decisões, mas sem compreender, sua competência.

¹³⁸ Art. 210. São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou do Órgão do Ministério Público, as omissões dos Juízes e os despachos irrecorríveis por eles proferidos que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder (CODJERJ, art. 219).

Na verdade, o texto regimental sobre a reclamação perante o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul muito se aproxima do texto que disciplina a reclamação perante o Supremo ou Superior Tribunal de Justiça, com exceção de uma das hipóteses de cabimento, dado que, naquele tribunal estadual, não serve a reclamação contra ato de usurpação de sua competência. Motivo este desconhecido, já que seria de muito proveito justamente um instrumento rápido e eficiente para se reclamar a usurpação da competência do Tribunal de Justiça contra qualquer juízo de primeira instância. Mesmo assim, o artigo 588 e seguintes¹³⁹ somente têm aplicabilidade quando a decisão concreta e objetiva do Tribunal, seja por suas Turmas, Seções, Presidência ou Vide-Presidência ou Plenário, não forem observadas adequadamente, parcialmente ou completamente.

¹³⁹ Art. 588. Caberá reclamação ao Tribunal de Justiça para a garantia da autoridade de suas decisões.

Parágrafo único. A reclamação poderá ser formulada pelo Procurador-Geral de Justiça ou por qualquer interessado, devendo dirigir-se ao Presidente do Tribunal.

Art. 589. Atuado o pedido, será distribuído, sempre que possível, ao relator da causa principal.

Art. 590. Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, a suspensão do processo ou do ato, para evitar dano irreparável.

Art. 591. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 592. O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 593. Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 594. A reclamação será julgada pelo Tribunal Pleno.

Art. 595. O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

4 BREVE HISTÓRICO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em 1958, JOSÉ DA SILVA PACHECO lançava sua obra “O Atentado no Processo Civil”, onde brilhantemente lecionava sobre a antiga ação de atentado que existia no Código de Processo Civil de 1939, modificado pelo atual. O autor investiu a Reclamação como Título II, do Livro III, que tem como cabeçalho “Processo de Atentado”.

É possível extrair dessa classificação de que a Reclamação, ao menos até a introdução da primeira disciplina constitucional em 1967, com a promulgação da Constituição Federal desse ano, tinha sua natureza jurídica no processo de atentado, ou ação de atentado, que viesse a servir como óbice à nova causa de pedir ou perturbação do estado da lide, na pendência desta, em prejuízo de alguma das partes, como preceituava o artigo 712 do Código de Processo Civil de 1939¹⁴⁰.

Entretanto, a reclamação propriamente dita não estava presente neste dispositivo do antigo código de ritos, mas já inserido no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, onde este instituto processual de

¹⁴⁰ PACHECO, José da Silva. *O atentado no processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 242.

segurança da competência e autoridade do excelso tribunal brasileiro foi, pela primeira vez, consagrado em texto legislativo, mesmo que, de iniciativa e exclusividade de atuação de um órgão do judiciário.

Todavia, cabem considerações não sobre a natureza jurídica da reclamação constitucional, o que será objeto de análise em outra oportunidade deste trabalho, mas sobre os passos que a mesma rondou nos meios judiciários e legislativos para ser, ao final, consagrado como instituto de segurança jurídica na Carta Magna promulgada em 1988, com competência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, do qual já o era antes mesmo da nova constituição, assim como, ao Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal.

Ainda JOSÉ DA SILVA PACHECO, dividiu a história da reclamação constitucional em quatro fases distintas por seus períodos entre fatos de inserção e modificação do instituto. A primeira da criação do Supremo Tribunal Federal até a introdução da Reclamação em seu Regimento Interno, que se deu no ano de 1957; a segunda fase, parte da introdução da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e caminha até a promulgação da Constituição Federal em 1967, expresso no artigo 115, Parágrafo Único, alínea “c”; já a terceira fase, que se iniciou em 1967, passa pela Emenda Constitucional 1/1969, que manteve o instituto, reproduzido pela alínea “c”, do Parágrafo Único do artigo 120, vindo a ser alterado com a Emenda Constitucional 7/1977, que principiou a advocatária ao Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 119, inciso I, alínea “o” e, possibilitando liberdade a este tribunal em estabelecer regras processuais

do julgamento de seus feitos, sejam em ações originárias ou mesmo, recursais, findando esta fase em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, fixando a Reclamação nos artigos 102, inciso I, alínea “1” e, 105, inciso I, alínea “f”, prevendo-a com competência originária ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente; finalmente, a quarta fase, que se iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o presente.¹⁴¹

Observando as fases históricas do instituto da Reclamação Constitucional, MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, publicando uma das melhores, senão a obra mais completa sobre o assunto, apesar de adotar em parte as divisões feitas por JOSÉ DA SILVA PACHECO, não atesta sua exatidão, dividindo a terceira fase em duas, pois, apesar da Emenda Constitucional 1/1969, não ter modificado o instituto em sua própria natureza, a Emenda 7/1977, o modificou profundamente, inclusive, o excluindo do sistema constitucional expressamente, inovando na liberdade do Supremo Tribunal Federal em fixar, por meio do Regimento Interno, as bases processuais adequadas às suas competência, o que fez com que este tribunal mantivesse em seu regimento, a Reclamação, porém, sem expressa previsão constitucional. Portanto, NAVARRO propõe cinco fases, onde, a terceira seria entre a promulgação da Constituição Federal de 1967, passando pela Emenda Constitucional 1/1969, até a Emenda Constitucional 7/1977. A quarta fase, restaria entre esta emenda constitucional e a promulgação da atual Constituição Federal. Finalmente, atribui o momento

¹⁴¹ PACHECO, José da Silva. *A “Reclamação” no STF e no STJ com a nova constituição*. n. 646. São Paulo: RT, p. 19.

da promulgação da atual constituição até os dias atuais como a quinta fase.¹⁴²

Nessa ordem, não somente o autor implementou uma nova fase, dividindo a terceira fase em duas, constituindo a quinta fase, como nomeou cada uma delas, de acordo com as características próprias para melhor fundar o desenvolvimento da Reclamação na ordem jurídica brasileira.

A primeira fase, tendo em vista a ampla confusão entre a Reclamação Constitucional e a Correição Parcial, foi-lhe dada o nome de *fase de formulação*. Já a segunda fase, pelo qual, se caracterizou pelas diversas posições divergentes acerca do instituto, fixando-se, agora sim, características diferenciadores dos demais institutos como a correição parcial ou atentado no processo civil, deu-lhe o nome de *fase de discussão*. À terceira fase, com advento da previsão constitucional, foi-lhe dada o nome de *fase de consolidação*. À quarta fase, *fase de definição* e, finalmente, à quinta fase, *fase de plenificação constitucional*.¹⁴³

Todavia, mesmo que sejam bastante interessantes os nomes das fases que o autor deu a cada uma delas, não parece de muito proveito para definição do plano histórico do instituto da Reclamação, pois, são fases que se delineiam tenuemente entre si, algumas com simples modificação de previsão legal, mas não da natureza ou características do próprio instituto,

¹⁴² DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 46-7.

¹⁴³ Ibid., p. 47-8.

não sendo de tão importância como seria, denominar as fases da história natural, por exemplo, que divergem significativamente entre si.

Mesmo assim, não se pode olvidar a denominação de cada fase histórica da Reclamação Constitucional no ordenamento jurídico pátrio, já que aufere no estudo dos passos constitucionais até a firmação na Constituição Federal de 1988, uma excepcional didática ao instituto, exposta pelo autor.

4.1 A PRIMEIRA FASE: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO AMERICANO DOS PODERES IMPLÍCITOS - UMA VISÃO GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO E A SUA MÁXIMA EFETIVIDADE

A primeira fase é marcada pela ausência completa de qualquer dispositivo legal que contemple ao menos algo parecido com o instituto da Reclamação Constitucional. O Supremo Tribunal Federal começou a apreciar Reclamações por volta da década de quarenta, quando então, não se havia delineado bem ainda a correição parcial, também denominada reclamação correicional da Reclamação Constitucional como é hoje entendida.

Ainda era por demais vacilante as decisões em reclamações que imperavam na mera correição parcial de nulidades possíveis ocorridas nos

procedimentos havidos no judiciário, até, propriamente, ser revelado conteúdo próprio da Reclamação Constitucional como garantidora da competência do excelso tribunal ou autoridade de suas decisões.

Foi na Reclamação autuada sob o número 84, tramitada no final da década de quarenta, no Supremo Tribunal Federal, que teve um conteúdo pioneiro de voltar-se contra ato de execução contrária à decisão dessa corte¹⁴⁴. Ainda assim, era medida combatida por sua característica atípica do exercício jurisdicional do Supremo Tribunal, que por sua vez, não teria o condão de enfeixar decisões novas que fizessem cumprir decisões anteriores. No máximo, atributo correicional, de caráter administrativo originado do antigo direito romano, passando pelo direito luso-brasileiro, com direcionamento em coibir erros ou abusos de juízes de primeiro grau, como uso recursal¹⁴⁵.

Mas foi com sua contínua retomada que foram delineados traços característicos do que seria a Reclamação Constitucional hodierna, quando a teoria dos poderes implícitos da constituição foi amplamente albergado para finalidade de se fixar parâmetros de controle para competência e autoridade das decisões pretorianas.

O princípio dos poderes implícitos, ou *implied powers*, como chamado em sua origem, foi identificado pela primeira vez nos Estado

¹⁴⁴ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 172.

¹⁴⁵ Id. Reclamação constitucional. DIDIER JR, Fredie. FARIAS, Cristiano Chaves de [coords]. *Procedimentos especiais: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 327.

Unidos da América, não por coincidência, mas numa das decisões históricas acerca do controle de constitucionalidade das leis, proferida pelo então juiz da corte suprema daquele país, John Marshall, presidente da corte máxima durante trinta e quatro anos. A decisão foi no processo *McCulloch* versus *Maryland*, que se discutia a possibilidade de lei federal instituir um banco contrariamente à uma lei estadual.

Apesar da suma importância da decisão proferida nessa lide, no ano de 1819, no que concerne a controle de constitucionalidade das leis, seu resultado e conteúdo pouco importa para o presente estudo. Mas um algo muito específico ficou firmado e pode ser extraído daquela decisão. Ocorre que não existia em qualquer documento legal, mesmo na própria constituição americana, previsão de capacidade do Supremo Tribunal daquele país, anular atos ou mesmo leis que pudessem contrariar a carta magna.

Em seu voto, o juiz Marshall menciona que não se pode qualquer lei infraconstitucional afrontar o disposto na Constituição Federal, tendo obrigação, o judiciário, em defender os preceitos constitucionais contra atos contrários a ela, já que, os juízes faziam por juramento, promessa de defender a carta maior do Estado.¹⁴⁶

Para tanto, fazia necessário que o tribunal que fizesse a defesa da Constituição Federal tivesse poderes suficientes para praticar essa defesa, sem o qual, os institutos constitucionais restariam inábeis, dado que, a

¹⁴⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 150-1.

legislação infraconstitucional, mediante possibilidade de maior aplicabilidade com instrumentos específicos para tal, sobejando, assim, as disposições constitucionais.

Mesmo que não tivesse expressa disposição sobre capacidade do Supremo Tribunal em poder criar e ministrar instrumentos de controle dos atos administrativos ou leis que demonstrasse contrariedade com as disposições constitucionais, o pretório poderia, por ele mesmo, criar mecanismos eficazes para máxima aplicabilidade das normas constitucionais, sem o qual, a própria constituição estaria frágil e vulnerável.

Consagrado, então, de que a Constituição Federal alberga poderes que não estão expressamente consignados em suas palavras, mas que são necessários para máxima efetividade das normas constitucionais. Essa perspectiva foi difundida em todos os países com desenvolvimento do fenômeno constitucionalista, principalmente os federalistas de forte influência americana¹⁴⁷.

Nesse sentido, muito pertinente foi o voto do então Relator Ministro ROCHA LAGOA, em Reclamação 141, cujo julgamento se deu aos vinte e cinco dias do mês de Janeiro de 1952, onde lembra que, o Supremo Tribunal Federal, em outra oportunidade, já tinha se pronunciado acerca da possibilidade do próprio tribunal construir jurisprudencialmente hipóteses, onde, necessariamente, deveria a lei ou a própria Constituição ter disposto

¹⁴⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 160.

como sua competência para cuidar, assim como, a possibilidade de se anular decisões contrárias. Em suas palavras: “*proclamou-se, dest’arte, o princípio de que a competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional*”, se referindo, à construção hermenêutica necessária que o processo de interpretação conforme à constituição exige. E continua, transcrevendo-se, dado sua brilhante exposição:

Ora, vão seria o poder, outorgado a êste Supremo Tribunal, de julgar em recurso extraordinário as coisas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes se lhe não fôra possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais. Para tanto, êle tem admitido últimamente o uso do remédio heróico da reclamação, logrando dêsse modo fazer cumprir suas próprias decisões (SIC).

Acompanhou o voto, proferindo palavras de assente na tese do Relator, o Ministro NELSON HUNGRIA, conformando de que a teoria dos poderes implícitos estava em evidência, objetivando, não somente em sede da Reclamação, mas também para competência de outros feitos que por ventura fossem necessários o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, sem mesmo haver previsão legal ou constitucional acerca de dita competência, somente por construção jurisprudencial.

Objetivando essa máxima eficácia das normas constitucionais, que exigiam do pretório supremo instrumentos e força para impor suas decisões, foi-se criando cultura cada vez mais ampla no Supremo Tribunal Federal em construção da atual Reclamação Constitucional, que teria albergue tão somente na jurisprudência da corte, sem qualquer menção

legal sobre o assunto, mesmo no Regimento Interno do tribunal. Daí os diversos conflitos acerca das divergências básicas entre a presente Reclamação Constitucional e a correição parcial, ou, como prefere alguns, reclamação correicional.

Nessa linha desenvolveu-se a Reclamação Constitucional, até que fosse, finalmente, integrada ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mediante proposta conjunta dos Ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e RIBEIRO DA COSTA, à comissão de Regimento Interno da corte, presidida pelo Ministro OROZIMBO NONATO, tendo sido aprovada aos dois dias do mês de Outubro de 1957, incluída na Título II, como Capítulo V-A, nomeado “Da Reclamação”, inaugurando a segunda fase da Reclamação Constitucional no direito brasileiro, denominada por MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS como fase de discussão.

4.2 A SEGUNDA FASE: A FASE DE DISCUSSÃO - INTRODUÇÃO NO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como mencionado supra, com a introdução da Reclamação Constitucional no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foi inaugurada uma nova fase para o instituto, onde, não mais somente seria instituto de construção jurisprudencial, mas passava a ter disposição legal, mesmo que interna.

É interessante transcrever, por sua brevidade e curiosidade, o Capítulo V-A, do Título II do Regimento Interno do Supremo Tribunal, na época, lembrando que se fala em 1957:

Art. 1º. O Supremo Tribunal Federal poderá admitir reclamação do Procurador Geral da República, ou de interessado na causa, a fim de preservar a integridade de sua competência ou assegurar a autoridade de seu julgado.

Art. 2º. Ao Tribunal competirá, se necessário:

I – Avocar o conhecimento de processo em que se verifique usurpação de sua competência, ou desrespeito de decisão que haja proferido;

II – determinar lhe sejam enviados os autos de recurso para êle interposto e cuja remessa esteja sendo devidamente retardada

Além desses, eram integrantes também do mesmo capítulo, os artigos 3º e 4º, aquele disciplinando sobre a instrução do processo e seus trâmites perante o tribunal e este, sobre a ordem diante dos demais processos. Porém, deixa-se de transcrever por não serem de suma importância na questão do desenvolvimento histórico do instituto da Reclamação Constitucional.

Vê-se portanto que, desde 1957, o texto que regia a Reclamação Constitucional e o texto atual da Constituição Federal são praticamente os mesmos, hodiernamente, dando competência tanto para o Supremo Tribunal Federal quanto ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com suas prerrogativas jurisdicionais.

Muito embora pela própria discriminação legal estatuída na emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, naquela oportunidade, ter ficado muito bem explícito o caráter não meramente correicional da

Reclamação, mas sim, de seu caráter assegurador do estado de direito e eficácia das normas constitucionais mediante pleno exercício de poder jurisdicional da suprema corte, e não mera correição por parte de um juízo incoerente ou rebelde, na exposição de motivos assinada e apresentada pelos Ministros LAFAYETE DE ANDRADA e RIBEIRO DA COSTA, sugerindo que “*a medida processual, de caráter acentuadamente disciplinar e correicional, denominada Reclamação, [...]*”¹⁴⁸, mostrando que ainda se confundia a Reclamação propriamente dita com meras medidas de correição. Não se pode olvidar que a semelhança entre elas parece tênue, porém, tão somente assemelha-se no que concerne aos efeitos práticos de cada, não correlacionado-se, como se falará mais tardar, na mesma natureza jurídica, objetivos ou mesmo, tutelas a serem perseguidas com cada um dos institutos.

Mas finalmente, a Reclamação Constitucional estava positivada. Não na Constituição da República, o que seria o ideal como os dias atuais, mas ao menos, no Regimento Interno do guardião dos direitos constitucionais, que detinha não somente o direito ou poder, mas a necessidade de ter instrumentos hábeis a inferir coercitivamente o cumprimento exato de suas decisões.

Nessa fase de discussões, muito se desenvolveu a Reclamação Constitucional, já que não poderia mais ser negada por alguns dos ministros do tribunal, por ausência de previsão legal ou constitucional, como era exemplo mais forte o do Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que

¹⁴⁸ PACHECO, José da Silva. Op. cit., 1958, p. 302.

se negava a reconhecer a Reclamação como instituto processual próprio daquele pretório.¹⁴⁹

Decisões do Supremo Tribunal Federal que foram lentamente fixando bases para utilização da Reclamação Constitucional, como a Reclamação 371, onde foi relator Ministro ANTÔNIO VILLAS BOAS, colacionando a impossibilidade de se manejar a Reclamação para obtenção de ampliação de julgados da corte para casos pretensamente iguais¹⁵⁰. Essa assertiva, por sinal, viria a ser derrubada posteriormente, tendo em vista que atualmente a Reclamação vem sendo acatada como aplicabilidade imediata do pensamento do tribunal acerca de determinada questão, quando já existir paradigma que lhe fundamente, desde que vinculante. Mas esta, será discussão em item próprio do trabalho.

Mesmo assim, o tribunal ainda teria notícia de espécies de ações com eficácia normativa e *erga omnes*, como é a Ação Direta de Constitucionalidade e, mais tarde, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Dois instrumentos processuais hábeis a promover o controle abstrato da lei, onde, seus julgamento, perfazem o destino da disposição legal questionada em todo o seu âmbito de aplicação, funcional ou territorial, no que qualquer lesado por sua aplicação quando procedente ação direta de inconstitucionalidade, ou por sua não aplicação quando for improcedente, ou mesmo, quando lesado pela não aplicação da lei quando procedente ação declaratória de constitucionalidade ou, pela aplicação,

¹⁴⁹ PACHECO, José da Silva. Op. cit., 1958, p. 303.

¹⁵⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 192-3.

quando improcedente, poderá propor a Reclamação Constitucional pleiteando o cumprimento imediato da decisão proferida, mesmo em sede de cautelar concedida.

E ainda, hoje, a súmula vinculante, inserida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45/2004, que destina oposição da regra à toda administração pública federal, estadual, distrital ou municipal. Qualquer ato contrário à súmula vinculante, poderia ser objeto de Reclamação Constitucional.

Exatamente aspecto contra ato administrativo praticado no âmbito da função legislativa foi discutida no Supremo Tribunal Federal na segunda fase.

Essa discussão acirrada se deu na Reclamação 691, onde se questionava resolução do Senado que revogava resolução anterior que atendia a declaração de inconstitucionalidade de lei, retornando ao vigor daquela declarada inconstitucional, porém, em termos aquém dos debatidos pelo tribunal.

Apesar do resultado não ter sido positivo para finalidade de se demonstrar maior avanço na teoria da Reclamação Constitucional, relevantíssimo foi para levantar questionamentos acerca de sua verdadeira natureza, no qual, a melhor expressão, foi a do Ministro PEDRO CHAVES, que se opondo ao voto do Relator Ministro CARLOS MADEIRA, congratulou o Ministro RIBEIRO DA COSTA pela proposta de inserção no Regimento

Interno do Supremo Tribunal Federal da Reclamação, arrematando, a despeito da concepção de ambos, que:

De modo que não foi sugestão de caráter meramente correicional que V. Exa. apresentou e conseguiu que o Supremo Tribunal aprovasse, mas um meio hábil, para tornar efetiva a obrigação [de guarda constitucional] do Supremo Tribunal Federal.¹⁵¹

Ao final, a Reclamação foi convertida em Representação de Constitucionalidade e julgada improcedente, por maioria de votos. Entretanto, muito bem lembra MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS que na ocasião, dos quinze ministros, apenas dois deram caráter correicional à Reclamação, não podendo ser aplicada fora do âmbito do poder judiciário, tendo três ministros entendido pelo caráter de instrumento controlador da autoridade do Supremo em todas as esferas, sem ter os demais se pronunciado sobre o assunto, proferindo voto tão somente depois de convertida a ação em representação de inconstitucionalidade¹⁵².

Mas certamente foi nessa fase que o instituto passou ter indistinta peculiaridade de instrumento de proteção das decisões do próprio guardião dos direitos constitucionais, mantendo a força da coisa julgada constitucional, por determinação da corte máxima. Tais características já eram reconhecidas desde o nascedouro da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Relator da

¹⁵¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 201.

¹⁵² Ibid., 2000, p. 206-7.

Justificação de Emenda Regimental Ministro RIBEIRO DA COSTA, do qual é oportuna transcrição de seguinte trecho:

A medida da Reclamação compreende a faculdade cometida aos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias, ou de serventuários 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. É, sem dúvida, a Reclamação meio idôneo para obviar os efeitos de atos de autoridades, administrativas ou judiciárias, que, pelas circunstâncias excepcionais, de que se revestem, exigem pronta aplicação de corretivo, enérgico, imediato e eficaz que impeça a prossecução da violência ou atentado à ordem jurídica. Assim, a proposição em apreço entende com a atribuição concedida a este Tribunal pelo art. 97, n. II, da Carta Magna, e vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno.

Seguia a Reclamação Constitucional seu trajeto, prevista tão somente nos diversos arestos do Supremo Tribunal Federal e em seu Regimento Interno, vindo a ganhar espaço na carta constitucional de 1967, iniciando aí, a terceira fase histórica do instituto.

4.3 A TERCEIRA FASE - FASE DE CONSOLIDAÇÃO - CONSTITUIÇÃO DE 1967

Se durante a segunda fase histórica uma das discussões paralelas acerca da Reclamação prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal era sua (i)legitimidade, dado que, *prima facie*, o pretório não tinha competência legislativa para criar legislação processual, assim como, não tinha atribuição para criar instituto processual em seu Regimento Interno,

podendo tão somente, dispor da ordem dos processos no pretório, com o advento da terceira fase quando da introdução na nova Constituição Federal promulgada em 1967, esta questão restou completamente resolvida.

A nova Carta Magna não dispunha expressamente sobre a Reclamação no Supremo Tribunal Federal, mas em seu artigo 115, parágrafo único, alínea “c”, foi autorizado que o pretório estabelecesse em seu Regimento Interno *“o processo e julgamento dos feitos de sua competência original ou recursal e da argüição de relevância da questão federal”*.

Disposta autoridade suficiente para fixar em seu próprio Regimento Interno tudo que fosse decorrente de processo de competência originária ou recursal, mediante possibilidade de alterar regras processuais já estabelecidas, com força de lei, legitimou de vez a previsão da Reclamação Constitucional havida anteriormente (em 1957) até aqueles dias, tornando praticamente inócua a discussão acerca da inconstitucionalidade, fosse a Reclamação verdadeiro instituto jurisdicional, e não somente, administrativo, como seriam as medidas correicionais.

Foi na terceira fase que se discutiu ainda mais a natureza jurídica da Reclamação. Se, por um lado, já não se falava sobre inconstitucionalidade do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal acerca da Reclamação, ou mesmo, quanto à sua equivalência com a Reclamação Correicional, por outro, ainda se debatia a questão acerca da natureza recursal ou original da Reclamação.

A maioria dos pronunciamentos na corte suprema, via-se pretensão clara dos ministros em não tomarem posições satisfatórias quanto à natureza jurídica do instituto. Alguns, ainda insistiam de que era medida meramente administrativa. Enquanto outros, como PEDRO CHAVES, cambaleava entre recurso ou ação. Mas a maioria denominava a Reclamação como *remédio, remédio heróico, medida, medida especial*, entre outros, até *writ*.¹⁵³

Ainda assim, não se estendiam decisões a outros casos para se albergar a possibilidade de proposição de Reclamação Constitucional contra ato, judicial ou administrativo, que não fosse derivado do mesmo processo do qual foi proferida decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, como se verificou no julgado da Reclamação 726, de origem no Rio Grande do Sul, onde foi Relator o Ministro LUIZ GALLOTTI.

Aliás, sequer se conferia possibilidade da “medida” em afrontar ato contrário a autoridade do tribunal, quando o ato seja meramente administrativo, não judicial, como foi julgado em Reclamação 831, de origem do Distrito Federal, onde foi Relator Ministro AMARAL SANTOS, sendo parte da Ementa nesse sentido: “*Não cabe reclamação, uma vez que não haja ato processual contra o qual se recorra, mas um ato administrativo, que, se violento ou ilegal, tem por remédio ação própria, inclusive o mandado de segurança*”.

¹⁵³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 211.

Mesmo assim, o que realmente se mostra interessante nesse processo especificamente, foi o enfretamento do Ministro Relator AMARAL SANTOS acerca da natureza jurídica da Reclamação, fixação dos pressupostos de admissibilidade do processo e sua finalidade.

Em seu voto, o Ministro AMARAL SANTOS, após mencionar que a discussão acerca da constitucionalidade da Reclamação disposta no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal tinha se esvaído de propósito, quando a Constituição Federal de 1967 foi promulgada, mantendo-se inviolada mesmo com a outorga da Emenda Constitucional 1/1969, continuou suscitando que perdura difícil questão que envolve a natureza recursal ou não do instituto, tendo em vista que, ainda não se havia definido, mesmo com novo Regimento Interno, qual seria tal natureza.

O Supremo Tribunal Federal produziu novo Regimento Interno em 1970, o então novo Regimento previa em seu bojo a Reclamação nos artigos 161 à 167, praticamente com as mesmas redações do Regimento anterior. Por isso, mostrou-se insatisfeito o Ministro, porque na ocasião da sessão em que aprovou o novo regimento, não se prostraram, os Ministros, a resolver a divergência acerca da ainda famigerada natureza jurídica da Reclamação.

Foi então que prosseguiu o Ministro Relator AMARAL SANTOS, julgando a Reclamação 831, de que a *“natureza jurídica dos institutos processuais, como instrumentos, deve ser vista em relação à sua*

finalidade”. Convergindo com a finalidade da Reclamação de garantir a competência e autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, não poderia deixar de existir uma relação processual no qual não foi observada a competência ou autoridade das decisões do pretório excelso, que por si só, presumia a existência de uma instância inferior.

Diante disso, fixou, o Ministro, que são pressupostos da Reclamação a pré-existência de uma relação processual em curso e, que o ato contraposto se oponha à competência do Supremo Tribunal Federal ou à autoridade de sua decisão concretamente naquela relação processual ora em questão. Destes pressupostos, conclui o Ministro: “*me levam a configurar a reclamação muito mais aproximada do recurso que da ação*”, já que a reclamação é feita contra ato de processo em curso, portanto, decisão interlocutória, do qual, poderá ser oposta a reclamação.

Mesmo que não tenha sido um passo largo suficiente para se chegar ao que se reconhece possível acerca do instituto processual da Reclamação Constitucional, é verificável que foi grande avanço o julgamento proferido pelo Ministro AMARAL SANTOS na Reclamação 831, dado sua iniciação quanto à discussão no tribunal, acerca da verdadeira natureza jurídica da medida, assim como, dos pressupostos ou requisitos de admissibilidade da Reclamação.

Questiona-se, sem desprestigiar o brilhantismo do Relator, o resultado e alguns pontos de sua conclusão, dado que, considerar como um dos pressupostos da Reclamação a existência de uma relação processual

ainda em curso, faz com que surjam problemáticas: se a reclamação somente tem cabimento contra decisão interlocutória à despeito de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, exclui-se a possibilidade de se propor contra sentença ou acórdão final? Seria possível reclamação contra ato no qual a lei processual expressamente prevê recurso próprio? Seria possível reclamação contra sentença pendendo recurso de apelação, já que o processo está em curso? Cabe Reclamação contra decisão que obste questão precluída? Estes e outros questionamentos, serão analisados oportunamente.

Mas foi no mesmo processo, na Reclamação 831, que o Ministro LUIZ GALLOTTI, quebrando o silêncio dos demais Ministros que não se pronunciaram na sessão, consignou sua assertiva de que, apesar de concluir no mesmo sentido do Relator, não restaria tão “radical” cuidar a Reclamação tão somente contra atos proferidos em relação processual já existentes, dado que o instrumento ora previsto no então Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já não era exatamente o mesmo de quando foi criado no regimento anterior.

Repete-se, outrossim, que mesmo diante dos conflitos que foram vivificados com a decisão proferida pelo Ministro AMARAL SANTOS, o voto e conseqüente ementa resultou na derrocada final da confusão entre a Reclamação Constitucional prevista pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal com a Reclamação Correicional, estabelecendo, por fim, não ser aquela medida meramente administrativa de correção de erros judiciários, mas, propriamente, instrumento processual jurisdicional adequado à

garantir a competência do Supremo e/ou a autoridade de seus julgados, como forma de implementar maior segurança às garantias constitucionais, quando existente instituto que possibilite a maior eficácia das decisões de seu guardião.

Entretanto, a evolução não estagnou. Nesse mesmo período, foram proferidos julgamentos contrários ao voto do Ministro AMARAL DOS SANTOS, como o que fora proferido na Reclamação 31¹⁵⁴, onde foi Relator o Ministro DJACI FALCÃO, do qual preceituava que a Reclamação não poderia ser reduzida a mero recurso, dado que, tinha como objetivo “*resguardar a competência do tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões*”, excepcionalmente. Dado isso, tem perspectiva divergente do recurso propriamente dito, que pretende seja reavaliada decisão proferida por juízo *a quo*, sob qualquer aspecto, e não somente, quanto à competência e autoridade do Supremo Tribunal.

Em Reclamação 18, do qual foi Relator o Ministro THOMPSON FLORES, foi proferido julgamento do qual resultou fundamento de impossibilidade de Reclamação em substituição de Mandado de Segurança. E ainda, o mesmo Ministro, dessa vez relatando Reclamação 43, recusou reclamação revestida de finalidade eminentemente correicional, pois inexistente qualquer relação entre as finalidades propícias da Reclamação Constitucional do que seria garantir a competência do tribunal ou a

¹⁵⁴ A Reclamação 831 indicada é posterior à Reclamação 31, visto que esta é decorrente de procedimento posterior a uma nova numeração dada pelo tribunal aos seus feitos.

autoridade de suas decisões, com as finalidades correicionais de atos praticados por instâncias inferiores.

Como mencionado alhures, a Emenda Constitucional 1/1969 outorgada, não teve o condão de alterar substancialmente o instrumento da Reclamação Constitucional vigente, pois, a redação continuava exatamente a mesma da originária na Constituição vigente, tão somente, transportando a previsão legal do artigo 115 para o artigo 120, da Constituição.

Todavia, com advento da Emenda Constitucional 7/1977, várias mudanças teriam ocorrido, iniciando assim, a quarta fase histórica da Reclamação Constitucional, na visão, como dito acima, de MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, pois, na visão de JOSÉ DA SILVA PACHECO, a fase entre a Emenda Constitucional 7/1977 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, estaria integrada à terceira fase¹⁵⁵.

4.4 A QUARTA FASE: FASE DA DEFINIÇÃO - A EMENDA CONSTITUCIONAL 7/1977

A Emenda Constitucional 7/1977, não trouxe alterações ao texto constitucional quanto à possibilidade do Supremo Tribunal Federal praticamente legislar acerca de instrumentos processuais desde que ações

¹⁵⁵ PACHECO, José Da Silva. Op. cit., 1958, p. 303.

originárias ou recursos de seu âmbito de jurisdição, de forma que, manteve-se legítimo e constitucional o instituto da Reclamação Constitucional previsto no Regimento Interno daquele tribunal.

A grande alteração havida com a então nova emenda foi a introdução no texto constitucional da denominada avocatória, de competência do Supremo Tribunal, do qual, decorria atribuição deste em avocar todo e qualquer processo que tivesse trâmite em qualquer juízo nacional.

Esta medida foi amplamente criticada pela doutrina na época¹⁵⁶, pois, permitia que os Ministros do Supremo trouxesse para si qualquer causa de qualquer natureza, podendo resultar em verdadeiro mecanismo de submissão do judiciário ao executivo, já que, os ministros do Supremo eram, e ainda são, nomeados pelo Presidente da República.

Isso fez com a finalidade propícia da Reclamação Constitucional, apesar de ainda presente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, se esvaziasse em razão da ausência de interesse, tornando-se inócua, já que, não somente para garantir a competência ou a autoridade de suas decisões, mas poderia o tribunal, sob qualquer pretexto, avocar qualquer procedimento.

Assim, bastava que fosse pleiteado, não em Reclamação, mas em avocatória, que o processo fosse avocado, mesmo que fosse sob os

¹⁵⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 219.

pressupostos da Reclamação Constitucional. Mesmo assim, não resultou na morte daquele instituto processual.

Deve-se ficar registrado, como o próprio MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS consignou que, mesmo com a prerrogativa de avocar qualquer processo, o Supremo pouco se fez utilizar do procedimento da avocatória, ou mesmo, daqueles em que se chegaram a pleitear, poucos não foram improcedentes, mostrando que, apesar das críticas, não resultou em renúncia à liberdade e independência do tribunal em relação ao Poder Executivo. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS menciona que, em conversa particular, o Ministro SYDNEY SANCHES lhe dissera que durante a vigência da constituição emendada entre 1977 até o advento da atual Carta de Direitos, o Supremo Tribunal recebeu tão somente onze pedidos de avocatórias, sendo somente quatro concedidas, demonstrando, assim, a extrema prudência daquela corte quanto ao uso do instituto, forma alguma, sendo invocado indiscriminadamente.¹⁵⁷

Não percebemos, em verdade, motivo tão significativo nesses motivos para que fosse fixada como uma fase histórica autônoma da Reclamação Constitucional, já que esta, por si mesmo, não teve qualquer alteração substancial e ainda, continuou sendo utilizada como antes, não tendo sido prejudicada pela presença da *novel* avocatória.

¹⁵⁷ Informação dada por Ives Gandra da Silva Martins, em artigo publicado na Revista Consulex, n. 07, citado em nota de rodapé por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (Ibid., p. 220).

Todavia, é interessante discriminar esta fase por causa de decisões que delinearão ainda mais o instituto da Reclamação.

A primeira delas diz respeito ao cabimento da Reclamação em sede de atos que comportem outras formas de reforma, que não a própria Reclamação. A Reclamação 75, com julgamento proferido aos seis dias de Setembro de 1978, em foi Relator Ministro DÉCIO MIRANDA, decidiu-se que decisão administrativa em sede de inventário contrário a acórdão proferido anteriormente por uma das Turmas do tribunal, não enseja a Reclamação, dado que pode ser desconstituída por ação anulatória própria.

Outra decisão bastante relevante, foi a do Ministro SOARES MUÑOZ, no Agravo Regimental em Reclamação 100, proferida aos sete dias de Junho de 1979, acompanhado unanimemente, dizia que a Reclamação não comportava reformar atos que não dispunha contrariamente à competência do Supremo Tribunal Federal ou autoridade das decisões deste, faltando-lhe, naquela Reclamação especificamente, a possibilidade jurídica do pedido, por assim dizer, a inépcia da inicial, dando entender, implicitamente, que a Reclamação se tratava de ação originária, dependendo dos pressupostos processuais, condições da ação ou mesmo, da presença dos requisitos determinados pelos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil atual, já em vigência à época.

Decisão ainda proferida aos doze dias de Março de 1989, pelo Ministro Relator RAFAEL MAYER, em Ação Rescisória 1055, de origem do Rio de Janeiro, onde acolheu a possibilidade de ação rescisória contra

decisão de Reclamação Constitucional, observando a condição de decisão de mérito, propriamente dito, do acórdão em sede de Reclamação.

Uma das decisões mais importantes foi proferida aos trinta e um dias de Outubro de 1984, em Representação 1092, onde foi Relator o Ministro DJACI FALCÃO, que detalhou vários aspectos sobre a Reclamação Constitucional, sendo esta a ementa, dada sua grande importância transcreve-se:

Reclamação: Instituto que nasceu de uma construção pretoriana, visando a preservação, de modo eficaz, da competência e da autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Sua inclusão a 2-10-57, no Regimento Interno do órgão maior da hierarquia judicial e que desfruta de singular posição. Poder reservado exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal para legislar sobre o *processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal*, instituído pela Constituição Federal de 1967 (artigo 115, parágrafo único, letra *c*, hoje artigo 119, §3º, letra *c*). Como quer que se qualifique – recurso, ação ou medida processual de natureza excepcional, é incontestável a afirmação de que somente ao Supremo Tribunal Federal em face, primacialmente, da previsão inserida no artigo 119, §3º, letra *c*, da Constituição da República, é dado, no seu Regimento Interno, criar tal instituto, não prevista nas leis processuais. O Regimento Interno no Tribunal Federal de Recursos, ao criar a reclamação, nos seus artigos 194 a 201, *para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões*, inciso XVII, letra *b*, artigo 6º e seu parágrafo único, e do art. 119, §3º, letra *c*, da Lei Magna. Representação julgada procedente, por maioria de votos.¹⁵⁸

Em seu voto, o Ministro Relator menciona que somente cabe ao Congresso Nacional dispor acerca da competência legislativa sobre matéria processual, não podendo ser tolhido ou usurpado pelo Poder Judiciário sob qualquer aspecto. Mesmo assim, a Carta Magna pressupõe a existência de

¹⁵⁸ Destaque em itálico do original.

“competência legislativa” por meio do Regimento Interno, ao Supremo Tribunal Federal em estabelecer regras e diretrizes em matéria processual sobre processos de origem ou recursos de sua competência.

Continua o Ministro que em sede dos demais tribunais que não o Supremo, não cabe instituição de qualquer instituto de cunho processual, mas a subordinação quanto aos processos e julgamentos de efeito de suas competências originárias ou recursais. A atribuição que tinha o Supremo Tribunal Federal de poder legislar acerca dos processos e recursos de sua competência, se trata de delegação de poderes concedida exclusivamente a este órgão, não prorrogável ao então Tribunal Federal de Recursos.

Essa decisão proferida pelo Supremo foi de extrema importância para murar de vez a linha diferencial entre a Reclamação Correicional e a Reclamação Constitucional prevista pelo Regimento Interno. Os tribunais poderiam fixar critérios para controle administrativo-disciplinar dos integrantes de seus órgãos judiciários, mas não poderia dispor acerca de regras processuais.

Mas a consagração da Reclamação Constitucional foi com a promulgação da Constituição Federal em Outubro de 1988, iniciando assim, a quinta fase.

4.5 A QUINTA FASE: A PLENIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL - PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA RECLAMAÇÃO - LEGISLAÇÃO PROCESSUAL REGULAMENTANDO O INSTITUTO

Finalmente na quinta fase da história da Reclamação Constitucional no sistema judicial brasileiro (na visão de JOSÉ DA SILVA PACHECO, a quarta fase), foi consagrado o instituto processual na própria Constituição Federal, sem rodeios como a Constituição anterior, que permitia o Tribunal Supremo de estabelecer normas acerca dos processos originários ou provenientes de recursos de sua competência.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, alínea “1”, atribui competência ao Supremo Tribunal Federal em processar e julgar, originariamente, as reclamações que pretendam garantir a sua competência ou autoridade de suas decisões.

Nessa esteira, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seus artigos 156 à 162, regulamenta o procedimento da Reclamação. Entretanto, a novidade advinda com a nova Constituição Federal, depois de ser proferida decisão acerca da impossibilidade do Tribunal Federal de Recursos instituir a Reclamação no bojo de seu Regimento Interno, foi a previsão constitucional da Reclamação Constitucional para os mesmos objetivos, atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, tribunal este criado com a Constituição de 1998, tendo sido, a jurisdição recursal federal dividida em cinco regiões.

No artigo 105, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal, prevê a Reclamação Constitucional em sede do Superior Tribunal de Justiça, fortificando, assim, ainda mais, o instrumento processual tão adequado à resguardar as atribuições e autoridades desses tribunais superiores. Igualmente ao do Supremo Tribunal, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê a Reclamação, como processo acerca da competência do tribunal, nos artigos 187 à 192, praticamente com a mesma redação daquele pretório.

Não bastasse, firmou-se também a Reclamação em sede do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na legislação ordinária, do qual, sancionada pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, publicado no Diário Oficial da União ao vinte e nove dias de Maio de 1990, a lei 8.038/1990, que dispõe sobre os processos de competência originária naqueles tribunais, prevê a Reclamação em seus artigos 13 à 18, praticamente com as mesmas redações constantes nos Regimentos Internos de cada tribunal, fortificando ainda mais o instrumento jurisdicional de garantia da competência e autoridade dos pretórios.

Existem ainda a Reclamação objetivando as mesmas finalidades em sede do Tribunal Superior Eleitoral e no Superior Tribunal Militar, do qual decorrem duma especificidade quanto à possibilidade de se albergar nos Regimentos Internos desses tribunais o instituto, questão que será retomada em momento oportuno.

De fato, se considerar que a Reclamação Constitucional não se refere à procedimento correccional administrativo-disciplinar, onde a intenção é efetuar correção de erros que podem ser ocasionados na atividade jurisdicional, mas verdadeiro instrumento processual de cunho jurisdicional, no qual, muito mais do que correção, visa garantia constitucional dos princípios e regras fundamentais que baseiam o Estado de Direito Constitucional, proferindo decisões de mérito, que cabem ação rescisória contra decisões nele proferidas, que não dependem estritamente de que sejam o mesmo objeto processual ou mesmas partes, é perceptível que não se trata de instituto tão antigo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido iniciado no início na primeira metade do século passado e introduzido ao sistema, na forma escrita, somente em 1957.

Isso faz com que o próprio instituto da Reclamação Constitucional, não somente no Brasil, como no mundo, seja um instrumento relativamente jovial cujo berço seja o próprio Brasil e sua sistemática constitucional, já que *“não existe medida perfeitamente equiparável à reclamação no Direito comparado, salvo – e ainda assim parcialmente – a queixa ou ação por incumprimento, do Direito Comunitário Europeu.*¹⁵⁹

Mesmo assim, durante a vigência da Constituição de 1988 até os dias atuais, ainda paira controvérsias acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional. Como visto, durante toda sua história, muito se foi debatido acerca de sua natureza, sem, todavia, chegar-se a uma conclusão satisfatória e menos ainda, pacífica. Todavia, o caminho está

¹⁵⁹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2003, p. 330.

sendo trilhado para este fim, podendo-se dizer que se está numa transição da quinta fase para uma sexta fase da existência da reclamação constitucional.

4.6 UMA SEXTA FASE: A NATUREZA JURISDICIONAL DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA FINALIDADE PROPÍCIA PARA AMPLIAÇÃO DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Poder-se-ia dizer que a busca pela consolidação da natureza jurídica jurisdicional da reclamação constitucional seria uma transição entre a quinta fase e uma sexta fase da existência do instituto no sistema de jurisdição constitucional.

Em toda sua história, essa natureza jurídica, como visto, ficou bastante controvertida, não chegando ainda hoje a uma posição pacífica seja na doutrina, seja na jurisprudência do quê, afinal, seja a reclamação constitucional.

Todavia, a tendência é reconhecê-la com natureza jurisdicional, mais propriamente, de ação. Essa tendência se mostra bastante forte no âmbito da doutrina, pois é nela que se consubstancia o caminho que será provavelmente traçado pela jurisprudência. Não ter a reclamação como

verdadeira ação, leva a impropriedades, conforme será visto em capítulo próximo.

Mas a sexta fase não se caracterizaria somente quanto à perspectiva de se consolidar a natureza jurídica da reclamação constitucional. Mas também, na consistência de um novo paradigma a ser alcançado em relação ao instituto. É a ampliação de seu objeto. Quebrar o paradigma de que tão somente tem como eficaz para garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo no mesmo processo ou em sede de decisões que têm previsão de vinculação sobre o judiciário e a administração pública em geral.

Levar a reclamação ao ápice, chegando ao ponto de se considerar a reclamação constitucional instrumento próprio para fazer eficaz as decisões do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade aplicável a qualquer situação entre quaisquer sujeitos de direitos, certamente é uma tendência que vem sendo observada no desenrolar da teoria da constituição, conforme será discorrido em capítulo próprio. Aqui, se faz necessário firmar que essa tendência leva a crer numa transição entre uma fase e outra, não estando longe de ser assistida a inauguração de uma sexta fase da existência da reclamação constitucional, onde esta será vista de forma mais robusta, mais eficaz e realmente como instrumento de grande importância no sistema da jurisdição constitucional.

5 SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Aspecto de grande relevância e inúmeras posições contrárias é sobre definir a natureza jurídica da reclamação constitucional no plano do ordenamento jurídico brasileiro. Como visto anteriormente, a reclamação constitucional foi criada como instituto garantidor da autoridade das decisões e preservação da competência do Supremo Tribunal Federal por construção pretoriana com fulcro na teoria dos poderes implícitos norte americana, porém, sem uma base de sustentação científica própria, vindo a ser construído a expensas de longas controvérsias acerca de sua aparição no sistema judicial constitucional.

