



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ROSA CAROLINA PONTES TEIXEIRA

**RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA

2014

ROSA CAROLINA PONTES TEIXEIRA

**RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade de
Brasília como exigência parcial para obtenção
do título de bacharela em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Gilmar Ferreira
Mendes.**

BRASÍLIA

2014

ROSA CAROLINA PONTES TEIXEIRA

**RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade de
Brasília como exigência parcial para obtenção
do título de bacharela em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Gilmar Ferreira
Mendes.**

Aprovada em 5 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Dr. GILMAR FERREIRA MENDES

Dr. LUCIANO FELÍCIO FUCK

Dr. SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

A Constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao "pantha rei" heraclitiano de todo o ser vivo.

Karl Loewenstein

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e aos meus pais a oportunidade de ter estudado Direito na Universidade de Brasília.

Agradeço também a minha família e aos meus amigos.

Em especial, agradeço às seguintes pessoas: ao Professor Gilmar Ferreira Mendes, pelos ensinamentos, disponibilidade, paciência e cortesia, ao Professor Antônio Augusto Brandão de Aras, pelos conselhos, inspiração e gentileza, ao Victor Santos Rufino, pela amizade e exemplo de determinação, ao Luciano Felício Fuck, pelas lições e oportunidade, e ao Sérgio Antônio Ferreira Victor, pelas orientações e atenção.

Agradeço, ainda, ao Marco Túlio Reis Magalhães e à Maria Cândida Carvalho Monteiro de Almeida.

Por fim, meu agradecimento ao Gabinete do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no Supremo Tribunal Federal, à 17ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e à Procuradoria Federal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, assim como à Universidade de Brasília, aos seus mestres e funcionários, por dar vida ao meu sonho e aos sonhos de muita gente.

RESUMO

Este trabalho analisa a utilização da reclamação como instrumento de atualização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle abstrato de constitucionalidade.

Para tanto, serão analisados precedentes do STF, especialmente a Reclamação n. 4374, o desenvolvimento jurisprudencial do instituto da reclamação e teorias de hermenêutica jurídica e de mutação constitucional. Além disso, serão investigados dados empíricos referentes à quantidade de decisões proferidas em reclamação, com o objetivo de analisar a viabilidade de sua redução por meio da referida aplicação do instrumento.

Logo, trata-se de um estudo sobre a possibilidade do manejo da reclamação, a partir das perspectivas teórica e prática, como um mecanismo de revisão e evolução da jurisprudência em controle abstrato de constitucionalidade do STF.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Controle abstrato de constitucionalidade. Atualização de jurisprudência.

ABSTRACT

This paper analyses the institute of “reclamação” as an instrument of the improvement of the legal opinion of Brazil’s Supreme Court, the Supremo Tribunal Federal, in abstract constitutionality control.

To do so, it will be analyzed cases judged by the Court, especially the “Reclamação n. 4374”, the development the legal opinion about “reclamação”, theories of legal interpretation and of constitutional mutation and, also, investigated empirical data.

Therefore, the present study is about the possibility of “reclamação” to be a mechanism of update of the Supremo Tribunal Federal’s legal opinion and the objectives of this institute.

Key-words: Brazil’s Supreme Court (“Supremo Tribunal Federal”). “Reclamação”. Control of Constitutionality. Reinterpretation of the legal opinion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	10
2.1 Hermenêutica jurídica.....	15
<i>2.1.1 Teorias da hermenêutica jurídica.....</i>	<i>18</i>
2.2 Mutação constitucional	29
2.3 Desdobramentos da hermenêutica jurídica e mutação constitucional	32
3 RECLAMAÇÃO.....	35
3.1 Conceito e origem	35
3.2 Natureza jurídica	38
3.3 Conformação atual	42
3.4 Reclamações que produziram efeitos em decisões em controle abstrato.....	43
<i>3.4.1 Reclamação n. 4374 (LOAS – Lei n. 8.742/1993)</i>	<i>43</i>
<i>3.4.2. Outras reclamações nesse sentido</i>	<i>47</i>
4 RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	51
4.1 Condições teóricas	51
4.2 Condições práticas	57
4.3 Efeito vinculante da reclamação.....	61
4.4 Reclamação em face de ato que reproduz norma declarada inconstitucional	61
5 CONCLUSÃO.....	63
6 REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto analisar a adequação do instituto da reclamação como mecanismo de atualização da jurisprudência realizada em controle abstrato de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF).