Apesar de, como já visto anteriormente, não ser a reclamação constitucional instituto novo e em prática principalmente no Supremo Tribunal Federal, cuja criação se desenrola da primeira metade do século XX, não é assente na doutrina ou mesmo na jurisprudência qual seria essa obscura natureza da reclamação. MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS praticamente inicia capítulo próprio sobre o tema com essas palavras: “*este*

é, sem dúvida, o ponto mais difícil deste trabalho”¹⁶⁰. Pudera, o tema realmente é desgastante diante das mais variadas correntes que sequer têm consenso se é instituto de natureza jurisdicional ou administrativa. Entretanto, o mestre exagera em dizer que o tema é o mais difícil de seu trabalho diante de obra bastante completa que produziu acerca da reclamação, assim como, apesar de ainda não ser consenso na doutrina sobre a natureza jurídica da reclamação constitucional, é perceptível que mais por falta de clareza e profundidade lógica do estudo sobre o objeto do que, propriamente, diversas posições satisfatoriamente fundamentadas em conflito.¹⁶¹

Ao longo do tempo, algumas posições foram sendo trazidas pelos mais variados pensadores do direito, como por exemplo: *remédio incomum* para OROZIMBO NONATO; *incidente processual* para MONIZ DE ARAGÃO; *medida de direito processual constitucional* para JOSÉ FREDERICO MARQUES, mas também, como *recurso*; *medida processual de caráter excepcional*, *ação de segurança* ou *recurso anômalo* para o Ministro DJACI FALCÃO; *sucedâneo recursal*, fala AMARAL SANTOS; entre vários outros.¹⁶²

Todavia, basta simples olhar para se concluir que nenhuma dessas definições para reclamação são, com exceção de recurso, natureza jurídica

¹⁶⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 431.

¹⁶¹ Tanto assim é que se fará análise não exauriente acerca das posições contrárias à reclamação constitucional como modalidade de ação, portanto, de natureza jurisdicional, para dar ênfase em suas características como tal.

¹⁶² Id., 2003, p. 331

propriamente dita. Como disse MARCELO DANTAS, “*pseudodefinições*”¹⁶³ que nada corroboram para o desenvolvimento da doutrina à respeito do objeto, pelo contrário, somente estabelecendo ainda mais as dúvidas acerca do tema.

Aparentemente, tenta-se fugir da estreita lógica de ser a reclamação constitucional instituto de natureza processual, mais especificamente, na espécie de ação, que desde já assim é o posicionamento ora tomado, já que, em todo o trabalho, fica bastante clara essa perspectiva sobre o assunto.

Entretanto, a questão se engendra, inicialmente, em definir se a reclamação constitucional tem natureza jurídica de medida administrativa, na qual, estariam correlacionados seu caráter como correição parcial ou mero direito de petição; ou ainda, natureza jurisdicional, ou seja, processual, da qual, ensejaria a reclamação como recurso, incidente processual, ação incidente ou mesmo, ação propriamente dita.

Ao contrário dos autores que mais escreveram sobre o assunto, sendo eles, MARCELO DANTAS e LEONARDO LINS MORATO, não será atendido aqui o método da exclusão para se deduzir, ao fim, como ação a natureza jurídica da reclamatória. Prefere-se desde já, analisar os traços da reclamação constitucional como ação que é, para posteriormente rever os demais posicionamentos para excluí-los¹⁶⁴. Todavia, resta primeiramente

¹⁶³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 432.

¹⁶⁴ Prefere-se agir dessa maneira tendo em vista que o presente trabalho não tem a pretensão de convencer, pois, como produção científica que é, procura construir os fundamentos lógico-científicos de existência dos objetos estudados, mesmo quando,

afastar em pequena síntese a natureza meramente administrativa da reclamação constitucional.

5.1 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MEDIDA JURISDICIONAL

Existem dois aspectos mais relevantes que possam levar o jurista a compreender a reclamação constitucional como mero atributo administrativo para defesa contrária à usurpação da competência dos tribunais de superposição, ou contra medida que desacate autoridade de suas decisões. Estas são: a correção parcial e; como mera decorrência do direito de petição conforme artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal.

O direito de petição, no dizer de UADI LAMMÊGO BULOS:

(...) qualifica-se como a prerrogativa de extração constitucional, direito público subjetivo de índole essencialmente democrática, assegurando a generalidade das pessoas pela Carta Política” seguindo que “por seu intermédio, pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiros podem dirigir-se à autoridade competente para solicitar providências em prol dos interesses individuais ou coletivos, próprios ou de terceiros, contra atos ilegais ou contaminados pelo abuso de poder.¹⁶⁵

necessário, deva-se destruir determinados dogmas para se poder criar novas perspectivas da ciência do direito.

¹⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 556-7.

Não seria difícil extrair o direito de ação perante o judiciário do direito de petição conforme estabelecido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIV. Muito embora, o direito de ação está compreendido constitucionalmente de forma mais ampla, na inafastabilidade do judiciário, nos termos do inciso XXXV do mesmo disposto, ou ainda, o direito ao devido processo legal, do inciso LIV, ao contraditório e ampla defesa, do inciso LV, todos do artigo 5º da Constituição Federal, além de se fazer impor pela própria distribuição jurisdicional.

O direito de petição é instrumento hábil previsto para fruição do direito à informação pessoal ou coletiva, perante os órgãos públicos, de interesse personalíssimo ou de relação com uma coletividade própria, quando prescindível para a segurança da sociedade e do Estado, fixado pelo inciso XXXIII, do artigo 5º. Vê-se que se constitui de natureza mais abrangente do que o direito de ação, visto que este, se reveste na oportunidade de se mobilizar o judiciário para promover a tutela dos direitos quando contrariados, por meio do poder estatal da jurisdição.

Assim é que o direito de petição, sem adentrar ao juízo se dele decorre ou não o direito de ação que é mais específico ao âmbito jurisdicional, reveste-se de natureza mais administrativa que jurisdicional, pois, está garantido perante qualquer órgão, administrativamente, ao interessado em requerer o quê de direito, seja qual for a esfera administrativa, judiciária ou legislativa.

ADA PELLEGRINI GRINOVER entende ser a reclamação constitucional sucedâneo do direito de petição aos órgãos públicos para que façam cumprir suas decisões quando contrariadas por juízo inferior ou órgão administrativo, ou ainda, preservar sua competência. Nessas palavras, a jurista expõe que a seu ver: “*a providência em questão constitui uma garantia especial que pode ser subsumida na cláusula constitucional que assegura ‘o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder’*”, sendo que, mais à frente, conclui dizendo: “*cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento*”¹⁶⁶

Quanto este aspecto, apesar do brilhantismo da eminente jurista, FREDIE DIDIER JÚNIOR rebate a concepção da reclamação constitucional como mero direito de petição, pois este, “*provoca o exercício de uma atividade administrativa, que poderia ser exercida de ofício, não se submetendo à coisa julgada*”, fixando pontos característicos sobre o direito de petição, já que: a) seria cabível a reclamação, independentemente de previsão constitucional ou legal, em qualquer órgão jurisdicional; b) inexistiria dever de pagamento de custas; c) não existiria formalidade procedimental da reclamação; d) não estaria sujeita à coisa julgada a decisão da reclamatória; e) não seria necessária a capacidade postulatória.¹⁶⁷

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. In: *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Dpj, 2005, p. 76-7.

¹⁶⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol.3. Salvador: Podium, 2006, p. 331-2.

E continua DIDIER JÚNIOR dizendo que o próprio Supremo encontrará problemas de se manter o posicionamento acerca da reclamação como decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212-1, já analisada em capítulo próprio, quando mencionou em seu acórdão que a reclamatório não tem natureza de recurso, ação ou mesmo de incidente processual, mas, na perspectiva e se utilizando propriamente da doutrina de ADA PELLEGRINI GRINOVER, de decorrência do direito de petição consagrado pela Constituição Federal, pois, deverá deixar de exigir os requisitos próprios já explanados para propositura da reclamação perante o Supremo Tribunal, assim como, deverá retirar da decisão da reclamação a característica de perfazer coisa julgada, como já havia sido firmado em precedente no Agravo Regimental na Reclamação 532.¹⁶⁸

Na Reclamação 532/STF¹⁶⁹, no qual figurou como relator o Ministro SYDNEI SANCHES, que manteve sua perspectiva processual da reclamação com coerência lógica acerca do instituto em decisões posteriores, destacou-se que o objeto da reclamação já decidido em reclamação anterior não pode novamente ser intentado por nova reclamação. Assim a ementa do acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO: GARANTIA À AUTORIDADE DE DECISÃO DO S.T.F. (ART. 102, I, "1", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ART. 156 DO R.I.S.T.F.). COISA JULGADA. 1. Havendo sido julgada improcedente a reclamação anterior, sem que os reclamantes, no prazo legal, propusessem a Ação Rescisória, em tese cabível (art. 485, incisos VI e IX, do Código de Processo Civil) e na qual,

¹⁶⁸ DIDIER JR, Fredie. Op. cit., p. 328-32.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 532-1/RJ. Relator Min. Sydney Sanches. J. 20.09.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

ademais, nem se prescindiria de produção de produção das provas neles exigidas e aqui não apresentadas, não podem pretender, com alegações dessa ordem, pleitear novo julgamento da mesma reclamação, em face do obstáculo da coisa julgada; 2. Agravo Regimental improvido pelo Plenário do S.T.F. Decisão unânime.

Ora, se a decisão na reclamação pode estar impregnada pelos efeitos da coisa julgada, como dizer que sua natureza decorre pura e simplesmente do direito constitucional de petição? SYDNEI SANCHES se manteve firme em seu posicionamento, proferindo voto equânime e coerente na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.212-1¹⁷⁰, quando alertou que aos estados a Constituição Federal delegou competência para legislar acerca da competência de seu judiciário, mas não sobre institutos processuais como o da reclamação.

Com isso, afigura-se que, se a reclamação constitucional decorre do direito de petição como mencionado por GRINOVER, deve-se, por seus aspectos e características próprias, ter natureza de ação, caso se entenda que a própria natureza do direito de ação é justamente o direito de petição. Então qual seria a dificuldade de se deduzir que a reclamação constitucional tem natureza jurídica de ação? Isso, repetindo, se compreender ação como decorrente do direito de petição, o que temerário, tendo em vistas as manifestas diferenças entre o mero direito de petição e o direito propriamente de ação, já que, aquela, em tese, não produziria coisa julgada material ou formal.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.212-1/CE. Relator Min. Ellen Gracie. J. 14.11.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2005.

Incorreríamos, *contrario sensu*, na reclamação constitucional como medida administrativa de cunho correicional. Citando VICENTE PAULO DE SIQUEIRA em união com MONIZ DE ARAGÃO, LEONARDO LINS MORATO esclarece que correição parcial é “‘*remédio de disciplina judiciária*’, e a sua finalidade a de corrigir situações tumultuárias criadas no processo, quando inexistente recurso específico para o caso”¹⁷¹, portanto, instituto de natureza administrativa.

O mesmo não se pode dizer da reclamação constitucional. Muito embora tenha como finalidade deflagrar o desacato à autoridade das decisões do Supremo ou do Superior Tribunal de Justiça, ou ainda, garantir-lhes a competência, as características próprias de natureza jurisdicional não deixam dúvidas quanto à sua natureza processual, não suportando o comportamento contrário diante das evidências.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO com a veemência que lhe é peculiar, diz que a reclamação se enquadra perfeitamente na categoria dos *remédios processuais* que se encaixa em todo instrumento jurisdicional que visa afastar a eficácia de ato judicial, retificando seus termos ou adequando à conveniência ou justiça da questão. Menciona que apesar dos recursos serem espécies daqueles instrumentos, a reclamação não pode ser alçada a tal, visto que, não é tipificada entre as modalidades recursais pela lei e, mais importante, não visa desempenhar a missão dos recursos, pois não se trata, naquela, de substituir a decisão conflagrada, por *error in procedendo*

¹⁷¹ MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007, p. 39.

ou *in judicando*, ou simplesmente de cassá-lo visando a implementação de nova decisão mediante determinados critérios, mas de cassar a decisão que conflita com decisão anterior do tribunal de superposição ou avocar o processo que usurpa sua competência.¹⁷²

Não se pode confundir a reclamação constitucional com qualquer modalidade de medida administrativa, diz o mesmo pensador, pois “*cassar uma decisão é típica atividade jurisdicional, sendo absurdo pensar em medidas puramente administrativas capazes de banir a eficácia de atos de exercício da jurisdição*”¹⁷³, sendo outra confirmação a saber, a de que não pessoas legitimadas especificamente para a provocação do tribunal de superposição para processar e julgar a reclamação constitucional, pelo que, se administrativo, não poderia haver a limitação pois poderia o tribunal promovê-lo de ofício, como qualquer ato administrativo de autoridade superior.

A compreensão da reclamação como medida administrativa não suporta as características que pesam sobre o instituto. Já foi salientado antes que é dado ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁴ a capacidade de cassar quaisquer decisões judiciais ou mesmo, atos administrativos que comportem em inobservância da autoridade de suas decisões, ou mesmo, avocar processo de sua competência, em face de

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 196-7.

¹⁷³ Ibid., 2004, p. 199.

¹⁷⁴ Nesse sentido, como dito outrora neste trabalho, somente a esses tribunais é conferida a competência para processar e julgar a reclamação constitucional.

órgãos judiciários que não detém vinculação administrativa com esses tribunais, sem o qual, não se poderia falar em instrumento correicional. Até mesmo porque, os tribunais têm livre o poder e competência para exercer seus atos administrativos no íterim de sua hierarquia administrativa, não podendo este poder ser usurpado por outros tribunais, mesmo que de superposição, pois não são vinculados administrativamente aqueles à estes.

O contrário afrontaria necessariamente o princípio da independência e harmonia entre os poderes, fazendo com que, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça pudessem, sem exercer atividade jurisdicional, cassar decisões dos demais tribunais, o que seria uma aberração.

Mais além, deve-se considerar que se a reclamação fosse mera medida administrativa, não haveria óbice para imposição dos efeitos que teria de ofício pelos tribunais, ou seja, se de natureza correicional, o Supremo poderia retornar à aplicação da advocatória antes possível na Carta Constitucional de 1967, regredindo o atual Estado Constitucional de Direito à ditadura do Supremo Tribunal, que podia antes e poderia agora, avocar todo e qualquer processo alegando de sua competência para julgá-lo, por ato de ofício, ou seja, sem necessidade de provocação de qualquer interessado ou do Ministério Público. Note-se o destino a que se alcançaria a reclamação como mera medida administrativa.

Mas resta ainda demonstrar, dentro já da perspectiva de ser a reclamação constitucional instrumento jurisdicional, neste âmbito, qual a

natureza processual da reclamatória, se figura como ação, recurso, incidente processual ou ação incidental.

A visão de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, não parece a mais acertada nesse diapasão, a reclamação sendo *remédio processual*, dado o que o próprio processualista assumiu sobre esse aspecto, a amplitude que o termo apresenta. Num primeiro momento diz que a reclamação se enquadra como tal, assim como, o recurso também. Todavia, em seguida já destaca a insustentabilidade da reclamação constitucional ser de natureza jurídica recursal, o que parece incoerente. É verdade quando diz que o conceito de *remédio processual* é bastante amplo, de forma que abrange, diria, não somente o recurso, mas também, a própria ação, qualquer incidente ou mesmo *writ* que a constituição prevê, ou seja, todos os instrumentos processuais são espécies de *remédios processuais*, de forma que, no máximo, dever-se-ia atribuir natureza própria à reclamação, mas não se limitar a dizer que recurso não o é, como, por sinal, faz OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, em seu manual de processo civil, quando fomenta a reclamação como forma não recursal de impugnação das decisões judiciais, silenciando, no entanto, acerca do quê seria a reclamação constitucional, diferente quando fala sobre o mandado de segurança, sendo da mesma categoria afirmada, mas de plano denominando-o de “*ação de mandado de segurança*”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 475-80.

5.2 A NATUREZA JURÍDICA PROCESSUAL DE AÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Tarefa fácil nunca foi o desenvolvimento da teoria da ação no âmbito da ciência do direito processual civil. Várias foram as contribuições no decorrer da história do processo, pelos quais, salienta-se não ser oportuno e nem conveniente aqui discorrer, pois não se visa apresentar aspectos históricos sobre a teoria da ação e nem contribuir precipuamente com desenvolvimento própria desse direito, hoje já pacífico por sua autonomia como direito subjetivo e abstrato. O que se pretende é demonstrar que os traços da reclamação constitucional a firmam como ação propriamente que é.

A ação é ônus e um direito do interessado em mobilizar o Estado para que produza a defesa de seu direito substantivo material quando o tiver, que, segundo ENRICO TULLIO LIEBMAN se volta contra o Estado, portanto de natureza pública com conteúdo uniforme, pois tem como dever a prestação jurisdicional, seja procedente ou improcedente, do direito que se pleiteia a segurança estatal¹⁷⁶. Daí decorrerem as correlatas condições da ação, que na visão desse processualista, são duas: o interesse de agir e a legitimidade das partes¹⁷⁷.

¹⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Tocantins: Intellectus, 2003, p. 133-6.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 138.

Relevo ganhou a questão quando PONTES DE MIRANDA engendrou sua teoria acerca da ação, decorrendo da pretensão que o sujeito tem sobre a obrigação de outro. Diz aquele mestre que o “dever” corresponde a um direito, enquanto que a “obrigação” corresponde a uma “pretensão”. Haveria dever quando um direito tenha sido violado, enquanto que, há pretensão quando uma obrigação positiva ou negativa não for prestada. A ação, por assim dizer, é a via que o sujeito que detém a pretensão tem de requerer o cumprimento do dever. Pretensão é, pois, pretensão da tutela jurídica. Mas não se pode confundir pretensão ou ação com direito propriamente dito. Não existe “direito à ação”, mas direito “de” ação, do qual, o direito e a pretensão à tutela jurídica suscita o exercício de ação.¹⁷⁸

Ação é direito fundamental do qual o sujeito da pretensão sobre a prestação obrigacional que lhe é devida tem de se utilizar do aparelhamento do poder estatal para que efetive seu direito por meio de uma ou várias tutelas jurisdicionais. Mas para tanto, necessária a presença das condições da ação, sendo que, além das duas fixadas por LIEBMAN, a doutrina pacificou a existência de três, sendo elas: o interesse de agir; legitimidade das partes e; possibilidade¹⁷⁹ jurídica do pedido.¹⁸⁰

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 68-70 e 128-30.

¹⁷⁹ Liebman não foi indiferente à condição da possibilidade jurídica do pedido, o que fez foi confundir o interesse de agir com aquela, pois entende que falta ao agente este se aquele faltar-lhe (Ibid., p. 138-40). Não importa no momento o mérito do questionamento, a uma, porque já se tem pacificado na doutrina e na prática judiciária, assim como na lei (art. 3º, 6º e inciso III, Parágrafo único do art. 295 do CPC), a duas, porque o questionamento não tem razão de ser, seja em tela do presente trabalho, seja para a teoria das condições da ação propriamente dita, pois, gênero ou espécie, a possibilidade jurídica do pedido é ínsito à lógica jurídica que está adstrito o processo.

Pela ação, a parte promove todos os atos processuais, mas principalmente, é a iniciativa daquele que tem interesse legítimo num pronunciamento jurisdicional do Estado acerca de sua pretensão. Por isso, quando proferido por órgão competente para processar e julgar a demanda, a decisão proferida é acobertada pela coisa julgada, pois somente faz coisa julgada os atos jurisdicionais decisórios que contenham suficiente grau de cognição, devendo ser exauriente, sobre o direito material que se pretende tutela, seja com provimento de procedência ou de improcedência, decisão somente desconstituível por meio de ação rescisória.¹⁸¹

Essas características estão presentes na reclamação constitucional. muito bem lembrado por JOÃO MIGUEL COELHO DOS ANJOS que:

(...) não se tratasse a reclamação de ação judicial, seguramente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não estariam atentos, como na verdade estão, ao preenchimento das condições da ação, de modo que não se prestariam ao papel de negar seguimento ao pedido baseado na moderna teoria eclética da ação.¹⁸²

As evidências mostram que estão, ao menos, quanto à aplicação e observação das características próprias de ação para admitir a reclamação.

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5.ed. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

¹⁸¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 30-1.

¹⁸² ANJOS, João Miguel Coelho dos. Reclamação Constitucional. CARVALHO, Paulo Gustavo M. FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

É o que percebe em decisões nas diversas reclamações no Supremo Tribunal Federal, como a Reclamação 345-1/DF¹⁸³, onde o relator Ministro MARCO AURÉLIO examina preliminar de inexistência de interesse de agir suscitada pelo interessado, para o fito de se extinguir sem julgamento¹⁸⁴ de mérito a reclamação.

A ocasião dizia respeito à reclamação face à decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, ao qual, determinara que fosse dado prosseguimento a processo trabalhista afastando a incidência da coisa julgada em procedimento de cunho criminal divergente. Quando então, em sua impugnação à inicial da reclamação constitucional, o interessado, reclamante naquela ação trabalhista, suscitou a preliminar de ausência de interesse de agir, portanto condição da ação, sumamente porque o juiz do trabalho empreendeu efeito suspensivo àquela decisão da instância regional até o final julgamento do recurso de revista. Sendo assim, não teria o reclamante (reclamação no Supremo) interesse na ação, pois não haveria necessidade da medida jurisdicional do Supremo para conferir o efeito suspensivo, se já havia sido conferido pela outra corte.

O que importa é ressaltar que apesar do ministro relator não ter conhecido da preliminar, não fez qualquer referência outra senão

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. Rcl 345-1/DF. Relator Min. Marco Aurélio. J. 27.11.1991. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

¹⁸⁴ O artigo 267 do CPC ainda tinha redação anterior à conferida pela lei 11.232/2003, de forma que seu texto ainda era dotada da extinção do processo “*sem julgamento*” do mérito.

justamente à existência do interesse de agir do reclamante naquela ocasião.

Em seu voto, o Ministro MARCO AURÉLIO disse que:

A ausência do interesse de agir do reclamante estaria a decorrer do fato de encontrar-se suspenso, aguardando julgamento do recurso de revista, o processo em que proferido o Acórdão conflitante com a decisão que se pretende ver respeitada.

Ocorre que a reclamação tem objeto próprio e visa ao pronunciamento de órgão diverso do competente para o exame do recurso de revista. O fato de o Juiz-Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento em que transita o processo da demanda trabalhista haver determinado a suspensão dos trâmites processuais, até o desfecho final do recurso de revista, não afasta o interesse do reclamante em obter o crivo do Tribunal sobre o desrespeito a acórdão que prolatara. No máximo, é possível falar em duplicidade de atos determinando a citada suspensão – o praticado pelo Juiz-Presidente da Junta e aquele mediante o qual concedi a liminar nesta reclamação.

Rejeito a liminar evocada pelo Interessado Pedro Urman.

É visível que apesar de não ter reconhecido a preliminar, examinou os pormenores da condição da ação sobre o interesse de agir, fundamentando detidamente seu convencimento dos motivos pelos quais o reclamante naquela ocasião tinha interesse de agir, sejam quais forem. Importa salientar que a ementa de lavra do mesmo ministro também compreendeu a questão do interesse de agir. Poderia se questionar ainda se na ocasião o ministro tinha ciência de sua apreciação, ou seja, se afastando a preliminar daquela forma, sabia que estava evocando à reclamação constitucional a natureza jurídica de ação, o que se verifica impertinente, já que alhures já foi demonstrado a posição do magistrado de berço da justiça trabalhista, como defensor da natureza processual da reclamação.

Mais pertinente é destacar que nenhum dos ministros que se pronunciaram, e o julgamento naquela reclamação foi unânime, referiu-se à preliminar suscitada, tão somente, cada qual, tecendo considerações acerca do mérito da causa.

Noutro aspecto, também se proferiu no âmbito do Supremo Tribunal Federal decisão denegatória do seguimento da reclamação constitucional por estar ausente a possibilidade jurídica do pedido, outra condição da ação. Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “1” da Constituição Federal, caberá reclamação para o fito de se garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, ou ainda, preservar sua competência.

Em Reclamação 356-6/SP¹⁸⁵, o Ministro CARLOS VELLOSO, na ocasião relator, impôs o limite da condição da ação pela impossibilidade jurídica do pedido para obstar a reclamação. Nesta, o reclamante requereu que fosse reformulada jurisprudência acerca da aplicação do artigo 102, inciso I, alínea “n” da Constituição Federal, com respectiva avocação de mandado de segurança para sua lavra. Seguro como sempre, o ministro relator em poucas palavras disse que *“esses pedidos, são incabíveis, tendo em vista a natureza jurídica da reclamação, que tem por finalidade a preservação da competência da corte e garantia de autoridade de suas decisões”*, o que, por si só, condiz com a impossibilidade jurídica do

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 356-6/SP. Relator Min. Carlos Velloso. J. 15.05.1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

pedido quando pleiteada medida diversa da que representa a finalidade da reclamação constitucional.

Poder-se-ia, no entanto, questionar que simplesmente o relator fez aplicação da Constituição Federal naquilo que ordenou significar o fim da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, sem, necessariamente, ter sugerido o exame das condições da ação. Entretanto, esse pensamento logo se esvai quando se observa a ementa da decisão proferida na reclamação 356-6, da lavra do próprio relator CARLOS VELLOSO, nesses termos:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. C.F., art. 102, I, “I”.

I. Reclamação destituída de possibilidade jurídica, dado que visa ela a reformulação, por parte do Supremo Tribunal, de sua jurisprudência, ao tempo em que se insurge contra o juízo de admissibilidade regularmente emitido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que não admitiu o recurso extraordinário.

II. Reclamação improcedente.

Isso demonstra que a intenção do jurista claramente é de destacar a natureza jurídica da reclamação como ação, mesmo que outrora, tenha concebido a mesma como mera medida administrativa.

Também, respaldando sua forma de ação, o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a necessidade da parte se fazer representar por pessoa com capacidade postulatória para promover a reclamação perante aquele tribunal. Por ocasião da Reclamação 678-6/SP¹⁸⁶ e também da

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 678-6/SP. Relator Min. Marco Aurélio. J. 03.05.2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

Reclamação 729-1/SP¹⁸⁷, ambos como relator o Ministro MARCO AURÉLIO, este, nas duas decisões, proferiu o mesmo raciocínio. Decorrentes da impetração e deferimento de *habeas corpus*, os reclamantes pretendiam a garantia da autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede dos *writ's* já concedidos. O Ministro MARCO AURÉLIO acolheu e conheceu das reclamações, fundando entendimento de que não seria lógico se admitir que o paciente mesmo sem ter capacidade postulatória para outros instrumentos processuais, o ter para a segurança constitucional que o *habeas corpus* garante, e não conhecer da medida processual cabível, a reclamação, que faz com que a autoridade coatora cumpra a determinação do Supremo. Na Reclamação 729-1/SP, a única manifestação foi do Ministro NELSON JOBIM, fazendo menção do precedente daquela corte, referente justamente à Reclamação 678-6/SP. Nesta sim, houve debates mais interessantes que valem o comentário.

Na Reclamação 678-6/SP, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA acompanhou o voto do relator, mencionando que não se poderia negar ao reclamante o cumprimento de decisão anterior que já era beneficiário, não comportando, daí, a necessidade de se revestir de conhecimentos técnicos para satisfazer a ausência da capacidade postulatória, sendo que, para o processo cujo a conquista foi decorrência da reclamação, o *habeas corpus*, qualquer pessoa independentemente da presença de advogado ou representado por este, tem

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 729-1/SP. Relator Min. Marco Aurélio. J. 24.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

capacidade postulatória para tanto. Insurgiu-se, na verdade, este ministro contra o voto prolatado pelo Ministro MOREIRA ALVES.

O Ministro MOREIRA ALVES, em voto proferido no âmbito da sessão plenária de 14 de Maio de 1998, expressou sobre a necessidade de se ter conhecimentos técnicos para a propositura das ações e dos instrumentos processuais em geral. Mas o mais pertinente, foi seu fundamento de que “*somente nos casos em que a lei expressamente excepciona, no sentido de admitir capacidade postulatória a quem não tenha esses conhecimentos técnicos exigidos pela lei, é que será possível permiti-la a quem não os possua*”. Certo ou errado, foi acompanhado pelos Ministros CELSO DE MELLO, OCTAVIO GALLOTTI, CARLOS VELLOSO, ILMAR GALVÃO e MAURÍCIO CORRÊA.

Em discussão, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA contra argumentou contra o Ministro MOREIRA ALVES, que questionou aquele sobre a possibilidade do reclamante impetrar novo *habeas corpus* em face da autoridade coatora, quando prontamente respondido sobre a errada impressão de *habeas corpus* para que se cumpra *habeas corpus*, de forma que, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal previa para aquele caso, expressamente, a reclamação constitucional.

Solidificou-se a posição de MOREIRA ALVES que por sinal, foi designado para a lavra do acórdão. Na Reclamação 729-1/SP o resultado não foi diferente, inclusive, com ementa muito próxima daquele procedimento, sendo assim lavrado pelo Ministro NELSON JOBIM:

EMENTA: Reclamação. Ausência de capacidade postulatória da parte reclamante. Somente nos casos em que a lei expressamente excepciona no sentido de admitir capacidade postulatória a quem não tenha os conhecimentos técnicos exigidos pela lei para a propositura das ações e dos instrumentos processuais em geral, é que será possível admiti-la a quem não os possua. Precedente: Rcl 678, Moreira. Reclamação não conhecida.

Nessa ocasião, sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 09 de Setembro de 1998, estava presente o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, porém, estranhamente ou demonstrando ter modificado seu posicionamento, não se pronunciou abertamente sobre o assunto, limitando-se a acompanhar o voto de NELSON JOBIM. Junto com ele, votaram os Ministros CARLOS VELLOSO, MOREIRA ALVES, NÉRI DA SILVEIRA, SYDNEI SANCHES, OCTAVIO GALLOTTI, ILMAR GALVÃO e MAURÍCIO CORRÊA.

Interessante ainda destacar decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da necessária capacidade postulatória para a provocação do tribunal ao julgamento da reclamação constitucional. O que se deu a exemplo da decisão monocrática tomada pela Ministra MARIA THERESA DE ASSIS MOURA, que denegou o seguimento da Reclamação 2.457/BA¹⁸⁸, tendo em vista que o reclamante, apesar de parte no processo em que supostamente houvera decisão conflitante com a do tribunal de superposição, não tinha capacidade de postular a reclamação, pois não era advogado. Assim decidiu a Ministra:

Constata-se, inicialmente, que o reclamante não aponta qualquer descumprimento de decisão emanada por este

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl. n. 2.457-BA. Relatora Min. Maria Theresa de Assis Moura. J. 21.05.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

Superior Tribunal de Justiça, sugerindo, apenas, que a decisão impugnada contraria o entendimento jurisprudencial desta Corte.

A reclamação não é a via propícia para manifestar o inconformismo para com decisão proferida pelo juízo de segundo grau, sendo meio apto apenas à preservação da competência e garantia das decisões desta Corte - artigo 105, I, f da Constituição Federal.

Finalmente, o requerente não dispõe de capacidade postulatória para demandar judicialmente em nome próprio, visto que não é advogado. Assim, diante da manifesta ausência de capacidade postulatória do paciente, é absolutamente inviável conhecer-se do pleito deduzido. Neste sentido, confira-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

(...)

2. É manifestamente improcedente a presente Reclamação. Inicialmente, além de não possuir o reclamante capacidade postulatória, não cuidou ele de juntar a cópia do ato impugnado, o que inviabilizaria o exame do pleito. (...) 3. Isso posto, nego seguimento ao pedido, nos termos do art. 34, XVIII, do RISTJ." (Ministro BARROS MONTEIRO, 02.02.2007)"

"Reclamação. Capacidade postulatória. Não-comprovação. Irresignação manifestada contra supostas irregularidades administrativas ocorridas no Município de São Francisco do Conde. Ausência dos requisitos autorizadores do procedimento excepcional (CF, art. 105, I, "f", e RISTJ, art. 187). Arquivamento.

(...)

2. Nos termos do artigo 36 do Código de Processo Civil, "a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver".

(...)

3. Diante do exposto, na impossibilidade de se receber a peça inicial, porque não subscrita por advogado, - embora intimada a parte para suprir a irregularidade - bem assim por falta de indicação das hipóteses autorizadas do processamento da medida excepcional, indefiro a petição inicial, determinando o arquivamento dos autos." (Ministra DENISE ARRUDA, 29.03.2005)"

Diante do exposto, nos termos do artigo 34, XVIII, do Regimento Interno desta Corte, nego seguimento ao pedido, eis que manifestamente incabível.

Vê-se que a capacidade postulatória não é o único fundamento de que trata a julgadora, mas também, quanto à impossibilidade de se tratar a reclamação como sucedâneo de recurso que vise reformar decisão de tribunal *a quo*, por mera irresignação. Curiosamente, o mesmo reclamante veio a interpor Agravo Regimental direcionado ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, alertando, conforme se depreende no relatório da Ministra, que esta “misteriosamente” deixou de observar o que determina o artigo 40 do Código de Processo Penal e o artigo 37 da Constituição Federal. Em toda sua sabedoria, muito respeitosamente em seu voto decidiu a douta magistrada acompanhada pelos colegas que novamente o recorrente no agravo regimental na reclamação não detinha capacidade postulatória, e que, portanto, igualmente à reclamação, não poderia interpor o agravo regimental. Ainda, assevera que o artigo 577 do Código de Processo Penal, e não o artigo 40, dispõe sobre a possibilidade concorrente do réu pessoalmente ou por seu advogado, interpor os recursos cabíveis na ação penal, concluindo que o dispositivo é inaplicável ao caso, pois o recurso em julgo não deriva de ação penal, mas sim, de reclamação. Consubstanciaria sua decisão em dizer, a nosso ver, que mesmo na própria reclamação não seria propício a aplicação do artigo 577 daquele diploma, pois a reclamação constitucional, em verdade, não é recurso, e mesmo que fosse, não o seria de natureza criminal, mas notoriamente de matéria constitucional, não vinculada propriamente à natureza de direito civil, penal, tributário, administrativo, ou qualquer outro.

Por isso, ainda assim, a necessidade premente da capacidade postulatória para se poder promover a reclamação constitucional perante o

Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no que, na inexistência de lei que possibilite a capacidade postulatória a qualquer interessado independentemente da condição ou não de advogado, este será sempre necessário para propositura da reclamatória, assim como o é, sem qualquer discussão ou constrangimento, ao mandado de segurança.

Decisão que produz também numa lógica a dedução de que a natureza jurídica da reclamação constitucional é de ação, foi prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 864-1/RS ¹⁸⁹, no qual foi relator o Ministro MOREIRA ALVES, que, em voto acompanhado unanimemente sobre a medida cautelar pleiteada, recebeu reclamação proposta pelo autor como ação direta de inconstitucionalidade, resultando nesta ementa:

EMENTA. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar.

A presente ação direta diz respeito a lei do Estado do Rio Grande do Sul – a de n. 9.844, de 24 de Março de 1993 – cujo o conteúdo abrange parcialmente a do art. 5º da lei 9.265, de 16.06.91, do mesmo Estado, do qual, a eficácia ficou suspensa em virtude de deferimento do pedido liminar na ADIn. N. 546.

Em casos como este, cabível é outra ação direta de inconstitucionalidade, e não reclamação. Diferença entre eficácia “erga omnes” e efeito vinculante.

Ocorrência no caso, de relevância jurídica e de “periculum in mora”, bem como de conveniência da suspensão da cautelar requerida.

Ação conhecida como direta de inconstitucionalidade, deferindo-se o pedido liminar, para suspender, até decisão final, os efeitos da lei nº 9.844, de 24.03.93, do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin. 864-1/RS. Relator Min. Moreira Alves. J. 17.09.1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

Sob o manto da fungibilidade das ações, o tribunal conheceu de reclamação proposta para garantir a autoridade de decisão proferida em sede de outra ação direta de inconstitucionalidade do qual, concedia liminar de suspensão dos efeitos de uma determinada lei, para o fito, de convertê-la em ação direta de inconstitucionalidade que pretendia a declaração de inconstitucionalidade de outra lei.

Ora, como dizer que um instrumento pode ser convertido numa ação direta de constitucionalidade, sem que aquele seja, necessariamente, uma ação? Seria impossível a conversão de qualquer medida, menos ainda de cunho administrativo, em ação, pois não restariam presentes todos os requisitos necessários para propositura da ação direta. Sabe-se que entre os recursos no processo civil, possível se reconhecer uns pelos outros pela fungibilidade, desde que atendidos todos pressupostos daquele pelo qual se converteu e reconheceu o tribunal. Todavia, reconhecer a fungibilidade entre medida processual de natureza recursal, ou mesmo, mera ação incidente como ação direta de inconstitucionalidade, é incorrer em incoerência lógica, visto que os instrumentos não se adequariam entre si.

Mas são adequados porque na reclamação constitucional se é exigido todas as condições da ação e os pressupostos processuais, nele presentes, pois é ação, podendo, independentemente do nome que se traz na primeira lauda, acolher como ação direta de inconstitucionalidade, quando versarem os pedidos nessa definição.

Mais a mais, por ser ação, produz a decisão proferida em reclamação constitucional a coisa julgada, que, como já mencionado antes, somente pode ser originado de atos jurisdicionais, jamais meramente administrativos. É o que se depreende da decisão em Reclamação 532-1/RJ¹⁹⁰, no qual, como relator o Ministro SYDNEY SANCHES, proferiu julgamento resultando nesta ementa:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMANÇÃO: GARANTIA À AUTORIDADE DE DECISÃO DO S.T.F. (ART. 102, I, "1", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ART. 156 DO R.I.S.T.F.). COISA JULGADA.

1. Havendo sido julgada improcedente a Reclamação anterior, sem que os Reclamantes, no prazo legal, propusessem a Ação Rescisória, em tese cabível (art. 485, incisos VI e IX, do Código de Processo Civil) e na qual, ademais, nem se prescindiria de produção das provas neles exigidas e aqui não apresentadas, não podem pretender, com alegações dessa ordem, pleitear novo julgamento da mesma reclamação, em face do obstáculo da coisa julgada.

2. Agravo Regimental improvido pelo plenário do S.T.F. Decisão Unânime.

Em seu voto, o ministro relator fez referência completa ao parecer exarado pelo Ministério Público Federal, do qual transcorreu acerca da existência de identidade entre os pedidos e a causa de pedir de ambas reclamações, do qual uma, já havia transitado em julgada a decisão. É interessante transcorrer trechos de seu parecer, visualizando a forma com que veementemente trabalha as hipóteses de pressupostos processuais, assim, destacando as passagens mais pertinentes:

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 532-1/RJ. Relator Min. Sydney Sanches. J. 20.09.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

2. Nessa nova investida, eles, ao tentarem refutar o fundamento de existência de coisa julgada acolhido pelo despacho ora impugnado, baseiam-se em um argumento linear que aparentemente lhes seria favorável. Em síntese, *in casu*, em coisa julgada impeditiva da apreciação desta reclamação nº 532, pois, embora esta tivesse as mesmas partes da reclamação nº 404, diversos seriam os respectivos pedidos e causas de pedir.

3. Quanto aos pedidos, *data venia*, eles estão flagrantemente equivocados. **A identidade entre tais elementos de ambas as reclamações é inegável. Ora, requerer “seja determinado ao Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que lhes estenda imediatamente, à semelhança do ocorrido com o litisconsorte Rubens Pazzos Gonzáles, todos os efeitos oriundos do provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 111.400-2/87, com a conseqüente nomeação dos mesmos para o cargo de juiz de direito, com todos os consectários legais, daí decorrente” (Reclamação nº 532) em nada, absolutamente em nada, difere, quanto à substância, do pedido formulado no sentido de que se determinem “medidas adequadas à observância da jurisdição da Colenda Corte Suprema, no Recurso Extraordinário nº 111.400-2/87, como já referido, determinando a nomeação dos ora Reclamantes para o cargo de Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, (...)” (Reclamação nº 404).** Basta assinalar que em ambas reclamações pedem-se a extensão de efeitos ou benefícios e, por conseguinte, a nomeação dos reclamantes, **o que evidencia a identidade dos pedidos, tornando até dispensáveis maiores considerações.**

Vê-se que não foi por acaso que o representante do Ministério Público Federal, seguindo pelo Ministro SYDNEY SANCHES, trabalhou especificamente os pressupostos processuais para a propositura de qualquer ação, sendo estes, sabidamente, partes, causa de pedir e pedido, sendo que, por esses, identificam-se ações conexas ou continentes, com fito de se figurar, no caso em apreço, a necessidade de extinguir o feito por força da coisa julgada, sendo que esta, somente pode ser desconstituída por ação rescisória.

Assim, apesar das diversas decisões que falam sobre a natureza jurídica da reclamação constitucional no Supremo Tribunal não se referirem os ministros da reclamação como ação propriamente dita, os mesmos trabalham e consideram para reclamação constitucional as condições da ação, ou seja, necessidade de legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, assim como, os elementos processuais, ditos pressupostos processuais, ou seja, partes, causa de pedir e pedido, essenciais para o conhecimento da medida. Novamente lança-se a questão: qual motivo de não atribuir à reclamação constitucional a natureza jurídica de ação?

O mesmo dilema não ocorre com mandado de segurança, que pacificamente já se entende como ação. Como se sabe, o mandado de segurança é instituto processual consubstanciado como garantia fundamental no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, tratando-se de remédio constitucional para a proteção do direito líquido e certo. Muito embora o problema da natureza jurídica seja controversa e discutível, como ocorre com a reclamação constitucional, o *writ* já não sofre com questionamentos tais no âmbito da doutrina, que praticamente já pacificou o assunto firmando-o como ação. São vários os pensadores de estirpe que se pode citar.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA não implementa qualquer detalhe acerca da natureza jurídica do mandado de segurança, mas em seu curso de processo civil, falando do instrumento constitucional, já inicia as primeiras

palavras, dizendo que “a ação de mandado de segurança”¹⁹¹, salientando sem sombras de dúvidas quanto à sua posição acerca do assunto. Diferente não é em vários outros, como ALEXANDRE DE MORAES, que diz que o mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil¹⁹². JOSÉ CRETILLA JÚNIOR tem a mesma posição, quando destaca o mandado de segurança é ação civil para proteção contra ato arbitrário de autoridade pública¹⁹³. Dentre tantos outros, ainda, com a mesma posição sobre a natureza jurídica de ação do mandado de segurança, indica-se: HELY LOPES MEIRELLES¹⁹⁴, JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁹⁵, CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁹⁶ CASSIO SCARPINELLA BUENO¹⁹⁷, UADI LAMMÊGO BULOS¹⁹⁸, CLEIDE PREVITALLI CAIS¹⁹⁹, LEONARDO JOSÉ CARNEIRO CUNHA²⁰⁰, EDUARDO SODRÉ²⁰¹, somente para se destacar alguns.

¹⁹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Op. cit., p. 480.

¹⁹² MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 165.

¹⁹³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 7.

¹⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 35.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso. Op. cit., p.447.

¹⁹⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 13.

¹⁹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. Comentários às leis n. 1.533/51, 4.348,64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

¹⁹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., 2007, p. 577.

¹⁹⁹ Em sua obra, a autora apesar de não fazer menção expressa quanto à natureza jurídica do mandado de segurança, o introduz em capítulo intitulado “as ações tributárias”, que por si só demonstra a posição da jurista (CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 305).

²⁰⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 313.

O problema sobre a natureza jurídica do mandado de segurança na doutrina mostra-se tão superada, que hodiernamente a discussão não está em torno de ser ou não o remédio constitucional, ação ou outro instrumento processual, mas sim, que modalidade de processo ou mesmo em que grupo de ação estaria sediado. PAULO ROBERTO DE SOUZA, em trabalho específico sobre o assunto que lhe rendeu o título de doutoramento, no que tratava sobre a natureza jurídica do mandado de segurança, pouco se estendeu acerca de ser ou não ação, analisando pormenorizadamente sobre as tendências do reconhecimento da ordem e da mandamentalidade, características do mandado de segurança, como objetos de rompimento com os pressupostos teóricos do processo civil construído sobre as bases de um estado liberal clássico, pois divergia substancialmente da eficácia de sentença condenatória, introduzindo novas características, situando assim, numa técnica sentencial autônoma e própria em comparação com as demais, antes admitidas na perspectiva daqueles que classificavam a ação quanto à sua eficácia pela ordem ternária.²⁰²

O que se quer demonstrar é que ao mandado de segurança, instrumento processual que tem características bastante similares à reclamação constitucional, como mecanismo de garantia de direitos, ter objetos bem delineados, não permitir dilação probatória além da constante em documentos, ter como pólo passivo a autoridade que praticou o ato

²⁰¹ SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodium, 2006, p. 123.

²⁰² SOUZA, Paulo Roberto de. *Elementos para um delineamento do perfil do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil contemporâneo..* UFPR, 2002, p. 351-360.

contrário ao direito líquido e certo, já tem sua posição na doutrina pátria como verdadeira ação civil. Outro destino não poderia ter a reclamação constitucional, pois, como o mandado de segurança, tem como escopo a garantia do exercício de um direito já conquistado ou mesmo, de direito entabulado no sistema jurisdicional, ou seja, garantir a autoridade das decisões ou preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. O mandado de segurança permite uma amplitude mais extensa quanto ao seu uso, já que alberga em suas asas instrumentais fundadas na Constituição Federal todo e qualquer direito que tenham características de certeza e liquidez, enquanto que, a reclamação constitucional, muito embora sejam também direitos líquidos e certos, visa proteção a determinados direitos, mais específicos à sua própria finalidade, com elementos mais voltados à sua própria satisfação.

5.3 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RECURSO

Não parece também ser a reclamação constitucional recurso. Em linhas gerais, a reclamação constitucional detém diversas características que lhe afasta da natureza recursal.