A importância do tema reside na necessidade de se encontrarem mecanismos de a Corte Constitucional revisitar, quando preciso, seu entendimento, e de se fixarem os objetivos do instrumento reclamação.

A reclamação é um instituto peculiar, na medida em que é originado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e continua sendo construído por ela, por meio, por exemplo, da edição da Súmula n. 734 do STF e da admissão de amplo rol de legitimados para figurar como reclamante.

O instrumento ganhou especial relevância quando do julgamento da Reclamação n. 4374 pelo STF, oportunidade em que se declarou parcialmente inconstitucional, sem pronúncia de nulidade, o §3º do art. 20 da Lei 8.742/1993, que regulava o inciso V do art. 203 da Constituição Federal. A referida norma estabelecia o parâmetro para a concessão de benefício assistencial para famílias que cuidassem de idosos ou deficientes físicos.

Apontou-se, na espécie, que o dispositivo legal estava sofrendo um processo de inconstitucionalização e que deveria ser declarado inconstitucional por meio da reclamação, ao argumento de que ela é um instrumento de mutação constitucional e de revisão da jurisprudência do STF.

Assim, a partir da análise da Reclamação n. 4374, de outros precedentes do STF e do desenvolvimento jurisprudencial do instituto da reclamação, assim como do estudo de teorias da hermenêutica jurídica e de mutação constitucional e, ainda, da investigação de dados empíricos, busca-se averiguar se é cabível a reclamação como instrumento de aperfeiçoamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em controle de abstrato constitucionalidade.

2 EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Hermenêutica, segundo a concepção clássica, é teoria da interpretação e compreensão de textos. Passou a ser objeto de estudos a partir do renascimento humanista e da reforma protestante (na Idade Média, era utilizada somente em textos canônicos).

Segundo Gadamer, a palavra hermenêutica foi primeiramente utilizada por Dannhauer, que distinguiu as hermenêuticas teológica (referente à interpretação de textos sagrados), filológica (relativa à interpretação de peças de literatura clássica) e jurídica.¹

De acordo com Lenio Streck, a hermenêutica possui duas faces (teórica e prática)² e se desenvolveu em três estágios (técnica especial para interpretação, teoria geral da interpretação e hermenêutica fundamental).³

A hermenêutica em seu aspecto teórico descreve como a interpretação e a compreensão ocorrem e de que forma o conhecimento é concebido na dualidade que rege as teorias do conhecimento que opõem sujeito e objeto. Em sua dimensão prática, a hermenêutica busca maneiras de reduzir os eventuais erros dos processos de interpretação e compreensão, com o fito de conferir objetividade e certeza.

Quanto aos seus estágios, a hermenêutica como técnica especial para interpretação, denominada por Gadamer de hermenêutica clássica, destinou-se a estudar a interpretação de textos das três áreas de conhecimento da hermenêutica incipiente (teológica, filológica e jurídica). Desenvolveram-se os conceitos fundamentais da hermenêutica em relação à interpretação, compreensão e aplicação, além de se consolidar a hermenêutica como contraponto a qualquer dogma absoluto.

Já a hermenêutica como teoria geral da interpretação foi inaugurada pelo teólogo Schleiermacher. Trata-se de uma filosofia universal.

Schleiermacher elaborou um método, chamado de círculo hermenêutico, que visava afastar a interpretação equivocada de textos, entendida como o distanciamento da intenção do autor. Esse método mantinha o modelo circular de tradição, em que o interprete analisa do todo para a parte e da parte para o todo, apurando a compreensão resultante de cada

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 265.

² STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 262-263.

³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 261-275.

movimento empreendido. Resultava na preservação do sentido do texto e no alcance, pela compreensão, do significado que o autor imprimiu (hermenêutica psicológica).