Basta um simples olhar na Constituição Federal, que já na primeira análise, deve-se considerar que o constituinte não teve o intento de estabelecer a reclamação constitucional como recurso, ou mesmo,

sucedâneo desde. É o que se depreende da leitura que se faz dos artigos 102 e 105 do diploma constitucional pátrio, onde ambos dispositivos fixam as competências originárias e recursais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Do texto do inciso I, do artigo 102 da Constituição Federal, lê-se que compete ao Supremo Tribunal Federal “*processar e julgar, originariamente*”, e elenca as diversas hipóteses em que o excelso tribunal tem competência originária, estando a reclamação constitucional inserida nesse rol, na alínea “l”. Enquanto que a reclamação constitucional de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, está fixada na alínea “f”, do inciso I do artigo 105.

Mas não basta para afastar a natureza jurídica de recurso da reclamação constitucional. Outras características demonstram que não o pode ser, como quando conflitado o instituto constitucional com os princípios que regem os recursos, a iniciar, pelo princípio da taxatividade.

Ao lecionar acerca dos recursos, principalmente no que se refere aos recursos cíveis, NELSON NERY JÚNIOR diz que o legislador não deixou à cargo das partes a possibilidade de criarem os mecanismos próprios para questionamento numa instância superior, das decisões proferidas, diante de seu inconformismo, em observância ao princípio da taxatividade.²⁰³

²⁰³ NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 49.

Vale a pena transcrever trechos da obra do mencionado jurista que deixam bastante clara essa perspectiva, lição que melhor não se conseguiria esboçar:

A vedação à criação de novos recursos é fruto da adoção do *princípio da taxatividade*, segundo o qual somente são considerados como tais aqueles designados, em *numerus clausus*, pela lei federal.

(...)

Quando o legislador quer tornar evidente que a numeração constante na lei é taxativa, utiliza-se de expressões com a finalidade de restringir o limite da abrangência da norma legal. As expressões mais empregadas para indicar que a norma refere hipóteses *numerus clausus* são *apenas*, *unicamente*, *só* e *seguinte*, entre outras, precedendo o elenco dos casos.

O CPC 496 faz uso exatamente do vocábulo *seguinte*, dando ao intérprete a indubitosa opção pelo princípio da taxatividade dos recursos: somente aqueles melhor de impugnação ali descritos é que são considerados pela como sendo recursos.²⁰⁴

A reclamação constitucional não está inserida em qualquer disposto processual que distribua as hipóteses de recursos que podem ser manejados contra decisão proferida no juízo *a quo*. Pelo contrário, encontra-se em disposição expressa de competência originária dos tribunais que detêm a competência para processá-la e julgá-la. Interessante ainda destacar que, recurso fosse, poderia o constituinte ter inserido a reclamação constitucional em cada inciso II dos artigos 102 e 105 da Constituição, pois nestes, dispõe sobre as hipóteses de recursos cabíveis ao Supremo e ao Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não o fez, e de propósito, pois recurso a reclamação não é.

²⁰⁴ NERY JR, Nelson. Op. cit., p. 49-50.

A reclamação constitucional tem cabimento em duas hipóteses: (a) para garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e; (b) preservar-lhes a competência.

Em ambas situações se pode ter a reclamação constitucional contra autoridade judicial que venha a proferir decisão que desacate autoridade de decisão anteriormente proferida pelos tribunais de superposição. Em outro caso, se pode averiguar a existência de processo em juízo incompetente, cuja competência seria de um daqueles tribunais. Então temos as seguintes hipóteses: (1) decisão judicial que desacate decisão do tribunal de superposição; (2) processo em curso em juízo incompetente, cujo competência é do tribunal de superposição.

Entretanto, as hipóteses de cabimento não se exaurem nessas. A Emenda Constitucional 45/2004, inseriu à Constituição Federal o artigo 103-A, que dispõe acerca da súmula vinculante de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Neste, o Supremo Tribunal Federal poderá produzir súmulas de efeitos vinculantes em relação a todos os órgãos do judiciário, assim como, à administração pública em geral, de todas as esferas federativas. Em seu §3º, o dispositivo constitucional fixa²⁰⁵ como cabível a reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal da desobediência por autoridade judicial ou administrativa da súmula vinculante, sendo que, procedente o reclame, o ato administrativo ou decisão será cassada pelo tribunal.

²⁰⁵ Ao que parece sem necessidade, mas conveniente.

Assim é que tem-se ainda as hipóteses: (3) ato administrativo que desacate preceito de súmula vinculante ou decisão de efeitos vinculantes; (4) ato administrativo que instaure procedimento administrativo que seria de competência do tribunal de superposição.²⁰⁶

Qualquer que fosse a modalidade de recurso, não se poderia alcançar a esfera administrativa, pois sequer atividade jurisdicional seria, não cabendo, nesse diapasão, dizer-se recurso, pois inexistente processo judicial em curso. Além de que o recurso, pelo princípio da sucumbência, pressupõe uma decisão judicial que prejudique de qualquer modo a parte. Nesse sentido a reclamação constitucional que vise preservar a competência dos tribunais de superposição não tem como pressuposto qualquer decisão, bastando para tanto, o curso de processo judicial em juízo incompetente.

Corroborando com a compreensão de não ser recurso a reclamação constitucional, ainda NELSON NERY JÚNIOR escreve sobre os sucedâneos de recursos, pois que, apesar de não estarem dispostos na lei processual como recursos, podem ter caráter recursal. Na mesma linha, porém, esboça que a reclamação não é sucedâneo de recurso, mas ação autônoma de impugnação²⁰⁷, dizendo o seguinte:

Quanto à reclamação no âmbito do STF (CF 102 I *l*) e do STJ (CF 105 I *f*), não se configura como recurso porque sua finalidade não é impugnar decisão judicial pretendendo-lhe

²⁰⁶ A exemplo do inquérito para apuração de crime contra agentes que tenha foro privilegiado, de competência do Supremo Tribunal Federal.

²⁰⁷ NERY JR, Nelson. Op. cit., p. 75.

a reforma ou invalidação, mas, tão-somente (SIC), fazer com que seja cumprida decisão do STF ou do STJ sobre determinada hipótese, ou preservar a competência do Pretório Excleso (RISTF 156 e ss.) ou do STJ (RISTJ 187 e ss.). um exemplo é do conflito de competência indevidamente suscitado perante o STJ, quando deveria sê-lo no STF. Neste caso, cabe reclamação para que o STF determine ao STJ que lhe remeta os autos do conflito, a fim de que seja julgado pelo órgão competente.²⁰⁸

Com a razão que lhe é inerente, o processualista capta a natureza da reclamação constitucional como ação propriamente dita, afastando assim, sua condição de recurso, pois os objetivos de um instituto e outro não têm o mesmo diapasão. Portanto, recurso não é a reclamação constitucional.

5.4 A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO AÇÃO INCIDENTAL OU INCIDENTE PROCESSUAL

Incidentes do processo “*são procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes*”²⁰⁹, que servem precipuamente para dirimir questões inerentes ao processo, mas com objetos diversificados, que estabelecerão condições e critérios para o julgamento final da ação principal. O mero incidente processual pode ser suscitado e dirimido nos próprios autos do processo principal, enquanto que, a ação

²⁰⁸ NERY JR, Nelson. Op. cit., p. 116-7.

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., vol. 2, 2005, p. 466.

incidente, poderá ser julgada em processo próprio ou mesmo, quando possível, nos próprios autos do principal.

Para JOÃO BATISTA LOPES, ação declaratória incidental é, pois, “ação (e não mero incidente processual) proposta pelo autor ou pelo réu, em processo pendente, visando a ampliação do âmbito da coisa julgada”²¹⁰. Vê-se então que a reclamação constitucional também não pode ser considerada como ação declaratória incidental, pois nesta, visa o julgamento de determinada *causa petendi* na ação declaratória incidental é contida à principal, de maneira que, o julgamento daquela necessariamente importa na fixação de critérios para o julgamento desta²¹¹.

Maior exemplo de ação incidente é a ação cautelar, do que, acessória, poderá ser preparatória ou incidental. Vê-se que nem sempre a cautelar é medida incidental, pois pode existir independentemente do processo principal, enquanto não for cumprida a liminar nela concedida.

Via disso, poderia se dizer ser a reclamação constitucional ação incidente ao processo que foi proferida decisão em desacato à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, o que seria, sem intento, verdadeira a afirmação. Todavia, (1) nem sempre a reclamação seria uma ação incidente e; (2) mesmo que incidente,

²¹⁰ LOPES, João Batista. *Ação declaratória incidental*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 127.

²¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 214.

ainda assim, a natureza da reclamação constitucional seria de ação, pois incidental ou não, ação é, a ação incidente.

Em ocasiões no qual a reclamação constitucional recaia contra ato administrativo, não se poderia dizer ser ela ação incidental, pois inexistente o processo principal em que a reclamação estaria conexa. Portanto, seria neste caso a reclamação, ela mesma o processo principal.

Mero incidente processual certamente não se poderia dizer da reclamação constitucional. Em suma, o incidente processual é questionamento pertinente que se mostra necessário dirimir no próprio processo principal, de forma que, pode ser nele suscitado e julgado. A reclamação, por sua vez, é procedimento próprio proposto e sustentado no âmbito do tribunal de superposição que teve sua decisão descumprida ou ainda, usurpada sua competência.

5.5 À GUIA DE UMA BREVE CONCLUSÃO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A reclamação constitucional, por suas próprias características, não pode se configurar como instituto de natureza administrativa, portanto, deve ser compreendida como instrumento jurisdicional.

Como instrumento processual jurisdicional que é, a reclamação constitucional é dotada de características que forçadamente leva à conclusão de que sua natureza jurídica é de verdadeira ação, pois decorre deste direito, visando como objeto propício a cassação de decisões judiciais ou anulação de atos administrativos que descumpram com decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça ou, a avocação de processos que usurpam a competência desses tribunais. Portanto, a reclamação constitucional é ação.

6 OS RESULTADOS DAS TUTELAS JURISDICIONAIS E TUTELAS JURISDICIONAIS DE DIREITO BUSCADAS PELA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A reclamação constitucional tem como objetivo, assim como qualquer ação²¹², a tutela dos direitos do reclamante, se os tiver, por meio de verdadeira atividade jurisdicional, portanto, tutela jurisdicional. Como destaca MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS em sua obra sobre o assunto, “*a reclamação, portanto, tutela direitos*”²¹³.

Resta saber como se apresentam essas tutelas jurisdicionais dos direitos, sua forma, espécies, cumprimento, enfim, todas as características

²¹² Em outra oportunidade se discorreu sobre a natureza jurídica da reclamação constitucional, concluindo em nossa posição como instituto jurisdicional com natureza propriamente de “ação”.

²¹³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 461.

voltadas para garantir os direitos cuja reclamação constitucional tem como escopo resguardar.

Isso porque, para sustentação das tutelas dos direitos no processo civil, do qual, destaca-se a reclamação constitucional como expediente de processo constitucional de valoração dos direitos, é dever albergar a perspectiva dum processo voltado à satisfação dos direitos materiais que lhe dão causa para reparação.

Essencial ter-se o processo como instrumento hábil à consecução dos direitos, na ciência de que a tutela pelo direito poderá ser realizada mediante atividades outras que não do poder jurisdicional do Estado, ou seja, a tutela jurisdicional é uma modalidade estrita de tutelas dos direitos, quando então, as demais não forem suficientes para guarnecer o direito substancial, logo, o resultado preordenado de direito substancial que o ordenamento estabelece.

E, para tanto, devemos observar a reclamação constitucional pelos direitos que visam garantir ao reclamante, isto é, a tutela do direito pelo qual motiva sua própria existência. Seria erro tentar classificar as tutelas jurisdicionais hábeis como fruto da reclamação constitucional, sem observar o direito material que evidencia esse instituto processual, pois, como processo, instrumento para satisfação adequada do direito substancial, como ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

Nenhum estudo processual será suficientemente lúcido e apto a conduzir a resultados condizentes com as exigências da vida contemporânea, enquanto se mantiver na visão

interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente.²¹⁴

O processo não é um sistema fechado e, menos ainda, auto-suficiente, pois como instrumento que é, deve promover o resultado preordenado que a norma visa ao direito substantivo. Por este é que se deverá determinar as formas de tutelas jurisdicionais a serem prestadas às partes, implicando, assim, na satisfação do direito ou ainda, sendo o caso, negar a tutela por inexistência do direito alegado.

Não se está dizendo que o direito processual civil não é autônomo, pois autonomia não se confunde com neutralidade para com o direito material. Ensina LUIS GUILHERME MARINONI que: “*O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material, não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial*”²¹⁵. Não se justifica o processo autônomo pela neutralização ou indiferença deste para com o direito material. O estudo autônomo do processo vislumbra as formas diferenciadas de tutelar os direitos substanciais, devendo, para cada qual, existirem instrumentos hábeis a dar aquilo, e exatamente aquilo, que o sujeito de direitos teria não fosse pela mitigação de seu direito. “*Aliás, justamente por ser instrumento é que o processo deve estar atento às necessidades do direito material*”²¹⁶.

²¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do direito*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

²¹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica processual e tutelas dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 55.

²¹⁶ Id., *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 241.

Tem assim, como escopo a jurisdição, a tutela dos direitos, como direito fundamental de ação no novo estado constitucional de direito. Mas não somente através da jurisdição. A tutela dos direitos é ou deve ser realizada através de mecanismos hábeis para satisfação dos direitos dos sujeitos, principalmente os constitucionais. Não somente a jurisdição promove essa defesa dos interesses e direitos existentes, mas também, todo o Estado como instrumento de manifestação protetiva desses direitos.

A Constituição Federal, não raro, firma como dever do legislador a produção normativa para proteção dos direitos fundamentais. Assim ocorre com os direitos do consumidor, ambientais, direitos sociais, enfim, é dever do Estado mediante sua competência legislativa auferir aos administrados leis que assegurem o exercício dos direitos fundamentais de qualquer geração, a serem observadas por toda sociedade e pelo próprio Estado. O cumprimento desse dever de proteger os direitos mediante leis que são produzidas pelo próprio Estado tem a denominação de *tutela normativa*. Logo, ainda assim afasta-se a necessidade de manutenção do direito pelo órgão judiciário que, diante do cumprimento por todos da legislação cediça à efetiva e máxima aplicação do direito fundamental, inexistirá a necessidade de sua mobilização, resguardado aí a tutela jurisdicional do direito para quando adequado e necessário.

Mas não se está dizendo sobre a necessidade de se enquadrar a Constituição Federal à realidade fática e política da sociedade ou do Estado. Por seus próprios preceitos e princípios, os conteúdos normativos da constituição são mutáveis, mas não quebrantáveis, cuja *praxis* tratará de

moldá-los às necessidades e valores morais e sociais. Sobre as emendas constitucionais já falou KONRAD HESSE que: “*cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente*”²¹⁷, e com razão, as emendas constitucionais espelham, em verdade, não a evolução dos direitos constitucionais evocados por uma sociedade cujos valores se estenderam a outras órbitas não compreendidas pelo texto fundamental, mas a modificação dos textos com base em interesses dominantes que, não raro, longe estão de refletir os anseios da nação.

A tutela normativa se dá pela produção de textos legislativos que resguardam, efetivamente, os direitos delineados na Constituição Federal sem modificá-los, adequá-los ou impedi-los de aplicação, mas regulamentando as situações fáticas em que deverão ser o mais escorreito norte do aplicador, seja do administrador ou do juiz. Esse significado de proteção dos direitos fundamentais foi compreendido por GILMAR FERREIRA MENDES, segundo o entendimento da corte constitucional alemã, nessas palavras:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.²¹⁸

²¹⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradutor: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 22.

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 209.

E mais adiante ainda, o integrante do Supremo Tribunal Federal dispõe a classificação do dever de proteção no dever de proibição, “*consistente no dever de proibir uma determinada conduta*”, dever de segurança, “*que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas*” e, dever do Estado de evitar riscos aos cidadãos, “*mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente ao desenvolvimento técnico ou tecnológico*”.²¹⁹

Vê-se então, os deveres do Estado não somente de permitir o gozo irrestrito dos direitos fundamentais pelos cidadãos, mas também, e até principalmente, a proteção desses direitos para o adequado gozo por parte dos cidadãos, já que, direito cujo proteção é insatisfatória, pouco pode se destacar como direito. Daí a necessidade da tutela normativa, que promove ao cidadão a adequada e efetiva satisfação dos direitos que lhe são inerentes e destinados pela Constituição Federal. Bem lembrado é por LUIZ GUILHERME MARINONI que:

Na compreensão dos direitos fundamentais, não se pode pensar apenas no velho direito de defesa, que objetivava garantir o particular contra as agressões do poder público. Na atualidade, o Estado tem um verdadeiro dever de proteger os direitos, e, para tanto, está obrigado a editar normas de direito material que se dirigem sobretudo em relação aos sujeitos privados²²⁰.

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo. Op. cit., p. 210.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2004, p. 84.

Isto é, não somente uma faculdade, ou atividade, ou atribuições, mas obrigação de erigir textos legais que comportem na efetivação dos direitos fundamentais.

Mas não é na tutela normativa que o dever do Estado se esvai. Também, em âmbito administrativo, pelo que, se aplica a integralidade do pensamento do constitucionalista logo acima citado, destinando a atividade de executividade das leis na efetivação dos direitos fundamentais, não somente contra o próprio Estado, mas também, contra terceiros.

Para tanto, é necessário que o administrador tenha bem definidos os conceitos e finalidades dos interesses públicos havidos no Estado. Muito embora não seja de grande dificuldade ou mesmo conflitante a compreensão da diferenciação entre o interesse público primário e o interesse público secundário, a experiência administrativa não tem mostrado a supremacia de um ao outro. Sem embargos, a supremacia do interesse público ao interesse privado se faz, muitas vezes, imperativa, mas antes de tudo, deve-se levar em consideração de qual interesse público está-se buscando a supremacia sobre o interesse privado. Em obra decorrente de tese apresentada para seu doutoramento na Universidade de São Paulo, ROBERTO SENISE LISBOA em poucas, porém lúcidas palavras, descreve com exatidão as diferenças entre um e outro, melhor não seria do que transcrevê-lo:

O interesse público pode ser: primário (quando a necessidade disser respeito a toda comunidade) ou secundário (quando se tratar de necessidade que se refira apenas à Administração Pública, como a aquisição de seu mobiliário,
Verifica-se ser o interesse público, portanto, heterogêneo, por causa da existência de uma pluralidade de necessidades

tidas como públicas, o que se deve, inclusive, pelo trabalho de ficção legislativa.²²¹

Assim é que, antes mesmo de evidenciar a solução do conflito entre o interesse público e o interesse privado, é necessário definir de qual modalidade de interesse público que está em conflito com aquele, primário ou secundário, já que, aquele deve pesar mais no momento da ponderação entre os valores em jogo que guardam cada interesse.

Essa ponderação entre os interesses públicos, primários ou secundários, e os interesses privados, num primeiro momento será realizada pelo próprio administrador, que por ato administrativo discricionário, tolherá ou não o direito individual em nome de um bem de maior relevância social. Justamente por isso é que, mesmo quando secundário, a finalidade do ato deverá necessariamente ter ligação para com a aplicabilidade de direitos fundamentais e de interesse próprio da comunidade, logo, com características de interesse público primário, sem o qual, o direito individual constitucional deve ser observado e respeitado pelo Estado. Nesse diapasão, LUIZ ROBERTO BARROSO diz que:

(...) o direito público secundário jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.²²²

²²¹ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 57-8.

²²² BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, n. 44/2003, p. 44.

Logo, podendo sim, quando relevante, sobrepujar o interesse particular sobre o interesse público. Porém, não somente o interesse público secundário deverá ser ponderado, mas também, o interesse público primário que, como dito, somente tem como característica de maior eficácia sobre o interesse secundário quando ser voltada à satisfação de direitos e interesses da comunidade, logo, da coletividade. Certamente que esse elemento faz com que o interesse público primário tenha, geralmente, maiores chances de ser vitorioso em prejuízo daquele interesse do que teria o interesse público secundário. Todavia, nada obsta que diante da ponderação que, como muito bem foi lembrado pelo constitucionalista se faz mediante os elementos fáticos e normativos relevantes para o caso concreto, seja preferível a manutenção do interesse privado.

Assim é que, na aplicação direta das leis, o próprio Estado e ainda o Estado, mediante atos da administração direta ou indireta, promove a tutela dos direitos em atividade administrativa, seja para configurar uma tutela aos direitos fundamentais de ordem coletiva, seja, ponderando valores, para resguardar a ordem constitucional do direito individual. Deve-se atentar que se trata de um conflito de valores, dos quais, os critérios objetivos de solução das antinomias, pelos critérios da hierarquia, especialidade ou cronologia, não são suficientes para suplantar o óbice. Far-se-á pela aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante a escolha pela medida que tiver relação direta de pertinência com o fim almejado, a menos gravosa, e o juízo de ponderação entre os valores conflitantes, para se dispor de um dos direitos fundamentais, também tidos por princípios constitucionais, em favor de outro, com atividade de aplicação dos

princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Daí que se pode dizer que o Estado, mediante atividade administrativa, tutela direitos, denominada *tutela administrativa*, que tem como escopo a mesma tutela dos direitos dirigida aos cidadãos pela tutela através da criação de textos normativos e da tutela jurisdicional.

Então, como diz VALDECIR PAGANI:

A tutela dos direitos se traduz na necessária proteção e garantia que o Estado deve proporcionar aos cidadãos. Essa tutela é um grande gênero, que admite variadas espécies: tutela normativa, tutela administrativa e, inclusive, a tutela jurisdicional.²²³

Finalmente a tutela jurisdicional, que na realidade é o que importa para o desenvolvimento do presente trabalho, se manifesta como espécie de tutela dos direitos que podem ser apresentadas conforme discorrido acima. Esta, a tutela jurisdicional de direitos, está intimamente ligada com a conformação do processo para com o direito material em apreço, necessitando, desse modo, uma perspectiva de vanguarda sobre o conceito de ação, que é inerente ao modo e forma de consecução das tutelas dos direitos pela atividade jurisdicional. Nesse aspecto, o conceito de ação ofertado por LUIZ GUILHERME MARINONI, parece o mais adequado à compreensão acerca das tutelas, do qual:

²²³ PAGANI, Valdecir. *Tutela específica das obrigações contratuais de fazer e não-fazer*. Dissertação para mestrado em direito pela Universidade Paranaense. 2007, p. 85.

“(...) direito à invocação do poder do Estado para que este realize a ação de direito material que ele mesmo proibiu, utilizando-se dos instrumentos processuais que devem estar adequadamente preordenados para atender ao direito material”²²⁴.

Vê-se que o direito de ação transpassou a idéia de mera abstração de direito à mobilização do judiciário, para efetiva entrega e satisfação do direito material ao sujeito de direitos, devendo o Estado promover, mediante diversas formas de tutelas jurisdicionais e técnicas de satisfação dessas tutelas, para consecução da finalidade própria da jurisdição que é, quando razão assistir ao pleito, promover a tutela do próprio direito.

Para tanto o processualista propõe classificação bastante interessante acerca das tutelas de direito e das técnicas processuais havidas para contemplar aquelas tutelas, dos quais, a reclamação constitucional se encaixa como se para ela tivesse sido criada, contemplando algumas de suas tutelas e as possíveis técnicas para consecução dos direitos a serem protegidos. Esta então, na modalidade de tutela do direito que importa para o presente trabalho, como *tutela jurisdicional* que deverá ser prestada pelo Estado quando mobilizado para tanto, mediante atividade jurisdicional. Deixa-se agora de lado as demais, e serão tratadas tão somente estas.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 62.

6.1 AS TUTELAS JURISDICIONAIS DE DIREITO – PARADIGMA DAS TUTELAS JURISDICIONAIS E TÉCNICAS PROCESSUAIS DE OBTENÇÃO DO RESULTADO – NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA VIA AO FIM PREORDENADO DE DIREITO SUBSTANCIAL

O estudo das tutelas jurisdicionais não é dos mais facilitados trabalhos, dado a larga compreensão diferenciada sobre o instituto acerca das tutelas que o poder de atividade jurisdicional auferir aos cidadãos. Mas não temos a intenção de exaurir o tema, visto que, o objetivo maior do trabalho é demonstrar a finalidade da reclamação constitucional num Estado Constitucional Sócio-Democrático de Direito.

Como já havia sido mencionado, segundo a teoria processualista de LUIZ GUILHERME MARINONI, a tutela de direito é um gênero que comporta a tutela normativa, administrativa e jurisdicional, de maneira que esta, pode ou não ministrar a tutela de direito, desde que a sentença de mérito seja de procedência. Quer dizer o mestre que a sentença de improcedência não pode albergar tutela de direito²²⁵. Expõe em sua tese que a tutela do direito somente se perfaz quando o autor está efetivamente amparado pelo direito material, não podendo o mesmo dizer acerca do réu, pois “*ele apenas se defende, pleiteando a não concessão da tutela requerida pelo autor, não há como pensar que a sentença de improcedência lhe presta tutela do direito*”

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2006, p. 260-1.

material”²²⁶. Assim, quando o julgador exprime que o autor não está amparado pelo direito material, conseqüência do qual, julga pela improcedência do pedido, não se estaria dizendo que o réu está amparado pelo direito material, mas simplesmente, que contra ele o autor não tem razão de exigir uma determinada postura.

Corroborava seu pensamento o fato de não admitir que a ação seja, em verdade, voltada contra a pessoa que tenha dever de cumprir, mediante um direito subjetivo, pois, a jurisdição visa a satisfação do direito substancial preordenado pelo direito material ao sujeito que efetivamente tenha esse direito, e não, notoriamente, a conduta do agente. É dizer que pouco se dá atenção sobre a conduta do sujeito que tem o dever de observar o direito do sujeito de direito, mas sim, entregar ao sujeito de direito aquilo que o direito material lhe garante como direito subjetivo²²⁷. A importância desse pensamento ganha relevo se for pensar em conjunto com a necessidade da sentença de procedência para que a tutela do direito exista, conforme o posicionamento do processualista paranaense. Pois, não fosse assim, mas voltado contra o agente que descumpra com a ordem de direito material consubstanciado no direito subjetivo do sujeito de direito, não se poderia pensar que a sentença de improcedência não tutela direitos, quais sejam, direitos do réu.

Nessa mesma perspectiva parece pensar JÔNATAS LUIZ MOREIRA DE PAULA quando conceitua a tutela jurisdicional como “*pronunciamento*

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2006, p. 261.

²²⁷ Ibid., 2006, p. 136.

estatal sobre o litígio posto ao conhecimento do Poder Judiciário”²²⁸, por não ser acertado associar a idéia de tutela jurisdicional para com proteção jurisdicional, sendo que, aquela, se ministra com o provimento jurisdicional do julgador, sem a necessidade de se atrelar a este a proteção processual ao direito substancial preordenado, aí sim, persistindo a tutela jurisdicional de direito²²⁹.

Análogo a esse posicionamento, ACELINO RODRIGUES CARVALHO²³⁰ e VALDECIR PAGANI²³¹. Não obstante, aquele tem um posicionamento diferenciado. Diz o professor sul mato-grossense que a tutela jurisdicional é negada ao sucumbente, de forma que, a tutela jurisdicional corresponde à tutela do direito, porém, diferentemente da posição de LUIZ GUILHERME MARINONI, para corresponder a tutela jurisdicional, esta sempre será efetivamente a proteção jurisdicional do direito subjetivo, porém, o será, caso a caso, para qualquer das partes, ou seja, quando da sentença de improcedência, o réu é que terá recebido a tutela jurisdicional adequada de seu direito. Apesar de tanto inacabado, o processualista enterra semente para se desenvolver as hipóteses em que as sentenças de improcedência possam prestar a tutela de direito ao réu, mas não somente no sentido de protegê-lo contra a pretensão de tutela de inexistente direito do autor, mas

²²⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Leme: Led, 2001, p. 100.

²²⁹ Expressão que não é do autor, mas que fica clara quanto ao seu conteúdo análogo à “proteção jurisdicional”.

²³⁰ CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Substituição processual no processo coletivo*. Um instrumento de efetivação do estado democrático de direito. São Paulo: Pilçares, 2006, p. 98.

²³¹ PAGANI, Valdecir. Op. cit. p. 85.

também, para exercer efetivamente o direito que lhe fora outorgado, se à sentença puder estar, ou esteja, agregado características de executividade.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE tem pensamento diferenciado, no que tange à consecução da tutela jurisdicional, estando “*reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material*”²³². Ou seja, há uma confusão entre o que seja a tutela do direito e a tutela jurisdicional propriamente dita. Nesse mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²³³.

Todavia, BEDAQUE curiosamente menciona que o escopo do processo é a tutela, “*seja da situação material do autor, seja do réu*”²³⁴, pois a tutela jurisdicional é análise do fenômeno processual sob o ângulo de quem tem razão. Logo, aparentemente o mesmo pensamento de ACELINO CARVALHO, pois sustenta que para um ou para outro, a tutela jurisdicional como tutela de direito, desde que a sentença verse sobre o mérito da causa, será prestada pelo Estado.

O problema que se pode visualizar nesse sentido é que, se o Estado, mediante atividade judiciária, promove a tutela jurisdicional, sendo esta, a tutela de direito defendida por MARINONI, à parte que tenha razão, seja ela qual for, estaríamos diante de um reconhecimento do direito subjetivo do

²³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de processo*. São Paulo, n. 81 (jan/mar), 1996, p. 66.

²³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 28.

réu, seja ele qual for, e não como expressa o processualista paranaense, como mera negação à pretensão sem razão do autor.

Então vemos que a lei 11.232/2005 introduziu ao Código de Processo Civil o artigo 475-N relacionando o que deverá ser considerado como títulos executivos judiciais, em seu inciso I, indicando como tal a sentença que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. Nesse sentido, se observa que dentre o rol de títulos executivos judiciais já não está tão somente a sentença condenatória, mas também, as sentenças meramente declaratórias, desde que reconheçam todos os elementos necessários para caracterizar uma obrigação. Assim, ao arrepio daqueles que entendem ter sido um mero desacerto legislativo o inciso I do dispositivo processual, pois ali deveria estar descrito a sentença condenatória²³⁵, poderia se considerar que, como a tutela jurisdicional do direito quando da improcedência é auferida ao réu, desde que a sentença de improcedência reconheça a obrigação do autor cumprir determinado direito do réu, este poderá promover o cumprimento de sentença contra aquele.

Por isso, a discussão acerca de saber se a tutela jurisdicional existe ou não independentemente da presença de tutela dos direitos, ou se esta é a própria tutela jurisdicional, nada ou muito pouco acresce ao desenvolvimento da doutrina. O que importa, na realidade, é saber se a

²³⁵ Pensamento, por exemplo, de Araken de Assis, que praticamente praticamente não alterou de uma edição para outra o rol dos títulos executivos judiciais em sua obra de excelência sobre a execução civil, questionando a omissão indevida do nome da sentença condenatória no inciso I, do art. 475-N do CPC, mesmo assim, devendo ser entendido como tal. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 147; Id., *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 167).

tutela do direito, jurisdicional propriamente dita ou não, é auferida ao réu quando inexistir o direito ao interesse pretendido do autor. Assim, se, na perspectiva de MARINONI de que existe tutela jurisdicional independentemente da tutela de direito, ou seja, existe tutela jurisdicional seja qual for o resultado do provimento jurisdicional, mas não tutela jurisdicional de direito quando o provimento for de improcedência, ou ainda, diante da perspectiva de que não há tutela jurisdicional (tutela de direito) ao que não tem razão, mas há para aquele que esteja amparado pelo direito material, seja autor ou réu, grande diferença pode resultar.

Num primeiro momento, razão assiste ao MARINONI e JÔNATAS ao dizer que a tutela meramente jurisdicional independe da tutela de direito propriamente dita. A tutela jurisdicional é realizada a todo o instante no processo, resguardando as partes pelo devido processo legal, o contraditório, a livre manifestação enfim, está evidenciando uma atividade jurisdicional de proteção aos direitos constitucionais das partes de levarem ao judiciário suas pretensões e interesses. Assim, a atividade jurisdicional protetiva, como tutela jurisdicional, está presente, mesmo inexistindo qualquer provimento jurisdicional. Porém, a tutela de direito somente é atingida com o provimento de mérito da causa, com exceção, é claro, da antecipação da tutela, que resguarda requisitos próprios para a possibilidade de reversão da medida.

Muito embora se entenda nessa perspectiva, num misto dos posicionamentos, o réu auferir tutela de seu direito com a improcedência da pretensão do autor. Ora, se o réu auferir tutela de seu direito mediante a

sentença de improcedência, não há como se afastar da idéia de que o mesmo possa exigir o cumprimento de seu direito no próprio processo intentado contra ele.

Assim ensina JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, que:

Note-se que o inc. I do art. 475-N do CPC exige, para que esteja diante de título executivo, que a sentença reconheça a existência de obrigação. Não exige a norma jurídica que se esteja diante de sentença declaratória de procedência, necessariamente. Pode ocorrer, assim, que seja movida ação declaratória de inexistência de dívida e que o pedido seja julgado improcedente e, caso a sentença de improcedência proferida em tal ação reconheça, expressamente, a existência da obrigação, pensamos que, também neste caso, terá se formado o título executivo.²³⁶

Entretanto, LUIZ GUILHERME MARINONI não deixa dúvidas quanto à sua coerência científica sobre a questão. Apesar de não falar expressamente que ao réu, nessa perspectiva, não teria direito ao desenrolar por cumprimento de sentença do direito ao crédito reconhecido na sentença de improcedência contra o autor da ação, expõe que, para tutela pecuniária, se faz necessária a presença da sentença condenatória, ou claro, do título executivo extrajudicial, em palavras de sua obra que vale transcrever:

A sentença executiva não decorre da estrutura do direito material tutelado, mas sim do sistema de execução em que se insere, o qual confere ao juiz poder para determinar a modalidade executiva necessária à situação de direito substancial e ao caso concreto, visando a tutela na forma específica. De modo que não se aceita, nesse instante, a tese de Satta e Ponte de Miranda, que define a sentença executiva a partir da estrutura do direito tutelado, negando

²³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2006, p. 167.

sentença executiva aos direitos dependentes de prestações, ou melhor, às obrigações.

Não há dúvida que a concentração dos poderes do juiz importa especialmente para a efetividade das tutelas inibitória e de remoção do ilícito e da tutela do direito e da tutela do direito real, as quais não exigem prestações do demandado. Entretanto, não há como negar que esse mesmo sistema executivo também se aplica às sentenças cujo implemento depende do cumprimento de obrigação contratual ou de ressarcimento do dano na forma específica. Em resumo: de acordo com o art. 475-N, a obrigação de pagar quantia é tutelada mediante sentença condenatória, mas as obrigações de não fazer, fazer e de entregar coisa podem ser tuteladas mediante sentença mandamental ou sentença executiva. A sentença condenatória apenas tutela obrigação de pagar, enquanto as sentenças mandamental e executiva podem tutelar somente obrigações de não fazer, fazer ou entregar coisa.²³⁷

Vê-se então que para esse processualista, deve-se atender as exigências para prolação da sentença condenatória, mandamental ou executiva, de acordo com as tutelas a serem promovidas pelo Estado, sem o qual, a tutela do direito não será prestada. Logo, ao réu, não sendo prolatada sentença condenatória contra o autor, não poderá exercer seu direito de plano no mesmo processo, devendo, para tanto, iniciar novo conflito jurisdicional para promover a tutela de seu direito.

Todavia, a própria lei processual traz exemplos de posicionamento contrário ao mestre paranaense. Em que pese a necessidade de haver sentença condenatória para a configuração de título hábil para o cumprimento da sentença, ou mesmo, mandamental ou executiva para entrega de coisa ou obrigação de fazer ou não fazer, em situações pontuadas poderão ocorrer a inversão de pólos, onde, a sentença de

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 118.

improcedência fará título executivo contra o autor, implicando assim, numa tutela do direito do réu de se ver satisfeito o seu direito subjetivo.

Esse fenômeno estampado, no artigo 811 do Código de Processo Civil, do qual, em seu parágrafo único dispõe que a indenização devida pelo autor ao réu pelos prejuízos que este sofreu decorrentes do processo cautelar manejado por aquele, será liquidado nos próprios autos de ação cautelar, obviamente também, executados. Vê-se então que, mesmo diante de uma sentença de improcedência, o réu aí tem a perspectiva de se ressarcir dos prejuízos advindos do processo de cautelar que não lhe deveria ter sido imposto.

Pode-se argüir que, no caso, estar-se-ia falando de situação do quão o direito subjetivo do réu não se caracteriza propriamente pelo direito substantivo, mas sim, decorrente dos prejuízos endoprocessuais havidos, pelos quais, não se faria sentido uma nova ação para se ressarcir dos danos. Mas também, o sistema processual não deixa dúvidas que mesmo nos moldes de direito material alheio ao procedimento que deu causa a indenização, pode-se ainda haver satisfação. É o que se extrai do §2º do artigo 899 do Código de Processo Civil, que diz respeito à ação de consignação em pagamento, pelo que, reconhecida na sentença a insuficiência do depósito realizado pelo autor para quitação da obrigação pecuniária perante o réu, a sentença valerá como título executivo para o réu manejar o cumprimento de sentença para satisfação da diferença do valor pecuniário a que tem direito. Mesmo assim, a sentença será de improcedência, dado que, uma das alegações possíveis do réu contra a

pretensão do autor é justamente a insuficiência do depósito, devendo, para tanto, indicar o valor montante do débito e provar que o é devido.

Vê-se, enfim, que ao contrário do que se afigura como possível vínculo de condenação com a sentença não é exatamente a procedência da mesma, mas sim, a caracterização de executividade do provimento que, de procedência ou de improcedência, desde que atrele esta executividade, poderá ser tutela do direito do réu no próprio processo.

O que é realmente necessário observar é que a figura das tutelas compreendidas à vista da conformação do processo para com os direitos materiais, isto é, o processo observado ao viés das necessidades do direito substancial, é essencial para se falar na efetividade do processo.

Para que seja considerado efetivo o processo, não se faz hábil tão somente o provimento jurisdicional, seja qual for o resultado, mas sim, a efetivação dos direitos preordenados no direito substancial, satisfazendo ao pleiteante que tem amparo no direito material, receber aquilo o que teria sem a necessidade da tutela jurisdicional. Enfim, enxergar a efetividade do processo sem os anseios do direito material, é o mesmo que nada enxergar, pois a efetividade do processo somente se dá com a plena eficácia dos direitos substanciais.

6.1.1 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade para escolha da tutela jurisdicional de direito e técnicas processuais hábeis para consecução do fim almejado

DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR tratou da matéria sob o ângulo da tutela mandamental, mas nesse diapasão disse que:

A preocupação com eficácia está na ordem-do-dia da doutrina jurídica. A busca do ordenamento jurídica eficaz não segue o caminho da mera previsão abstrata de direitos, mas passa pela efetiva tutela deles, devendo-se, para aferir o grau de eficiência do sistema, verificar a distância entre as normas e a realidade.²³⁸

E tem razão o pensador. Para que se entenda efetivo o processo, o direito material é que deve ser atendido, mediante perspectiva da instrumentalidade do processo, ou seja, visto o processo como o meio pelo qual se alcançará a efetiva tutela de direito. Desatrelado ao direito material, nada representa a figura do processo. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE diz que:

O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência.²³⁹

²³⁸ JUNIOR, Delosmar Mendonça. A tutela mandamental: manifestação da efetividade do processo. LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 411.

²³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 65.

No mesmo sentido, o mesmo processualista em outra de suas obras, infere que:

Se o processo tem natureza pública, especialmente porque visa a alcançar objetivos de interesse público, importante encontrar meios aptos a permitir que a relação processual desenvolva-se da maneira mais adequada possível, possibilitando que o resultado seja obtido de forma rápida, segura e efetiva. Para tanto, a eliminação de formalidades inúteis constitui dado a ser levado em conta pelo legislador na regulamentação da técnica processual.²⁴⁰

Se nessa perspectiva, todos têm direito à ação adequada à tutela jurisdicional no interesse de mobilizar o Estado para que promova a proteção de seu direito subjetivo, é que, “a ação adequada deve ser construída no caso concreto, ou seja, a partir da pretensão à tutela jurisdicional do direito e da sua causa de pedir”²⁴¹.

É utópico pensar na ação adequada ao direito material única, como é utópico imaginar todas as situações possíveis de acordo com as relações jurídicas existentes para se prever todas as modalidades de ações e procedimentos hábeis para consecução das tutelas de acordo com cada tipo de direito material. Assim é que a ação visando a tutela jurisdicional dos direitos deve se amoldar à relação jurídica existente para suplantar o tecnicismo processual e efetivar, eficazmente, o direito subjetivo. Para tanto, LUIZ GUILHERME MARINONI escreve que:

²⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 259.

Se o direito do autor deve ser efetivamente protegido, a técnica processual capaz de lhe outorgar tutela poderá interferir de forma mais, ou menos, incisiva sobre a esfera jurídica do réu, e por isso o poder do juiz, nessa perspectiva, não pode deixar de ser controlado por meio das sub-regras da adequação e da necessidade.²⁴²

Se a tutela jurisdicional deve ser realizada mediante observância das regras da adequação e da necessidade, vislumbra-se aí, no mínimo, a presença de dois dos três sub-princípios do princípio da proporcionalidade, do qual, interessante se faz pequena análise.

O sopesamento das tutelas e técnicas voltadas para a satisfação do direito substancial, deve ser levantado de acordo com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que resultará na escolha das medidas a serem efetuadas em busca da tutela do direito.

No dizer de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, o princípio da proporcionalidade é o que se apresenta de mais novo na teoria do direito constitucional, considerando esse constitucionalista como o princípio dos princípios, como verdadeiro cânone da defesa e relacionamento dos direitos fundamentais que devem coexistir em âmbito de princípios constitucionais²⁴³. Ou ainda, concomitantemente, instrumento essencial para defesa dos direitos fundamentais, quando decorrência de conflitos principiológicos que podem ser observados e somente solucionados

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2004, p. 236.

²⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 269.

mediante sopesamento de aplicabilidade de ambos preceitos para fins de resguardá-los²⁴⁴.

Num primeiro momento, o princípio da proporcionalidade, de berço prussiano, tem como escopo limitar o poder do monarca, isto é, proteger os direitos fundamentais dos abusos praticados pelo Estado, mediante atividade de ponderação de valores, atendidos as sub-regras pré-fixadas para a proporcionalidade. Tal, tem conteúdo próprio, ou seja, não depende na verdade de inferência de outros princípios para sua própria existência, mas sim, com destinação própria de processo constitucional de valoração dos princípios, com conteúdo de adequação, necessidade, também denominado por GUERRA FILHO de exigibilidade, e por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado pelo mesmo doutrinador de “máxima do sopesamento”²⁴⁵, tendo, na visão de PAULO BONAVIDES, fundamento jurídico no princípio do Estado Social-Democrático de Direito, por ser garantia constitucional que, apesar de não escrita, decorre evidentemente desse prisma²⁴⁶. Nesse mesmo sentido,

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

²⁴⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. RODRIGUES, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 407-8.

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398.

SUZANA DE TOLEDO BARROS²⁴⁷, WILSON ANTÔNIO STEINMETS²⁴⁸ e GISELE SANTOS FERNANDES GOES²⁴⁹.

HUMBERTO ÁVILA entende a proporcionalidade não como um princípio, mas como um postulado normativo. Enquanto a doutrina constitucional tem implicado às normas duas modalidades, a de regras e princípios²⁵⁰, para ÁVILA, as normas superaram-se de seu âmbito para adentrar num universo das metanormas, de forma que, entre elas, também são presentes os chamados postulados normativos, que têm como escopo, o relacionamento entre as demais normas de direitos, sendo estas, os princípios e as regras. Isto é, o princípio da proporcionalidade não seria um princípio propriamente dito, logo, uma norma jurídica como tal, mas sim, apesar de norma, um postulado, pois não é adequada ao que se caracteriza como princípio²⁵¹. Princípio ou postulado normativo, não interessa o posicionamento para o presente trabalho. O que importa, em verdade é que um ou outro, a proporcionalidade terá os mesmos objetivos e

²⁴⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 94-5.

²⁴⁸ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão dos Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 167.

²⁴⁹ GOES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 73.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 e ss; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p, 1255; DWORKIN, Robert. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35 e ss.

²⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p, 88-113.

a mesma atuação como critério de solução de conflitos dos direitos fundamentais.²⁵²

O princípio da proporcionalidade é dotado, enfim, de três sub-regras que devem ser aplicadas para a escolha da medida que albergue uma ponderação mais estreita para com a ordem constitucional: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Para CARLOS BERNAL PULIDO, jurista espanhol que certamente escreveu a obra mais completa acerca do princípio da proporcionalidade, sobre o princípio da idoneidade, como ele denomina a adequação, “*toda intervención em los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*”²⁵³.

Em suma, o sub-princípio da adequação tem como escopo escolher qual medida tem a eficácia própria, desde que constitucionalmente legítima, de alcançar a finalidade almejada pelo intérprete. É saber se, daquele ato do qual se está questionando a constitucionalidade, é legítimo e logicamente hábil a produzir os efeitos pretendidos.

²⁵² Mesmo assim, parece que postulado normativo não seria mais adequado ao princípio da proporcionalidade, de maneira que, critério que tem como finalidade a solução de conflitos entre direitos fundamentais que, não raro, são tidos também como princípios constitucionais, causa, no mínimo, certa parcimônia ao dizer que algo que não seja um meta-princípio, poder se impor com meios de escolha de aplicação entre um conteúdo ou outro principiológico para solução do caso em concreto. Por isso, apesar de ser preferível não adotar posicionamento sobre esse aspecto pois é questão de relevo secundário para o presente trabalho. Então, adota-se ainda a denominação de “princípio da proporcionalidade”.

²⁵³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2005, p. 689.

Já sobre o sub-princípio da necessidade:

(...) toda medida de intervención em los derechos fundamentales debe ser la más benigna com el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.²⁵⁴

Isto é, entre todas as medidas idôneas para alcançar o objetivo do ato que intervém sobre o direito fundamental, deve-se afastar aquelas que detenham maior grau de intervencionismos, ou seja, entre uma medida que tolha mais e outra que tolha menos o exercício o direito fundamental, deve-se manter como apta a última.

E, finalmente, sobre o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ainda segundo CARLOS BERNAL PULIDO, “*a importancia de la intervención em el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa*”²⁵⁵. Logo, chega-se ao momento propício de ponderar o valor do direito fundamental que será realizada a intervenção, para com o fim proposto para tal. É uma análise de peso entre os valores constitucionais. Há quem o denomine de princípio da razoabilidade, como DOUGLAS YAMASHITA²⁵⁶, não esclarecendo, porém, sua posição quanto a referida questão. Diz-se porque em nenhuma das demais doutrinas sobre o assunto,

²⁵⁴ PULIDO, Carlos Bernal. Op. cit., p. 736.

²⁵⁵ Ibid., p. 759.

²⁵⁶ YAMASHITA, Douglas. Controle de constitucionalidade das medidas provisórias à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 24, p. 217.

foi expresso que o princípio da razoabilidade estaria abrangido pelo da proporcionalidade, mas sim, seria outra forma de critério para solução de conflitos entre princípios ou direitos fundamentais. Mas a idéia é, no mínimo, interessante. Aparentemente, o conteúdo do último sub-princípio do princípio da proporcionalidade seria mesmo uma aplicação do bom senso. Ou seja, um sopesamento entre o meio e fim, por sinal, relação essencial para caracterização própria de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

Pois bem. Sem querer, obviamente, exaurir o tema da proporcionalidade, e o esboço acima está bastante longe disso, mas somente para demonstrar aspectos gerais acerca do mesmo, proposta que se faz, na verdade, é expressar aquilo que não fora expressado por MARINONI, mas que, claramente, é de sua atitude já, ampliar a dimensão de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a consecução das tutelas jurisdicionais de direito, e escolher entre as quais satisfazem o direito substancial, assim como, às técnicas a serem utilizadas para obtenção desse resultado. Isso, pois, o princípio da proporcionalidade, como doutrina bastante recente em nosso sistema, promete ainda ser ampliado a róis de aplicabilidade no ordenamento ainda inimaginável, no que, em trabalho específico sobre o assunto, JOSÉ EDUARDO SUPPIONI DE AGUIRRE menciona que: *“sua presença no processo civil e suas possibilidades de aplicação nesse âmbito não estão definitivamente investigadas. Pouco a pouco, a doutrina e a jurisprudência vêm detectando*

sua influência nesse espaço”²⁵⁷. Entre os vieses ainda praticamente não investigados, estariam justamente a escolha das modalidades tutelares e das técnicas processuais adequadas para obtenção do resultado preordenado do direito substancial.

Isso, pois, o princípio da proporcionalidade tem como finalidade justamente albergar e conferir ao direito fundamental a sua máxima efetividade, entre eles, o direito à efetividade do processo, no qual, pode-se utilizar da via deste princípio para se atuar a tutela pleiteada, mesmo porque, a tutela jurisdicional de direito é ligada diretamente ao direito material que se pretende implementar com a proteção jurisdicional, mas a técnica, é de escolha do juiz, e não, da parte propriamente dita, pois a esta, o interesse é de que obtenha a satisfação de seu direito subjetivo, e como a finalidade é justamente esta, verifica-se hábil a observância da proporcionalidade. Nas palavras de HUMBERTO ÁVILA:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso, devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva de direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ser utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito).²⁵⁸

Tendo em vista que o direito de ação é direito à tutela do direito substancial, e por ser direito fundamental, e que, as tutelas devem ser

²⁵⁷ AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 167.

²⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 113-4.

ministradas de acordo com a adequação e necessidade de cada qual para se atingir a satisfação do direito, implica-se aí na aplicação adequada do princípio da proporcionalidade para se determinar as tutelas jurisdicionais a serem promovidas, pois, de acordo com o caso concreto, se poderá, desde o início, por óbvio, afastar a eleição de determinadas modalidades de tutelas ou técnicas processuais para se auferir o fim almejado, qual seja, dar ao sujeito de direito material exatamente, ou por equivalência, aquilo a que tem direito nos moldes de seu direito subjetivo, preferencialmente, por tutela específica.

6.1.2 As tutelas jurisdicionais de direito e as técnicas processuais para obtenção do resultado preordenado no direito substancial – a classificação na visão, *a priori*, de LUIZ GUILHERME MARINONI

Como outras vezes já mencionado, a temática contemporânea do processo civil tem como escopo defini-lo da forma que melhor produza o resultado prático do direito material, como modelado pelo ordenamento vigente, ou seja, tutelar propriamente o direito substantivo, portanto, o caráter instrumental do processo. Para tanto, passa-se a discutir a classificação das tutelas e técnicas processuais havidas para implementar esse fim. Classificação esta que tem como objetivo suplantar os óbices à finalidade precípua do processo para uma melhor compreensão, já que, a sistemática adotada, não raramente, levava a experiências conflitantes com

o intuito máximo do processo. Assim é que LUIZ GUILHERME MARINONI dispôs que:

Os doutrinadores do direito – e não apenas os processualistas – imaginam que a classificação elaborada por doutrina de prestígio é verdadeira, e por essa razão deve ser mantida intocada para sempre. Acontece que, como já dito, na existe classificação verdadeira ou falsa, mas sim classificação capaz de agrupar vários fenômenos com particularidades comuns, de modo que nenhum deles perca identidade e significação.

Ora, não é porque uma classificação, há várias décadas, constituía uma forma adequada para explicar as várias sentenças que, com anos depois, diante de novas realidades, ela poderá explicar as novas técnicas de prestação de tutela jurisdicional dos direitos (ou seja, as sentenças) e os valores nela impregnados.

Isso não significa qualquer contestação à antiga classificação das sentenças, até porque ela estava perfeita quando formulada – e apenas nessa perspectiva deve ser analisada -, mas somente a constatação de que o surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e estes, por consequência absolutamente lógica, deve dar origem a uma nova classificação

A menos que se pense que os novos fenômenos é que têm de se adaptar às classificações, como se estas fossem dotadas de força perene. Porém, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo que imaginar que a realidade é imutável. Portanto, é fácil concluir que não são as novas realidades que têm que ser encaixadas nas classificações. Ao contrário, as novas realidades, para que possam ser adequadamente explicadas, devem gerar novos conceitos e classificações.²⁵⁹

Apesar de longa, premente a citação para demonstrar que o próprio processualista já não tem mais paciência para explicar e re-explicar sua posição acerca de suas proposições aos demais pensadores que não compreendem que a classificação trinar das sentenças como técnicas ou mesmo propriamente ações, já não está tão adequado ao novo processo civil, pois devem ser pensadas por novos paradigmas, pelas novas realidades que o direito enfrenta cotidianamente. Mas como o próprio

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2007, p. 96-7.

paranaense menciona, classificação é útil ou inútil. Adere ou não de acordo com as próprias convicções do pensador. E aqui, adota-se sua classificação de tutelas jurisdicionais e técnicas do processo, com algumas colocações.

Mas para tanto, é de se destacar que a classificação proposta por MARINONI tem como premissa, a compreensão de que o ilícito é inegavelmente independente do dano, de que este possa decorrer ou não daquele, o que vale algumas palavras.

6.1.2.1 A independência do dano para que persista o ilícito e seus efeitos

O processo civil clássico, há muito, confundia a extensão do dano para com a configuração do ilícito, mantendo em sua órbita, a tutela pela restauração do dano diante de sua prática, dando por satisfeita a contemplação pelo equivalente ao direito violado. Nesse diapasão, interessante colocação de PAULO ROBERTO DE SOUZA:

Quando se afirma que o processo civil clássico caracterizava-se pela universalização da tutela ordinária, sob matriz da tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, constatam-se, aí, duas situações extremamente importantes para a temática da efetividade da tutela jurídica: nesse modelo processual, constatava-se a identificação da categoria do ilícito com a categoria do dano. Por essa razão, compreende-se como regra, nesse modelo, uma tutela voltada contra o dano e não contra o ilícito. Por isso, qualquer forma de tutela voltada contra o ilícito implicava numa ruptura com o paradigma da ordinariedade, o que

remetia para a construção de uma tutela diferenciada. Essa a razão pela qual, em determinadas espécies de tutelas diferenciadas, o problema do isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano era algo inevitável. Nos demais casos, em que prevalecia o modelo de tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, o isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano era irrelevante, pois prevalecia um dogma originário do direito romano, de que a tutela de reparação é a única forma de tutela contra o ilícito.²⁶⁰

O processualista tem razão, e continua no mesmo raciocínio a relatar que LUIZ GUILHERME MARINONI alerta que deve haver clareza quanto à negação da doutrina brasileira sobre a diferenciação de ilícito e dano, já que, com escólio da doutrina de ORLANDO GOMES, do qual “*sem dano, não há ilícito*”²⁶¹, de forma a estabelecer o dano como elemento essencial para configuração do ato ilícito. Em verdade, neste aspecto, deve-se promover certa defesa dos pensadores civilistas, não sobre o acerto de lecionar a essencialidade do dano para caracterização do ato ilícito, mas sim, exatamente por não dizerem isso. É que, pelo que parece, sofreu interpretação errônea tal doutrina pelos pensadores do processo civil que, não raras vezes, têm a impassível mania de estudar a ciência processual em indiferença total a todo resto do mundo, o que leva a verdadeiras incompreensões, ou mesmo, uma interpretação errônea do próprio diploma civil.

ORLANDO GOMES em sua obra, como exemplificação, estuda o dano no âmbito da necessidade de reparação deste ocorrido em decorrência do ato ilícito, o que, em verdade, é bastante diferente de dizer que sempre no

²⁶⁰ SOUZA, Paulo Roberto de. Op. cit., p. 67.

²⁶¹ GOMES, Orlando. *Curso de direito civil*. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 543.

ato ilícito deverá estar caracterizado o dano para tutela do direito violado. Ora, ele não falava de processo civil e obtenção da tutela adequada, mas de direito civil e sobre a reparação do dano.²⁶²

Essa forma de pensar o ilícito atrelado sempre à necessidade de existência do dano, provavelmente surtiu da leitura desavisada do artigo 159 do antigo Código Civil, do qual, em seu texto, dizia que pratica o ato ilícito aquele que causa um dano. Igualmente, o artigo 186 do atual diploma cívico, dispõe praticamente o mesmo, tão somente, modificando a necessidade de se cumular a aplicação com o disposto em outro dispositivo legal do mesmo código para a conformação de direito ao ressarcimento do prejuízo. Todavia, novamente deve-se dizer que o erro não está, dessa vez, no texto legal, mas na leitura desatenta, em entender que todo ato ilícito depende do dano e não que, a prática do ato ilícito decorrente da causação de dano é uma modalidade de ato ilícito, ou seja, aquele que causa o dano, pratica ato ilícito, todavia, outros atos ilícitos poderão ser praticados independentemente da caracterização do dano.

Assim, não porque algum processualista o tenha dito, mas se disse, a crítica aos civilistas ou mesmo ao legislador de 1916 de confundir ato ilícito com dano não é verídica, como disse JESUS CRISTO: “*por que vês tu o argueiro no olho de teu irmão, porém não reparas na trave que está no teu próprio?*”²⁶³, sendo exatamente este o caso.

²⁶² GOMES, Orlando. Op. cit., p. 542.

²⁶³ Mateus, capítulo 7, versículo 3. *Bíblia de Estudo de Genebra*. São Paulo: Cultura Cristã, 1999, p. 1.109.

Mas há de não ser confundido um ao outro, pois “*atos ilícitos são os atos contrários a direito, quase sempre culposos, porém não necessariamente culposos, dos quais resulta, pela incidência da lei e ex lege, consequência desvantajosa para o autor*”²⁶⁴, enquanto que, o dano é o prejuízo causado, essencial para a reparação por responsabilidade civil²⁶⁵, mas não para qualquer modalidade de tutela ao direito substantivo.

Essa distinção é fundamental. O direito não pode ser sucedâneo de instrumento originário meramente de reparações aos prejuízos sofridos, mas também, proteção contra a própria violação do direito material. Como espeque: “*o mero ressarcimento pela conduta antijurídica, torna o regramento jurídico um comércio de condutas, onde o sujeito disposto, poderá praticar quantos ilícitos puder pagar pelo equivalente*”²⁶⁶.

Assim é que, as tutelas do direito voltadas ao plano de direito material, independem necessariamente da condição de implementação do dano que pode ser resultado do ato ilícito, mas não o é essencial. Essa diferenciação desperta na obtenção da classificação das tutelas jurisdicionais do direito que MARINONI expressa, pois são voltadas à separação entre a ocorrência do ilícito e a ocorrência propriamente do

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op. cit., 1999, p. 139.

²⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 572.

²⁶⁶ BRIDA, Nério Andrade de. Tutelas contra o ilícito em contratos bancários: a ilegalidade da cláusula penal que estabeleça multa moratória acima de dois por cento do valor da prestação. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*. Umuarama, vol. 9. n. 1. 2006, p. 221.

dano. Assim, há tutelas que o são contra o ilícito, outras o são contra o dano.

6.1.2.2 A classificação das tutelas jurisdicionais de direito e das técnicas processuais – sentenças satisfativas e não satisfativas

Se o processo civil contemporâneo tem como premissa a obtenção do resultado preordenado de direito substancial, é claro que sua observação deve ser realizada mediante as premissas fixadas também, e principalmente, pelos direitos materiais. Nessa perspectiva, é necessária não somente uma nova classificação das tutelas jurisdicionais de direito, mas também, das sentenças que discriminam as técnicas processuais adequadas para aferição dessas tutelas²⁶⁷.

Isso porque, as tutelas jurisdicionais do direito que, como dito alhures, segundo MARINONI, compreendem as sentenças de procedência, porém, não podendo se confundir uma com as outras, ou seja, tutela jurisdicional de direito com técnica processual, como disse em sua obra:

Se a tutela objetiva satisfazer as necessidades do direito material, e assim o desejo da parte que vai ao Judiciário, é evidente que ela não pode ser confundida com a técnica processual ou com as sentenças. A técnica processual, aí incluídas as sentenças, deve estar estruturada de modo a

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 434.

permitir a efetiva proteção (tutela) das variadas situações de direito substancial²⁶⁸

Na classificação das tutelas jurisdicionais de direito e das técnicas processuais, para esse processualista, imperioso, como já visto, a distinção entre o ato ilícito e o dano que pode ser causado pela violação do direito, de forma que, as tutelas jurisdicionais dependem da identificação de cada qual para poder figurarem com objetividade pela proteção contra a violação do direito subjetivo.

Então temos as tutelas voltadas contra o ilícito, propriamente dito, e as tutelas voltadas contra o dano decorrente do ato ilícito, pois as tutelas se classificam pelo que efetivamente faz para atender ao direito material violado, e não somente em razão da espécie do efeito jurídico declarado, pois a preocupação é voltada a proporcionar a entrega da tutela jurisdicional do direito, e para isso, as técnicas processuais possíveis para efetivação dessa tutela são meios hábeis para tanto.²⁶⁹

Direto ao ponto, LUIZ GUILHERME MARINONI classifica as tutelas jurisdicionais do direito, com a sentença de procedência, como: a) tutela ressarcitória na forma específica ou pelo equivalente; b) tutela reintegratória ou de remoção do ilícito²⁷⁰; c) tutela de entrega e de restituição da coisa; d) tutela específica do adimplemento da obrigação

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2003, p. 435.

²⁶⁹ Ibid., p. 2003, 449.

²⁷⁰ Interessante observar que o autor considera como sinônimas as tutelas reintegratória e de remoção do ilícito, fator que, num primeiro aspecto, se discorda como será percorrido ainda nesse item.

contratual de fazer; e) tutela específica do dever legal de fazer; f) tutela inibitória, também incluídas as tutelas voltadas ao ilícito continuado.²⁷¹

Vê-se que cada uma das tutelas tem como diferenciador básico a relação com o ato ilícito ou com o dano. Assim, a tutela voltada contra o dano, pode-se dizer, é a tutela ressarcitória, do qual, pode ser na forma específica ou pelo equivalente.

Com efeito, a tutela ressarcitória tem como escopo restaurar a condição anterior ao prejuízo sofrido pelo sujeito de direito. Logo, nesta, apesar do ato ilícito ser relevante para a caracterização da responsabilidade do sujeito de reparar, é o dano que é o objeto próprio para a satisfação da tutela. Ela pode ser pelo equivalente ou na forma específica. Como o direito tem como finalidade objetiva a satisfação do próprio direito violado, dever-se-á sempre preferir o ressarcimento na forma específica, ou seja, a reparação exatamente daquilo que foi prejudicado. É o exemplo de empresa que, em atitude ilícita, decompõe parte de reserva florestal, do qual, poder-se-á auferir a reparação do prejuízo ambiental reflorestando a área ou outra análoga. Ou ainda, sujeito que, praticando ato ilícito violador do direito à honra da pessoa, profere nota de desagravo público à vítima, reparando publicamente o dano causado.

Todavia, situações há em que se torna imperativo à reparação pela equivalência do direito violado, pelo qual, geralmente se faz através da condenação em indenizar a vítima pelo dano que lhe foi causado.

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2003, p. 474.

As demais tutelas, são voltadas contra o ilícito, de forma que, apaz ao presente trabalho, as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito.

Em suma, para a caracterização e diferenciação de uma à outra, leva-se em consideração o momento da prática do ato ilícito. A tutela de remoção do ilícito pressupõe a ocorrência do ilícito, ou seja, que o ato violador do direito já tenha ocorrido e se consumado no tempo. Logo, a tutela visa exatamente retirar do mundo jurídico os efeitos que o ato ilícito produziu ou continua produzindo. Fala-se, assim, em eficácia continuada do ato ilícito.

Num primeiro momento não se discute acerca do dano, sendo sua cognição completamente impertinente ao objeto do processo. Nas palavras de MARINONI:

Ora, se a norma objetiva dar tutela ao direito, impedindo certa conduta, ela foi editada justamente porque a sua prática pode trazer danos, e por isso deve ser evitada. Assim, ampliar a cognição das ações inibitória e de remoção do ilícito, viabilizando a discussão do dano, é o mesmo que negar a norma jurídica. Em outros termos: caso o réu pudesse negar a norma, afirmando que sua conduta não produziria dano, a norma não teria significação alguma. Do que adiantaria a norma proibir uma conduta, por entendê-la capaz de produzir dano, se o procedimento judicial abrisse oportunidade à discussão do que foi nela pressuposto?²⁷²

Todavia, o próprio destaca uma situação interessante, pois na mesma obra dispõe que:

“No caso em que o ilícito não produziu dano e não abre margem para a sua produção, não há sequer razão para a

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2004, p. 274-5.

ação de remoção do ilícito. Apenas quando o ilícito se prolonga no tempo, deixando em aberto a possibilidade de danos é que há interesse de agir em sua pretensão.”²⁷³

Aí, vê-se uma certa dissonância, ao menos aparente. Num primeiro momento, o pensador paranaense diz que não é (questão acerca do interesse de agir) necessário que o dano esteja caracterizado para a possibilidade de se haver a tutela de remoção do ilícito. Num segundo momento, menciona que a possibilidade do dano é tema essencial para que haja interesse em proceder a tutela de remoção do ilícito.

Assim é que, em verdade, apesar da existência correlata do dano ser dispensável para a tutela de remoção do ilícito, a demonstração de que a atitude ilícita pode resultar nesse dano parece de razoável essência para a configuração do interesse de agir, pois, se não há perspectiva do dano, não haveria fundamento para a tutela contra o ilícito. Mesmo já tendo alertado para a questão da incongruência entre a cognição do dano e a prática do ilícito dizendo que a norma proíbe determinada conduta em vista da possibilidade desta produzir um dano, é cediço dizer que, diante das mais variadas hipóteses que a relação social pode gerar, provando o réu que o ilícito praticado não é passível de causar qualquer tipo de dano, mesmo à esfera de direitos pessoais do sujeito de direito, tem-se que a tutela realmente não prospera. Ora, se presume que a norma jurídica proibiu a conduta pela possibilidade da geração de dano, a presunção permite prova em contrário. Provando que não há possibilidade de caracterização de dano, a tutela de esvazia, mesmo a de remoção do ilícito. Resta ao infrator ser

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2004, p. 270.

penalizado, administrativamente ou por meio jurisdicional, pela prática do próprio ilícito, cujo qual, será parte legítima para agir aqueles que dispuserem de legitimidade para defesa do ordenamento contra o ilícito praticado, seja através do Ministério Público ou de qualquer órgão legitimado para tanto. Porém, faltar-lhe-á o interesse de agir ao sujeito particular quando, contra ele, não houver maneira do dano ser causado.

Destaca-se que esse posicionamento é somente válido para a tutela contra o ilícito já praticado ou contra seus efeitos, ou seja, na tutela de remoção do ilícito. Pois, na tutela inibitória, que tem como escopo prevenir contra a prática do próprio ilícito, essa discussão não pode, realmente, ser objeto de cognição no processo, pois o direito não poderia permitir a habilitação de qualquer sujeito em violar qualquer direito, podendo ou não causar o dano.

Outro tema que se afigura é que LUIZ GUILHERME MARINONI trata as tutelas de remoção de ilícito e tutela reintegratória como sinônimas. A tutela reintegratória não é tema novo no direito processual. Muito difundida, principalmente na defesa dos direitos reais possessórios, ela esteve presente e muito praticada no que concerne à ação de reintegração de posse fulcrada nos procedimentos especiais sobre as ações de defesa da posse do bem. Mas não basta, pois, a reintegratória é na verdade, tutela voltada contra o ato ilícito, passível de manejo para defesa de qualquer direito, e não somente dos direitos da posse, logo, reais.

Muito embora MARINONI pareça entender como sinônimas, não parece como tal a reintegratória e a tutela de remoção do ilícito. Sobre o assunto:

Assim, a tutela de remoção do ilícito visa a exclusão da causa que pode vir a gerar um dano qualquer (MARINONI, 2004, p. 272). Luiz Guilherme Marinoni ainda, neste mesmo trecho mencionado, aduz que para “remover o ilícito ou a causa do dano basta restabelecer a situação que era anterior ao ilícito”, fazendo menção justamente à tutela de remoção do ilícito. Todavia, não nos parece correto tal entendimento. Veja que a tutela de remoção do ilícito visa a exclusão dos efeitos do ato ilícito, ou como preferir, da causa que pode vir a gerar o dano, mas não exatamente com o intuito de restabelecer a situação anterior ao ilícito. A tutela genericamente considerada para restabelecer a situação anterior ao ilícito praticado seria reintegratória, e não de simples remoção.

Note-se que na tutela de remoção do ilícito, por muitas vezes não se restará à condição existente anteriormente ao ato ilícito praticado. Isto ocorre quando a prática ilícita é originária de situação imutável, ou ainda, quando o ato ilícito está diretamente ligado a um complexo que por si só não constitui ilicitude. Este fenômeno pode ser observado na própria questão que se apreende neste trabalho. A tutela pretendida para revisão da cláusula penal ilegal no contrato bancário não visa qualquer restabelecimento do *stato quo ante*, mas sim, de remoção dos efeitos que cláusula ilícita está gerando. Isto porque, no caso em apreço, o restabelecimento da situação anterior viria a desconfigurar a totalidade do contrato, ou seja, a tutela jurisdicional revogaria todo o negócio jurídico bancário celebrado, pois, o contrato antes da prática do ato ilícito ainda não existia, portanto, não se pretende o restabelecimento da situação anterior ao contrato, mas somente a remoção dos efeitos do ilícito, mantendo perfeita a relação contratual celebrada.

Já numa pretensão de tutela reintegratória, que deve se entender possível nos termos da teoria das tutelas trazidas por Marinoni, apesar de não a mencionar em sua obra, esta sim, visa o estabelecimento do *stato quo ante*, ou seja, o restabelecimento da situação anterior ao ato ilícito praticado. Esta diferença, para nós, é de grande relevância entre as tutelas que podem ser classificadas para proteção dos direitos.

Nesse sentido, podemos ter como exemplo a clássica ação de reintegração de posse disposto no Código de Processo Civil, como procedimento especial que visa a “remoção” do ilícito com a retirada do agente esbulhador do bem litigioso,

restituindo a posse do mesmo a quem de direito o detém, logo, restabelecendo a condição da situação anterior à prática ilícita. No entanto, a tutela reintegratória, numa nova perspectiva de processo civil e proteção aos direitos, não pode ficar adstrita às ações meramente possessórias, mas integrar ao rol de tutelas possíveis dos direitos, ao lado das tutelas de remoção do ilícito, inibitória e ressarcitória, como na concepção de Luiz Guilherme Marinoni. Todavia, digressões a parte, retornemos às tutelas cabíveis contra a ilegalidade dos contratos bancários.²⁷⁴

Na ocasião, foi falado acerca da ilicitude da cláusula penal em contratos bancários que estabeleça multa acima do limite permitido pelo §1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor. Aquele foi exemplo de maior significação quanto à diferença entre a tutela reintegratória e a tutela de remoção do ilícito. Note-se que, a revisão do contrato bancário que tenha o objetivo tão somente de se excluir uma cláusula abusiva do contrato firmado com a instituição financeira, não teria o condão precipuamente de desfazer, ou mesmo anular, todo o contrato firmado, de modo que, não é verídico que as partes restariam no *status quo ante* à prática do ilícito. O ilícito, no contrato bancário com estipulação de cláusula abusiva, foi praticado no ato da assinatura do mesmo. A situação anterior entre as partes seria a inexistência do negócio jurídico, o que, no caso, não é o objetivo da tutela. Assim fosse, estar-se-ia inaugurando uma insegurança jurídica, já que, qualquer negócio jurídico firmado com um item, por mais acessório e ínfimo que fosse, poder-se-ia anular ao todo, o que não é razoável. Deve-se tutelar o direito que fora violado. Se a violação não foi perpetrada pelo objeto principal do contrato, mas tão

²⁷⁴ BRIDA, Nério Andrade de. Op. cit., p. 221.

somente, por acessório dele, não faz sentido desconstituir todo negócio em nome da tutela de remoção do ilícito.

Assim é que existe diferença básica entre tutela de remoção do ilícito para retornar as partes à mesma situação jurídica anterior ao ato ilícito e a tutela para remoção do ilícito sem retornar as partes à situação jurídica anterior ao ato ilícito. Propõe-se que aquela seja a própria tutela reintegratória, pois já conhecida no ordenamento processual pátrio, do qual, se afigura exatamente da medida tutelar que corresponde à remoção do ilícito para retornar as partes ao *status quo ante*.

Claro que, numa visão de se renomear institutos jurídicos para não haver mal entendidos, já que a tutela reintegratória genérica que ora se propõe poderia ser confundida com a ação de reintegração de posse, do qual, é uma forma de tutela reintegratória voltada a uma finalidade específica, mas para que não seja confundido gênero com espécie, poderia se criar duas espécies de remoção do ilícito, ou seja, a) remoção do ilícito de manutenção da situação jurídica e; b) remoção do ilícito de reintegração da situação jurídica anterior.

Dessas, poderia se haver tanto uma prestação jurisdicional do direito com sentença satisfativa, quanto não satisfativa, o qual, nesta última, depende de aplicação de técnicas processuais às vistas de se efetivar a tutela de direito prevista na decisão de mérito, como antes mencionado, na visão de MARINONI, na sentença de procedência.

É que, segundo ainda LUIZ GUILHERME MARINONI, as sentenças meramente declaratórias e/ou constitutivas, sejam positivas ou negativas, são satisfativas, portanto, tutelas jurisdicionais de direitos. Isso porque, a sentença de procedência, por si só já é hábil para tutelar o direito violado, ou seja, independe de qualquer ato executório posterior do juízo para efetivação da tutela.²⁷⁵

Assim, para o estudo do que o processualista paranaense propõe acerca das técnicas processuais para efetivação da tutela de direitos, limita-se nas sentenças não satisfativas, pois, estas sim, dependem de se desenvolver a doutrina para a busca da efetividade do processo na efetivação da tutela jurisdicional de direitos. Das não satisfativas, as sentenças quanto às técnicas a serem empregadas, serão mandamental, executiva e condenatória, pois, como dito, as declaratórias e constitutivas, por si só, correspondem à tutela de direito esperada.

Assim é que se tem a classificação das técnicas processuais como mecanismos para efetivação das tutelas de direitos entre as sentenças satisfativas: declaratória e constitutivas e; as sentenças não satisfativas: mandamental, executiva e condenatória.

Ainda assim, ousa-se dizer, se na concepção de MARINONI as tutelas jurisdicionais do direito são aquelas que implicam na garantia da segurança quanto a mutação (impedimento, antecipação ou eliminação) da situação jurídica do direito substancial do sujeito, enquanto que, as técnicas

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2003, p. 438.

processuais são os meios de obtenção do resultado preordenado pelo direito substancial, ou seja, instrumentos da efetivação de tutela do direito, mesmo que a sentença declaratória e/ou constitutiva pura sejam, *pó si só*, garantidoras da tutela de direito pleiteada, ainda assim, serão técnicas, mas não propriamente a tutela de direito, objeto da busca pela atividade jurisdicional. Isso porque, a declaração positiva ou negativa, ou ainda, a constituição positiva ou negativa de direitos, terão em vistas o próprio direito que está sendo albergado, ou seja, tutelar, mediante estas, o direito material, constituindo, em verdade, uma tutela de remoção do ilícito.

As hipóteses podem ser estas: a) se a ação é meramente para declarar a existência de direito, corresponde a uma inexistência contrária ao ordenamento jurídico, pois o sujeito tem o direito de vê-lo reconhecido, logo, remoção do ilícito; b) se a ação visa a declaração de inexistência do direito, igualmente, esta se falando numa tutela de remoção do ilícito, pois a existência de “direito” (situação) contrário ao direito é violação à ordem jurídica, de forma que, a sua declaração negativa será para remover o ilícito; diferente não o é nas constitutivas: c) se positiva, estar-se-á configurando direito que o ordenamento não reconhecia antes, quando era, em verdade, direito do sujeito; enquanto que: d) se negativa, estar-se-á impedindo a perpetuação de situação contrária ao direito, portanto, ambas são remoção de uma situação contrária ao direito.

Diante disso, satisfativa ou não, as tutelas do direito na forma como classificadas, ou seja, remoção do ilícito, inibitória, ressarcitória entre outras, ainda estarão evidentes no provimento jurisdicional, mesmo que,

não sejam necessários meios outros de efetivação dessas tutelas, pois esvai-se com o próprio provimento jurisdicional.

Essas diferenciações que *a priori* parecem ser meramente terminológicas, mas se fazem necessárias diante da necessidade de se construir “*uma dogmática capaz de dar conta das diferentes necessidades de tutela dos direitos, tomando em consideração suas peculiaridades e características e principalmente o papel que pretendem cumprir na sociedade*”²⁷⁶. Isso porque, num determinado momento estar-se-á falando em tutela jurisdicional como o:

(...) resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido. Porém, quando se pensa nos meios processuais, concebidos pela lei, para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela.²⁷⁷

Vê-se então que existe a necessidade de se estabelecer diferenciação quanto às técnicas de tutelas que tenham como escopo a obtenção do direito preordenado no direito substancial das tutelas jurisdicionais do direito propriamente dito, pois estas são, efetivamente, a obtenção do direito material que se protege mediante a atividade jurisdicional.

Por isso, se contempla que mesmo os conteúdos das sentenças meramente declaratórias e/ou constitutivas de direitos, positivas ou negativas, não são, propriamente, as tutelas jurisdicionais do direito, mas

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 431.

²⁷⁷ Ibid., p. 431.

as técnicas, ou seja, os meios de obtenção do resultado preordenado pelo direito substantivo, mesmo que seja de maneira imediata ao provimento jurisdicional. Isso pois, com a declaração ou constituição da situação jurídica a que o sujeito tem direito estar-se-á na realidade promovendo uma tutela de remoção da situação anterior, que detinha características contrárias ao direito.

Mesmo assim, ainda é pertinente a classificação feita por LUIZ GUILHERME MARINONI quando às tutelas havidas nas sentenças não satisfativas, pois, de nada valem as discussões ao viés da efetividade do processo sobre os provimentos jurisdicionais que, por si só, satisfazem a tutela jurisdicional do direito, sem necessidade de qualquer medida coercitiva direta ou indireta para implementação do direito material buscado. Interessa sim, para aqueles que o provimento jurisdicional não tem eficácia própria, dependendo dessas técnicas para obtenção do direito.

E para a reclamação constitucional a questão tem certa relevância. Apesar de num primeiro momento poder-se dizer que a decisão final da reclamação constitucional ser declaratória e constitutiva²⁷⁸, pois visará o reconhecimento de que autoridade violou decisão proferida no âmbito dos tribunais competentes para reclamação ou que usurpou suas competências

²⁷⁸ Como será visto, a sentença da reclamação constitucional visa a tutela contra a inobservância de decisão do STF ou do STJ, garantindo a sua autoridade, ou ainda, contra a usurpação de sua competência, o que, já se vislumbra a necessidade de uma cassação da decisão contrária ou ainda, da avocação de processo para seu átrio jurisdicional. Isso demonstra a interação com a tutela de remoção do ilícito sem técnicas, pois a própria constituição negativa pelo pretório já será hábil, em tese, para tutelar o direito. Entretanto, há de se conferir, o que será logo esboçado, que pode ocorrer a necessidade de implementar técnicas como a mandamental ou mesmo, a executiva, para garantir a autoridade da decisão emanada na reclamação constitucional.

com conseqüente cassação do ato impugnado ou avocação do processo ao seu átrio de competência, tem-se de considerar a possibilidade de desobediência da autoridade, judicial ou administrativa, quanto à decisão da própria reclamação constitucional, pelo que, o tribunal de superposição que tenha proferido a decisão terá de tomar medidas coercitivas para tornar eficaz o provimento proferido.

Portanto, importa ainda destacar sobre as técnicas de tutelas das sentenças não satisfativas, pois destas, dependem de meios para obtenção do resultado que a tutela do direito deva causar, entregando, de fato, o direito subjetivo a que o sujeito tenha a pretensão, desde que com razão no que cabe à reclamação, que dependem das técnicas mandamental, executiva²⁷⁹.

As técnicas processuais são próprias para implementação do resultado preordenado do direito substancial, que efetiva o gozo do próprio direito subjetivo em questão, perfazendo na tutela de direito pretendida. É a tutela do direito que a técnica processual assegura, mediante meios que poderão ser diversos, mas que não escapa da conceituação da mandamentalidade ou da executividade própria para obtenção do direito.

²⁷⁹ Na reclamação, a sentença condenatória não se integra, já que, esta tem o condão de reconhecer direito pecuniário, enquanto que, na reclamação constitucional, a decisão não tem qualquer caráter pecuniário, mas de cumprimento de obrigação de se observar a autoridade ou competência do tribunal de superposição. Assim é que, na reclamação, jamais se falará em sentença condenatória propriamente dita.

A inversão de todo o qualquer direito na mera equivalência pecuniária já não pode ser objetivo do sistema jurídico. SÉRGIO MURITIBA aduz com propriedade que:

Diferentemente do tom monocórdio da ciência processual clássica, em que tudo girava em torno de um valor soberano (bens de máxima fungibilidade como o dinheiro), o processo das sociedades de massa encontra-se perante novas e mais complexas situações, devendo ser plural como a ciência de nossos dias, permitindo a tutela de uma plethora de direitos e exigências que antes não se faziam presentes.²⁸⁰

Em outras palavras e em tom simplista, não basta o processo converter tudo em dinheiro, deve sim, entregar ao sujeito exatamente o direito que lhe é assegurado pelo direito material. Portanto, como ensina PAULO ROBERTO DE SOUZA:

“(...) é no campo das técnicas processuais de tutela que o princípio da plenitude e da flexibilização dos instrumentos e técnicas processuais atuam de modo ainda mais significativo. Isso porque, como foi visto, no momento em que da tutela jurídica resta qualificada, diminui-se a margem de liberdade que tem o legislador do direito processual no que tange a preordenação dos instrumentos e técnicas processuais. a diminuição do legislador ordinário, por força de comando constitucional, implica na necessidade de delineamento de técnicas e soluções específicas do direito processual adequadas às exigências próprias do direito material, as quais devem revestir-se da necessária aptidão para a realização do direito material. Noutras palavras, as técnicas e soluções próprias do direito processual devem produzir os resultados adequados às exigências do direito material”.²⁸¹

²⁸⁰ MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*. São Paulo: RT, 2005, p. 94.

²⁸¹ SOUZA, Paulo Roberto de. *Op. cit.*, p. 172.

É diante do caso concreto que o juiz analisará qual técnica terá necessária aplicação para eficiência da satisfação da tutela jurisdicional de direito a ser implementada, inclusive, se necessário, podendo alterar-lhe o conteúdo quando observar que a primeira técnica eleita não foi passível dessa efetivação.

O que há na reclamação constitucional é que o reconhecimento de inobservância da autoridade do tribunal, ou da usurpação de sua competência, na esmagadora maioria, já existe certo ânimo de cumprimento espontâneo da decisão de reclamação constitucional procedente, sem a necessidade premente do uso de meios coercitivos para referido cumprimento.

Mas não se pode olvidar a possibilidade de se haver descumprimento da decisão proferida em reclamação constitucional, máxime naquelas que sujeitam a inobservância por autoridade administrativa. Para tanto, devem os meios legítimos serem aplicados para impor ao sujeito da obrigação de cumprir com a decisão em reclamação constitucional efetivamente cumpri-la.

Um desses meios, também denominado de técnica por LUIZ GUILHERME MARINONI, é a mandamental. Sabe-se que até pouco tempo e ainda hoje para alguns, não se concebia a técnica de tutela mandamental como autônoma, dependendo de uma substância condenatória no provimento jurisdicional para que fosse tido como modalidade de força para efetivação do direito. Caminhado tem vários posicionamentos em

sentido diverso, do qual, a técnica mandamental tem se diferenciado da mera condenação do agente obrigado para se tornar técnica autônoma de cumprimento e satisfação tutelar.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA menciona que a “tutela mandamental” é influência da inobservância imediata das determinações judiciais, denominado de “*contempt of court*”, do qual, a decisão judicial proferida deve estar atrelada a grau de coerção face ao indivíduo que lhe deve cumprimento, sem o qual, seria vazio de conteúdo. Não importaria a norma concreta fixada sem esse grau de coerção sobre o sujeito obrigado.²⁸²

Sem romaneios, caracteriza-se a técnica mandamental pela ordem proferida no provimento jurisdicional. Note-se que se diferencia puramente da condenação, quando o juiz aduz que condena o sujeito a “pagar” determinado valor pecuniário. Mas sim, determina uma ação do indivíduo para cumprimento de sua obrigação, pelo qual, o cumprimento da obrigação se atrela ao próprio cumprimento da ordem. Logo, o devedor não tem mais somente o dever de cumprir a obrigação perante o sujeito de direito, mas também, de cumprir a ordem proferida pelo juiz.

Discute-se sobre a penalização que se deve aferir para coercitividade da ordem proferida pelo juízo, do qual, geralmente se prevê a fixação de multa esporádica decorrente do atraso do cumprimento da ordem, já que, na lei processual, assim se instaurou a denominada multa cominatória, ou do francês *astreintes*, conforme previsto em dispositivos

²⁸² MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 337.

como o §5º do artigo 461, ou 645, ambos do Código de Processo Civil. Vê-se aí que o descumprimento pesado ao bolso do obrigado, de início, é medida coercitiva que afronta sua integridade financeira para impor-lhe o cumprimento “espontâneo” da ordem proferida. Isso porque, em verdade, o que se pretende com a função da ordem mediante multa é que o próprio obrigado, por atos próprios, cumpra a obrigação determinada, o que se modifica na medida executiva.

Pertinente destacar discussão salutar entre dois professores paranaenses LUIZ GUILHERME MARINONI e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, do qual, esse último, tece crítica ao posicionamento do primeiro dizendo, em suma, que para a caracterização do provimento mandamental, pouco ou nada importa que esteja atrelado a ele uma força coercitiva contra o destinatário da ordem, mas basta a ordem que a mandamentalidade já estará presente²⁸³. Para tanto, expõe que, mesmo que o juiz não confira à sua ordem uma medida coercitiva direta ao sujeito que deva cumprir a determinação, restará na incursão do crime de desobediência que será conduta do agente que não cumprir a ordem judicial.

MARINONI rebate esse posicionamento. Menciona que independentemente de ser a medida coercitiva uma ou outra, multa ou penalidade pelo crime de desobediência, a medida coercitiva é característica própria da técnica mandamental, de forma que, a ordem sem

²⁸³ MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 350.

a ação coercitiva não tem o condão de promover a técnica de tutela mandamental.²⁸⁴

Nesse diapasão, parece mais acertado o posicionamento de MEDINA. Para que o provimento jurisdicional seja caracterizado com a técnica mandamental, que por sinal o processualista denomina propriamente de “tutela mandamental”, bastaria o preceito de ordem incluso na decisão proferida, sem a necessidade premente da incursão de medida coercitiva quanto ao descumprimento da determinação. Por sinal, aparentemente explicou mal o que gostaria de expressar quanto à questão, pois MEDINA expôs que não necessita de medida coercitiva pois, em tese, já existe tal medida empregada no ordenamento jurídico, qual seja, a penalidade pelo crime de desobediência. Isso foi prato cheio para que MARINONI replicasse sua crítica, pois foi simples ao dizer que tanto é necessária a presença da medida coercitiva para caracterização da técnica mandamental que mesmo que o juiz não a defina, o próprio ordenamento trata de impor.

Mas não foi esse o objeto do questionamento em verdade. No que se diz, realmente para se caracterizar como sentença de cunho mandamental, o provimento sentencial não necessita necessariamente, prever a medida coercitiva em caso de descumprimento da ordem avençada. Mas também, tal medida coercitiva não se faz presente necessariamente no provimento mandamental somente pela existência de previsão de conduta criminal de desobediência. A medida coercitiva não é elemento essencial para caracterização da técnica mandamental, para esta, bastará o elemento

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2004, p. 128.

ordem, a presença o mando judicial já é suficiente para se estar diante de uma técnica mandamental. A medida coercitiva, seja multa cominatória, penalidade por crime de desobediência ou mesmo prisão pelo mero descumprimento, é acessório que se socorre o Estado para promover a tutela jurisdicional ao direito de forma efetiva, quando o sujeito não atende à ordem judicial emanada pura e simplesmente.

Tanto é que a medida coercitiva somente ganha relevo com o efetivo descumprimento da ordem proferida, pois, quando espontaneamente cumprida por seu destinatário, não há razões para ser implementada, de maneira que a tutela jurisdicional fora efetivada com sucesso, mas nem por isso sem o desempenho efetivo da técnica mandamental utilizada. É dizer que não se afastou o uso da técnica mandamental somente porque o cumprimento foi espontâneo. A ordem foi proferida e se não a fosse não teria sido cumprida pois inexistiria ordem. Assim, mesmo que o Código Penal não previsse o crime de desobediência, a ordem, ainda que não atrelada a uma medida de coerção face ao destinatário da determinação judicial, estaríamos falando ainda em técnica mandamental.

Apesar de parecer discussão sem cunho prático de relevância, ganha-se quando se tem ciência que em praxe, os dispositivos dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nas reclamações são de procedência ou improcedência da ação, sem propriamente a figura da ordem quanto a determinar essa ou aquela diligência da autoridade ré, ou menos, implicando numa determinada multa pelo descumprimento, até porque,

presume-se que a autoridade simplesmente observará o disposto da decisão do pretório excelso.

6.1.2.3 As Tutelas Jurisdicionais do Direito e as Técnicas Processuais possíveis na Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal

Na reclamação quando para garantir a autoridade do tribunal de superposição seja proferida no próprio processo decisão com efeitos vinculantes ou ainda, própria de súmula vinculante, a decisão proferida visa a cassação da decisão judicial ou anulação do ato administrativo contrário. Fica fácil compreender que a tutela que se perfaz na reclamação contra ato judicial ou administrativo violador é de caráter constitutivo negativo, pois tem a pretensão máxima de extrair do mundo jurídico os efeitos daquele ato contrário à autoridade do Supremo.

Não se limita a ser meramente uma tutela declaratória que basta para figuração da imposição da decisão anterior de maior hierarquia do tribunal de superposição, pois não basta. Pois, como ensina PONTES DE MIRANDA: “*A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico. A declaração somente o altera pela posição humana de*

falibilidade”²⁸⁵, sendo exatamente esse o efeito que se fomenta com a decisão de procedência da reclamação constitucional.

Não se fala na reclamação em sentença meramente declaratória, a não ser que seja de improcedência, que por si só, como já discorrido, promove a tutela jurisdicional do direito ao réu, tal provimento atesta a inexistência de desacato à autoridade do pretório excelso ao ato administrativo ou decisão judicial objeto da lide reclamatória.

Trata-se assim de sentença satisfativa. Somente lembrando o já mencionado neste mesmo capítulo, os provimentos meramente declaratórios ou constitutivos, negativos ou positivos, são consideradas como provimentos satisfativos, por serem suficientes para tutela do direito em questão, já que, basta a interferência do próprio provimento ao mundo jurídico para que o direito subjetivo se satisfaça.

Nesse diapasão tem-se que a sentença de procedência da reclamação constitucional para garantia da autoridade das decisões do tribunal de superposição será constitutiva negativa, pois cassa a decisão ou ato administrativo contrário ao seu juízo anterior, porém, não se tendo como a própria tutela a desconstituição do ato. Como dito alhures, em verdade, a sentença constitutiva e declaratória, apesar de satisfativas, são também técnicas para efetivação de determinadas tutelas propriamente ditas. Condizem então com a necessidade dessas técnicas para efetivação de direitos que dependam da tutela de remoção do ilícito para ser exercido.