Assim, o método de Schleiermacher se baseava nas regras interpretativas da hermenêutica especial, porém acrescentava um sentido psicológico, evidenciando duas individualidades: a do intérprete que recebe a mensagem e a do autor do texto, que emite a mensagem.

A universalidade da hermenêutica passou a ser assegurada pelo método (universalidade procedimental).

A seguir, com a incipiência da autonomia das ciências humanas, no século XIX, o termo hermenêutica começou a ser empregado referindo-se à formação da estrutura metodológica dessas ciências por Wilhelm Dilthey, que incorpora os ensinamentos de Schleiermacher, mas expande o campo de análise da hermenêutica: o intérprete passa a ser ator do processo histórico e a compreensão a se referir ao todo da própria história.

Não mais é reconstruído o nexo de individualidades, mas o de vivências, sendo a compreensão a mediação entre a vivência individual e o conjunto de vivências que formam o todo da história, entre o nexo significativo e o operativo.

De acordo com Gadamer, a hermenêutica estabelecida por Dilthey apresentava um caráter intersubjetivo, uma vez que a identificava nossa condição histórica.⁴

O terceiro estágio da hermenêutica, a hermenêutica fundamental, consolidada principalmente pelos estudos de Gadamer e Heidegger, reflete as estruturas existenciais concretas do homem.

A hermenêutica clássica foi rechaçada, na medida em que era restrita à interpretação de textos e que entendia o método como meio formal para garantir objetividade e certeza do processo de interpretação, priorizando a interpretação à compreensão.

Heidegger supera a tradição da teoria da subjetividade e consciência e da metafísica por meio do conceito de Dasein (Ser-aí). Dasein representa o ser humano. É um ente que compreende o ser (inclusive seu próprio ser) e que é o seu passado. Heidegger volta-se à existência, que é a forma de ser do ente do Ser-aí.⁵

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 270.

⁵ Dasein é, lembrando-se do caráter prático que a hermenêutica adquiriu com Heidegger, o homem, que se apresenta no centro do mundo. Heidegger o escolhe como elemento central de sua filosofia, o que significa que todo o resto foi desconsiderado, na medida em que o Dasein traz consigo o mundo inteiro: *ele é desde sempre ser-no-mundo; porque sua condição é, em si, compreendendo, compreender o ser (Círculo Hermenêutico); e compreende o ser através da pergunta pelo ente (diferença ontológica)*. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 274.

Assim, o objeto da hermenêutica, que anteriormente era a interpretação de textos, foi substituído pela facticidade, que é a marca da história no nosso ser. Ou seja, a hermenêutica passou a cuidar da compreensão do ser (facticidade) do Ser-aí e da expansão do horizonte para onde ele caminha (existência).

Essa construção é o círculo hermenêutico de Heidegger: por um lado, o homem (Ser-aí), ente, somente se relaciona com algo e movimenta sua vida se tiver uma compreensão do ser⁶ e, por outro, só compreendemos o ser se nos compreendermos em nossa facticidade.

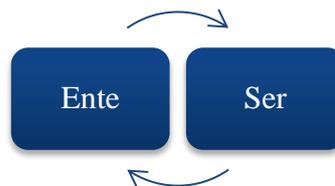
Logo, apesar de ocuparem a mesma unidade, subsiste uma diferença entre o ser e o ente, que é chamada de diferença ontológica: interroga-se o ente para se compreender o ser, uma vez que todo ente só é no seu ser.

É a diferença ontológica que cumpre a função de realizar a compreensão e ordenar o pensamento, ao contrário do método rígido defendido por Schleiermacher.

Nesse sentido, *o homem (Ser-aí) compreende a si mesmo e compreende o ser (círculo hermenêutico) na medida em que pergunta pelos entes em seu ser (diferença ontológica).*⁷

Com isso, a reflexão filosófica da hermenêutica adquire viés prático, existencialista e concreto, uma vez que se preocupa com a existência humana e com a compreensão do ser dos entes: o círculo hermenêutico deixou de estar ligado à interpretação de textos (caráter ôntico), mas à compreensão da facticidade e da existência do Ser-aí (caráter ontológico).

Figura 1 - Círculo hermenêutico de Heidegger



⁶ Streck explica que: “Há, em toda ação humana, uma compreensão antecipadora do ser que permite que o homem se movimente no mundo para além de um agir no universo meramente empírico, ligado a objetos. Relacionamo-nos com as coisas, com o empírico, porque de algum modo já sabemos o que e como elas são. Há algo que acontece, além da pura relação objetivadora.”

Dessa forma, obtemos uma posição privilegiada: “Nosso privilégio se constitui pelo fato de termos a “memória do ser”; ou seja: temos um *privilégio ôntico* – entre todos os entes apenas nós existimos; e um *privilégio ontológico* – de todos os entes somos os únicos que, em seu modo-de-ser, compreendem o ser. Desse duplo privilégio, o filósofo anota um terceiro: um *privilégio ôntico-ontológico* – a compreensão do ser dente ente que somos é condição de possibilidade de todas as outras ontologias (do Direito, da História, do Processo etc.). STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 272.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 273.

Além disso, a linguagem, como postulado da hermenêutica de Heidegger, é instrumento de acesso ao mundo e aos seus objetos, caracterizando-se esta, assim, por condição de possibilidade e de abertura para o mundo.⁸ A linguagem é anterior e existe independentemente de nós. Dessa forma, suprimir a linguagem não faz com que as coisas e o mundo desapareçam: eles dependem apenas de serem interpretados como tais para serem eles próprios.

Nesse sentido, Gadamer colaborou para o giro linguístico da filosofia, no século XX, alçando a linguagem ao ponto central do questionamento filosófico, elaborando uma hermenêutica filosófica (também não metódica).

A linguagem é o meio universal de realização da compreensão que, por sua vez, realiza a interpretação.

A linguagem nos permite acesso à tradição, que é formada pela facticidade e historicidade. A inserção do intérprete na tradição permite que ele tenha o conhecimento prévio para interpretar, compreender e expressar o sentido de algo.

Tendo em vista que o intérprete utiliza as informações providas da tradição para interpretar, a tradição (facticidade e historicidade) é objeto da pré-compreensão.

A importância da linguagem para a compreensão se dá no fato de que a tradição existe no meio da linguagem. Assim, o objeto primordial da interpretação possui natureza própria da linguagem.⁹

Dessa forma, não só a tradição tem natureza de linguagem, mas também a compreensão, que é, aliás, sempre interpretação, na medida em que *constitui o horizonte hermenêutico no qual ganha validade a intenção de um texto*.¹⁰

Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.¹¹

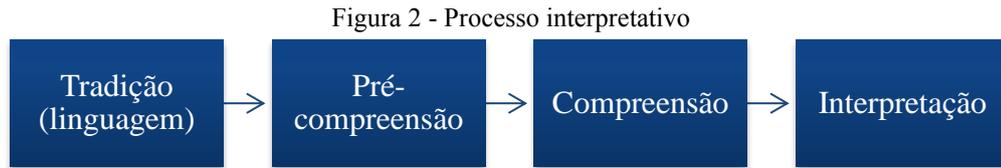
⁸ Conforme aduz Lenio Streck, com supedâneo em Heidegger: “Somente quando se encontrou a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser à coisa. Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 289.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução MEURER, Flávio Paulo. 7ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 504.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução MEURER, Flávio Paulo. 7ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 512.

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução MEURER, Flávio Paulo. 7ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 503.

Isso revela a importância do intérprete, uma vez que ele expressa a linguagem, meio pelo qual a interpretação é concebida.



Confira-se trecho elucidativo da obra de Gadamer a respeito da relação e conceituação de interpretação e compreensão:

Mas isso significa que a interpretação está potencialmente contida na interpretação. Ela leva a compreensão simplesmente à sua demonstração expressa. A interpretação portanto não é um meio para produzir a compreensão, mas adentrou no conteúdo do que se compreende ali. (...) De certo modo, a interpretação coloca “a coisa” na balança das palavras. A generalidade dessa constatação experimenta agora algumas variações características que a confirmam indiretamente. Onde se trata de compreender e interpretar textos de linguagem, a própria interpretação, no *medium* da própria linguagem, mostra com clareza o que é a compreensão: uma apropriação do que foi dito, de maneira que se converta em propriedade de alguém. A interpretação que se dá na linguagem é a forma da interpretação como tal.¹²

Por isso a linguagem também adquire aqui *status* de condição de possibilidade para que o sentido se manifeste, o que independe de um método a ser utilizado pelo intérprete, e de princípio, em que reside a universalidade da dimensão hermenêutica.