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 216.

Diz-se que a tutela de remoção do ilícito, proposta por LUIZ GUILHERME MARINONI, tem como escopo excluir do mundo dos fatos os efeitos do ato ilícito praticado operando entre as partes uma restauração da situação jurídica anterior ao ilícito. Porém, de maneira diferenciada quanto ao retorno da situação anterior ao ilícito, separa-se em duas espécies a tutela de remoção do ilícito, sendo: a) remoção do ilícito para restauração do *status quo ante*; b) remoção do ilícito para manutenção da situação atual. Para primeira, melhor seria se referir à tutela reintegratória, pois já conhecida em no meio jurídico.

Na sentença de procedência da reclamação constitucional contra ato contrário à autoridade do tribunal a tutela é reintegratória, e não somente, para remoção do ilícito. Quando a decisão pretoriana promove a anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial em questão, evidentemente está promovendo um retorno das partes, e, com efeitos mais profundos ao próprio autor, da situação jurídica existente anteriormente à prolação da decisão ou ato de desacato.

Nessas, não se fazem necessárias maiores técnicas processuais para efetivação da tutela reintegratória promovida na reclamação constitucional, pois a verdade, é que independe de qualquer atitude do réu no sentido de cumprimento da decisão proferida. A própria decisão do tribunal excelso que promove a cassação da decisão ou ato contrário já é próprio para perfazer o direito do autor, pois, sua prolação já basta para cassar a decisão contrária.

Desnecessária então qualquer medida coercitiva contra o réu para que cumpra decisão. Automaticamente, sem qualquer força vinculativa ou efeitos contra o autor da reclamação constitucional, a simples inobservância por este da decisão ou ato administrativo cassado já será o resultado prático necessário para o gozo do direito restaurado na sentença de reclamação constitucional.

O problema se intensifica em duas hipóteses possíveis, onde, mesmo cassada, a decisão ou ato administrativo contrário à autoridade do pretório: a) a autoridade, judicial ou administrativa, insistentemente profere novas decisões ou atos contrários à autoridade das decisões do pretório ou de súmula vinculante; b) quando a autoridade, mesmo cassado o ato contrário, continua a proferir atos de efetivação da medida cassada.

Muito raro, mas possível ocorrer. Quanto à primeira hipótese, estar-se-ia necessariamente perante um dever de tutela inibitória que poderia resultar a finalidade da reclamação constitucional. Observa-se que deixaria simplesmente de se haver da tutela reintegratória, pois, para garantir que a autoridade das decisões do pretório não sejam mais descumpridas por atos similares ao que já fora cassado.

Além da reintegração ao direito propriamente dito, o mesmo provimento jurisdicional do Supremo Tribunal em sede de reclamação constitucional poderia conter meios que caracterizassem a tutela inibitória para satisfação de premente necessidade de resguardar o autor não somente contra a decisão ou ato administrativo que já fora proferido e cassado, mas

também, de outros atos ou decisões judiciais que podem vir a ser prolatados.

Entretanto, não foi essa a orientação pelo Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação 1.915-2-SP²⁸⁶. Nesta, o relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA examina questionamento do Governador do Estado de São Paulo contra ato do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que tinha determinado o seqüestro de verba pública para pagamento de precatório por descumprimento da ordem constitucional de pagamento do precatório. Pleiteava o reclamante que o Supremo Tribunal determinasse que o reclamado se abstivesse de determinar tais seqüestros em cumprimento de decisão em ação direta de inconstitucionalidade proferida anteriormente. O resultado foi negativo. Entendeu o pretório excelso que a reclamação que visa a inibição de atos que ainda não foram promovidos pelo reclamado sequer poderia ser conhecida. O recebimento da reclamação constitucional se limita àquelas que são propostas em face de atos concretos praticado em desacordo com julgamento proferido anteriormente pelo tribunal, no caso em apreço, em decisão de ação direta de inconstitucionalidade.

Parece que de nada adiantaria toda essa perspectiva de instrumentalidade do processo e mesmo de satisfação dos direitos por necessidade de se afigurar as mutações ocorridas da transição entre o estado liberal clássico e o estado social constitucional de direito sem que

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 1.915-2/SP. Relator Min. Maurício Corrêa. J. 06.12.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2007.

essas novas perspectivas do processo não fossem necessariamente aplicadas ao âmbito dos tribunais de superposição.

Não se obteve êxito na busca de outras decisões que neguem ou que permitam a presença da tutela inibitória no âmbito da reclamação constitucional, destacando-se tão somente a já citada logo acima, como a única que foi conquistada para obter como exemplo de um posicionamento já não sustentável para a segurança jurídica das decisões proferidas no próprio Supremo Tribunal Federal.

Apesar de a legislação prever tão somente a reclamação contra atos que sejam contrários à autoridade ou competência do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, após a situação de cassação de medida que já apregoa contrária à referida autoridade, não faz sentido o próprio Supremo Tribunal Federal deixar de garantir desde o pronunciamento sentencial reclamatório, por uma determinação de abstenção da prática de novos atos no mesmo sentido do já cassado pelo pretório. Aí sim poder-se-ia falar em verdadeira garantia da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ora, qualquer autoridade que resolva por qualquer motivo se revoltar contra as decisões do Supremo Tribunal Federal, em tese, poderá fazê-lo não uma, mas duas, três, quatro ou incontáveis números de vezes que lhe bem seja possível, enquanto não haver qualquer instrumento hábil que o impeça efetivamente de promover novos atos contrários à autoridade do tribunal supremo.

Por isso que, dizer que a reclamação somente pode voltar-se contra ato concreto, presume a possibilidade de se haver vários outros atos exatamente iguais sendo proferidos pela mesma autoridade, onde, todos eles, deverão ser objetos de diferentes reclamações. Pense-se, por exemplo, no poder geral de cautela que de ofício poderia o juiz promover a tutela cautelar a qualquer momento, ou ainda, um determinado ato administrativo discricionário do agente público. Tão somente uma reclamação constitucional solucionaria o problema, diante de uma tutela inibitória, que fizesse com que a autoridade não produzisse mais atos análogos ao já cassado pelo pretório. O receio de se abarrotar o Supremo com esse entendimento não prospera. O efeito seria exatamente o contrário, pois restaria com determinações de abstenção da produção de decisões ou atos administrativos que fatalmente seriam cassados com reclamação própria, a tendência, por óbvio, seria justamente o de reduzir as necessárias reclamações constitucionais persistentes.

O problema, em verdade, pode se afigurar na questão da coisa julgada da sentença de tutela preventiva inibitória e o seu alcance. Isso porque, justamente por se caracterizar de tutela voltada contra ato que ainda não tenha ocorrido, ou ainda, continuado, fica complexo estabelecer seus parâmetros e abrangência sem prejudicar novos atos que não deveriam ser albergados pela coisa julgada. Nas palavras de JOAQUIM FELIPE SPADONI:

(...) o que há de diferenciado nestes casos não é a menor rigidez da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que se protraí no tempo com conteúdo sujeito a variações, de modo que os fatos que sobrevenham podem sobre ela

exercer influência, não só no sentido de extinguir a norma jurídica concreta anteriormente formulada, mas também no sentido de exigir a alteração do quanto antes estabelecido.²⁸⁷

Com tal influência, quer dizer o processualista mato-grossense que os fatos supervenientes podem alterar substancialmente a situação fático-jurídica das partes ou mesmo do objeto processual, podendo aí, modificar os parâmetros fixados no provimento jurisdicional que albergou a tutela preventiva.

A construção da coisa julgada material que se forma da sentença de ação inibitória ainda guarda necessidade de desenvolvimento pormenorizado na doutrina, pois em muitos aspectos, são diferenciais que não se satisfazem com aplicação crua e simples das disposições processuais sem um mínimo de hermenêutica equitativa à nova sistemática amparada. Em verdade, várias foram as reformas nessa estirpe que sofreu, e melhorou bastante, o Código de Processo Civil pátrio, mas nenhuma teve o condão de modificar certos aspectos acerca da abrangência da coisa julgada, cabendo ao intérprete a adequação necessária dentro dos limites de cada modalidade tutelar.

Ainda o mesmo processualista traz como exemplo situação de empresa que foi proibida por sentença de expor ao mercado determinado produto por não conter as informações necessárias em seu rótulo. Para finalidade de se poder encaixar o produto no mercado após sanado o problema, diz que:

²⁸⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo:RT, 2007, p. 133.

(...) uma vez refeito o rótulo, e nele sendo colocadas todas as informações devidas para o fiel atendimento do seu dever legal, poderá a empresa, diante da alteração da situação fática que deu ensejo à decisão inibitória, requerer seja proferida uma decisão que a autorize a colocar os produtos em circulação, estabelecendo-se, assim, uma nova regra jurídica concreta para o caso.²⁸⁸

Fator que não se nega, pois no mínimo, o juiz que proferira a sentença inibitória deverá ter ciência, antes da colocação do produto no mercado, que sua decisão fora cumprida. Porém, o mesmo pensador leciona que:

(...) esta nova disciplina da relação jurídica deverá ser requerida em ação de conhecimento autônoma, em processo distinto, que terá por causa de pedir a alteração da situação fática primitiva, ou seja, uma nova situação fática, diversa da anterior.²⁸⁹

Nesse ponto, *data venia*, redondamente enganado o processualista, e nesse prisma, se pensar aspectos relevantes em razão da coisa julgada na tutela inibitória.

Apesar do artigo 469 do Código de Processo Civil ser taxativo quanto a negativa de se fazer coisa julgada as partes do relatório e da fundamentação da sentença, o fazendo, *contrario sensu*, a parte dispositiva, não se pode relevar a vinculação necessária que os fatos que ensejaram a causa de pedir têm para com o dispositivo que determina a abstenção da prática de determinado ato. A partir do momento em que há substancial modificação da situação fático-jurídica que extingue o objeto próprio da

²⁸⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. Op. cit., p. 133.

²⁸⁹ Ibid., p. 133.

causa de pedir que deu ensejo à sentença inibitória, já não se poderia falar em descumprimento da ordem preventiva enunciada na sentença.

No próprio exemplo dado por SPADONI, ou seja, da empresa que teve seu direito de livre mercado de um determinado produto retalhado por uma sentença que o impediu de circular esse produto, tendo em vista a não observância de normas específicas sobre informações no rótulo do mesmo, a simples modificação do rótulo cumprindo com todos os requisitos regulamentares que foram, principalmente, fundamentos da sentença que embasaram a tutela inibitória, já será suficiente para autorizar a empresa a colocar o produto no mercado.

Note-se que a solução dada pelo processualista não tem razão de ser. Primeiramente, se fosse necessário nova ação que cujo fim será uma sentença constitutiva do direito de circular tal mercadoria, o primeiro questionamento que se deve fazer é sobre a legitimação passiva dessa ação. Quem seria o réu? O autor da ação inibitória? Ora, ele não seria legítimo pois não teria qualquer relação com o direito do autor colocar ou não no mercado o produto que antes estava proibido. O juiz? Sequer merece atenção a interrogação. No mínimo então, dever-se-ia uma ação rescisória, pois, se o dispositivo faz coisa julgada e somente atos judiciais que não dependem de sentença ou sentenças meramente homologatórias são passíveis de revisão por outros meios que não da ação rescisória. Mas o próprio autor coloca que a situação é nova, portanto, não condiz com a mesma causa de pedir, de maneira que exclui por completo a hipótese de ação rescisória. Mas daí, pergunta-se: se a situação fático-jurídica é nova,

porque a necessidade de se implementar nova ação com o objetivo de se permitir a entrada no mercado de produto antes proibido por razões que já foram solucionadas com o cumprimento das normas básicas de informações ao consumidor? A solução dada pelo escritor não é da melhor técnica pelo que parece. Mas há de se convir que foi auferida por ter base estrita nos dispostos acerca da coisa julgada material na forma pretendida pelo Código de Processo Civil, principalmente no que tange à aplicação do inciso I do artigo 471.

Por isso é que os parâmetros da coisa julgada material na tutela inibitória devem ser revistos. Isso porque, quando a tutela inibitória é realizada em face de ato continuativo, aí sim, poderia se dizer que o cabimento de nova ação diante do fato constitutivo novo é passível de verificação. Isso porque, em verdade, ensina EDUARDO TALAMINI, trata-se de nova situação fático-jurídico, pois mesmo que sejam fatos continuativos, a cada momento é criado nova situação fática que enseja em causa de pedir diferenciada da que o foi anteriormente, autorizando assim, novo julgamento²⁹⁰. Mas é preciso destacar bem o que sejam fatos jurídicos continuativos e os que não o são, para aplicação do dispositivo em questão. No exemplo dado anteriormente, da empresa que se vê proibida de expor seu produto no mercado por causa do rótulo ilegal, não se trata de fato continuativo, mas sim, fato superveniente que modificou substancialmente a condição da coisa julgada material implementada.

²⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 90.

É por isso que os motivos pelos quais embasaram o dispositivo sentencial são essenciais naquelas em que há a tutela inibitória. É dizer que na tutela inibitória não somente o dispositivo deve perfazer a coisa julgada material, mas também, os fundamentos da sentença. Note-se que, para se alcançar o resultado adotado no dispositivo sentencial, o julgador seguiu caminhos lógicos na fundamentação que o levaram a estabelecer daquela forma o resultado prático da técnica jurisdicional a ser implementada. Ocorre que, quando se está falando de ilícito já perpetrado, ou seja, na busca pelas tutelas de remoção do ilícito, reintegratória ou mesmo ressarcitória, não há que se falar em cumprimento das condições para o afastamento completo da possível prática do ilícito. Já na tutela inibitória não, está-se a falar sobre a própria prática do ilícito, pelo qual, em determinados casos, poderão ser implementadas medidas que farão com que a prática do mesmo ato a que foi o sujeito obstado a praticar, não constituir mais, propriamente, um ilícito.

Retornando ao exemplo de JOAQUIM SPADONI, nele a empresa foi impedida por sentença a colocar no mercado produto cujo rótulo não trazia as informações mínimas aos consumidores conforme exigências legais, o que motivou o julgador a impor no dispositivo da sentença que a empresa não o pusesse à disposição do mercado. Então a tutela inibitória, em verdade, não é voltada contra a próprio produto que não deve ser posto em mercado, mas sim, de acessórios cujo adequação já o tornam hábeis a cumprirem com a norma concreta fixada em sentença. Assim, no próprio dispositivo da sentença o juiz poderia condicionar a colocação do produto no mercado, ou seja, determinar que a empresa não exponha o produto à

venda enquanto não regularizar a situação anti-jurídica havida no rótulo do mesmo, entretanto, quando cumprido, poderia livremente exercer seu direito à atividade comercial.

Todavia, sabe-se que nem sempre o dispositivo da sentença tem essa completude, sendo que, comum certamente seria encontrar sentenças em casos como este onde o dispositivo se limita a obstar a empresa de colocar o produto no mercado. Nestes casos é que a fundamentação se vinculará à coisa julgada, perfazendo assim, vinculação da causa de pedir que fora julgada para com o dispositivo sentencial. Logo, cumprida as exigências mínimas que levaram o juiz a obstar o produto no mercado, afastará a coisa julgada material quanto ao dispositivo da sentença que proíbe a comercialização daquele produto, passando automaticamente a poder a empresa disponibilizar seu produto no mercado.

Essa seria a abrangência da coisa julgada material da reclamação que visasse a inibição da prática de determinado ato contrário à decisão ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Maior acerto tem a posição contrária a atual posição do tribunal excelso, que seria possível sim a reclamação constitucional com conteúdo de tutela inibitória do direito. Porém, certo é de que não se poderia obstar a autoridade reclamada a praticar qualquer ato a respeito do reclamante, mas sim, somente no que fora contrário à decisão ou súmula de efeitos vinculantes do tribunal supremo. Assim, a fundamentação do acórdão de procedência da reclamação seria de necessária observação pelo reclamado, integrando ele à ordem proferida no dispositivo sentencial que o determina a se abster de

proferir decisões ou atos administrativos contraditórios com a decisão proferida na reclamação.

Já no que tange à reclamação para preservar da competência do tribunal, fala-se em avocação do procedimento iniciado diante autoridade incompetente para tanto. Importante destacar que tal avocação decorre de atividade jurisdicional legítima em que o pretório excelso detém competência para processar e julgar determinado processo e, mesmo assim, tal competência é usurpada por outro órgão.

Essa diferenciação é necessária para se ter ciência de que a avocação não se opera pelo simples ato de conveniência e oportunidade do tribunal, mas sim, com vinculação sobre sua competência.

Destaca-se a decisão de procedência da reclamação que visa preservar a competência pela ordem emanada pelo tribunal sobre o reclamado. Quando o tribunal decide pela procedência, em seu dispositivo se destaca a determinação ao reclamado para que remeta os autos processuais àquele corte. Não é encontrada em qualquer decisão uma prefixação de penalidade pelo descumprimento da medida. Mesmo assim destaca-se a presença de uma sentença mandamental, pois tem como conteúdo a ordem do pretório ao reclamado de, mediante atitude própria, cumprir com determinação de hierarquia superior.

Não se trata de uma exceção ao elemento de substitutividade da atividade jurisdicional, mas sim, comando para que o reclamado,

imperativamente, proceda por atitude própria o cumprimento do disposto da sentença mandamental. Como leciona diz SÉRGIO MURITIBA:

(...) podemos afirmar que a ação mandamental tem como peculiaridade não o fato de impor 'imperativamente' um comando ao réu, mas sim a função técnico-processual que disponibiliza, recorrendo aos meios de coerção para efetivar determinado comando sentencial. O juiz ordena não porque ele não estaria substituindo ato privado da parte passiva (quando então ele se expressa como um agente do Estado, não visão de Baptista da Silva), mas sim, porque não pode dispensar a sua participação, mediante os meios de sub-rogação.²⁹¹

Entretanto, mais além do que MURITIBA diz, pois não somente quando seja necessária a participação do réu para a efetivação da tutela mediante a técnica mandamental²⁹², mas também, quando a técnica mandamental for a mais conveniente para a satisfação da tutela pretendida. Faz-se lembrança do que fora exposto em item anterior sobre a evocação do princípio da proporcionalidade para se identificar a técnica mais afeita a produzir o resultado pretendido com a tutela do direito.

A técnica deverá ser a mais adequada, necessária e que seja proporcional em sentido estrito para ser escolhida pelo julgador para o seu uso na busca da satisfação do direito em jogo. Ora, mesmo que a participação do réu seja dispensável, mas a técnica mandamental foi de

²⁹¹ MURITIBA, Sérgio. Op. cit., p.230-1.

²⁹² Impende destacar que a Muritiba denomina como ação mandamental, quando, ao contrário da compreensão aqui adotada e também na de Marinoni, as ações são voltadas à tutela do direito e não quanto às técnicas utilizadas para a efetivação do resultado preordenado no direito substantivo. Mesmo nessa divergência, suas contribuições são interessantes no que tange a teoria das tutelas.

melhor conveniência para efetivação do comando, nada obsta que ordem seja proferida.

Na reclamação constitucional que vise a preservação de competência, a decisão de procedência que avoca o processo em questão dispõe que por ato próprio o reclamado remeta os autos ao pretório excelso. Poder-se-ia auferir a tutela jurisdicional mediante técnica executiva, qual seja, a busca pelo próprio tribunal do processo no local onde esteja, através dos agentes competentes para essa modalidade de diligência, diria, a polícia federal ou mesmo as forças armadas.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, não se vê, ao menos nas autoridades judiciárias, o descumprimento de decisões concretas e diretas proferidas em sede de reclamação constitucional do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, visualizando a desnecessidade, em verdade, de força coercitiva para eficácia plena de suas decisões. Quando então, as autoridades reclamadas por si só cumprem com a determinação auferida no acórdão da reclamação constitucional. Porém, não fosse assim, não haveria outro meio senão a intervenção mediante as próprias forças armadas para cumprir com a decisão proferida pelo tribunal de superposição.

Todavia, esse problema de desobediência em face às decisões proferidas pelos tribunais superiores, não se limita ao judiciário, mas transpõe suas barreiras sendo uma realidade em todo Estado e mesmo dentro do próprio Estado, quando os poderes desobedecem ordens emanadas

de outros poderes que detêm a competência para fazê-los. Maior exemplo poderia se dizer do executivo que deixa de cumprir as decisões do judiciário que dependem do uso da força, quando, por exemplo, a desocupação por áreas ocupadas pelos movimentos sociais, com a recusa do governo estadual de implementar o cumprimento da decisão.

Apesar de discorrer na tentativa de se chegar a uma solução científico-jurídica para o problema, MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS não o consegue, pois percebe que o problema em verdade, não é jurídico, mas social, de forma que, enquanto os jurisdicionados não tiverem consciência de que as decisões proferidas dos tribunais ou mesmo de qualquer juiz é de soberano poder sobre suas vidas e devem ser respeitadas e cumpridas, não haverá de se existir sistema judiciário otimizado e, com razão, descreve que:

Sem que mudem, melhorem, os homens, não mudará o Estado, não mudará o Direito, não mudará o processo, não se superará essa famosa crise. Claro que uma série de alterações normativas podem ser feitas, para aperfeiçoar os instrumentos de garantia da tutela processual, seja de caráter satisfativo, seja puramente executiva, seja de caráter misto, ou, como querem alguns, mandamental. Mas tudo gira em torno do homem.²⁹³

Diz o jurista que não adianta criar mecanismos para solução de algo que na verdade deve ser solucionado na cultura do próprio ser humano. Claro que as mudanças sociais determinam a necessidade de desenvolvimento das ciências sociais aplicadas como o direito, porém, em

²⁹³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit., 2000, p. 504.

diversos aspectos, os instrumentos do direito mais dependem da cultura do homem do que da própria ciência do direito.

Assim é que em última conseqüência, não havendo um determinado ânimo de se cumprir com as decisões proferidas em sede de reclamação constitucional, não há como se falar em cumprimento. Mesmo porque, é teratológico se pensar na necessidade de reclamação constitucional para se cumprir decisão proferida em reclamação constitucional. Simplesmente não faz sentido se propor nova reclamação porque a decisão anterior não fora cumprida adequadamente, de maneira que, acertadamente, deve-se informar ao relator da decisão proferida que sua autoridade está sendo desacatada, para que possa tomar as providências cabíveis para o seu cumprimento, que, como discorrido, o será mediante meios executórios diretos ou indiretos que fará com que o resultado pretendido da tutela reclamatória seja conquistado.

Esses meios poderão ser através da fixação de multa cominatória para que a autoridade seja influenciada a cumprir com a determinação pretoriana, seja para remeter o processo para aquele, seja para não produzir atos que decorram da decisão ou ato administrativo cassado pelo tribunal.

6.2 TUTELA PREVENTIVA CAUTELAR DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – DECISÃO LIMINAR QUE GARANTE A EFETIVAÇÃO DA FUTURA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não se há dúvidas de que um dos maiores inimigos do processo seja realmente o elemento tempo. Esse é o fator de maior preocupação em sede de efetividade da atividade jurisdicional em busca da satisfação do direito.

LUIZ GUILHERME MARINONI diz que:

Em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem). Isso demonstra que o processo jamais poderá dar ao autor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter ou que jamais o processo poderá deixar de prejudicar o autor que tem razão. É preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão.²⁹⁴

O processualista expõe que poucos se dão conta de que em regra o autor pretende uma modificação da situação jurídica, realidade empírica, enquanto que o réu pretende a manutenção dessa situação fático-jurídica já existente. Assim, enquanto o autor que tem razão não obter resultado para a efetiva mutação dessa condição jurídica existente, seu direito está em pleno

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. Parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 16.

prejuízo, do qual, difícil será a restauração do bem da vida na forma com que deveria ser gozado pelo autor.

Daí a necessidade das denominadas tutelas preventivas liminares, que tem como escopo, efetivar ou ao menos garantir a efetivação da tutela jurisdicional de direito que o autor obterá como resultado do provimento final da demanda.

Na reclamação constitucional é possível a suspensão do processo ou do ato administrativo impugnado para que não produza mais os efeitos jurídicos decorrentes do mesmo contra o autor da reclamação. Com acerto, o artigo 14 em seu inciso II da lei 8.038/1990 previu essa possibilidade logo no âmbito de decisão preliminar do procedimento reclamatório a fim de resguardar o autor de prejuízos que a decisão ou ato impugnado pode resultar.

Nesse particular, o ministro relator da reclamationária promove ao autor a garantia do resultado útil da reclamação constitucional, e não propriamente, a prestação jurisdicional do direito pleiteado. Leciona MISAEL MONTENEGRO FILHO que:

Iniciando pela avaliação das finalidades, cabe-nos anotar que a medida no âmbito da ação cautelar objetiva assegurar o resultado útil da ação principal sem a pretensão de oferecer ao autor parte ou totalidade da resposta judicial a ser oferecida por ocasião da sentença final. Num outro dizer, percebemos que a medida cautelar opera no campo da prevenção, incidindo sobre o objeto da ação principal, para garantir que a coisa ou o direito disputado pelas partes não

venha a perecer pelo decurso do tempo, ou por atos praticados pelo opositor do autor.²⁹⁵

Vê-se então que a medida que afigura a reclamação constitucional na possibilidade de se suspender a eficácia do ato reclamado é de natureza cautelar e não de antecipação dos efeitos da tutela final pretendida, pelo que, não exclui do mundo jurídico o próprio ato do reclamado, mas tão somente, faz com que o mesmo deixe de produzir seus legais efeitos normalmente enquanto pendente a reclamação constitucional.

Nessa, na reclamação, está presente a possibilidade de ser concedida a medida cautelar de suspensão do processo ou do ato administrativo impugnado sem pedido específico do autor. Em primeira vista vislumbra-se que o artigo 14, inciso II da lei 8.038/1990 menciona que “*ao despachar*” o relator poderá determinar a suspensão do processo ou do ato impugnado, quando julgar necessário. Note-se que, atipicamente, o disposto dá ao relator o poder de, verificando-se pertinente e independentemente do pedido do autor, determinar a cautela de estilo necessária, o que faz pertinência à aplicação do poder geral de cautela do juiz, no que, nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Se esses interesses públicos que o Estado detém no processo forem ameaçados de lesão, é claro que o juiz pode preveni-los adotando as medidas cautelares compatíveis, sem que tenha de aguardar a iniciativa ou provocação da parte prejudicada.²⁹⁶

²⁹⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 42,

²⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004, p. 124.

Isso pois, a tutela jurisdicional de direito pleiteada é de índole de direito público, pois ao Estado interessa tanto quanto ao autor a efetivação da tutela de direito pleiteada.

Não se está diante de uma satisfação do direito do reclamante, mas tão somente, de medida que visa garantir a eficácia da decisão final, pois a cautelar *“destina-se a assegurar a eficácia da atividade jurisdicional mediante o afastamento da situação de perigo, capaz de comprometer o resultado daquela atividade estatal”*²⁹⁷.

Em verdade, não se trata de condição alternativa discricionária do relator, pois mesmo que não haja pedido, verificando a situação de risco, necessariamente deverá impor a cautela incisiva sobre o processo ou ato impugnado, de forma que, mostra-se discricionário no campo dos critérios sobre os quais, pesam a medida cautelar. Nessa forma, escreve EDUARDO MELO DE MESQUITA que:

É exata, com efeito, a conclusão que admite o poder discricionário em geral concernente ao critério e não à vontade, no sentido de que a vontade do órgão não é livre para determinar-se, mas é sempre regulada por uma norma jurídica. Variáveis, tão-somente, são os critérios e a apreciação, sobre os quais se estabelece o dever jurídico do órgão e se determina a sua vontade.²⁹⁸

Para tanto, são critérios que necessariamente o ministro relator deve presenciar na reclamatória, os requisitos típicos para concessão da medida

²⁹⁷ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002, p. 198.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 358-9.

cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No entanto, caracterizado como *writ*, a reclamação se mostra hábil desde já a demonstrar esses requisitos quase como numa cognição plena quanto à sua dimensão horizontal do contexto sobre a causa de pedir²⁹⁹, pois praticamente toda a instrução probatória, ao menos toda a que o autor pretende produzir, o está em sede da petição inicial, não ensejando novas provas, a não ser, a análise das já existentes no processo. Daí que a cognição na dimensão vertical será sumária, mas hábil a demonstrar todo o quanto necessário para concessão ou não da cautela suspensiva do processo ou ato administrativo.

Nesse contexto, pode se auferir que a análise do conjunto probante para concessão da medida não se dá sob o prisma, em verdade, quanto à verificação sob o direito pretendido pelo autor, mas sim, numa forma inversa, sob qualquer hipótese de não se poder conceder a tutela. Explica-se pelo viés de compreensão da concessão ou não da cautela pela presença do *fumus boni iuris* que traz ERNANI FEDÉLIS DOS SANTOS, que:

(...) se o juiz, em face das provas apresentadas, ou sendo a questão apenas de direito, concluir, com juízo de completa certeza, pela improcedência da pretensão, não deve deferir a cautela, ainda que satisfeitas estejam as condições da ação dita principal. Tal indeferimento, contudo, repita-se, só deve ser dado com inteiro convencimento de que improcede o pedido satisfativo, sem qualquer possibilidade de novas provas e mesmo de razoável dúvida interpretativa do direito.³⁰⁰

²⁹⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 115-6.

³⁰⁰ SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 291.

Com isso, é cediço que a cognição em vista da reclamação constitucional para o fito de concessão da cautela para garantir o resultado prático da decisão do processo reclamatório poderá se dar de maneira com base na ausência de completa ciência de improcedência da pretensão reclamatória, e não, tão somente, se persiste ou não a figura da fumaça do direito do autor.

Em suma, havendo dúvidas acerca da improcedência da reclamação, o ministro relator deverá conceder a tutela preventiva disposta no inciso II do artigo 14 da lei 8.038/1990.

Se o pensamento do processualista mineiro tem ampla aplicação no que concerne a toda e qualquer medida cautelar a ser proferida, já não se discute neste diapasão da reclamação constitucional. Todavia, tendo em vista que a reclamação constitucional não compraz com a figura de dilação probatória, devendo toda ela estar presente, por parte do reclamante, na própria petição inicial, essa perspectiva de se dar certeza quanto à improcedência da reclamação constitucional em contrapartida da necessária concessão da tutela cautelar se faz por medida de instrumentalidade processual, visando o resultado útil da reclamatória, sem prejuízos a serem suportados pelo reclamante.

Por óbvio que para a concessão da medida, também deverá estar presente a figura do dano passível resultante da demora da prestação jurisdicional final efetivada, ou seja, a figura do *periculum in mora*, sem o qual, prejudicada pode estar a concessão liminar.

Para tanto é que as características próprias das medidas liminares restarão presentes também à decisão que conceder a cautela na reclamação constitucional, ou seja, a necessidade de urgência, cognição sumária, provisoriedade e revogabilidade³⁰¹.

Portanto, o ministro relator, por despacho que na verdade não é mero despacho mas decisão interlocutória passível de recurso como o agravo regimental, desde que presencie uma possibilidade mínima de procedência da pretensão reclamatória e o possível prejuízo resultante da demora do processo, deverá determinar a suspensão do processo ou do ato impugnado em verdadeira medida de natureza cautelar incidental pelo poder geral de cautela, ou seja, independentemente de requerimento expresso para tanto.

³⁰¹ NETO, Luiz Orione. *Liminares no processo civil e legislação civil extravagante*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002, p. 39.

7 EFICÁCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS – A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DESSA EFICÁCIA

Importa finalmente expor ao que se destina o presente trabalho, no qual, seu objetivo propício como já dito na introdução, ser a demonstração de como funciona a reclamação constitucional como instrumento que garante a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis.

Para tanto, expõe-se que se deixará de lado o tratamento da questão acerca da validade e eficácia das normas jurídicas, não por deixar de ser importante num panorama do sistema normativo, mas por corresponder a tema anterior, é verdade, do momento próprio de atuação do instrumento de garantia da autoridade do Supremo Tribunal Federal por suas decisões.

Vê-se que já não estamos a discutir sobre o problema da validade da norma jurídica por ausência de eficácia no âmbito social, mas por análise concreta do tribunal que tem a função de tribunal constitucional, do qual, emite decisão que retira do mundo jurídico a aplicabilidade da norma quando declarada inconstitucional, seja pela via concentrada ou pela via difusa.

É a efetivação dessas decisões do Supremo Tribunal Federal, que detém conteúdo de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos administrativos recorrido acerca do cabimento da reclamação constitucional como instrumento hábil para efetivação dessas verdadeiras tutelas que são ofertadas pelo tribunal.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal, apesar de não corresponder exatamente ao Tribunal Constitucional de que tratam os constitucionalistas mais atuais, exerce constitucionalmente essa função de guarda da Constituição Federal, pela necessidade de se haver no sistema órgão do qual implementa a interpretação mais adequada aos valores socioeconômicos estampados na Constituição, como alicerce da vontade soberana do povo, assim como, extirpar, quando não feito pelo próprio poder legislativo, qualquer norma que afigure violação a seus preceitos.

As normas constitucionais são valores que desempenham a concretização das idealizações da sociedade que devem ser resguardadas e gozadas pelos cidadãos como *standards* dos direitos conquistados no decorrer de toda história da nação. Nesse sentido, é profundo o pensamento de GUSTAVO ZAGREBELSKY, que assim discorre:

Las normas constitucionales de principio no son más que la formulación sintética, privada casi de significado desde el punto de vista del mero análisis del lenguaje, de las matrices histórico-ideales del ordenamiento. Por un lado, declaran las raíces y, por otro, indican una dirección. Ofrecen un punto de referencia en el pasado y, al mismo tiempo, orientan el futuro. Los principios dicen, por un lado, de qué pasado se proviene, en qué líneas de continuidad el derecho constitucional actual quiere estar inmerso; por otro, dicen hacia qué futuro está abierta la constitución. Los principios son, al mismo tiempo, factores

de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio.³⁰²

Grande parte dessa evolução que diz ZAGREBELSKY, sem dúvida, na realidade brasileira, é representada pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando destaca pertinência constitucional acerca principalmente da aplicabilidade dos valores constitucionais em contrapartida desta ou daquela lei que de forma ou outra não tem correlação ao fim almejado pela norma constitucional.

Isso porque, a norma constitucional está em âmbito acima de qualquer norma, devendo ser observada em toda sua magnitude, implementando assim um verdadeiro império da constituição, não propriamente do direito. Pois é a constituição a representação dos valores sociais que a nação tem como basilares para formação popular sobre suas raízes e historicidades que compõem seu acervo cultural. Constituição pois, é elemento cultural, como nos diz PETER HABERLE, para quem:

La relación entre Derecho y cultura – esta vez entendida en su acepción más amplia – se halla mucho más mediatizada, aunque no por ello es menos importante. También son cultura el derecho constitucional económico, la vida política, las escalas de valor de todo un pueblo y los objetos de investigación de cada cultura política respectivamente. Sin embargo, mientras que el Derecho constitucional cultural (en el sentido más restringido del término) se deja reducir potencialmente a normas jurídicas, otros de sus eslabones intermedios, como la Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura y sus respectivos estudios

³⁰² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. p. 89.

científicos, necesitan *prima facie* ser entendidos como tales.³⁰³

E como tal (objeto cultural), a ciência constitucional é objeto dinâmico de desenvolvimento rápido e decorrente de anseios e bases sociais, que devem ser refletidas nas instituições que fazem aplicar as normas constitucionais de conteúdos abertos, donde se extraem as bases axiológicas da nação.

Sendo o Supremo Tribunal Federal, além claro, dos representantes do povo, que fazem aplicar essas novas realidades sociais de acordo com os valores já firmados na Constituição Federal, sem, no entanto, contrariar preceitos basilares da sociedade estampados na norma constitucional. Pois assim, não é qualquer valor cultural que se emenda numa nova perspectiva da ciência constitucional para modificação dos conteúdos principiológicos basilares da sociedade, mas de sedimentação, pois a cultura, nas palavras de PETER HABÈRLE, tem necessidade de repouso e sedimentação³⁰⁴.

Para atuar essa vontade e garantir a garantia, pois desta é da natureza da norma constitucional³⁰⁵, pressupõem situações das quais necessariamente devem consistir para que a implementação da defesa constitucional seja salvaguardada contra leis e atos contrários. Tais são (a) a vinculação de todos os poderes públicos e privados institucionais à

³⁰³ HABÈRLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 32.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 70.

³⁰⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 888.

constituição e, (b) a existência de competência a um ou mais determinados órgãos harmônicos para que possam exercer o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

Sem esses pontos, fatidicamente a norma constitucional é vazia, pois de nada tem como força normativa sobre o Estado ou qualquer indivíduo, sem que persistam formas de garantia de sua existência e submissão de todos aos seus preceitos, mesmo que, numa dinâmica social evolutiva, sejam amplamente modificadores por seus conteúdos, adequando-se aos verdadeiros anseios da nação.

Assim é que, o controle de constitucionalidade das leis e atos é objeto da ciência constitucional dos mais pertinentes pois é dele que se garantirá sempre a inexistência de contradição no sistema normativo de leis para com a Constituição Federal, através do exercício jurisdicional, seja na via abstrata e concentrada, ou pela via difusa e concreta.

Todavia, antes de adentrar ao desenvolvimento sobre o controle de constitucionalidade propriamente dito, que já adianta-se que diante da vasta doutrina existente sobre o assunto, maneira alguma tem como objetivo exaurir o tema ou mesmo trazer novos aspectos acerca do mesmo que já não tenha sido tratado por constitucionalistas de ponta, é necessário discorrer sucintamente acerca das hipóteses de cabimento da reclamação constitucional.

7.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em toda exposição deste trabalho, certamente já ficou bastante claro ao leitor de quais são as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, principalmente no seio do Supremo Tribunal Federal. Mesmo assim, não por descuido, mas por entender tanto desnecessário pela clareza e simplicidade do item do subitem, deixa-se de abrir tópico específico sobre o assunto em outros momentos que seria pertinente, mas se abre curto espaço neste capítulo, para que não paire dúvidas pelo que será exposto a seguir. Então, às hipóteses de cabimento da reclamação constitucional.

Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “l” da Constituição Federal, já diversas vezes citado no decorrer do trabalho, o Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar a reclamação³⁰⁶, *“para preservação de sua competência e garantia de autoridade de suas decisões”*.

O mesmo ocorre ao Superior Tribunal de Justiça, que no artigo 105, inciso I, alínea “f” da Carta Magna, igualmente tem competência para processar e julgar a reclamação constitucional nos mesmos moldes.

³⁰⁶ Que não tem o adjetivo “constitucional”, pois este é implemento doutrinário para destacar a reclamação constitucional das diversas formas de reclamação existente no direito.

As hipóteses de cabimento da reclamação constitucional para o Supremo Tribunal Federal, numa tentativa de estampar a abrangência do instituto reclamatório, seriam nessas situações: a) procedimento de competência originária seja do Supremo que tramita em outro órgão jurisdicional; b) procedimento de competência originária do Supremo que tramita em órgão administrativo (inquéritos, por exemplo); c) procedimento de competência recursal do Supremo que tramita em outro órgão jurisdicional; d) decisão que desacate autoridade de decisão do Supremo no próprio processo em que o foi proferida em grau de recurso; e) decisão que desacate autoridade de decisão do Supremo que foi proferida em processo de competência originária do mesmo.

Até esses, todas as hipóteses de cabimento têm a mesma aplicação ao Superior Tribunal de Justiça. Daqui por diante, são hipóteses exclusivas no âmbito do Supremo Tribunal Federal: f) decisão em órgão jurisdicional que aplique lei ou ato declarado inconstitucional pela via abstrata e concentrada de controle de constitucionalidade; g) decisão ou ato de órgão administrativo que aplique lei ou ato declarado inconstitucional pela via abstrata e concentrada de controle de constitucionalidade; h) decisão de órgão jurisdicional que deixe de aplicar lei ou ato declarado constitucional pela via abstrata e concentrada de controle de constitucionalidade; i) decisão ou ato de órgão administrativo que deixe de aplicar lei ou ato declarado constitucional pela via abstrata e concentrada de controle de constitucionalidade; j) decisão de órgão jurisdicional que aplique lei ou ato suspenso por liminar em ação direta de inconstitucionalidade; l) decisão ou ato de órgão administrativo que aplique lei ou ato suspenso por liminar em

ação direta de inconstitucionalidade; m) decisão de órgão jurisdicional que deixe de aplicar lei ou ato cujo suspensão não fora concedida por liminar em ação direta de constitucionalidade; n) decisão ou ato de órgão administrativo que deixe de aplicar lei ou ato cujo suspensão não fora concedida por liminar em ação direta de constitucionalidade; entre outras que certamente se hão, mas que não se vêm à mente do ensaísta no momento.

Importa salientar que tem cabimento a reclamação constitucional por qualquer particular interessado que venha a ter seu direito violado por decisão judicial ou ato normativo ou administrativo que aplique lei reconhecidamente inconstitucional ou da não aplicação da lei reconhecidamente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nem sempre foi assim. Entretanto, atualmente o Supremo Tribunal tem destacado a legitimidade ativa para reclamação do sujeito que não tem legitimidade própria para intentar a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade para fazer eficaz a decisão nela proferida, ou mesmo, diz-se, da decisão em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Esse entendimento foi discutido e deliberado por ocasião da decisão proferida em Agravo Regimental em Reclamação 1.880-6/SP³⁰⁷, plenário realizado em Novembro de 2002, atuando como Relator o Ministro

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Rcl. n. 1.880-6-SP. Relator Min. Maurício Corrêa. J. 19.03.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

MAURÍCIO CORRÊA, onde o Supremo decidia sobre o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que será analisado em item próximo. Em dita decisão, o que se importa para o momento, é que ficou colacionado e aceite por todos os ministros, que tem legitimidade ativa para propor reclamação constitucional para a garantia da autoridade das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, qualquer particular que tenha seu direito violado por decisão contrária.

Essa legitimidade antes, era auferida somente à parte da ação direta de inconstitucionalidade. Esta solução, obviamente, não poderia prosperar. Se a decisão em ação direta de inconstitucionalidade tem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, não poder manejar a reclamação para garantir a autoridade do tribunal que proferiu a decisão seria o mesmo que dizer que não tem qualquer eficácia vinculante, já que, o próprio autor da ação direta de inconstitucionalidade não teria interesse de agir em reclamação que venha a corroborar com os interesses do particular de direito violado. Qual seria a solução? Levar a cabo os recursos até o Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário que, por deste, seria por fim observados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que, na verdade, não seria propriamente a aplicação de efeito vinculante à decisão, mas sim, controle difuso de constitucionalidade da lei. Retiraria a própria natureza da ação direta de inconstitucionalidade, instrumento de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade da lei e de atos normativos federais.

Igualmente, sobre a relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, em reclamação 2143-2/SP³⁰⁸, o tribunal pleno por unanimidade reconheceu o cabimento da reclamação constitucional quando desacatada autoridade de decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, no qual, a ementa proferida e elaborada pelo próprio relator, vale transcrição por sua completude, com destaque no que é pertinente à legitimidade:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO - ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESULTANTE DE JULGAMENTO PROFERIDO EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - INOCORRÊNCIA - SEQÜESTRO DE RENDAS PÚBLICAS LEGITIMAMENTE EFETIVADO - MEDIDA CONSTRITIVA EXTRAORDINÁRIA JUSTIFICADA, NO CASO, PELA INVERSÃO DA ORDEM DE PRECEDÊNCIA DE APRESENTAÇÃO E DE PAGAMENTO DE DETERMINADO PRECATÓRIO - IRRELEVÂNCIA DE A PRETERIÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA, QUE INDEVIDAMENTE BENEFICIOU CREDOR MAIS RECENTE, DECORRER DA CELEBRAÇÃO, POR ESTE, DE ACORDO MAIS FAVORÁVEL AO PODER PÚBLICO - NECESSIDADE DE A ORDEM DE PRECEDÊNCIA SER RIGIDAMENTE RESPEITADA PELO PODER PÚBLICO - SEQÜESTRABILIDADE, NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DESSA ORDEM CRONOLÓGICA, DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS OU, ATÉ MESMO, DAS PRÓPRIAS RENDAS PÚBLICAS - RECURSO IMPROVIDO.

EFICÁCIA VINCULANTE E FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 28 DA LEI Nº 9.868/99. – As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos ("erga omnes") e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.143-2/SP. Relator Min. Celso de Mello. J. 06.06.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

municipal, impondo-se, em conseqüência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo. Precedente.

O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).

LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE. - **Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele - particular ou não - que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente.**

A SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DOS PRECATÓRIOS JUDICIÁRIOS. - O regime constitucional de execução por quantia certa contra o Poder Público, qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) - ressalvadas as obrigações definidas em lei como de pequeno valor - impõe a necessária extração de precatório, cujo pagamento deve observar, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência apenas a quem dispuser de precedência cronológica (prior in tempore, potior in jure). A exigência constitucional pertinente à expedição de precatório - com a conseqüente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento - tem por finalidade (a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os

débitos judicialmente reconhecidos em decisão transitada em julgado (RTJ 108/463), (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ou preterições motivadas por razões destituídas de legitimidade jurídica.

PODER PÚBLICO - PRECATÓRIO - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE SUA APRESENTAÇÃO. - A Constituição da República não quer apenas que a entidade estatal pague os seus débitos judiciais. Mais do que isso, a Lei Fundamental exige que o Poder Público, ao solver a sua obrigação, respeite a ordem de precedência cronológica em que se situam os credores do Estado. - A preterição da ordem de precedência cronológica - considerada a extrema gravidade desse gesto de insubmissão estatal às prescrições da Constituição - configura comportamento institucional que produz, no que concerne aos Prefeitos Municipais, (a) conseqüências de caráter processual (seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, ainda que esse ato extraordinário de constrição judicial incida sobre rendas públicas), (b) efeitos de natureza penal (crime de responsabilidade, punível com pena privativa de liberdade - DL 201/67, art. 1º, XII) e (c) reflexos de índole político-administrativa (possibilidade de intervenção do Estado-membro no Município, sempre que essa medida extraordinária revelar-se essencial à execução de ordem ou decisão emanada do Poder Judiciário - CF, art. 35, IV, in fine).

PAGAMENTO ANTECIPADO DE CREDOR MAIS RECENTE - CELEBRAÇÃO, COM ELE, DE ACORDO FORMULADO EM BASES MAIS FAVORÁVEIS AO PODER PÚBLICO - ALEGAÇÃO DE VANTAGEM PARA O ERÁRIO PÚBLICO - QUEBRA DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE PRECEDÊNCIA CRONOLÓGICA - INADMISSIBILIDADE. - O pagamento antecipado de credor mais recente, em detrimento daquele que dispõe de precedência cronológica, não se legitima em face da Constituição, pois representa comportamento estatal infringente da ordem de prioridade temporal, assegurada, de maneira objetiva e impessoal, pela Carta Política, em favor de todos os credores do Estado. O legislador constituinte, ao editar a norma inscrita no art. 100 da Carta Federal, teve por objetivo evitar a escolha de credores pelo Poder Público. Eventual vantagem concedida ao erário público, por credor mais recente, não justifica, para efeito de pagamento antecipado de seu crédito, a quebra da ordem constitucional de precedência cronológica. O pagamento antecipado que daí resulte - exatamente por caracterizar escolha ilegítima de credor - transgredir o postulado constitucional que tutela a prioridade cronológica na satisfação dos débitos estatais, autorizando, em conseqüência - sem prejuízo de outros efeitos de natureza jurídica e de caráter político-administrativo -, a efetivação do ato de seqüestro (RTJ 159/943-945), não obstante o caráter excepcional de que se reveste essa medida de

construção patrimonial. Legitimidade do ato de que ora se reclama. Inocorrência de desrespeito à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI 1.662/SP.

Essa compreensão acerca da possibilidade de qualquer interessado manejar reclamação contra decisão judicial ou ato administrativo que comporte em desacato à autoridade de decisão de efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal já é pacífico atualmente no tribunal, não comportando outras controvérsias.

Ainda assim, outro não poderia ser a posição. O argumento de que o Supremo poderia ficar abarrotado de reclamações face à possibilidade de qualquer interessado intentar a reclamação nessa hipótese não prospera. A um, por não ser técnico. A dois, pois se a solução é meramente paliativa, pois, se não for possível a reclamação, o será o recurso extraordinário. Entre um e outro, deve-se atentar ao princípio do acesso à justiça e sua efetividade, de forma que, se pode o Supremo desde já se pronunciar acerca da inobservância de decisão de efeitos vinculantes de sua ordem, qual fundamento teria do jurisdicionado ter de aguardar e suportar todos os tramites necessários para se alcançar o recurso extraordinário? Dá-se a ele o instrumento mais hábil para tanto, a cassação direta pelo Supremo Tribunal Federal através da reclamação constitucional.

Outra discussão bastante pertinente, é quanto ao cabimento da reclamação constitucional por particular interessado, quanto às decisões liminares proferidas em sede de processos objetivos de jurisdição constitucional, tais como, as ações diretas de inconstitucionalidade,

declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Nessa esteira, a linha ainda caminha para solução, porém, mostra-se viável a mesma indagação anterior, ou seja, a possibilidade de qualquer interessado mover a reclamação constitucional para cassar decisões ou atos contrários à decisão liminar.

Com o trâmite da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797-2/DF³⁰⁹, onde se discutia a constitucionalidade da lei 10.628/2002 que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, ampliando as prerrogativas de foro, principalmente no que tange à ação de improbidade administrativa, antes de ser julgada procedente declarando a inconstitucionalidade da mesma, foi proferida pelo presidente do Supremo em exercício naquele período, Ministro ILMAR GALVÃO, decisão preliminar indeferindo a suspensão da lei até julgamento final do feito.

À primeira vista, destaca-se que a decisão primária foi acolhida pela presunção de constitucionalidade da lei, perfazendo efeitos sobre todos os processos que contemplava a questão da constitucionalidade pelo controle difuso da norma.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.797-2/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

Isso porque, várias foram as reclamações constitucionais de interessados particulares que foram promovidas para o fito de se garantir a autoridade da decisão preliminar proferida indeferindo a suspensão da aplicabilidade da lei 10.628/2002. Nessas reclamações, em sede liminar, foram proferidas decisões monocráticas determinando a suspensão dos processos até final julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797-6/DF, pois promoviam o controle de constitucionalidade pela via difusa. Esta foi, por exemplo, a decisão proferida nas Reclamações 2.657-4/PR³¹⁰, 2.669-8/BA³¹¹, 2.509-8/BA³¹², 2.704/PR³¹³, entre várias outras.

Nesses processos, foram proferidas decisões no sentido de sobrestar os processos que tinham sido proferidas decisões declarando a inconstitucionalidade da lei 10.628/2002 até julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade, aplicando assim, certo efeito vinculado à decisão preliminar proferida. Ao final, como a ação direta de inconstitucionalidade fora julgada procedente declarando a inconstitucionalidade de referida lei, todas as reclamações citadas foram ao final julgadas improcedentes, mas por prejudicar o objeto da ação.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.657-4/PR. Relator Min. Celso de Mello. J. 06.06.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.669-8/BA. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 17.12.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.509-8/BA. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 17.12.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.704/PR. Relator Min. Celso de Mello. J. 01.07.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

Mas o que se auffer dessas é que mesmo para as decisões preliminares nessas ações objetivas, o efeito vinculante e eficácia *erga omnes* estão presentes, podendo ser objetos de reclamação constitucional para se garantir a autoridade da decisão.

GILMAR FERREIRA MENDES, já havia suscitado sua posição acerca do tema quando escreveu que:

A questão posta na referida reclamação mostra uma nova faceta entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade, agora no que concerne à decisão do Supremo Tribunal Federal que indefere o pedido de cautelar em ADIn. Como acentuado na decisão da relatoria de Jobim, há casos em que, ao indeferir a cautelar, o Tribunal enfatiza ou quase a não-plausibilidade da impugnação. Em outras hipóteses, o indeferimento assenta-se em razões formais, como o tempo transcorrido da edição da lei ou não configuração de urgência.

Na primeira hipótese, não se afigura impossível justificar a reclamação sob o argumento de violação da autoridade da decisão do Supremo tribunal. Na segunda, o argumento é mais tênue, uma vez que nem sequer houve uma manifestação substancial do tribunal sobre o assunto.³¹⁴

Em suma, essas são as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, essencial, no que tem pertinência ao Supremo Tribunal Federal destacadamente às decisões proferidas no âmbito de processos objetivos, como as ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais.

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. Comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 565.

7.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA – O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS NORMATIVOS – INSTRUMENTOS JURISDICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS EFEITOS DAS DECISÕES

O uso exacerbado do termo “jurisdicional” no título do presente item não é por acaso. É que se afastará as hipóteses dos demais meios de controle de constitucionalidade, quais sejam, através da administração pública em geral e do poder legislativo antes mesmo de promulgar a lei, através de suas comissões de análise dos projetos de leis, ou mesmo, através da promulgação de leis revogadoras das leis inconstitucionais.

O controle de constitucionalidade das normas não somente pode ser realizado através do exercício da atividade jurisdicional, mas por meio das diversas facetas do Estado. Logo, a própria administração pública poderia, num primeiro momento, perfazer um controle de constitucionalidade das leis, diante de sua vinculação ao domínio constitucional vinculante, ou seja, ao império da Constituição Federal.

Assim, nas palavras de RUI MEDEIROS:

A Administração, ao menos quando o interesse público não se compadeça com a suspensão da actividade administrativa até ao esclarecimento da questão pelo Tribunal Constitucional, pode (ou deve) optar por cumprir a Constituição em vez da lei ordinária inconstitucional. Alguns autores limitam, no entanto, o poder administrativo de controlo da constitucionalidade das leis aos funcionários que se encontram no topo da hierarquia administrativa ou,

pelo menos, aceitam a possibilidade de corrigir os juízos de inconstitucionalidade dos subalternos através do poder de direção.³¹⁵

Isso porque, segundo próprio constitucionalista português, sobrepõe-se ao princípio da submissão à estrita legalidade da administração pública o princípio da “*vinculação de todos os poderes públicos, incluindo o poder administrativo, à Constituição*”³¹⁶. Justifica sua posição com fundado acerto, dizendo que:

A consagração do princípio da constitucionalidade da Administração impõe a rejeição das teses que recusam um controlo administrativo da constitucionalidade das leis em nome de um impotência *congénita* ou de uma incapacidade *natural* das autoridades administrativas para *ler, compreender* e – através da opção pela aplicação (ou não aplicação) da lei ordinária – aplicar a Constituição.³¹⁷

Não fosse pelas experiências que o cidadão brasileiro tem com a dinâmica da administração pública, certamente esta seria a mais escorreita aplicabilidade do princípio do Estado Constitucional de Direito, ou seja, a inteira observância da primazia constitucional sobre qualquer modalidade de lei ou ato contrário ao seu conteúdo, inclusive, axiológico. Com isso, resultaria no que GUSTAVO ZAGREBELSKY leciona, no que:

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del Estado constitucional. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la

³¹⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 154.

³¹⁶ Ibid., p. 168.

³¹⁷ Ibid., p. 177.

posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse se realiza de forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como un de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, se de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.³¹⁸

E por essa nova concepção de direito, pelo qual, o Estado necessariamente se submete às premissas constitucionalmente fixadas, e Estado se compreende em sentido amplo, compreendendo todas as suas instituições, o mesmo, além do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, como mencionado por RUI MEDEIROS, não somente poderia, mas deveria promover controle por si mesmo, observando assim, a aplicabilidade mais ampla do princípio do Estado Constitucional de Direito.

Entretanto, como início do parágrafo anterior, não fosse pela experiência que o cidadão brasileiro sobre a dinâmica da administração pública pátria, onde, em verdade, os interesses públicos secundários geralmente se sobrepõe aos interesses públicos primários, quando não, os interesses particulares dos próprios administradores, o poder de promover o

³¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 34.

controle de constitucionalidade das normas poderia ser peça chave e instrumento crucial de inversão da aplicabilidade máxima dos preceitos constitucionais, ou seja, por motivação própria, a aplicação de leis inconstitucionais ou a não aplicação de lei constitucionais, neste último, o pior.

Por exemplo, por ato normativo ou parecer normativo, desde que homologado por agente público de alta hierarquia, poder-se-ia declarar a inconstitucionalidade de lei tributária que garanta determinado direito ao contribuinte, e deixar, imediatamente, de ser aplicada aos casos concretos.

Claro que daí, a existência do controle jurisdicional, do qual, poder-se-ia anular o ato por decisão judicial mediante, inclusive, mandado de segurança. Porém, a necessidade de se manejar o *writ* todas as oportunidades em que a administração pública notoriamente resolve se beneficiar a despeito de qualquer garantia constitucional, seria, por demais, sufragar ainda mais a vontade deliberada da administração pública em abarrotar os tribunais para que não promovam a justiça contra o próprio Estado, que é o maior cliente (às avessas) do judiciário.

Nesse diapasão, limita-se à questão do controle de constitucionalidade auferido pela administração, pois, ao legislativo, que também é dado tal controle, nada ou muito pouco importam as questões suscitadas, pois ele mesmo tem o dever e o poder de criar ou revogar as leis que adentram e saem do ordenamento jurídico, de forma que, o interesse é mais acentuado no que concerne aquele que não tem esse poder

de criação, mas de aplicação, como é o caso dos poderes executivo e judiciário.

Para o poder executivo, uma das formas típicas de controle de constitucionalidade, que vai além dessa estreita natureza, mas que também tem essa finalidade, está no poder de veto sobre as propostas de leis que são produzidas no legislativo. Com o veto, mediante a motivação do mesmo na inconstitucionalidade da lei que está sendo proposta, o chefe do poder executivo está exercendo claro controle de constitucionalidade das leis. Porém, o veto, pode ser derrubado pelo legislativo.

Então, afigura-se que a forma com que o executivo, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, promove o controle de constitucionalidade das leis, estaria no veto, mas não na possibilidade de repudiar motivadamente à inconstitucionalidade, a aplicação da lei que entende inconstitucional. Nesse sentido, CLÊMERTON MERLIN CLÉVE entende que ao poder executivo, as leis que não foram declaradas inconstitucionais pelo judiciário, seja pela via concentrada ou pela via difusa (esta com efeitos entre as partes), não poderia deixar de ser aplicada sob o fundamento de ser a mesma inconstitucional. Situa sua posição no rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que, ao contrário da constituição anterior que limitava ao Procurador-Geral

da República, legitima chefes do poder executivo, sendo o Presidente da República e os governadores dos estados.³¹⁹

Nessa linha, se aos chefes dos executivos é atribuída legitimidade para propositura de dita ação objetiva, para questionar lei em tese, não poderia o mesmo promover o controle de constitucionalidade, deixando de aplicar a lei que entenda inconstitucional, sob pena de esvaziar o conteúdo da norma constitucional. Não existiria interesse do mesmo na propositura da ação direta de inconstitucionalidade se, por ato próprio, poder-se-ia declará-la inconstitucional.

Essa não é a posição de LUIZ ROBERTO BARROSO, que entende ser possível o controle exercido pelo chefe do poder executivo, e destaca que, o contrário, consubstanciaria numa contradição lógica, pois, o prefeito municipal não está no rol do artigo 103 da Constituição Federal, do qual, teria mais poderes do que o presidente da república ou os governadores estaduais, pois estes, ao contrário daquele, estariam limitados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e aquele não, podendo não aplicar a lei que entender inconstitucional. Diz ainda que a decisão que declare constitucional ou inconstitucional a lei, geraria efeito vinculante ao administrador, de forma que, a liberdade de seu controle de

³¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 247-8.

constitucionalidade estaria limitada à manifestação do judiciário quanto o assunto.³²⁰

Discorda-se. Primeiramente, a solução quanto ao antagonismo acerca do prefeito municipal, primeiramente, se vincula ao princípio da simetria constitucional, de forma que, terá legitimidade para promover a ação direta de inconstitucionalidade das leis municipais, conforme previsão constitucional do estado e, por óbvio, não sobre as leis federais, como também não tem o governador do estado, pela aplicação do princípio da pertinência temática ao sujeito ativo da ação. O governo do estado também não pode promover ação direta de inconstitucionalidade de lei federal, estadual (de outros estados) ou municipal, se não houver vinculação do objeto da lei impugnada ao seu interesse público. Isso porque, são denominados como sujeito ativo especial, justamente, por existirem limitações quanto à sua legitimidade ativa, diferentemente do Procurador-Geral da República, que é legitimado universal.

Mesmo assim, na sistemática de criação das leis, o poder do veto dá ao chefe do executivo a chance de promover o controle de constitucionalidade das leis. Entretanto, o veto pode ser cassado pelo legislativo, que faz, por si mesmo, publicação da lei em questão. Pergunta-se: poderia o executivo deixar de aplicar lei com motivação em sua inconstitucionalidade mesmo depois de ter o legislativo derrubado seu veto? Poderia o Executivo deixar de aplicar a lei motivado pela sua

³²⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65-4.

inconstitucionalidade pelo qual foi sancionada pelo próprio executivo? Poderia fazê-lo mesmo não vetando por inconstitucionalidade, mas por outro motivo, sendo derrubado o veto?

A resposta para todas as indagações é lógica! Não. O sistema jurídico deve ser equilibrado, seguro e racional. Se ao próprio judiciário a decisão de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei perfaz coisa julgada, não podendo ser revista quando transitada em julgado a decisão, não faz sentido ao executivo, como poder aplicador das leis como o é o próprio judiciário, a qualquer momento, independentemente de manifestação anterior, declarar a inconstitucionalidade da lei e se recusar a aplicá-la. Deveria fazê-lo pelo veto. Se derrubado, deve aplicar a lei, mesmo que entenda inconstitucional, pois, o povo, através de seus representantes, entenderam naquele momento que a lei não era inconstitucional e, somente este, pode desfazê-la, ou o judiciário, por atividade jurisdicional, anular sua validade.

Poder-se-ia dizer que ao administrador é lícito promover o controle de constitucionalidade das leis, no entanto, com sugestão de, principalmente, duas limitações, dos quais, decorrem da essência da situação que possa resultar a aplicação da lei tida como inconstitucional, que seria: (a) no caso em que a declaração de inconstitucionalidade da lei e sua não aplicação beneficie diretamente o administrado interessado ou; (b) que seja em decorrência de necessidade premente de interesse público primário. Conceder liberdade completa ao administrador de promover esse

controle, seria, por certo, a volta ao governo dos homens, como repudia ZAGREBELKY.

Finalmente, urge identificar as formas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos, dos quais, são presentes em duas modalidades no sistema brasileiro: o controle concentrado e o controle difuso.

É a denominada jurisdição constitucional, pelo qual, os órgãos legitimados pela própria Constituição Federal exercem o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO empresta conceito que melhor não poderia calhar sobre *justiça constitucional*, descrevendo-a assim:

A título de noção tendencial e aproximativa, pode definir-se justiça constitucional como o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes. Trata-se de uma noção ampla, cujo entendimento pressupõe a sumária pontualização dos momentos histórico-comparatísticos jurídico-constitucionalmente mais relevantes.³²¹

Nessa linha de pensamento, o sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade é misto, comportando que qualquer órgão jurisdicional é dotado de legitimidade, nas limitações próprias, para promover o controle de constitucionalidade das leis, pois se caracteriza como modelo unitário, ou seja, diferentemente do modelo de separação, não existem órgãos diferenciados especificamente para apreciar as questões

³²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. Cit., p. 892.

acerca da constitucionalidade das normas, mas sim, todos os órgãos jurisdicionais, além da atividade jurisdicional comum que lhe é própria, também exerce função de jurisdição constitucional, por este motivo, não sendo instituições divergentes, mas as mesmas.

O controle em nosso sistema pode ser difuso ou concentrado. No controle difuso temos que qualquer juiz pode exercer a jurisdição constitucional, ou seja, apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos. No controle concentrado, o ordenamento cria um órgão com a função de solitariamente promover o controle de constitucionalidade das normas.

Também existem as formas de controle abstrato e concreto. No controle abstrato, a constitucionalidade da lei ou ato normativo é apreciado em tese, ou seja, não existe propriamente lide nesses processos. Por este motivo, também, as ações que têm como escopo essa finalidade, são denominadas de ações objetivas. Na forma concreta, o órgão aprecia a constitucionalidade da norma por auferir questão de óbice ao pronunciamento final de alguma lide, ou seja, resolve um litígio entre partes através do pronunciamento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

Existe ainda, o controle por via de ação direta (principal) ou incidental. A primeira, corresponde ao processo cujo objeto é especificamente a análise da constitucionalidade da norma. Na segunda, a

declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma é essencial para o mérito da lide existente entre partes.

No sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade é misto, ou seja, coexistem todos os modelos, formas e instrumentos que corresponde à atividade da jurisdição constitucional. Vê-se que, o órgão de excelência do controle concentrado de constitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal, mas que também, não é o único.

Os tribunais de justiça, quando promovem o controle de constitucionalidade em relação à constituição estadual também estão exercendo atividade jurisdicional concentrada, embora, passível de recurso, quando ensejar violação à preceito constitucional.

Nessa linha, no Brasil, o controle concentrado é exercido na sua forma abstrata e por instrumento de controle direto, ou seja, mediante ações diretas específicas para apreciação da constitucionalidade da lei ou ato normativo questionado. Já o controle na forma difusa, é exercido por todos os órgãos jurisdicionais, mesmo os de primeira instância, inclusive o Supremo Tribunal Federal, do qual, sempre será por via incidental.

Importante também destacar o objeto do controle de constitucionalidade. HANS KELSEN dá boa noção desse contexto. São objetos de controle de constitucionalidade: a) as leis; b) os atos regulamentares ou normativos com pretensão de força de lei; c) as leis cujo objeto não deveriam o ser; d) os tratados internacionais, em nome da

soberania nacional; e) as leis já revogadas, que estejam emanando efeitos aos fatos jurídicos a ela aplicados.³²²

Antes de adentrar ao estudo dos instrumentos de controle de constitucionalidade, seja na modalidade abstrata ou concreta, importante destacar que vige em nosso ordenamento o princípio da *reserva de plenário*, pelo qual, somente órgão especial ou o plenário no tribunal poderá declarar “incidentur tantum” ou mesmo, por controle concentrado e abstrato, norma inconstitucional, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei que esteja sendo questionada perante a Constituição Federal, deve ser apreciada por órgão especial previamente constituído para esse fim, ou, na ausência deste, pelo plenário do tribunal, incluindo o do Supremo Tribunal Federal, tanto no controle concentrado de constitucionalidade quanto no controle defuso.

Insta salientar que ao juízo de primeira instância de juiz singular, ou seja, juízo cujo pronunciamento final é monocrático, este princípio não tem aplicabilidade por questão lógica, não existe plenário de um só. Assim, na primeira instância, a declaração de inconstitucionalidade incidental pode ser prolatada singularmente, sem a necessidade de um exame por outro órgão que seja colegiado. Porém, em grau de recurso ou originário,

³²² Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. A justiça constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, n. 1 (Julho/Setembro, 2003), 2003. p. 111-6. (pg. 90-130).

quando o órgão jurisdicional for colegiado, ou seja, tribunais, a declaração de inconstitucionalidade deve ser atribuída ao órgão especial ou ao pleno do tribunal. Por isso que, se o recurso contra decisão de juízo singular nos tribunais de segunda instância questionar a própria declaração de inconstitucionalidade devolvendo a matéria do incidente ao tribunal, este terá de submeter ao exame do órgão especial.

A declaração de inconstitucionalidade nos tribunais tem procedimento próprio que lhe aufere o Código de Processo Civil, entre os artigos 480 à 482. Em linhas gerais, suscitada a argüição de inconstitucionalidade, o primeiro órgão a apreciar será a própria turma ou câmara que tiver competência sobre o objeto do processo. Assim, se a turma ou câmara entender que a lei ou ato normativo não é inconstitucional, deixará de remeter a questão de inconstitucionalidade ao órgão especial ou plenário do tribunal, prosseguindo no julgamento do objeto principal do processo. Em caso de entender que há a inconstitucionalidade, submeterá à questão incidental ao órgão competente, que se limitará a apreciar esta questão, do qual, será condição para o retorno do objeto principal para apreciação da turma. O órgão especial ou o pleno do tribunal não apreciará o objeto principal da lide, mas tão somente, a argüição de inconstitucionalidade, do qual, julgada, declarando ou não a inconstitucionalidade da norma, será a turma originária que apreciará, mediante a condição da declaração de inconstitucionalidade ou não, o objeto principal.

Suscita nisto questionamento interessante. Se a questão de inconstitucionalidade que pesa sobre a lei ou ato normativo não for reconhecida pela turma ou câmara, esta não submeterá a arguição ao órgão especial ou pleno, mas afastará a declaração de inconstitucionalidade e julgará o feito naquela ordem. Assim é a própria lei, nos termos do artigo 481 do Código de Processo Civil, como também, o Supremo Tribunal Federal tem a mesma linha de pensamento³²³. Todavia, salvo melhor juízo, não parece acertada essa posição.

Quando argüida a inconstitucionalidade da norma, a improcedência desta, negando a declaração de inconstitucionalidade da mesma, produz um efeito contrário, ou seja, a declaração por aquele órgão, de que a norma é constitucional. É a denominada *natureza dúplice* do controle de constitucionalidade, principalmente atribuído às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, que nos fala TEORI ALBINO ZAVASCKI: “*Quando, todavia, a ação for julgada improcedente, restará afirmada, para todos os efeitos, a constitucionalidade do preceito normativo*”³²⁴. Não parece do mais acertado entendimento que o órgão que não tem competência para declarar inconstitucional o preceito normativo o tenha para proferir decisão com efeitos contrários a este. Portanto, mesmo que a turma ou câmara entenda não ser o mesmo inconstitucional, deveria submeter a questão ao órgão competente para essa afirmação.

³²³ BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit., p. 79.

³²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 46.

Duas críticas podem ser levantadas quanto ao questionamento que ora se faz: 1) o mais forte seria dizer que não é necessário submeter à apreciação do órgão especial ou pleno do tribunal a questão de inconstitucionalidade, pois nada mais estar-se-ia fazendo a turma do que aplicar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos; 2) ou então, mencionar que o caráter dúplice de efeitos do controle de constitucionalidade somente é aplicável no âmbito de controle concentrado e abstrato das normas.

Contra ambos, responde-se, talvez não a contento, mas com certa razão. Na primeira crítica, que se tem como a mais forte e eficaz para derrubar o questionamento levantado, deve-se levar em consideração, em verdade, da diferença entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade, sendo que, a presunção de constitucionalidade das leis ou atos normativos o são mais por força do princípio da legalidade, tendo em vista, a sua produção por órgão competente para sua criação, do que, propriamente, ao reconhecimento de constitucionalidade do mesmo.

O fato de se estar diante de lei ou ato normativo do poder público, não necessariamente afasta a necessidade da mesma ser fiscalizada por órgão de controle de constitucionalidade competente para tanto. Nas palavras de JORGE MIRANDA, que melhor salienta o assunto:

Em suma, o princípio da constitucionalidade não se identifica com um princípio da obrigatoriedade; significa simplesmente que a Constituição tenha uma obrigatoriedade juridicamente sancionada. Não ignoramos que nem todas as normas e todos os actos inconstitucionais estão em Portugal sujeitos a fiscalização jurisdicional, por não os abrangerem todas as normas de garantia jurisdicional. Mas basta que o

princípio esteja recebido no Direito Português, como está, para que fiquemos habilitados a assegurar que todo o acto jurídico-público, inclusive o acto de garantia política ou privada, é susceptível de valor jurídico e tende para uma fiscalização jurisdicional.³²⁵

Note-se que o autor diz que todos os atos normativos do poder público passam a ser objetos de fiscalização de constitucionalidade, pois “*na perspectiva da garantia, para lá da descrição da inconstitucionalidade como invalidade, procura-se a garantia da Constituição na relação concreta, procura-se a eficácia da norma constitucional*”³²⁶, maneira que, o processo de fiscalização constitucional, mesmo quando jurisdicional, não deve ser tido como meramente passivo, mas eficientemente ativo, ou seja, as normas infraconstitucionais que sejam questionadas frente à Constituição Federal devem ser apreciadas para tanto pelo órgão competente para o controle de constitucionalidade, pois, a afronta à Constituição Federal por preceito normativo é inconcebível num sistema que garante a eficácia normativa dos preceitos constitucionais.

A não ser que a alegada inconstitucionalidade seja completamente impertinente (no que a parte poderá até ser responsabilizada por litigância de má-fé nos termos dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, ou ainda, na fixação de multa nos termos do §2º do artigo 557 do mesmo *codex*, em caso de agravo manifestamente inadmissível ou infundado), não há razões, em nome do princípio da garantia da Constituição Federal em face a leis e atos normativos inconstitucionais, relevar a importância da

³²⁵ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 236.

³²⁶ *Ibid.*, p. 13.

própria argüição da parte para o fito de submetê-la ao órgão jurisdicional competente para o controle de constitucionalidade, ou seja, órgão especial ou pleno do tribunal, independentemente ao reconhecimento ou não de constitucionalidade pela turma ou câmara.

Na segunda hipótese, ou seja, de que o caráter de efeito dúplice ser de natureza das ações objetivas de controle de constitucionalidade, não é acertado. Retorna-se ao mesmo argumento anterior. Justamente pelo princípio da constitucionalidade, do qual, persegue o valor de Estado Constitucional de Direito, é que, qualquer que seja, o controle de constitucionalidade tem relevância equivalente um ao outro, mormente, deve ser atuado por órgão jurisdicional competente. Justamente por esta relevância na busca de garantia da Constituição Federal é que, sub-julgar argüição de inconstitucionalidade a órgão que não teria competência para declarar preceito infraconstitucional inconstitucional, concedendo-lhe poderes para dizer ser constitucional, seria usurpar do órgão que efetivamente tem o dever de controle de constitucionalidade, a competência para tanto, logo, a órgão especial ou ao pleno do tribunal.

Colacione-se que, ou se dá a competência à turma ou câmara de promover “ad nutum” o controle de constitucionalidade, ou seja, podendo declarar constitucional, por outro lado, também podendo declarar inconstitucional o preceito normativo, ou então, que se extirpe desse mesmo órgão a possibilidade de declarar constitucional o preceito. O ilógico é manter um órgão com poder parcial de controle difuso, ou seja,

poder dizer que o preceito normativo é constitucional, mas não poder dizer que é inconstitucional.

7.2.1 Extensão da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e Atos Normativos

Impende tecer considerações acerca da extensão da decisão que declara inconstitucional uma lei ou ato normativo. A extensão, ou conteúdo, da decisão de inconstitucionalidade é equivalente em qualquer modalidade de controle de constitucionalidade. Seja na decisão que reconheça a inconstitucionalidade da lei proferida em controle difuso de constitucionalidade, incidental e concreto, ou ainda, em controle concentrado, abstrato e principal, o conteúdo da decisão será o mesmo.

RUI MEDEIROS, constitucionalista português que certamente escreveu uma das obras mais completas acerca do controle de constitucionalidade, divide a extensão das decisões em controle de constitucionalidade, por seu conteúdo, sendo três: a) a interpretação conforme a constituição; b) redução da lei inconstitucional, e; c) modificação da lei inconstitucional.³²⁷

A extensão da decisão de inconstitucionalidade leva em consideração, assim, três fenômenos que alteram a aplicabilidade mesma da

³²⁷ MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 289-530.

lei, seja excluindo-a do mundo jurídico, seja limitando sua aplicação para adequação à Constituição Federal. Temos decisões interpretativas; reducionistas e modificativas.

As mais conhecidas são as decisões de redução do texto, ou seja, como denominado por alguns, a declaração de nulidade da lei ou ato normativo.

A declaração de nulidade pode conter outros três conteúdos diferenciados: a) nulidade total; b) nulidade parcial; c) nulidade parcial sem redução do texto.

A declaração de inconstitucionalidade que causa a nulidade total do preceito em questão, pode derivar de situações onde a lei ou ato normativo esteja em confronto às regras constitucionalmente estabelecidas para criação do preceito normativo em questão, seja por critérios objetivos, sejam por critérios subjetivos. Denomina-se como inconstitucionalidade formal, sendo aquela, que o conteúdo mesmo do ato pode não ser inconstitucional, mas sua criação está viciada, ou porque não foram observados os trâmites necessários, ou porque o seu criador não é competente para o ato. Neste caso, é impossível salvaguardar parte da lei ou ato normativo, pois ele todo está eivado do vício de inconstitucionalidade formal. Assim nos diz GILMAR FERREIRA MENDES, para quem, *normalmente*, este tipo de vício leva à declaração de inconstitucionalidade total do ato³²⁸. A expressão “normalmente” dita pelo

³²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., p. 405.

próprio ministro em sua obra, não parece ser por acaso. Mesmo que persista um vício formal da lei ou ato normativo questionado, poder-se-á estar diante de vício que o torna parcialmente inconstitucional, mas não em sua totalidade. Seria exemplo da promulgação de determinada lei que disciplina diversos assuntos de um tema ou área específica de iniciativa do legislador, no qual, em certo ponto, adentra competência exclusiva do chefe do executivo. A lei não será inconstitucional em sua totalidade, mas tão somente, os dispositivos que seriam de iniciativa exclusiva daquele. Outro exemplo seria de lei de ente federativo em que parte dela, viola a competência legislativa de outro ente federativo, no qual, o vício estaria impregnado somente na parte inconstitucional da lei, mantendo sua validade quanto ao restante.

A nulidade total também pode se dar pela inconstitucionalidade do conteúdo da lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal. Esta hipótese é bastante rara, mas não incomum. Diz, ainda, GILMAR FERREIRA MENDES, que o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade total da lei quando seu dispositivo for inconstitucional. Isso porque, a lei tem uma dependência unilateral que a torna indivisível entre suas partes. Logo, se o dispositivo que abrange todo o conteúdo legal é inconstitucional, todos os seus fragmentos devem ser também tidos como inconstitucionais³²⁹. Parece a mesma teoria das provas ilícitas, na questão dos frutos da árvore apodrecida. Se o cerne objeto da lei é inconstitucional, todas as suas peculiaridades também o serão. O

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., p. 405-6.

motivo dessa compreensão é simples, se a lei foi criada para um determinado fim, sendo este fim inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade deste fim sem a extirpação dos objetos da lei que tem a perspicácia de atingir esse fim terá notoriamente uma inversão do conteúdo da própria lei. Ou seja, a lei ou ato foi criado para um certo objetivo e, declarando-se a inconstitucionalidade, seria desviado para outro completamente divergente, o que não é possível.

Mais interessante é a declaração de inconstitucionalidade com nulidade da norma, mas sem redução do texto. GILMAR MENDES explica essa modalidade com exemplos, que se adota. Imagine-se lei tributária que não atendeu ao princípio da anterioridade da lei. Certamente é inconstitucional, porém, não em seu conteúdo em si, mas também, não o é em sua forma. O vício é temporal. A nulidade da lei se dá sem a nulidade do texto propriamente dito, pois, ela será declarada inconstitucional quanto à sua aplicabilidade no exercício fiscal que foi publicada. Entretanto, passará a ter plena validade no exercício fiscal imediatamente seguinte.³³⁰

Quanto às decisões interpretativas, ou seja, a interpretação conforme a Constituição, tende-se a mobilizar o juízo a declarar a forma que a lei deverá ser interpretada com melhor adequação à Constituição Federal. De duas ou mais possíveis interpretações, afastar-se-á a interpretação que leva a lei às conseqüências indesejadas ao sistema constitucional, maneira que, esta forma de interpretar e aplicar a lei estará

³³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., p. 407-10.

afastada do plano jurisdicional. Note-se que o afastamento se dá da interpretação inconstitucional e não das interpretações, mesmo que múltiplas, mas que são constitucionalmente aceitáveis. O tribunal não declara que determinada interpretação é mais constitucional que outra, mas que determinada forma de interpretar e aplicar a lei ou ato normativo é inconstitucional e não deve ser levado a cabo, devendo-se os órgãos considerar somente a interpretação e aplicação que seja constitucional. Isso, pois, a interpretação entre diversas possibilidades constitucionais de aplicação da mesma lei não é, propriamente, controle de constitucionalidade, mas construção jurisprudencial.³³¹ Esse é justamente um dos objetos da doutrina e da jurisprudência, ou seja, um dos objetos da ciência do direito em si.

O problema fica mais complexo quanto ao conteúdo modificativo da decisão sobre a lei ou ato normativo declarado inconstitucional. GILMAR MENDES na obra já citada sequer trata do assunto. No Brasil, mais parece ser tabu, pois significa quebrar o dogma do legislador negativo. É verdade que o princípio da separação dos poderes impede que o legislador intérprete e aplique as leis que cria, assim como, aos tribunais que criem tais leis. Esse é necessariamente o desejo num estado em que se alberga a separação dos órgãos competentes para cada função, principalmente, em estado democrático de direito, onde o “criador” das normas abstratas e de aplicação geral são representantes escolhidos pelo povo e não meritoriamente, como é para os tribunais. Como nos diz RUI MEDEIROS:

³³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., p. 410-9.

(...) daí a importância da afirmação da regra de que o Tribunal Constitucional só pode declarar (ou não declarar) a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma em causa, mas não pode substituí-la por outra por ele criada (...). A função do Tribunal Constitucional é uma função de controlo, de carácter essencialmente negativo (...). Ele é um contralegislador e não outro legislador.³³²

Todavia, o mesmo constitucionalista vai adiante dizendo que duas são as hipóteses em que as decisões modificativas, até certo ponto, poderiam ser defendidas, quando: a) observar vontade hipotética do legislador; b) tiver solução constitucionalmente obrigatória.

Ambos critérios podem ser decorrentes dos mais variados conteúdos de decisão da jurisdição constitucional, seja de inconstitucionalidade por omissão do legislador, seja por interpretação da norma conforme a constituição, mas que, em cunho, teria uma determinada conotação modificativa à lei. Todavia, o próprio RUI MEDEIROS não vê, sequer nessas soluções, possibilidade, como se extrai dessa passagem:

Em jeito de conclusão: o recurso à decisão modificativa pode ser aplaudido por quem vê nela a única via razoavelmente rápida para adaptarem aos valores constitucionais ordenamentos jurídicos inspirados em princípios distintos, mas violenta ao máximo o sistema de separação dos poderes, que é o próprio fundamento de todo o sistema constitucional. As decisões modificativas, pelo simples facto de permitirem através de diversos artifícios substituir a vontade do legislador por uma outra vontade, são suspeitas e perigosas e, embora não sejam sempre inconstitucionais, devem pelo menos ser limitados na medida do possível.³³³

³³² MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 496.

³³³ Ibid., p. 511.

Mesmo assim, essa modificação pode ocorrer pelo próprio efeito que resulta a declaração de inconstitucionalidade, entre eles, o repristinatório. Este tem como escopo a repristinação da norma que fora revogada pela norma que ora se declara inconstitucional. É que a declaração de inconstitucionalidade da lei, corresponde a uma nulidade absoluta, maneira que, independentemente dos efeitos que o tribunal lhe dá para figura do que é conveniente ao sistema jurídico, a nulidade absoluta de lei ou ato normativo instiga no reavivamento da lei ou ato normativo que fora revogado pelo nulo.³³⁴

E o Supremo Tribunal Federal não foi omissivo quanto ao efeito repristinatório. Entre outras, na decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.148-1/TO³³⁵, onde figurou como relator o Ministro CELSO DE MELLO. Nessa decisão, da lavra do próprio relator que não foi seguido somente pelo Ministro MARCO AURÉLIO, destacou ser efeito natural da declaração de inconstitucionalidade normativa quando exercida abstratamente pelo tribunal, que no caso não poderia ser outra senão pelo controle concentrado de constitucionalidade, a presença do efeito repristinatório, no qual, a lei declarada inconstitucional não tem validade *ab initio*, de forma que não teria força vinculativa sequer para derrogar normas anteriores, maneira qual, a nulidade expressada pela declaração de inconstitucionalidade, faz com que as normas por ela revogadas voltem a vigor normalmente.

³³⁴ MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 652.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 3.148-1/TO. Relator Min. Celso de Mello. J. 28.09.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

Todavia, destacou de maneira brilhante que lhe é inerente, a ampliação da declaração de inconstitucionalidade às normas revogadas que detenham o mesmo vício da norma revogadora inconstitucional. Foi por ele denominado o fenômeno de *efeito repristinatório indesejado*, ou seja, quando a lei revogada também é inconstitucional. O tribunal, nessa esteira, pode já expandir os efeitos da decisão para as normas revogadas, maneira qual, não examina a constitucionalidade das leis revogadas, simplesmente e expressamente impedindo a manifestação do efeito repristinatório.

Destacou o ministro que o efeito repristinatório somente é verificável no controle normativo abstrato de constitucionalidade. Porém, RUI MEDEIROS diverge dessa posição. Para o português, “*a repristinação vale igualmente no âmbito da fiscalização concreta*”³³⁶. O efeito repristinatório é decorrência da declaração de inconstitucionalidade em si, não propriamente, do controle abstrato da norma, mas para qualquer forma de controle. Declarado inconstitucional, seja no controle concentrado e abstrato, seja no controle difuso e concreto de constitucionalidade, o juízo prolator deverá reconhecer o efeito da repristinação aplicando, quando existir, a norma revogada pela inconstitucional.

Mostra-se aí uma forma de modificação da legislação através de decisão jurisdicional. Vê-se que há norma que fora anteriormente revogada por vontade do legislador ou do agente competente para tanto, retornando à sua vigência e eficácia como se nada a tivesse extirpado do mundo jurídico, pois a lei revogadora fora declarada nula por inconstitucionalidade. Como

³³⁶ MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 655-6;

não dizer que o efeito repristinatório, inclusive já acatado pelo Supremo Tribunal, não é forma de extensão modificativa na decisão de inconstitucionalidade? Como alerta ALESSANDRO OTAVIO YOKOHAMA, é via de superação ao dogma do legislador negativo em relação do pretório excelso, e este, é severo ao dizer que:

Além de tudo, não custa repetir, o Tribunal Constitucional é a única forma de frear a tirania da maioria. Até aonde pode chegar a nossa covardia em não assumir que é visível que o Parlamento já não representa mais a utopia do século XIX, ou seja, não representa a vontade dos eleitores, mas sim a de poucos e poderosíssimos grupos de pressão?³³⁷

Crítica que poder-se-ia destacar ao pensamento é quanto, especificamente ao Brasil, a legitimidade do tribunal “comum” que se reserva à função de Corte Constitucional. É legítimo ao Supremo Tribunal Federal, corte não escolhida pelo sufrágio, mesmo que representativo, mas por mera nomeação entre nomes escolhidos, a dimensão positiva de “legislador” quando assim destacável? Se a resposta for negativa, até mesmo o efeito repristinatório anteriormente comentado passa a ser ilegítimo no sistema brasileiro. Ou se tem uma corte constitucional legitimada pelo povo, ou, realmente, se impede de vez, sob qualquer ângulo, que o Supremo possa exercer positivamente a figura de criador de textos normativos.

Observe-se, entretanto, que o problema não fica somente a cargo da legitimidade do Supremo Tribunal Federal, mas sim, com o novo estado

³³⁷ YOKOHAMA, Alessandro Otavio. Op. cit., p. 407.

social democrático de direito, se comporta o magistrado diante de uma nova função social, ou seja, não mais tão somente a aplicação da vontade geral e abstrata da lei, mas um papel criativo e fecundo que o juiz assume, ainda mais, quando em conceitos indeterminados, pois, como diz FLÁVIA DE ALMEIDA VIVEIROS DE CASTRO: “*O juiz não é nem um autômato, nem um mero aplicador das leis. Ele firma o conteúdo da norma que o legislador – muitas vezes deliberadamente – se absteve de precisar*”³³⁸.

Entretanto, dado o objetivo central do presente trabalho ser, em verdade, a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo através do instrumento da reclamação constitucional, o que, por sua própria natureza, esbarra-se em contexto posterior ao suscitado, não se adentrará profundamente nessas questões. Mas são de pertinência ímpar numa realidade do sistema constitucional atual o desenvolvimento das respostas ou sugestões a esses problemas.

7.2.2 O Controle Concentrado das Leis e Atos Normativos – Instrumentos Processuais: Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

³³⁸ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do poder judiciário. In. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 42, 2003, p. 177.

Não é incomum ao estudo do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no âmbito do sistema brasileiro, ter como sinônimos o controle concentrado e abstrato, pois, no Brasil, este somente é produzido através de um órgão que é competente para tanto. Entretanto, as características na ciência, não necessariamente demonstram que são sinônimas.

Como já mencionado antes, concentrado é o controle quando um órgão específico é legitimado para promover o controle de constitucionalidade, enquanto que, o controle é abstrato, quando não se refere propriamente à lide na relação entre partes, mas no questionamento da constitucionalidade em tese da lei ou ato normativo.

Vê-se daí que, poder-se-ia existir um sistema de controle abstrato das normas que fosse promovido por qualquer órgão jurisdicional, desde que, a constituição lhes desse legitimidade para tanto. Enquanto que, poder-se-ia ter o controle concreto das normas, ou seja, aquele em que é realizado incidentalmente à lide entre partes, e por concentração, quando então, teríamos um órgão específico para esta função.

Todavia, no sistema pátrio, o poder de controle de constitucionalidade abstrato das normas em razão da Constituição Federal, é concentrado em um órgão legitimado para tanto, sendo este, o Supremo Tribunal Federal, enquanto que o controle de constitucionalidade em razão das constituições estaduais é dado aos tribunais de justiça de cada qual.

Por essa razão é que geralmente são tratados numa mesma análise, pois, o controle concentrado será, no Brasil, sempre em referência ao controle abstrato das normas, sendo a recíproca verdadeira, e o controle difuso sempre terá relação com o controle concreto das normas, sendo, igualmente, a recíproca verdadeira.

Isso porque, o controle difuso é auferido por qualquer órgão jurisdicional, desde a primeira instância até as mais altas cortes, como questão incidente para a solução do litígio entre partes. Já o controle concentrado, em relação à Constituição Federal, é sempre realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e só por este, mediante processos objetivos que almejam a solução de questionamento face à constitucionalidade da lei ou ato normativo em tese.

Será aqui analisado em síntese as ações objetivas que são instrumentos para o controle concentrado de constitucionalidade, principalmente ao Supremo Tribunal Federal³³⁹, pois, não é objetivo do presente trabalho exaurir as questões acerca do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas destacar a reclamação como instrumento de efetivação das decisões proferidas nos processo que atuem o controle, do qual, será discorrido mais adiante.

Deixa-se de discorrer acerca da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, dado que, *“não tem como objetivo discutir a*

³³⁹ Lembrando que aos tribunais de justiça é dado o poder de processar e julgar ações direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual, o que, também é controle concentrado de constitucionalidade.

(in)constitucionalidade de normas propriamente ditas”³⁴⁰, o que foge necessariamente do objeto do trabalho. Todavia, vale destacar que, mesmo as decisões proferidas nestas modalidades de processo, quando não observadas, poderão ser objeto da reclamação constitucional, mas com limitações ao óbvio, ou seja, o cabimento da reclamação face à desacato à autoridade das decisões do Supremo Tribunal, por quem deveria observá-las.

São esses instrumentos a: 1) ação direta de inconstitucionalidade (artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal); 2) ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal); 3) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º da Constituição Federal); 4) argüição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º da Constituição Federal).

Todos esses instrumentos têm perfis com características muito comuns, sejam objetivas ou subjetivas. Todos eles se processam no Supremo Tribunal Federal e são instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade de normas, na forma abstrata, ou seja, apreciação de constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese.

Os legitimados para a propositura dessas ações são os mesmos. O artigo 103 da Constituição Federal, elenca os legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, o que, prevê também, os legitimados para ação direta

³⁴⁰ YOKOHAMA, Alessandro Otavio. Op. cit., p. 299.

de inconstitucionalidade por omissão. Já, os legitimados para propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorre da lei, sendo que o artigo 2º da lei 9.882/1999, remete aos entes descritos no artigo 103 da Constituição Federal, como legitimados ativos para este procedimento.

Entretanto, o próprio Supremo Tribunal foi, por sua jurisprudência, suprimindo a legitimidade em qualquer situação a qualquer dos entes figurativos no artigo 103 da Constituição. Fixou-se então a existência de duas modalidades de legitimados: a) *universais*, sendo aqueles que têm papel institucional de defesa da constituição propriamente dita, são eles: o Presidente da República; as Mesas do Senado e da Câmara de Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e; b) *especiais*, sendo aqueles que têm atuação restrita e direta em questões que atinjam sua esfera jurídica, ou que sejam representantes destes, que são os demais legitimados.³⁴¹

São processos objetivos, assim denominados pela doutrina, pois não têm, propriamente, partes com interesse subjetivo, litígio ou fatos. A apreciação se dá sobre a constitucionalidade do preceito normativo em tese, com vistas exclusivas à defesa da Constituição Federal.³⁴²

³⁴¹ BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit., p. 120.

³⁴² ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988. CARVALHO, Paulo Gustavo M. FÉRES, Marcelo Andrade. *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 408.

Divergem, no entanto, quanto ao objeto característico de cada qual. Fácil é distinguir os objetos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Em ambas, o objeto diz respeito, por óbvio, à constitucionalidade da lei ou ato normativo desde que com características de lei. Todavia, na ação direta de inconstitucionalidade, o autor requer ao tribunal que a mesma seja declarada inconstitucional, enquanto que, na ação declaratória de constitucionalidade, o contrário, podendo qualquer delas, ser julgada procedente ou improcedente.

Quando se defronta ao objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental é que a questão se torna mais complexa. Nos termos do artigo 1º da lei 9.882/1999, o objeto da pretensa argüição, será em “*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público*”. O problema é destacar as diferenças dos objetos desta para com a ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade.

Entre alguns autores de vários que já escreveram acerca do tema, como GILMAR FERREIRA MANDÉS³⁴³, LUIZ ROBERTO BARROSO³⁴⁴, entre outros, foi com DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR que aparentemente trouxe uma verdadeira distinção entre o objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental e o objeto das demais ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

³⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. In. CARVALHO, Paulo Gustavo M. FÉRES, Marcelo Andrade (orgs.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 503-44.

³⁴⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit., p. 215-48.

Esse autor baiano ensina que, não obstante o princípio da unidade das normas constitucionais, por uma hierarquia axiológica entre tais, alguns preceitos constitucionais são mais fundamentais do que outros. São, principalmente, aqueles valores que dizem respeito ao estado de direito e organização social, dos quais, segundo seu próprio esquema, os direitos e garantias individuais e sociais fundamentais. Além desses, o Título I da Constituição Federal, os princípios constitucionais cujo inobservância pode-se suscitar intervenção sobre o estado, cláusulas que são pétreas, sejam explícitas ou implícitas.³⁴⁵ Daí a subsidiariedade dessa ação constitucional às demais. A argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será recebida quando não houver outro meio eficaz para o objetivo que se propõe, assim dispondo o §1º do artigo 4º da já citada lei.

Numa breve perspectiva, poderia se dizer que a argüição de descumprimento de preceito fundamental constitui-se de instrumento ainda mais imponente do que a própria ação direta de inconstitucionalidade. Note-se que na verdade, a diferença básica entre as demais ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da argüição de descumprimento, não é propriamente o ato normativo, administrativo, lei, projeto de lei ou que for que possa ser apreciado em contraste à Constituição Federal, mas sim, quanto ao fundamento constitucional violado pelo Poder Público, do qual, quando considerado “preceito

³⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In. DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). *Ações constitucionais*. Salvador: Podium, 2006, p. 439-40.

fundamental”, a ação mais adequada será propriamente a argüição de descumprimento.

O inciso II do artigo 2º da lei 9.882/1999 foi vetado, que correspondia à ampliação dos legitimados para propositura da argüição de descumprimento, além daqueles legitimados para ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, qualquer interessado na declaração de inconstitucionalidade do ato federal, estadual ou municipal que viole preceito fundamental. Essa legitimação foi extirpada, cujo fundamento bom ou ruim, não importa no momento.

7.2.2.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade de Direito Municipal em face da Constituição Federal

Interessante dar destaque ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais. O controle de constitucionalidade do direito municipal não foge das mesmas normas auferidas para o controle de constitucionalidade do direito estadual ou federal. Mas algumas peculiaridades são pertinentes salientar.

O direito municipal se submete naturalmente ao controle difuso de constitucionalidade, ou seja, qualquer órgão jurisdicional pode promover o controle de constitucionalidade declarando inconstitucional lei ou ato

normativo municipal. Porém, no controle abstrato das leis e atos normativos municipais, a questão se torna mais complexa.

O problema está na ausência de instrumentos para o controle de constitucionalidade pela via concentrada e abstrata dessas normas, pois, nos termos do artigo 101 da Constituição Federal, a guarda da Constituição Federal cabe ao Supremo Tribunal Federal e não, *a priori*, aos tribunais de justiça. Conforme atribui a Constituição Federal pelo §2º do artigo 125, cabe aos próprios estados instituírem os instrumentos de representação de inconstitucionalidade das leis municipais em face da constituição estadual.

Todavia, a Constituição silencia quanto aos instrumentos hábeis de controle de constitucionalidade das normas municipais face à própria Constituição Federal. Diante do problema, não é opção privar o direito municipal do controle concentrado de constitucionalidade, pois estar-se-ia auferindo ao direito municipal força normativa superior às normas estaduais ou federais, ou mesmos, as leis tidas como nacionais, ou seja, aquelas cujo aplicação são de âmbito de todas esferas do poder administrativo.

Lembrando que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é misto, às normas municipais não poderia ser diferente. A idéia que poderia surgir seria: atribuir aos tribunais de justiça dos estados em promover o dito controle de constitucionalidade dos preceitos normativos municipais. Todavia, GILMAR FERREIRA MENDES ensina que esta possibilidade não poderia perseverar. Diz o ministro que:

(...) parâmetro de controle do juízo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal haverá de ser apenas a Constituição Federal. O controle abstrato das normas perante o Tribunal de Justiça Estadual será apenas e tão-somente a Constituição Estadual.³⁴⁶

No mesmo trabalho, GILMAR MENDES traz referência feita por MOREIRA ALVES na ocasião de julgamento do Recurso Extraordinário 92.169/SP, que vale transcrever:

(...) se fosse possível aos Tribunais de justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação – e isso hoje é matéria pacífica nessa Corte – que ela, transitando em julgado, tem eficácia *erga omnes*, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração *incidenter tantum*. O que implica dizer que se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior; mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da conseqüência, que é a índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa.³⁴⁷

Não foi por coincidência a aproximação desse argumento ao que foi utilizado em outro capítulo, mais especificamente quando discorrido acerca da competência para se processar e julgar a reclamação constitucional, não poder este ser instrumento de trâmite, nos mesmos moldes ao Supremo Tribunal, o seja para os Tribunais de Justiça. A similaridade dos efeitos que se podem auferir, conseqüentemente, às decisões de ambos procedimentos que possam ser proferidos no âmbito dos tribunais de

³⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle abstrato de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal. In. *Direito público*. Porto Alegre, V.2, n. 5, 2004, p. 68.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 69.

justiça, tornam, certamente, o próprio objeto inadequado para a harmonia do sistema processual normativo.

Isso porque, como demonstrado, se o tribunal de justiça pudesse processar a reclamação constitucional nos mesmos aspectos possíveis do procedimento no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, poder-se-ia chegar ao absurdo lógico de poder o tribunal estadual cassar decisões proferidas por tribunais superiores, inclusive do próprio Supremo Tribunal, ou ainda, vir a avocar processos em trâmite nesse tribunal.

Da mesma forma seria a possibilidade de se processar a representação de inconstitucionalidade de lei municipal face à Constituição Federal, perante tribunal de justiça estadual, que hoje seria a ação direta de inconstitucionalidade.

É comum a existência da ação direta de inconstitucionalidade prevista nas constituições estaduais e nos regimentos internos dos tribunais de justiça. Essas porém, são instrumentos de controle concentrado de normas estaduais e municipais frente à constituição estadual. Nessas, a possibilidade de se apreciar questão constitucionalidade em parâmetro à Constituição Federal será limitada à hipótese em que, pelo princípio da simetria constitucional, a constituição do estado repita os mesmos preceitos da Constituição Federal, caso em que, aí sim, será possível o cabimento de Recurso Extraordinário, logo, estabelecendo fenômeno bastante interessante, qual seja, a existência, num só processo, do controle

concentrado e do controle difuso de constitucionalidade das normas, o primeiro sendo promovido pelo tribunal de justiça face à constituição do estado, o segundo sendo promovido pelo Supremo Tribunal Federal, face à Constituição Federal.

Assim, chega-se ao ponto de partida. A inexistência de instrumento hábil de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato de preceito normativo municipal em parâmetro da Constituição Federal, deixa lacuna que não pode persistir no sistema constitucional. Outra das soluções, poderia ser a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal para controle de norma municipal. Todavia, as contradições lógicas são tantas que a medida é mais problemática do que solução. A começar pela legitimidade, do qual, teria de ser por construção pretoriana. A possibilidade de Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados promoverem a ação direta de inconstitucionalidade seria incontestada. Mas como permitir que pudessem promover face a direito municipal, e não pudessem promover face a direito estadual? Entre outras várias complicações que possam haver, a ação direta de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal de norma municipal é praticamente impossível, ao menos no sistema constitucional de controle de constitucionalidade vigente.

Como não poderia deixar de ser, é GILMAR FERREIRA MENDES que enxerga solução plausível. E esta, se traduz pela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Diz o pensador que a lei 9.882/1999 veio em *boa hora*, justamente, solucionando a controvérsia bastante acirrada e praticamente sem solução, pois, ora se cuidava de competência do tribunal de justiça do estado para promover o controle concentrado e abstrato de normas municipais face à Constituição Federal, ora, e mais acertado, se cuidava ao próprio Supremo Tribunal Federal. É que a Constituição Federal, no §1º do artigo 102, no qual, dispõe sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, invocou a lei para normatizar o procedimento perante o Supremo Tribunal Federal. E o foi, pela lei já citada.

Na lei 9.882/1999, artigo 1º, parágrafo único em seu inciso I, foi prevista a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental face a ato normativo municipal, o que inclui leis em geral, em parâmetro à Constituição Federal, estabelecendo, finalmente, um instrumento hábil para o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato de normas municipais face à Constituição Federal diretamente no Supremo Tribunal Federal.³⁴⁸

Apesar de realmente ser uma forma de cobrir, até certo aspecto, a lacuna antes existente, deve-se levar em consideração que a solução não é a melhor esperada. Volta-se aos mesmos questionamentos contra a ação direta de inconstitucionalidade para o caso: como ficaria a legitimidade? Prefeitos municipais não teriam legitimidade ativa? E os procuradores gerais da justiça estaduais, teriam legitimidade ativa? Poderiam partidos políticos com representação tão somente na assembléia legislativa estadual

³⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 89-90.

promover a ação no Supremo? A mesa da câmara municipal poderia promover a argüição? A resposta para todas as questões seria a mesma: “não”. A menos que o Supremo Tribunal Federal, por construção pretoriana, cuidasse de disciplinar a matéria.

Mas este problema foi causado pelo veto que se deu ao inciso II do artigo 2º da lei correspondente, pois nele, previa a possibilidade de qualquer interessado promover a argüição de descumprimento de preceito fundamental, o que, poderia até ser problemático em outras questões, mas para finalidade do controle concentrado e abstrato das normas de direito municipal face à Constituição Federal, certamente, seria de excelente solução.

7.2.2.2 Efeitos da Decisão em Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal promove o controle concentrado na forma abstrata de constitucionalidade de leis e atos normativos através de instrumentos que já fora percorrido rapidamente em outra ocasião, sendo a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental. As duas primeiras são regulamentadas pela lei 9.868/1999 e a última pela lei 9.882/1999. Em todos instrumentos, estão previstos os

mesmos efeitos em suas decisões, ou seja, o efeitos são *ex tunc*, com eficácia *erga omnes* e vinculante a todos os órgãos jurisdicionais e administrativos de todos os entes federativos.

A) *Efeitos Temporais: Ex Tunc; Ex Nunc; Processo de Inconstitucionalização:*

Quanto aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade das leis, em regra, como já mencionado, é a aplicação dos efeitos *ex tunc*, ou seja, a invalidação da norma *ab initio*. Isso porque, a declaração de inconstitucionalidade é análoga à declaração de nulidade da mesma, pois extirpa do mundo jurídico a lei declarada inconstitucional. É justamente a teoria da nulidade da norma.

Engana-se JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE quando diz que a decisão da ação direta de inconstitucionalidade tem natureza constitutiva³⁴⁹ e, assim o diz, tendo em mente que o tribunal pode lhe ampliar os efeitos temporais em nome da segurança jurídica, nos termos do artigo 27 da lei 9.868/1999, ao que cabe às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, e do artigo 11 da lei 9.882/1999, no que respeita à argüição de descumprimento de preceito fundamental. Mas seu

³⁴⁹ ALEGRE, José Sérgio Monte. Controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos na jurisprudência do STF. In. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, n. 45/2004, p. 47-8.

posicionamento não é acertado. O que esses dispositivos suscitam, em verdade, são fenômenos atípicos para declaração de inconstitucionalidade. Mesmo que a decisão proferida fosse constitutiva negativa, ou seja, uma anulação da lei, ainda assim, os efeitos que o pleno do Supremo poderia auferir à decisão seriam estranhos a natureza própria da anulação do ato jurídico.

A sentença que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proferida em controle concentrado pelo Supremo Tribunal é de natureza declaratória, isto é, ela reconhece a nulidade da lei ou ato normativo, e não lhe transforma em inconstitucional. Os efeitos que podem ser auferidos pelo tribunal à decisão não lhe altera a sua natureza declaratória. Por sinal, *“a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, porém, a nosso ver, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa”*³⁵⁰, como leciona GILMAR FERREIRA MENDES. Logo, não deixa de ser declaratória, reconhecendo a nulidade absoluta da lei ou ato normativo, a decisão plenária que resolve auferir efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, em caso de aplicabilidade do artigo 27 da lei 9.868/1999 ou do artigo 11 da lei 9.882/1999.

Essa eficácia temporal modificativa que pode ser atribuída à decisão de inconstitucionalidade, o pode ser, inclusive numa perspectiva *pro*

³⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit. p. 484.

futuro, como leciona PAULO BONAVIDES com autoridade sobre o assunto, quando:

(...) possam existir ou ter eficácia durante uma prazo de transição, levando-se em conta que a invalidade das prescrições das Constituições, ou seja, a supressão da norma por declaração de nulidade, produziria uma situação que aos julgadores se afigura mais ‘inconstitucional’ do que aquela provocada pela conservação temporária da validade da lei declarada ‘incompatível’ com a Constituição.³⁵¹

E ainda, conclui citando KLAUS SCHLAICH por sua própria tradução:

(...) Excepcionalmente, disposições inconstitucionais devem, em parte, ou totalmente, continuarem a ter aplicação, se a peculiaridade da norma declarada inconstitucional dizer por razões constitucionais, nomeadamente aquelas derivadas da segurança do direito, que se deixe existir o preceito inconstitucional como regulação durante um período de transição, a fim de que nesta fase uma situação não se produza muito mais apartada da ordem constitucional do que aquela até então prevalecente.³⁵²

Este processo de inconstitucionalização³⁵³ das normas, foi proposto no âmbito do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro MOREIRA ALVES, que em virtude das circunstâncias factuais, poder-se-ia a corte constitucional, adotar efeitos à decisão de inconstitucionalidade que mantenham a aplicabilidade da norma enquanto tais circunstâncias não se modificarem de tal maneira a não tornar os efeitos da declaração de

³⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 340.

³⁵² Ibid., p. 341.

³⁵³ Apesar de presente em várias obras acerca do tema, o nome “processo de inconstitucionalização das normas” somente foi encontrado com Alessandro Otavio Yokohama, em sua tese de doutoramento (YOKOHAMA, Alessandro Otavio. Op. cit., p. 386).

inconstitucionalidade ainda mais inconstitucionais do que propriamente os efeitos de aplicação da lei declarada inconstitucional.³⁵⁴

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das normas, mesmo declarando a nulidade da norma por reconhecer a sua inconstitucionalidade, poderá auferir efeitos temporais necessários para que não cause maior inconstitucionalidade a eficácia da decisão do que a própria validade da norma inconstitucional. Esse efeito poderá ser *ex tunc*, isto é, o efeito natural da declaração de inconstitucionalidade, ou ainda, quando necessário, o efeito *ex nunc*, mais ainda, poderá auferir o chamado processo de inconstitucionalização da norma.

B) *Efeitos Materiais: Eficácia “Erga Omnes” e Efeito Vinculante::*

As decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental têm efeito contra todos, ou seja, eficácia “erga omnes”. A própria Constituição Federal tratou de auferir aos primeiros dois instrumentos esta característica, no §2º do artigo 102.

³⁵⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In. *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, n. 8 (Abril-Junho/2005). 2005. p. 158. (pag do arti. 154-162)

Sabe-se que as ações de controle concentrado de constitucionalidade têm caráter dúplice, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente declara a constitucionalidade da lei ou ato normativo, enquanto que, a ação declaratória de constitucionalidade declarada improcedente declara a inconstitucionalidade da norma. São efeitos em vias contrárias, forma que, causam a mesma eficácia que as respectivas sentenças de procedência causariam, ou seja, contra todos e vinculante.

Todavia, a decisão proferida nesses processos não tem eficácia contra o próprio legislador. Pode o mesmo criar nova lei idêntica à declarada inconstitucional, pois não se vincula à decisão proferida pelo tribunal constitucional. Nova ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, estará autorizada para propositura, pois não se trata da mesma norma antes declarada inconstitucional, mas sim, de nova norma mesmo que tenha conteúdo idêntico.

Originariamente foi recepcionado pelo direito brasileiro através da emenda constitucional 03/1993, em seu artigo primeiro, introduzindo ao texto constitucional a redação do §1º do artigo 102, posteriormente, novamente modificado pela reforma do judiciário em 2005, mas mantendo a natureza vinculativa das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Em suma, o efeito vinculante das decisões tem como escopo a segurança jurídica da sociedade quanto ao cumprimento, por todos e obrigatoriamente, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como a eficácia é “*erga omnes*” e o efeito é vinculante, a administração pública federal, estadual ou municipal, assim como, todos os órgãos jurisdicionais, estão obrigados a observar a autoridade da decisão prolatada, sob pena de cassação das decisões em direção contrária.

Bom ou ruim, a verdade é que o sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade em que suas decisões não fossem vinculantes, simplesmente seria despiciendo o instituto. Do que serviria a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo controle concentrado se, posteriormente, outro órgão jurisdicional ou a administração pública pudessem simplesmente ignorar? Chegar-se-ia ao absurdo de ter o interessado de promover as ações adequadas e os recursos próprios para se alcançar por tribunal inferior a aplicação da decisão do Supremo, ou pior, chegar ao próprio Supremo por meio de recurso extraordinário a fim de que ao menos este observe a autoridade de sua própria decisão. Estaríamos diante, em verdade, de controle difuso de constitucionalidade.

Ora, por construção pretoriana, antes da promulgação da lei 9.868/1999, a ação direta de inconstitucionalidade tinha efeitos vinculantes, assim como, a ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, o efeito vinculante da decisão desta ação, tinha previsão constitucional, enquanto que daquela não havia. E MOREIRA ALVES foi o maior combatente do efeito vinculante da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Em Questão de Ordem em Agravo Regimental na Reclamação 1.880-6/SP, já citada anteriormente, o ministro foi enfático ao

dizer que a Constituição Federal não atribuía o efeito vinculante às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, mas tão somente, às ações declaratórias de constitucionalidade, forma que, pela própria natureza desta, não seria crível a utilização em quantidade desconforme com a capacidade de julgamento do pretório excelso de reclamações hábeis a garantir a eficácia da decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade. Porém, já quanto à ação direta de inconstitucionalidade em volume numérico demasiadamente superior, as reclamações constitucionais abarrotariam o Supremo Tribunal, forma que, a maior inconstitucionalidade é justamente impedir a fruição dos julgamentos na corte constitucional.

Todavia, tal já não é o entendimento da corte máxima, com exceção, aparentemente, do Ministro MARCO AURÉLIO, que entende somente possível a reclamação por inobservância da autoridade da decisão proferida pelo Supremo em ação direta de inconstitucionalidade, quando for intentada pelo próprio autor da ação ou algum legitimado. Em conseqüência, pode-se dizer também que não lhe é possível, a seu ver, a aplicação de efeito vinculante nessas decisões.³⁵⁵

GILMAR FERREIRA MENDES discorre sobre os alcances objetivos e subjetivos das decisões proferidas em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Ensina o constitucionalista que o efeito vinculante não se limita à parte dispositiva da decisão proferida pelo tribunal, mas

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.363-0/PA. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 01.04.2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2005.

também, à norma abstrata que da decisão, por seus fundamentos, se extrai. Se fosse limitado à coisa julgada com vinculação tão somente à parte dispositiva da decisão, estar-se-ia, em verdade, diminuindo substancialmente a contribuição do tribunal na preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. É por isso que: *“Aceita a idéia de uma eficácia transcendente à própria coisa julgada, afigura-se legítimo indagar sobre significado do efeito vinculante para os órgãos estatais que não são partes do processo”*, pois estes, passam a ser vinculados à decisão.³⁵⁶

Isso faz com que o efeito vinculante obrigue a plena obediência à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não somente no que diz respeito à parte dispositiva em que figure o dito de inconstitucionalidade de determinada lei ou parte de determinada lei, mas também, aos fundamentos expressados, isto é, os motivos pelos quais a lei é inconstitucional. Isso tanto vincula de ordem objetiva no que se refere à própria norma quanto qualquer ato que possa resultar em aplicação de efeitos da mesma norma mesmo em entes federados divergentes. Quer-se dizer que, quando reconhecida inconstitucionalidade de lei estadual, não somente o próprio estado estará vinculado a obedecer a ordem jurisdicional, como também, todos os demais estados a não mais aplicar leis que contenham o mesmo vício de inconstitucionalidade. Mais ainda, declarada inconstitucional lei municipal, todos os demais municípios estão vinculados a não mais aplicar suas próprias leis que detenham o mesmo

³⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., p. 546.

vício de inconstitucionalidade daquela que fora objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Esta perspectiva foi acolhida no Supremo Tribunal Federal, aparentemente num primeiro momento, no julgamento da Reclamação Constitucional 2.363-0/PA, já citada antes. Nesta reclamação constitucional que foi da lavra do Ministro GILMAR MENDES, um determinado município reclamava a não observância de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, o objeto processual não era exatamente o mesmo, visto que, na ação direta de inconstitucionalidade, a questão era sobre provimento acerca dos precatórios de pagamento do Tribunal Superior do Trabalho, enquanto que, na reclamação citada, a questão versava sobre provimento de mesmo conteúdo, todavia, do Tribunal Regional do Trabalho da oitava Região. Isso mostra que não somente o dispositivo perfaz o efeito vinculante, mas também, os fundamentos determinantes que ensejam a conflagração da inconstitucionalidade, ou seja, o conteúdo do vício e não propriamente, o objeto isolado da ação.

Nessa esteira, melhor não seria senão transcrever trechos do voto do relator GILMAR MENDES, cuja clareza fala por si:

No caso, muito embora o ato impugnado não guarde identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, Relator o Min. Maurício Corrêa, 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”. Nesse sentido, trago à reflexão algumas observações sobre os limites objetivos do efeito vinculante:

‘A concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda n. 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia erga omnes mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.

*Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto. A primeira indagação, na espécie, refere-se às decisões que seriam aptas a produzir o efeito vinculante. Afirma-se que, fundamentalmente, são vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado (Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 324).*

*Tal como a coisa julgada, o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão. Alterações posteriores não são alcançadas (Cf. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 325). Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta* (Cf. Maunz, in Maunz, et al., *BVerfGG*, cit., § 31, I, n. 16).*

*Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas hão 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 (BVerfGE 1, 14 (37); 4, 31 (38); 5, 34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289 (294); 33, 199 (203); 40, 88 (93); cf., também, Maunz, dentre outros, *BVerfGG*, §31, I, n. 16; Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, Berlim, 1979, p. 42).*

Segundo esse entendimento, 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 (BVerfGE 19, 377).

Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante (Cf., sobre o assunto, Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 42).

A diferença entre as duas posições extremadas não é meramente semântica ou teórica, apresentando profundas conseqüências também no plano prático (subjacente à discussão sobre a amplitude do efeito vinculante reside uma questão mais profunda, relativa à própria idéia de jurisdição constitucional (Verfassungsgerichtsbarkeit – Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 43).

Enquanto o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional alemão importa não só na proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequar a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão (Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 45), considera a concepção que defende uma interpretação restritiva do § 31, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional que o efeito vinculante há de ficar limitado à parte dispositiva da decisão, realçando, assim, a qualidade judicial da decisão (Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 43).

A aproximação dessas duas posições extremadas é feita mediante o desenvolvimento de orientações mediadoras, que acabam por fundir elementos das concepções principais. Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a “norma decisória concreta” (Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft, in BVerfG und GG, cit., v. 1, p. 568 (589). A norma decisória concreta seria aquela “idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes” (Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft, in BVerfG und GG, cit., v.1, p. 568 (599). Por seu lado, sustenta Kriele que a força dos precedentes, que presumivelmente vincula os Tribunais, é reforçada no direito alemão pelo disposto no § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional alemão (Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. ed., Berlim, 1976, p. 291, 312 e 313).

A semelhante resultado chegam as reflexões de Bachof, segundo o qual o papel fundamental do Tribunal Constitucional alemão consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas (Otto Bachof, Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz. AöR

87 (1962), p. 25). *Tal como já anotado, parecia inequívoco o propósito do legislador alemão, ao formular o § 31 da Lei Orgânica do Tribunal, de dotar a decisão de uma eficácia transcendente (Cf. Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, cit., p. 420).*

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, cit., p. 420).’(‘Controle Concentrado de Constitucionalidade’, Martins, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. Ed. Saraiva, 2001, p. 338 a 341).’

Assim, adotada a idéia de que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, afigura-se necessário, nesse primeiro exame, considerar o parâmetro interpretativo fixado pela Corte na ADI 1.662. Nos autos da ADI 1.662 esta Corte já se pronunciou no sentido de que a previsão de seqüestro contida no § 2º do art. 100 da Constituição deve ser interpretada necessariamente de modo restritivo. Decidiu-se, especificamente, que a *‘equiparação da não inclusão no orçamento das verbas relativas a precatórios, ao preterimento do direito de precedência, cria, na verdade, nova modalidade de seqüestro, além da única prevista na Constituição’*.

Tenho por aplicável ao caso o precedente firmado pelo Plenário desta Corte na Rcl 1.862, da relatoria do Min. Maurício Corrêa, cuja ementa possui o seguinte teor:

‘EMENTA: RECLAMAÇÃO. GOVERNADOR DO ESTADO: LEGITIMIDADE. PEDIDO CONTRA ATO FUTURO: INADMISSIBILIDADE. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO:SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Reclamação. Legitimidade ativa do Governador do Estado por ter capacidade postulatória concorrente para requerer idêntica ação direta. Precedentes. 2. Não-cabimento da medida contra possível atuação da autoridade reclamada, supostamente contrária à decisão desta Corte. Exigência de prática de ato concreto. Pedido não conhecido nesta parte. 3. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Hipótese que não se equipara à preterição de ordem, sendo ilegítima a determinação de seqüestro em tais situações. 4. O Tribunal decidiu, de forma expressa, no julgamento de mérito da ADI 1662-SP, que a previsão de que trata o § 4º do artigo 78 do ADCT-CF/88, na redação dada pela EC 30/00, refere-se exclusivamente aos casos de parcelamento de que cuida o *caput* desse dispositivo. Inaplicável, portanto, aos débitos trabalhistas de natureza alimentícia. 5. Ratificação da exegese de que a única situação suficiente para motivar o

seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a ocorrência de preterição da ordem de precedência, ausente no caso concreto. Reclamação parcialmente conhecida e, nesta parte, julgada procedente.’ (DJ de 2.8.2002)”

No seu bem elaborado parecer anota, ainda, o Subprocurador-Geral da República (fls. 65):

“Por outro lado, impõe-se esclarecer que a previsão do art. 78, § 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aplica-se tão-somente às hipóteses de garantia do pagamento de créditos submetidos ao parcelamento ali previsto, do qual se exclui o crédito exequendo. Destarte, aplicando-se ao presente caso o que decidiu essa Excelsa Corte ao julgar a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, considerando-se, sobretudo, os esclarecimentos prestados pelo reclamante, acompanhados às fls. 10/16, de documentação pertinente, no sentido de que não houve preterição da apresentação da ordem cronológica de precatórios, argumento, por sinal, não rebatido pelo reclamado, que se ateuve às assertivas referentes à não inclusão no orçamento de inúmeros débitos, ausentes os requisitos autorizadores do seqüestro de verbas públicas.”

Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais.

Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios.

Tendo em vista o disposto no *caput* e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.

Nesse sentido, Maurício Corrêa, ao julgar o RE 228.844/SP, DJ 16.06.99, no qual se discutia a ilegitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo Plenário deste Tribunal em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade de lei do Município de Belo Horizonte, que instituiu alíquota progressiva no IPTU.

Também Nelson Jobim, no exame da mesma matéria (progressividade do IPTU) em recurso extraordinário interposto contra lei do Município de São Bernardo do Campo, aplicou tese fixada em julgamentos que apreciaram a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo (RE 221.795, DJ 16.11.00).

Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a ilegitimidade de taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais (RE 364.160, DJ 07.02.03).

Carlos Velloso aplicou jurisprudência de recurso proveniente do Estado de São Paulo para fundamentar sua decisão no AI 423.252, DJ 15.04.03, onde se discutia a inconstitucionalidade de taxa de coleta e limpeza pública do Município do Rio de Janeiro, convertendo-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e dando-lhe provimento.

Sepúlveda Pertence lançou mão de precedentes originários do Estado de São Paulo para dar provimento ao RE 345.048, DJ 08.04.03, no qual se argüia a inconstitucionalidade de taxa de limpeza pública do Município de Belo Horizonte.

Celso de Mello, ao apreciar matéria relativa à progressividade do IPTU do Município de Belo Horizonte, conheceu e deu provimento a recurso extraordinário tendo em conta diversos precedentes oriundos do Estado de São Paulo (RE 384.521, DJ 30.05.03).

Não há razão, pois, para deixar de reconhecer o efeito vinculante da decisão proferida na ADIn. Nesses termos, meu voto é no sentido da procedência da presente reclamação.

Com essa decisão, é perceptível o pragmatismo do Ministro GILMAR MENDES em ressaltar a necessidade de segurança jurídica, ao mesmo tempo, que resolve situações análogas sem a necessidade de se examinar e julgar cada relação que dependa de provimento jurisdicional. Justamente é nesse sentido que o efeito vinculante da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade prospera para o fito de albergar uma verticalização da compreensão do sistema constitucional. Afinal, o guardião da

Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal. Se o mesmo já se posiciona acerca de determinadas situações, não haveria motivos para que os demais órgãos jurisdicionais fossem contrários, pois, fatalmente, o próprio Supremo trataria de revelar a Constituição de acordo com sua própria posição, independentemente de quantas tantas decisões tenham sido proferidas contrariamente ao seu posicionamento no mesmo processo.

O pior dos efeitos desse cabo de guerra entre órgãos jurisdicionais não é, em verdade, o enfraquecimento das instituições, ou do judiciário, ou no esdrúxulo termo que alguns não simpatizantes da súmula vinculante enfaixaram como “engessamento do judiciário”, não. O pior dos efeitos é a insatisfação do jurisdicionado que, mesmo sabendo que o órgão de cúpula mais avançado, ou seja, a corte mais alta no sistema constitucional, alberga seu direito aplicando a Constituição Federal de acordo com seus interesses e, por capricho dos tribunais inferiores, não poder ter seu direito gozado imediatamente, sendo forçado a tramitar todo pedregoso caminho até finalmente alcançar o recurso extraordinário que, fatalmente, lhe empregará os interesses.

Toda razão tem, apesar de tantas críticas tecidas, a maioria sem fundamentos, MARIA DAKOLAS que, em Documento Técnico n. 319 ao Banco Mundial³⁵⁷, esclarece em todo ele que o desenvolvimento das nações em fase de desenvolvimento depende, necessariamente, de um judiciário

³⁵⁷ DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciários na América Latina e no Caribe*. Documento Técnico 319. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. 1.ed. Washinton: Banco Mundial, 1996 Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento319.pdf>>. Acesso em 01 de Outubro de 2007.

forte, independente e que promova não somente a justiça, mas a segurança jurídica da nação. Sem essa segurança jurídica não há que se falar em desenvolvimento e, pensar em direito isolado das necessidades econômico-sociais é simplesmente, não pensar em estado social-democrático de direito.

Para tanto, o Estado deve criar instrumentos que alberguem sim essa segurança jurídica, reforçando o papel de cada instituição, principalmente, o da Corte Constitucional do qual, no Brasil, já se discute sua legitimidade como tal, pois não tem membros escolhidos pelo povo ou por delegados deste. Essa ainda, é outra situação que não trataremos no presente trabalho, mas como já salientado antes, muito ainda merece desenvolvimento a respeito do tema.

Assim, instrumento justamente como a reclamação constitucional, cujo existência ainda é limitada a uns poucos profissionais do direito, poderia ser, em verdade, a faceta pelo qual o jurisdicionado consegue sem rodeios um provimento do tribunal que tem o que dizer acerca de seu interesse e, como será sua a última palavra, que seja desde logo proferida, encurtando caminhos e facilitando a atividade jurisdicional. Existência limitada pois, não é nenhuma surpresa que entre os profissionais do direito, a maioria sequer tem conhecimento da existência dessa medida, dos que tem, a maioria não sabe do que se trata ou como se procede ou tem cabimento. Poucos são aqueles que efetivamente conhecem o remédio constitucional da reclamação e saberiam como usá-lo.

7.2.3 O Controle Difuso de Constitucionalidade

Em todo desenvolvimento do presente capítulo, já muito se falou acerca do controle difuso de constitucionalidade das normas, maneira que, ficaria repetitivo delongar ainda mais tudo o que é pertinente para o fenômeno de jurisdição constitucional. Disso, algumas considerações acerca do tema serão discorridas.

No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade confunde-se com a característica de controle concreto, pois, resume-se em examinar a constitucionalidade de determinada norma como condição para o julgamento e solução para um litígio.

Ele é incidental ao processo. A declaração de inconstitucionalidade pela via difusa não configura o objeto principal do processo, mas questão incidente, que defluirá no exame do objeto litigioso. É dizer que, a constitucionalidade ou não da norma aplicável não está em evidência, mas tão somente, é candelabro para a atividade jurisdicional sobre a lide posta em juízo.

Todavia, mesmo assim, GILMAR FERREIRA MENDES, citando KLAUS SCHLAICH, menciona que na verdade, é engano dar a característica de concreto para o controle de constitucionalidade pela via difusa, dado que,

mesmo nesta, o exame de constitucionalidade em nada tem de relação com o objeto da causa, de forma que, declarar ou não inconstitucional a lei ou ato normativo não influi diretamente na solução da lide, mas, tão somente, cria pressupostos de sua resolução meritória.³⁵⁸ Entretanto, o questionamento pouco ou nada valoriza o enfoque do tema. Importante destacar que se diz controle concreto de constitucionalidade dado seu grau de objetividade em sanar determinada lide numa situação entre partes. Daí seu caráter concreto.

O controle difuso é assim denominado por poder ser exercido por qualquer órgão jurisdicional, isto é, desde o juiz de primeira instância até o próprio Supremo Tribunal Federal. Para tanto, a questão de constitucionalidade da norma que se aplica ao caso concreto deve ser suscitada pelas partes. Mas também, poderá ser levantada de ofício pelo juiz quando houver controvérsia a respeito.

Como já explanado em item anterior, por questão lógica, o juiz de primeiro grau monocrático poderá, sozinho, declarar a lei inconstitucional para aplicação ao caso concreto. Já na esfera dos tribunais onde os órgãos jurisdicionais são colegiados, impera o princípio da reserva do plenário, que, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, para se declarar a inconstitucionalidade de qualquer norma, deverá ser por meio do pleno do tribunal ou, se houver, por órgão especial para esse fim. Somente por maioria absoluta se poderá declarar a norma inconstitucional. O

³⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 245-6.

procedimento para tanto, vincula-se aos artigos 480 à 482 do Código de Processo Civil.

Já fora anteriormente discorrido que, quando turma ou câmara, mediante alegação incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entender que é inconstitucional a norma, relevará ao exame do pleno ou de órgão especial de seu tribunal, para que estes, mediante maioria absoluta de votos, declarem a inconstitucionalidade. Declarada a inconstitucionalidade, fixa-se premissa para solução do caso concreto que será apreciada pela turma ou câmara originária.

É de se destacar que o pleno ou órgão especial tão somente examinará e proferirá decisão colegiada sobre a (in)constitucionalidade da norma em questão, e não se pronunciará acerca do objeto litigioso em si.

Quando a inconstitucionalidade for suscitada pela parte, o juiz, mediante exame preliminar, averiguado os pressupostos processuais e as condições da ação, deverá verificar o interesse do litigante quanto à declaração de inconstitucionalidade. Isto, pois, somente examinará, por certo, a constitucionalidade da lei ou ato normativo, se para o deslinde do feito for necessária a declaração de inconstitucionalidade ou não da norma, sem o qual, não examinará o incidente. Todavia, o dever do juiz não fica somente quanto à finalidade da declaração de inconstitucionalidade, mas também, em examinar se é de interesse da parte seja a lei declarada inconstitucional ou não. Note-se que, a declaração de inconstitucionalidade deve ser premissa para o julgamento do feito, modo que, se a declaração de

inconstitucionalidade não albergar necessariamente direito a nenhuma das partes, esta será inócua, e o juiz deverá se abster de se pronunciar quanto a constitucionalidade da norma. Isto, pois, seja notado, a denominação de controle concreto de constitucionalidade tem fundamento, visto que, essas características de aproveitamento do exame de constitucionalidade ao objeto do processo é essencial, caso contrário, estar-se-á, em verdade, promovendo controle abstrato de constitucionalidade, sem condão de aproveitar ao próprio processo, quanto menos, com efeitos gerais e vinculativos.

Quando em tribunal, já salientado o fora, que somente poderá ser declarada a inconstitucionalidade por pleno ou órgão especial para esse fim. Todavia, o próprio Código de Processo Civil dá cabo de se aplicar princípio da celeridade, economia e desburocratização do processo, quando, em seu disposto no artigo 481, parágrafo único, elenca a possibilidade de não submeter aqueles órgãos quando a questão acerca da constitucionalidade do ato normativo ou lei, já tiver sido pronunciado por aqueles órgãos ou ainda, pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa dispensa de remessa ao órgão especial de jurisdição constitucional quando já houver pronunciamento do Supremo acerca do mesmo assunto, anote-se, é aplicável mesmo quando o pretório excelso tenha declarado inconstitucional a lei ou ato normativo em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ou seja, não necessita que seja por meio de

ação direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental.³⁵⁹

Isso, pois, o próprio Supremo Tribunal Federal, em qualquer modalidade de controle de constitucionalidade de sua competência, está submetido ao princípio da reserva do plenário, de forma que, difuso ou concentrado, o mesmo terá de submeter ao pleno para apreciar e julgar a constitucionalidade das normas.

GILMAR MENDES diz que essa característica é evolução que marca, mesmo que de forma tímida, a equiparação de efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso e abstrato de constitucionalidade, permitindo que a turma ou câmara se desvincule do dever de remessa do processo à órgão especial ou ao pleno do tribunal para novo exame daquele tribunal.³⁶⁰

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 253-4.

³⁶⁰ *Ibid.*, 2004, p. 246.

7.2.3.1 O Controle Difuso de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal – Eficácia Reflexa de suas Decisões – a Vinculação das Decisões Proferidas

No Supremo Tribunal Federal, o controle difuso de constitucionalidade pode ser auferido como incidente, que sempre o é, em qualquer modalidade de processos que tramitam naquele tribunal, sejam originários ou recursais.

Em qualquer modalidade, por óbvio, deverão estar atendidos os requisitos para cada qual, processos específicos para seu recebimento. Assim, recebido e suscitada inconstitucionalidade de norma, mesmo em sede de recurso extraordinário, o relator processará o incidente conforme preceitua o artigo 176 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, do qual, remetendo-se aos dispostos nos artigos 172 à 174 do mesmo diploma, perfaz os mesmos caminhos o processamento do incidente de inconstitucionalidade que a ação principal que examina a constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese.

Todavia, ainda assim, *a priori*, os efeitos são aqueles determinantes pela experiência de declaração de inconstitucionalidade da norma proferida em sede de controle difuso, ou seja, somente válido entre as partes com efeito *ex nunc* e não é vinculante a qualquer órgão estatal.

Mesmo assim, percebe-se que o quadro quanto ao controle difuso de constitucionalidade promovido pelo próprio Supremo Tribunal Federal já está sendo alterado e, a semente está sendo plantada pelo Ministro GILMAR MENDES.

Pela cultura constitucional de controle de constitucionalidade das normas no sistema brasileiro, tem-se que duas são as modalidades, onde, cada qual, originam peculiares efeitos, cada qual, em sua própria estada teleológica. Esta convicção aplicar-se-ia igualmente, no sistema difuso, em todos os órgãos jurisdicionais, também no próprio Supremo Tribunal Federal.

GILMAR MENDES, conforme citado logo acima, já alertava para essa necessária evolução do sistema de controle de constitucionalidade, para quem, não faz sentido, como guardião da Constituição Federal que é, o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucionalidade de determina lei ou ato normativo e não corroborar a esta decisão os efeitos próprios da declaração de inconstitucionalidade pela via concentrada.

Sua deixa foi compreendida na propositura da Reclamação Constitucional n. 4.335/AC³⁶¹, onde a Defensoria Pública da União reclamou da inobservância da decisão que declarou inconstitucional o §1º do artigo 2º da lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) em Habeas Corpus 82.959, por deixar de aplicar aos reclamantes os benefícios da progressão do regime de pena.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 4.335/AC. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

Em sua decisão, pois como relator foi o primeiro votante, verteu sua posição acerca do assunto. E foi simples. O Supremo Tribunal Federal acolhe reclamações em sede das teses formuladas pelo tribunal, evidenciando caráter vinculativo mesmo aos fundamentos das decisões exaradas pelo plenário, reconhecidamente, na já mencionada reclamação 1.880-6/SP, quando reconheceu e proveu reclamação contra ato de autoridade diversa da que havia sido criadora de ato normativo declarado inconstitucional em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

O voto foi seguido pelo Ministro EROS ROBERTO GRAU. Ressaltou o ministro que a lavra do voto do relator, em verdade, seria uma adequação ao texto normativo da Constituição Federal, especificamente sobre o artigo 52, inciso X, no qual, revela ao Senado Federal a competência para promover ato de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Foi LÊNIO LUIZ STRECK o primeiro jurista de relevo a se insurgir contra a idéia de GILMAR FERREIRA MENDES. Em artigo disponibilizado no sistema mundial de rede, aduziu que o Supremo Tribunal Federal não poderia transfigurar a vontade do constituinte originário, que estabeleceu ao Senado Federal a competência de suspender a execução de lei declarada inconstitucional. Essa linha de pensamento já fora antes desmontada no que concerne à eficácia das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pois nestas, há evidente declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*, forma que, o ato de suspensão da execução da norma pelo Senado Federal é mero expediente de formalização

daquilo que o tribunal constitucional já extirpara do ordenamento jurídico. No entanto, no controle difuso de constitucionalidade, a decisão é constitutiva, devendo, para albergar efeitos ampliados a todos e vinculante, deve-se necessariamente aplicar-se a Constituição Federal do qual, discriminadamente, ampara o Senado como órgão democrático único competente para tanto. Diz ainda o jurista que o Supremo Tribunal não pode transcender de servo para dono da Constituição, modificando seus textos.³⁶²

Amparadamente a uma concepção metodista da Constituição, alega que o Supremo Tribunal não pode se permitir julgar reclamações em face de teses proferidas nas decisões em outros processos, sob pena de, objetivar discussões acerca da fundamentação em debates sem objeto, o que notoriamente deixa de ser o mundo da ciência constitucional, para uma metafísica, sem deduções lógicas. E relaciona a ausência de equiparação entre as decisões do Supremo proferidas em sede de controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade, no que tange ao quorum necessário para se declarar a inconstitucionalidade da lei em cada qual.

O disposto no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, por lógica e construção pretoriana do Supremo Tribunal, já não tem aplicabilidade quanto à declaração de inconstitucionalidade da norma em controle concentrado de constitucionalidade.

³⁶² STRECK, Lênio Luiz. *Mutações na corte. A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58199?>>. Acesso em: 15 de Outubro de 2007.

É cediço que, a declaração de inconstitucionalidade não corresponde a uma anulação da lei ou ato julgado inconstitucional, mas na declaração de nulidade da mesma, tendo como efeito natural *ex tunc*, pois nulo, jamais deveria ter gerado efeitos no mundo jurídico. O ato do Senado Federal que suspende a execução da lei declarada inconstitucional, não tem o condão de produzir por si próprio o efeito natural da declaração de inconstitucionalidade, pois, se equivale a produzir outra norma revogadora daquela. Ora, revogação, não é nulidade. Quando revogada, a norma extirpada do ordenamento deixa de produzir seus efeitos à partir do ato revogatório, portanto, efeito *ex nunc*.

TEORI ALBINO ZAVASCKI descreve que apesar do controle incidental de constitucionalidade não prover efeitos equivalentes ao controle em ação principal, não se pode olvidar do que ele denomina de *eficácia reflexa*. O ministro do Superior Tribunal de Justiça leciona que com o decorrer do tempo, é impossível não verificar modificações bastante consideráveis sobre a evolução do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, não somente quanto aos efeitos que hoje são originados pela decisão nas ações constitucionais, mas também, em sede de controle difuso. Quando o controle difuso é promovido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, pode emprestar-lhe certo efeito que equivale aqueles oriundos da decisão em controle concentrado. Estas características estão estampadas na possibilidade do Senado Federal conferir à decisão do Supremo o efeito vinculante; o grau de vinculação

dos demais tribunais das decisões do pretório excelso; simplificação do julgamento dos recursos quando a questão já tiver precedente no tribunal.³⁶³

Os próprios tribunais ficam vinculados ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade de preceito normativo, quando, taxativamente, o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil dispõe que o incidente de inconstitucionalidade não será submetido à apreciação do pleno ou órgão especial quando a questão já tiver sido dirimida pelo Supremo. Esse é claro exemplo, como já tinha dito GILMAR MENDES, de que mesmo timidamente, as decisões proferidas em controle difuso pelo Supremo, já se tornam equivalentes aquelas proferidas em controle concentrado. TEORI ALBINO ZAVASCKI assim escreve:

O que ela significa é que, havendo pronunciamento do plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito normativo, os órgãos fracionários dos tribunais estarão vinculados, daí em diante, não mais à decisão da sua própria Corte, mas, sim, ao precedente da Corte Supremo.³⁶⁴

Além de quê, a decisão em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, como já salientado anteriormente, apesar de ser condicional para a solução da lide em concreto, é tomada em análise independente do objeto do processo principal. O incidente de inconstitucionalidade se processa independentemente, e os objetos da ação principal com esta não colidem,

³⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 30.

³⁶⁴ Ibid., p. 37.

de forma que, o resultado do julgamento proferido na ação incidental, forma premissas para o julgamento da ação principal. Mas a inconstitucionalidade em si, se dá por julgamento da lei em tese.

Por isso é que a vinculação das decisões do Supremo quanto à constitucionalidade das normas não fica adstrita ao dispositivo do acórdão, mas na fundamentação do mesmo, pois, como nos diz ZAVASCKI:

(...) um olhar mais abrangente do sistema revela que a eficácia dessas decisões, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não é tão restrita como aparenta ser. Pelo contrário, elas produzem efeitos indiretos, cujas conseqüências aproximam o sistema brasileiro da doutrina do *stare decisis*.³⁶⁵

A coisa julgada nesses processos não se limitam aos dispositivos, mas abrangem todo conteúdo da decisão.

O sistema do *stare decisis* tem como preceito o ato julgado das teses elaboradas pelo tribunal para solucionar determinada lide. Não faz sentido dizer que o Supremo Tribunal Federal não julga teses, mas somente a situação concreta. Essa é uma discrepância evidente do querer que seja para o que realmente é.

O recurso especial é uma das provas disso. Neles, o Supremo Tribunal Federal não analisa questões de fatos, mas tão somente, questões de direito, quando o julgamento proferido no órgão jurisdicional *a quo*:

³⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 30.

contrariar dispositivo constitucional; declarar inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local face à Constituição Federal ou; julgar válida lei local contestada em face de lei federal. O tribunal não fará juízo sobre o fatos do caso concreto, mas tão somente, ao direito que lhe é aplicável. Isso demonstra, cabalmente, que o Supremo Tribunal Federal julga, sim, teses.

Isso ainda, sem se dar atenção às ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou mais ainda, ao incidente de inconstitucionalidade suscitado pelas partes ou por qualquer ministro em qualquer procedimento em trâmite no tribunal, nos quais, em todos, inexistem fatos a serem analisados, mas tão somente, direito.

Ora, essa é a observação que se faz desde o jardim de infância do direito, o de que fatos são analisados somente pela primeira e segunda instância, enquanto que, os tribunais superiores, em ações objetivas ou em grau de recursos extraordinários³⁶⁶, as premissas factuais já ficam superadas, e não são examinadas pelos tribunais, mas tão somente, as premissas de direito, restritivamente.

Todo o sistema caminha mediante reformas para a promoção do acesso à justiça, segurança jurídica e efetividade das normas constitucionais. Assim foi a direção da reforma processual civil em 1998 que, com a lei 9.756/1998 trouxe nova redação ao artigo 557 do Código de

³⁶⁶ No sentido lato, isto é, o recurso extraordinário no STF, recurso especial no STJ, recurso de revista no TST, entre outros.

Processo Civil, no qual, o relator do recurso poderá negar o seguimento do mesmo tão somente pela existência de linha de pensamento contrário do Supremo Tribunal Federal e pior, de qualquer outro tribunal superior.

Posteriormente, foi a vez do artigo 518 do Código de Processo Civil, com redação acrescida no §1º pela lei 10.276/2006, apelidada de súmula impeditiva de recursos. Esta medida implica em impedir o seguimento da apelação pelo próprio juiz singular, quando a sentença estiver calcada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou, do Superior Tribunal de Justiça. Outra vez se percebe a existência tímida de vinculação às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal. Entretanto, essa vinculação não é extrema, de forma qual, que a súmula impeditiva de recurso não é sequer análoga à súmula vinculante, pois na verdade, ela não vincula a atividade jurisdicional, mas sim, o seguimento do recurso quando a probabilidade de vir a ser improcedente for clara pela existência de ser matéria já sumulada³⁶⁷. Diferentemente, a súmula vinculante, vincula a própria atividade jurisdicional, maneira que, se a decisão for contrária à súmula vinculante, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Assim é que, a súmula vinculante pode ser base para impedir o recurso de apelação, mas a súmula impeditiva poderá ser qualquer uma, vinculante ou não.

Essa linha está sendo desenvolvida justamente em nome da segurança jurídica a ser observada para um desenvolvimento econômico e

³⁶⁷ BRIDA, Nério Andrade de. A (in)constitucionalidade da súmula impeditiva de recursos. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 151, 2007, p. 191-2.

cultural da nação. Não se faz sustentabilidade econômica sem segurança no judiciário. Não faz sentido o órgão de cúpula, guardião da Constituição Federal, não poder vincular suas decisões acerca da hermenêutica que o pretório faz justamente de seu objeto principal, a Constituição.

Qual fundamento de se levar toda e qualquer questão para ser decidida no Supremo, somente por dizer que “cada caso é um caso”? Caso a caso se decide nos órgãos jurisdicionais iniciais. Os superiores orientam a aplicação da lei e, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a aplicação da Constituição Federal. Ter que abduzir todo e qualquer processo ao Supremo Tribunal Federal por este fundamento, é tão somente para se ter a assinatura de um dos sábios anciãos em um processo que diz respeito a dois cidadãos de determinada localidade e a ninguém mais. Não que a atividade jurisdicional não tenha obrigação de tutelar o direito desses cidadãos, mas o poderá tutelar mediante atividade na primeira e na segunda instância, sem a necessidade, quando já dirimida, da interpretação do direito ter de ser realizada mediante atividade específica naquele processo.

Isso engessa o juiz? Não, isso desburocratiza e traz efetividade à prestação jurisdicional. E diferente do que diz LÊNIO STRECK, de que as reformas processuais estão reduzindo o acesso à justiça em nome da celeridade da prestação jurisdicional, resumindo ao máximo a possibilidade da interposição de recurso, as teses instrumentais tem como escopo justamente o contrário: a efetivação do direito substancial em relevo.

O processo não pode ser entrave ao gozo do direito. Dizer que criar mecanismos de efetivação jurisdicional limitando os recursos é impedir o acesso à justiça é o mesmo que dizer que o juiz de primeiro grau não tem qualquer importância além de mero colhedor de provas. É não crer no relevante julgamento do juiz singular. Todavia, este juízo está vinculado ao que os tribunais superiores, de mais relevo o Supremo Tribunal Federal quanto à Constituição Federal, dizem o que é o direito, pois, como órgãos hierarquicamente superiores e necessariamente presentes para a função justamente de promover a segurança jurídica, é preciso apontar a escolha mais salutar, entre: a) dar “amplo acesso à justiça” com todos os recursos possíveis existentes de maneira a levar processos tramitarem quinze, vinte ou mesmo trinta anos, até ser finalmente decidido pelo Supremo Tribunal Federal da mesma forma que decidia todas questões análogas ao tempo que fora proposta a ação ou; b) o próprio juiz singular promover a aplicação da linha interpretativa do direito aplicável àquele caso e, desde o primeiro momento, findar a controvérsia vez por todas. Qual das alternativas se estará promovendo a justiça? Ou ainda, qual das alternativas se estará dando o verdadeiro acesso à justiça? Qual dessas alternativas se estará prestando verdadeira tutela jurisdicional do direito material em relevo?

A verdade é que hodiernamente o problema já não é tanto a questão do “acesso à justiça”, mas sim, a “saída da justiça”, pois para entrar é fácil, sair do judiciário é que está cada vez mais complexo.

A posição tomada pelo Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, apesar de ter sido seguido, por enquanto, somente pelo Ministro EROS ROBERTO

GRAU, não é somente uma linha de pensamento quanto ao controle difuso de inconstitucionalidade promovido no Supremo Tribunal Federal, mas sim, o futuro inevitável daquela corte, em fazer com que todas as suas decisões acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos sejam vinculantes, com efeitos para todos, na mesma forma do controle concentrado de constitucionalidade.

Afinal, o procedimento, o quorum para declaração de inconstitucionalidade, as manifestações, enfim, todo o processo incidental se assemelha em praticamente tudo aos processos objetivos de controle concentrado, diferenciando-se, tão somente, quanto à sua inicialização. Enquanto que nas ações declaratórias de constitucionalidade, direta de inconstitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental é propostas pelos agentes elencados no artigo 103 da Constituição Federal, tomando forma de ação principal específica para o exame da constitucionalidade de seu objeto, a lei ou ato normativo, o incidente de inconstitucionalidade poderá ser suscitado por qualquer pessoa, bastando ser parte no processo em tramite no pretório, ou mesmo, pelos próprios ministros. Todavia, a decisão é proferida exatamente no mesmo formato das decisões em sede daqueles processos objetivos.

Se tudo igual, qual fundamento de se dar eficácia vinculante a um e não dar a outro? Pensar-se-á que ao menos no controle difuso deve-se ter aplicação o disposto no artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Para tanto, pergunta GILMAR MENDES:

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?³⁶⁸

E seu questionamento é pertinente, pois, não faz sentido a necessidade de suspensão de lei pelo Senado Federal quando a inconstitucionalidade é declarada mas sem redução do texto; também não tem aplicabilidade quando da não-recepção da norma anterior à Constituição de 1988.

A conclusão sobre o questionamento é simples: “*A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica*”.³⁶⁹

7.3 SÚMULA VINCULANTE E A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA GARANTIA DE SUA APLICAÇÃO

A súmula vinculante foi introduzida à Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços de seus membros, na produção de súmulas decorrentes de questão

³⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2004, p. 266.

³⁶⁹ Ibid., p. 266.

reiteradamente já decididas por uma determinada linha do tribunal, de forma a vincular todos os demais órgãos do judiciário, assim como, a administração pública em geral.

O legislador ordinário tratou de regulamentar a súmula vinculante, através da promulgação da lei 11.417/2006, discorrendo acerca de sua elaboração, revisão e cancelamento, assim como, os parâmetros de eficácia da mesma.

São legitimados propor a edição de súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal os mesmos para a ação direta de inconstitucionalidade, tendo sido ampliado pela lei mais outras duas possibilidades de agentes legitimados para a propositura sendo: o Defensor Público –Geral da União e todos os tribunais do país.

Todavia, é interessante que não somente esses têm legitimidade para propositura da edição de súmula vinculante, além da propositura de ofício pelo próprio Supremo, mas também, ao Município que, por incidente processual, poderá propor a criação, revisão ou cancelamento da súmula.

A súmula vinculante tem eficácia vinculante e contra todos os órgãos ligados ao poder público em geral, com exceção do Poder Legislativo, já que este, não é vinculado às interpretações que o Supremo dá sobre o direito.

Súmula vinculante, apesar de vinculante, não deixa de ser súmula, ou seja, derivação da jurisprudência do tribunal. Todavia, nessa nova

modalidade o Supremo se encontra com poder relacionado à sua própria jurisprudência. É a jurisprudência deixando meramente de ser fonte do direito, questão bastante debatida em na teoria geral do direito, para se transformar em verdadeira fonte de poder vinculativo.

A jurisprudência em seu conceito mais tradicional, se referia a *“exercício de revelação do direito através de reiteradas decisões obtidas nos diversos tribunais, constituindo-se num sentimento comum da interpretação e aplicação da lei”*.³⁷⁰

Assim é que a jurisprudência correspondia ao sistema jurídico brasileiro tão somente uma perspectiva da aplicação do direito, servindo de orientação daquilo que os tribunais já consagraram como interpretação da lei. Todavia, com a existência de eficácia vinculante de súmula, essa jurisprudência ganha força mais efetiva do que propriamente e tão somente de orientação, mas constitui-se de verdadeira norma de direito exposta que deve ser aplicada.

Não se confunde súmula vinculante com a já tratada anteriormente como súmula impeditiva de recursos. Esta pode ser qualquer súmula do Supremo ou do Superior Tribunal de Justiça que tem o condão de impedir o recurso de apelação quando a sentença tiver base nela. Já a súmula vinculante, de atribuição somente do Supremo Tribunal Federal, pode ser súmula impeditiva de recursos, mas sua vinculação é mais ampla.

³⁷⁰ BRIDA, Nério Andrade de. Súmula vinculante: a jurisprudência como manifestação de poder. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*. Umuarama, v. 9, n.2, p. 371-380, 2006, p. 375.

Mais ampla, pois, caberá a reclamação constitucional contra ato administrativo ou decisão judicial que contrarie conteúdo sumular. O cabimento da reclamação foi por previsão expressa no artigo 103-A da Constituição Federal, mais por excesso do que por necessidade.

Já é pacífico que a reclamação pode ser ministrada por qualquer interessado quando a decisão do Supremo tiver efeito vinculante. Seria teratológico se não previsto, a interpretação de não ter cabimento a reclamação em face de ato contrário à súmula vinculante, justamente por sua característica mais aguda, a eficácia vinculante.

Interessante ainda destacar a relação entre súmula vinculante e súmula impeditiva de recursos. É que para garantir a aplicabilidade da primeira, cabe a reclamação constitucional. Mas para a segunda, não. É de discricionariedade do juiz impedir ou não o recurso de apelação quando a sentença estiver calcada em súmula do Supremo ou do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, quando calcada em súmula vinculante, por questão de lógica, se o juiz não impedir o recurso de apelação, caberia a reclamação constitucional diretamente ao Supremo Tribunal, sem prejuízo da tramitação do recurso, para que o Supremo casse a decisão de primeira instância que recebeu o recurso.

Se o juiz poderia impedir o recurso de apelação por ter base a sentença em qualquer súmula, mesmo que não vinculante, se estiver calcada em súmula vinculante, é razoável que o impedimento deixa de ser

discricionário, para ser ato vinculado, ensejando a reclamação constitucional para cassação da decisão que recebe o recurso.

É cediço que o Supremo Tribunal não prolatará decisão no lugar daquela cassada. Mas determinará que nova decisão seja tomada com ou sem a aplicação da súmula vinculante, dependendo do caso. Já contra ato administrativo, o próprio Supremo Tribunal atuará na anulação do ato, extirpando do mundo jurídico sua validade e do mundo fático seus efeitos. Vê-se que o Supremo atua, no primeiro caso, como verdadeiro órgão de cassação³⁷¹, para imposição de suas teses acerca da hermenêutica da Constituição.

7.4 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já visto, o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro é realizada de duas formas, concentrada e difusa, sendo que ambas podem ser exercidas pelo próprio Supremo Tribunal, sendo só por este, exercida a primeira modalidade quando contra lei ou ato normativo em face da Constituição Federal.

³⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 213.

Em cada qual, será discorrido as características peculiares em breves linhas.

7.4.1 A Reclamação Constitucional contra Decisão ou Ato Administrativo Contrário à Decisão do Supremo Tribunal Federal em Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal promove o controle concentrado de constitucionalidade das normas por meio das ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em todas elas, as decisões que reconheçam a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou ato normativo, está eivada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, sendo de obrigada observância pelos demais órgãos jurisdicionais e pela administração pública, federal, estadual ou municipal.

Como tal, sempre que haja decisão judicial ou ato administrativo que aplique lei ou ato normativo declarado inconstitucional, ou ainda, que se negue a aplicar lei ou ato normativo declarado constitucional, ensejará a possibilidade de se manejar a reclamação constitucional para garantia da

eficácia da decisão do Supremo Tribunal diretamente nesta, para que casse a decisão judicial contrária ou anule o ato administrativo.

Deve-se atentar, por relevante, que a sentença de improcedência nessas ações, também têm eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, pois que, considerando o caráter dúplice das ações objetivas de controle de constitucionalidade, deve-se verificar qual o objeto processual que fora julgado.

Nas linhas acima, as hipóteses podem assim ser genericamente enumeradas: na ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, a decisão vincula a todos pelo dever de não aplicar a norma declarada inconstitucional, enquanto que, julgada improcedente, vincula o dever de aplicação da norma, pois declarada inconstitucional; na ação declaratória de constitucionalidade, o contrário, isto é, a sentença de procedência vincula o dever de aplicação da norma objeto processual, entretanto, julgada improcedente, a vincula ao dever de não aplicar a norma, pois reconhecidamente inconstitucional; na argüição de descumprimento de preceito fundamental, o mesmo que ocorre com a decisão de ação direta de inconstitucionalidade.

7.4.2 A Reclamação Constitucional contra Decisão ou Ato Administrativo Contrário à Decisão do Supremo Tribunal Federal em Controle Difuso de Constitucionalidade

No controle difuso de constitucionalidade, já visto anteriormente, o Supremo Tribunal exerce por processo incidente a qualquer procedimento de trâmite de sua competência, mediante suscitação do incidente pelas partes ou de ofício pelos ministros.

A decisão propriamente da questão incidente, atualmente, não tem força vinculativa, ao menos enquanto o Senado Federal não publicar ato de suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim é que, na verdade, a inconstitucionalidade declarada em processo incidente, somente terá aplicação como pressuposto para o julgamento do objeto principal do processo principal, vinculando tão somente as partes e somente em razão daquele processo especificamente.

Portanto, a reclamação constitucional para garantia das decisões tomadas nessa esfera pelo Supremo somente teria cabimento quanto ao descumprimento da decisão proferida no processo principal, solucionando o caso em concreto. Logo, a reclamação não dirá respeito propriamente à aplicação ou não da lei declarada inconstitucional ou constitucional, mas

sim, da observância da autoridade do tribunal quanto ao cumprimento do acórdão prolatado que soluciona a lide entre as partes.

Nesses, somente a própria parte do processo principal prejudicada pela inobservância da decisão proferida é que poderia promover a reclamação constitucional, entretanto, não em razão da (in)constitucionalidade da norma, mas da solução do caso concreto.

7.4.2.1 O Cabimento da Reclamação Constitucional para Garantia de Tese em Decisão do Supremo Tribunal Federal em Controle Difuso de Constitucionalidade

Contudo, é perceptível que o problema da não vinculação das decisões de jurisdição constitucional em controle difuso do Supremo Tribunal Federal está em evolução.

São vários os pontos em que a decisão proferida nesses casos se elevam, mesmo que timidamente, como mencionado por GILMAR FERREIRA MENDES, em decisão com eficácia vinculante como qualquer decisão em controle concentrado de constitucionalidade.

Pode-se observar esse fenômeno, como já salientado alhures, na possibilidade de criação da súmula vinculante. Três são as hipóteses em que, na regra tradicionalista da jurisdição constitucional, não se poderia

haver vinculação na decisão do pretório. É que a súmula vinculante pode ser criada por provocação, além daqueles legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, por ministro do próprio Supremo; por quaisquer tribunais do país ou ainda, mediante incidente processual, por município.

Vê-se que nas duas primeiras hipóteses, são atípicas as oportunidades de se criar instrumentos que vão vincular a administração pública e todos os órgãos do judiciário, assim como, particulares. Já na terceira hipótese, vemos a possibilidade de se criar súmula que vincula da mesma forma, porém, em processo incidente, iniciado por ente que sequer é legitimado para propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade.

O que corrobora para o questionamento acerca da vinculação que enseja a propositura da reclamação constitucional que é apreciado, é que, mediante decisão em processo incidental, que pode ser de controle de constitucionalidade, poderá ser criada súmula vinculante que terá eficácia *erga omnes*. É notória a hipótese de controle de constitucionalidade difuso ensejar vinculação de sua decisão.

Isso porque, a súmula vinculante pode tratar acerca de inconstitucionalidade de lei. Tome-se de exemplo, o incidente de inconstitucionalidade cumulado com incidente de criação de súmula vinculante suscitado por município, do qual, o Supremo publique súmula vinculante cujo conteúdo perfaz como inconstitucional um determinado objeto de lei municipal. Isso, sem sombras de dúvidas, ensejaria da

vinculação a todos os órgãos administrativos e judiciários, fazendo com que qualquer lei municipal análoga que contrarie o conteúdo da súmula vinculante seja reconhecida como inconstitucional de forma automática, e já vimos que essa vinculação é possível.

Esse exemplo é clara demonstração da possibilidade de efeitos vinculantes em decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo, condiz com o controle difuso de constitucionalidade pelos demais tribunais. Como visto anteriormente, suscitada a inconstitucionalidade de norma, reconhecida como tal pela turma ou câmara, esta remeterá o processo para o pleno ou órgão especial para que examine e julgue acerca da (in)constitucionalidade do preceito normativo em questão. Todavia, quando já houver decisão do Supremo Tribunal Federal e, registre-se, mesmo em controle difuso de constitucionalidade, que tenha já examinado a constitucionalidade daquela norma, a turma não encaminhará para apreciação ao pleno ou órgão especial de seu tribunal.

E isso leva a considerações como, se a decisão do Supremo Tribunal for reconhecendo a constitucionalidade, a turma, pelo que se depreende da norma, estará vinculada à decisão, pois a esta é legitimada reconhecer a constitucionalidade, mas não a inconstitucionalidade da norma, que somente pode ser auferida pelo pleno ou órgão especial. Todavia, com decisão do Supremo que reconheça essa constitucionalidade da norma, a turma não poderá remeter o processo ao órgão de jurisdição constitucional.

Isso evidencia que caberá a reclamação constitucional em duas hipóteses: se a turma declarar *incidentur tantum* inconstitucionalidade, o que não lhe é permitido ou; se a turma remeter ao órgão especial o exame da constitucionalidade da norma já declarada constitucional em controle difuso ou concentrado pelo Supremo.

Sim, pois, quando a norma já houver sido examinada pelo Supremo, a turma ou câmara não poderá remeter ao órgão especial a questão de inconstitucionalidade.

Ainda um parêntese é necessário. À turma ou câmara é permitido reconhecer a constitucionalidade da norma, mas não a inconstitucionalidade. Por isso que foi dito que a decisão do Supremo em controle difuso de constitucionalidade que reconhece a constitucionalidade da norma em questão, vincula a turma ou câmara. Mas, *a priori*, num modelo tradicionalista, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo em controle difuso, não vincula.³⁷²

Se a turma reconhecer que há inconstitucionalidade na norma já declarada inconstitucional em controle difuso pelo Supremo Tribunal, poderá desde já assim reconhecer e julgar o caso concreto. Porém, mesmo haja decisão proferida pelo pretório excelso, a turma ainda assim poderá reconhecer a constitucionalidade da norma, e julgar com esse pressuposto.

³⁷² Em controle concentrado, a decisão vincula reconhecendo ou não a inconstitucionalidade da norma.

Outra forma em que caberia a reclamação constitucional por qualquer prejudicado seria contra decisão ou ato administrativo que contrarie decisão do Supremo em incidente de inconstitucionalidade, quando o Senado Federal houver publicado ato suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional. É que nesse caso, a vinculação é decorrente do ato do Senado da República, e não propriamente da decisão, mas que auferir a esta, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

7.4.3 Um Novo Paradigma para Garantia da Força Normativa da Constituição – A Autoridade das Decisões do Supremo Tribunal Federal como Instrumento de Efetivação das Normas Constitucionais

Desde sua criação jurisprudencial pelo Supremo tribunal Federal, passando pela introdução ao Regimento Interno da Corte Constitucional em 1957 e a inclusão na esfera normativa constitucional, até a ascensão pela Constituição Federal de 1988 em diante, a reclamação constitucional, como comumente denominada, tem sido em muito desenvolvida para propiciar aplicabilidade máxima e efetividade das normas constitucionais albergando a autoridade das decisões do Supremo Tribunal.

A reclamação constitucional pode ser elevada a instrumento não limitado à garantia da autoridade das decisões do pretório excelso ou de sua competência, mas também para a garantia de máxima efetividade da norma constitucional que elide a aplicação contrária dos termos constitucionais em casos análogos ao que fora proferido, obstando

transcurso de lapso temporal até chegada de recursos perante o Supremo que certamente serão julgados em consonância com que seria a reclamação, tivesse sido recebida.

Assim é a tendência do neo-constitucionalismo, cuja força normativa da constituição deve espelhar a ordem do Estado de Direito, contribuindo para a melhor expectativa de segurança jurídica que o Supremo, como guardião da Constituição que é, deve empregar na defesa da ordem constitucional, independentemente do assente de outros órgãos jurisdicionais.

Essa força normativa da constituição deve ser presente, sob pena de não mais se sustentar a ordem vigente, pois como preceitua KONRAD HESSE:

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa.³⁷³

E para que a Constituição tenha essa “força ativa” que o eminente constitucionalista aduz, necessário que o seu guardião zele pela máxima efetividade de suas normas, se libertando de grilhões que possam resultar na inobservância de preceitos constitucionais, como nos mostra LUIS ROBERTO BARROSO, assentando que:

Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do

³⁷³ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 22.

que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto, precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.³⁷⁴

Daí a necessidade de se atribuir à reclamação constitucional maior relevância, tornando-o verdadeiro instituto de garantia máxima das normas constitucionais, não somente para se tutelar competência ou autoridade de decisões com efeitos vinculantes, mas também, para fortificar ainda mais a compreensão que a Corte Constitucional brasileira tem sobre a Carta Magna, já que tende a ser superada a possibilidade de se julgar diferente de seus preceitos e hermenêutica. Exemplo máximo disso, a súmula vinculante.

Se o que se tem é uma decisão unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não põe qualquer dúvida quanto à aplicação da norma fundamental, não tem sentido não poder ser base para utilização de instrumento tão formidável como a reclamação, que deixa de ser somente remédio para eficácia concreta das decisões do Tribunal e passa a desempenhar verdadeiro papel na efetivação das normas constitucionais, quando já delineadas seus conteúdos por precedentes do pretório, não observados por órgãos jurisdicionais ou jurisdicionados.

Isso porque, segundo nos ensina JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO:

³⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 257.

Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.³⁷⁵

Limitar o alcance que a reclamação pode ter, para garantir a autoridade da interpretação que a Corte Constitucional tem da Constituição, é excluí-la do rol de instrumentos eficazes para garantia da força normativa da Constituição Federal, o que seria manifestamente contrário à ordem constitucional estabelecida no dever de máxima efetividade de seus preceitos. Deve-se sepultar de vez, toda e qualquer idéia de que a reclamação constitucional, ao contrário da força que o constituinte quis lhe dispor, não passa de mera função de correição, ampliando suas hipóteses de cabimento, perfazendo em verdadeira ação de garantia constitucional, pois não se fala de mera compreensão sobre esta ou aquela interpretação de texto de lei, mas da adequação de todo o sistema judiciário ou administrativo aos enunciados que o guardião da ordem constitucional profere em suas decisões.

Assim é que a proposta que se faz aqui vai adiante propriamente das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação às partes ou em relação a qualquer prejudicado face às decisões com efeitos vinculantes. Vai, entretanto, garantir a eficácia de qualquer decisão que venha a ser tomada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, vinculando aos demais

³⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1.226.

órgãos jurisdicionais, não somente o dispositivo do acórdão proferido que tem eficácia somente entre as partes, mas aos fundamentos tomados por ocasião da decisão que, em tese, poderá ser aplicada em qualquer situação análoga.

A crítica seria dizer que não vige o sistema do *stare decisis* vindo da *comonn law*, o que é infantil dizer, pois já é sapiente a vigência do sistema misto jurisdicional no Brasil, a começar pela possibilidade de se vincular decisões. Ora, se o Supremo é o órgão extremo guardião da Constituição Federal, porque não dar azo à vinculação de todas as suas decisões quando proferidas pelo pleno, já que, a Constituição Federal exprime aquilo que seus ministros dizem exprimir? São hipóteses que se levanta justamente para uma verticalização vinculativa das decisões do Supremo Tribunal Federal, já que a última palavra no âmbito constitucional será dele mesmo. Então, em favor de uma máxima efetividade das normas constitucionais, nada mais acertado que albergar ao seu guardião a máxima eficácia de suas decisões.

Claro que para o implemento dessa sugestão devem-se ainda serem promovidas outras reformas para que a reclamação constitucional não se transforme em procedimento tão comum quanto os agravos de instrumento ou os recursos extraordinários processados no Supremo Tribunal, mas sim, um meio de implementar eficazmente as decisões desses.

Sugestões ainda que podem ser auferidas aos tribunais de segunda instância. Alhures foi discorrido que não se poderia, por ausência de

atribuição para tanto, a instituição da reclamação constitucional no âmbito dos tribunais outros que não o Supremo Tribunal ou o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se como base os tribunais de justiça dos estados.

Contudo, conquanto sejam promovidas reformas que excluam as incoerências apontadas neste diapasão, poder-se-ia haver possibilidade de que os próprios tribunais de justiça processassem reclamações constitucionais em face de decisões ou atos administrativos que contrariem as teses constitucionais promovidas pelo Supremo Tribunal Federal em seu plenário. Isso, além de fortificar a eficácia não somente das decisões do Supremo Tribunal, fortificaria a eficácia das próprias normas constitucionais, já que, se forte a Corte Constitucional, forte a Constituição Federal. Já foi mencionado por MOREIRA ALVES que a maior das inconstitucionalidades é a limitação da corte que promove a sua interpretação e aplicação. Envolve aí soluções pragmáticas.

É hipocrisia ficar debatendo sobre o império do Supremo Tribunal Federal se esse império já é fato, pois o Supremo é o tribunal que profere a última palavra quanto à Constituição. A discussão não está o âmbito do como, mas sim do quando, isto é, a forma com que será promovida a interpretação constitucional pouco importa, pois o será originariamente ou por recurso, mediante decisão do Supremo Tribunal.

O problema mais grave é o quando, pois se pode ficar debatendo sobre o poder ou não do Supremo em vincular todas as suas decisões plenárias e aguardar o trâmite ordinário de inúmeros processo durante dez,

vinte ou trinta anos, ou então, encurtar caminhos, perfazendo uma estreita linha de aplicação direta da interpretação constitucional promovida pelo próprio Supremo.

O verdadeiro acesso à justiça se faz com a efetividade das decisões jurisdicionais. E a reclamação constitucional, seja pelo sistema atual, ou melhor, seja diante de algumas reformas que o transformem em verdadeiro instrumento de eficácia das normas constitucionais como já é, seria instituto bem vindo para a transformação de um sistema falho e exausto para um novel sistema de efetivação do direito, principalmente, de ordem constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto no decorrer do trabalho, várias foram as conclusões discorridas nos próprios tópicos de cada parte, ministrando certamente uma ciência de como a reclamação constitucional, para abarcar a perspectiva de uma nova dogmática do processo, deverá se comportar para não cair nas pechas de um instrumento frio, vazio e desprovido de finalidade quanto à nova compreensão da efetividade de força normativa dos valores constitucionais.

Nesse diapasão e na visão de que o espaço da conclusão deve-se concluir, é que, mesclando orientação entre as premissas de desenvolvimento da dissertação e as sugestões que foram ministradas, elenca-se as seguintes considerações:

1. O pensar crítico do direito se amolda ao método de dialética participativa, numa crescente e incessante busca pela verdade, cuja certeza nunca se alcançará, mas que se aproxima cada vez mais da inevitável condição do reconhecimento de novos paradigmas evolutivos da teoria do direito, desconstruindo os antigos modelos para dar espaço aos novos;

2. A reclamação constitucional tem berço no Brasil, mas foi desenvolvido sobre a teoria do poderes implícitos de declinação norte

americana, vindo a ser regulamentado em primeiro plano pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para após, ser prevista constitucionalmente, igualmente inserida no âmbito da Constituição Federal de 1988, nos artigos 102, inciso I, alínea “l” e 102, inciso II, alínea “f” da Carta Magna;

3. A reclamação constitucional tem hoje previsão expressa na lei 8.038/1990, em seus artigos 13 à 18, comportando o instrumento para o processamento do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça;

4. A despeito de se entender possível a reclamação constitucional no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral e no Superior Tribunal Militar, de forma oblíqua, mediante previsão legal em ambos tribunais do instituto, tem-se que é inconstitucional abarcar a reclamação constitucional para estes dois tribunais, tendo em vista a ausência de previsão constitucional da atribuição desses para tanto;

5. Muito embora tenha sido entendimento do Supremo Tribunal Federal a inexistência de inconstitucionalidade dos regimentos internos dos tribunais de justiça que prevêm reclamação nos mesmos moldes que a reclamação constitucional, tem-se como inconstitucional, dado as incoerências no sistema jurisdicional previsto pela Constituição Federal que podem acarretar a presença da reclamação constitucional no âmbito dos tribunais inferiores, incluindo os das justiças especiais, já que, pela eficácia das decisões proferidas no âmbito desses tribunais em processos

reclamatórios, poder-se-ia, em tese, cassar decisões ou mesmo avocar processos contra tribunais superiores;

6. Mesmo assim, é possível a previsão da reclamação constitucional no âmbito de todos os tribunais, desde que haja, primeiramente, emenda constitucional que possibilite a introdução do instituto no âmbito de todos os tribunais e legislação específica que regulamente principalmente os efeitos e a eficácia das decisões proferidas;

7. Como sucedâneo da consideração anterior, traz-se de sugestão, a possibilidade de se haver reclamação constitucional no âmbito dos tribunais inferiores, que poder-se-ia funcionar como instrumentos garantidores não somente da autoridade das decisões nesses tribunais e para preservação de sua competência, mas também, garantidores da autoridade das decisões do próprio Supremo Tribunal Federal que poderia ser auferido e aplicado pelo tribunal inferior, justamente para se ter maior fluência e acessibilidade à aplicação imediata das decisões do pretório excelso;

8. Ainda na mesma linha, seria importante destacar a exata dimensão dos efeitos e da eficácia das decisões proferidas em reclamações constitucionais, em qualquer tribunal, para que não hajam incoerências no sistema jurisdicional;

9. A reclamação constitucional tem natureza jurisdicional, pois apresenta traços de instrumento processual de eficácia jurisdicional, mais

especificamente, de ação, tendo partes, objeto e causa de pedir, devendo, inclusive, serem observadas as condições da ação para seu prosseguimento;

10. A reclamação constitucional é tutela de segurança contra atos ilícitos, portanto, tutela de reintegração, ou na preferência de nomenclatura, tutela de remoção do ilícito com restauração das condições anteriores ao ato, afastando os efeitos do ato ilícito praticado, que pode ser por agente administrativo ou jurisdicional;

11. Numa construção do instituto da reclamação constitucional na perspectiva de uma nova dogmática do processo civil, o instrumento poderia satisfazer as necessidades da segurança de inocorrência do ato ilícito quando continuado, abarcando aí, a tutela inibitória;

12. O princípio da proporcionalidade tem peculiar aplicação para descrição das tutelas auferíveis pela reclamação constitucional, assim como, das técnicas processuais próprias para garantia da eficácia das decisões nos processos reclamationários;

13. A sentença da reclamação constitucional tem natureza constitutiva negativa, pois anula o ato administrativo ou cassa a decisão judicial que viola a autoridade das decisões do tribunal superior, assim como, evoca o processo de sua competência;

14. As técnicas que podem ser utilizadas para efetivação da tutela ministrada seria mandamental ou mesmo executiva, quando descumpridas pelo agente violador;

15. A reclamação constitucional já é aceita para garantia das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em âmbito de controle concentrado e abstrato de normas, visto terem efeito vinculante e *erga omnes*, podendo, qualquer prejudicado com ato ou decisão que não observe a decisão do pretório excelso, ser objeto de reclamação constitucional no Supremo, assim como, contra ato ou decisão que não observe aplicação de súmula vinculante;

16. A sugestão que se faz é a possibilidade do cabimento da reclamação constitucional para qualquer interessado prejudicado por decisão ou ato contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal em âmbito de controle difuso de constitucionalidade, independentemente de ter sido parte do processo principal que ensejou ao incidente de inconstitucionalidade, tornando toda e qualquer decisão de jurisdição constitucional do próprio Supremo Tribunal Federal norte vinculante para todos os órgãos, administrativos e judiciais;

17. O reconhecimento da vigência de sistema misto romano-germânico e de *stare decisis* no Brasil é necessário, para desvelar a possibilidade de se haverem decisões do guardião da Constituição Federal que verdadeiramente ampliam a eficácia mesma das normas constitucionais, com instrumentos de aplicação imediata, como o da reclamação constitucional.

Essas são as principais e mais genéricas conclusões e sugestões que se podem tomar com o presente trabalho, sem prejuízo das conclusões

havidas e críticas tecidas em pontos específicos acerca da reclamação constitucional.

O objetivo é transformar o já fabuloso instituto da reclamação constitucional em verdadeiro instrumento de efetivação das normas constitucionais pela implementação da força vinculante e igualitária das decisões interpretativas da Constituição Federal tomadas pelo Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Carta Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Safe, 2005.

ALEGRE, José Sérgio Monte. Controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos na jurisprudência do STF. In. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, n. 45/2004. p. 35-53.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANJOS, João Miguel Coelho dos. Reclamação Constitucional. CARVALHO, Paulo Gustavo M. FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, n. 44/2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Bíblia de Estudo de Genebra. São Paulo: Cultura Cristã, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da inconstitucionalidade da lei. In: *Direito Público*. Porto Alegre: Síntese, n. 8 (Abril-Junho/2005). 2005. p. 154-162.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 23-145.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p.253-330.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 253-456.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. *3 em 1 Saraiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 245-378.

BRASIL. Lei 4.737 de 15 de Julho de 1965. Código Eleitoral. Diário Oficial da União em 19.07.1965.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 555-727.

BRASIL. Lei 7.701, de 21 de Dezembro de 1988. Dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências. Diário Oficial da União de 22.12.1988.

BRASIL. Lei 8.038, de 19 de Dezembro de 2006. Institui normas procedimentais para processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo : RT, 2007, p. 1.155-61.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 1.202-1.223.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta e indireta ou funcional e dá outras providências. *RT Mini Códigos*. 7. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 464-470.

BRASIL. Lei 8.457, de 4 de Setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Diário Oficial da União de 08.09.1992.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007. Pag. 1.209-1.268

BRASIL. Lei n. 9.756, de 17 de Dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Diário Oficial da União de 18.12.1998.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 03 de Dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 1.422-3.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 1.417-22.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 209-494.

BRASIL. Lei n.11.232, de 22 de Dezembro de 2005. Altera a lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 1.561-1.565.

BRASIL. Lei n. 10.276, de 7 de Fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Diário Oficial da União de 08.02.2006.

BRASIL. Lei 11.417, de 19 de Dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *RT Mini Códigos*. 9. ed. atual. e amp. São Paulo : RT, 2007, p. 1.587-1.589.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl. n. 2.457-BA. Relatora Min. Maria Theresa de Assis Moura. J. 21.05.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 de Julho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.212-1/CE. Relator Min. Ellen Gracie. J. 14.11.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.480-9/PB. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 02.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 3.435/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Sem decisão. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. 864-1/RS. Relator Min. Moreira Alves. J. 17.09.1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.212-1/CE. Relator Min. Ellen Gracie. J. 14.11.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.797-2/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 15.09.2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 2.797-2/DF. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n. 3.148-1/TO. Relator Min. Celso de Mello. J. 28.09.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Rcl. n. 1.880-6-SP. Relator Min. Maurício Corrêa. J. 19.03.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 de Julho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 532-1/RJ. Relator Min. Sydney Sanches. J. 20.09.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 356-6/SP. Relator Min. Carlos Velloso. J. 15.05.1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 678-6/SP. Relator Min. Marco Aurélio. J. 03.05.2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 729-1/SP. Relator Min. Marco Aurélio. J. 24.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 532-1/RJ. Relator Min. Sydney Sanches. J. 20.09.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 1.915-2/SP. Relator Min. Maurício Corrêa. J. 06.12.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.143-2/SP. Relator Min. Celso de Mello. J. 06.06.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.657-4/PR. Relator Min. Celso de Mello. J. 06.06.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.669-8/BA. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 17.12.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.509-8/BA. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 17.12.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.704/PR. Relator Min. Celso de Mello. J. 01.07.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 2.363-0/PA. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 01.04.2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 4.335/AC. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp. n. 1.092-9/DF. Relator Min. Djaci Falcão. J. 31.10.1984. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2005.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 4510, de 29 de Setembro de 1952. Dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 05 de Julho de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 05 de Julho de 2007.

BRIDA, Nério Andrade de. A (in)constitucionalidade da súmula impeditiva de recursos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 151, 2007. p. 185-194.

_____. Súmula vinculante: a jurisprudência como manifestação de poder. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*. Umuarama, v. 9, n.2, p. 371-380, 2006.

_____. Tutelas contra o ilícito em contratos bancários: a ilegalidade da cláusula penal que estabeleça multa moratória acima de dois por cento do valor da prestação. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*. Umuarama, vol. 9. n. 1. 1996, p. 211-239.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. Comentários às leis n. 1.533/51, 4.348,64 e 5.021/66. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Substituição processual no processo coletivo*. Um instrumento de efetivação do estado democrático de direito. São Paulo: Pilçares, 2006.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do poder judiciário. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 42, 2003. p. 167-180.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Dell Rey, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "writs" na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). *Ações constitucionais*. Salvador: Podium, 2006. p. 429-500.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciários na América Latina e no Caribe*. Documento Técnico 319. Trad: Sandro Eduardo Sardá. 1. ed. Washinton: Banco Mundial, 1996 Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento319.pdf>>. Acesso em 01 de Outubro de 2007.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

_____. Reclamação constitucional. DIDIER JR, Fredie. FARIAS, Cristiano Chaves de (Coords). *Procedimentos especiais: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2004.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. Salvador: Podium, 2006, p. 331-2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do direito*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Tutela jurisdicional. *Revista de processo*. São Paulo, n. 81 (jan/mar), 1996, p. 54-79.

DWORKIN, Robert. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Curso de direito civil*. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pallegriani. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Dpj, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. RODRIGUES, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 407-28.

_____. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HABÈRLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. 2ed. Madrid: Tecnos.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradutor: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

JUNIOR, Delosmar Mendonça. A tutela mandamental: manifestação da efetividade do processo. LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 409-429.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad: Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. A justiça constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, n. 1 (Julho/Setembro, 2003), 2003. p. 90-130.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. Tocantins: Intelectus, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória incidental*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

MAGEE, Bryan. *Confissões de um filósofo*. Trad: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MAGEE, Bryan. *História da filosofia*. Trad: Marcos Bagno. São Paulo: Loyola, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica processual e tutelas dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Execução*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. Parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. CARVALHO, Paulo Gustavo M. FÉRES, Marcelo Andrade (orgs.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 503 - 544.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O controle abstrato de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal. *Direito público*. Porto Alegre: Síntese, V.2, n. 5, 2004. p. 52-112.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. Comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*. São Paulo: RT, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JR, Nelson [et al]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NETO, Luiz Orione. *Liminares no processo civil e legislação civil extravagante*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAGANI, Valdecir. *Tutela específica das obrigações contratuais de fazer e não-fazer*. Dissertação para mestrado em direito pela Universidade Paranaense. 2007.

PACHECO, José da Silva. *A “Reclamação” no STF e no STJ com a nova constituição*. n. 646. São Paulo: RT.

_____. *O atentado no processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Leme: Led, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Frâncico Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1999.

POPPER, Karl Raimund. *Em busca de um mundo melhor*. Trad: Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79-80.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Parte geral do código civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988. CARVALHO, Paulo Gustavo M. FÉRES, Marcelo Andrade. *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 407 – 436.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad: Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2003.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodium, 2006.

SOUZA, Paulo Roberto de. *Elementos para um delineamento do perfil do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil contemporâneo..* UFPR, 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2ed. São Paulo:RT, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão dos Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Mutações na corte. A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58199?>>. Acesso em: 15 de Outubro de 2007.

_____. *Hermenêutica e(m) crise*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YAMASHITA, Douglas. Controle de constitucionalidade das medidas provisórias à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 24, p. 211-231.

YOKOHAMA, Alessandro Otavio. *Dimensão positiva da proporcionalidade no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF na constituição de 1988: Superação do dogma do legislador negativo*. PUC/SP, 2006.

ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad: Marina Gascón. 6. ed. Madri: Trotta, 2005.

_____. *Historia y constitución*. Trad: Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

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

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)