Ademais, a teoria de Gadamer aponta que o que é transmitido não é imutável, assumindo diferentes aspectos diante da renovação e continuação da história e dos fatos. As impressões do que é transmitido são diferentes entre os sujeitos. Portanto, apesar de a história ser única, o significado dela vai constantemente se autodeterminando.¹³ Os sentidos são atribuídos, não reproduzidos, marcando a hermenêutica gadameriana pelo caráter produtivo.

É nesse sentido que Gadamer rechaça a inalterabilidade de uma interpretação exarada com base no leitor originário, uma vez que o texto não está limitado à sua contingência original, pois a interpretação e a compreensão de um texto são construções únicas, desenvolvidas dentro da tradição e da linguagem do intérprete em certo íterim.

Da mesma forma, o tampouco o texto está vinculado ao autor e à sua vontade, na medida em que o texto não deve ser entendido como manifestação da subjetividade do autor nem limitado às ideias dele.

¹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução MEURER, Flávio Paulo. 7ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 515.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 298-299.

Assim, *conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião para ocasião.*¹⁴

Portanto, a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer (a fenomenologia hermenêutica) repeliram a dicotomia sujeito e objeto, trazendo a linguagem como elemento fundamental para conhecer e compreender o mundo. Segundo esse entendimento, a hermenêutica se fixa dentro das condições humanas do discurso e da linguagem, que é a viragem linguística da filosofia.

Enquanto a metafísica clássica cuidava das coisas e a moderna tratava da mente e da consciência, a hermenêutica jurídica de Gadamer e a ontologia fundamental de Heidegger, que consubstanciam uma hermenêutica ontológica-existencial, tratam da existência, faticidade e linguagem. A compreensão do mundo não é objetiva, mas depende da linguagem e esta, do sujeito.

A fenomenologia hermenêutica assentou a possibilidade de um acesso hermenêutico ao direito, o que foi recepcionado posteriormente por Friedrich Müller, Josef Esser e Ronald Dworkin, por exemplo.

2.1 Hermenêutica jurídica

A partir da evolução hermenêutica apresentada acima, caracterizada pela superação da metafísica com conceitos de existência e faticidade e reveladora de uma compreensão subjetiva do mundo dependente da linguagem, a hermenêutica jurídica passa a apresentar novo perfil.

A interpretação de algo, de um ente, como o Direito, é fruto da compreensão que temos de seu ser. Diferentemente do paradigma anterior, em que se interpretava para compreender, passou-se a se compreender para interpretar.

Lenio Streck assinala que o século XX foi a era da hermenêutica e, por isso, a Teoria do Direito recepcionou a revolução da linguagem, fundamento e ontologia, apresentando como ponto máximo a fenomenologia hermenêutica.¹⁵

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução MEURER, Flávio Paulo. 7ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 512.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 276.

A interpretação do sentido de um diploma legal é uma atribuição de um sentido novo e é uma tarefa criativa, não mera reprodução, com base na construção gadameriana de linguagem.

Nesse sentido, o positivismo jurídico é rechaçado por Gadamer, uma vez que sua tentativa de reduzir a realidade jurídica ao Direito positivo (e à aplicação correta deste) é inviável diante do intransponível distanciamento entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta.¹⁶

Além disso, a faticidade é posta em primeiro plano: a hermenêutica jurídica está ligada à facticidade e à existência, não ao método. Isso significa que, por não ser a hermenêutica um método, mas filosofia, o processo de interpretação não é concebido por meio da linguagem como coisa entre sujeito e objeto, na medida em que essa não é ferramenta, mas condição de possibilidade.

Assim, não há mais a separação entre o Direito e fatos sociais e o intérprete, uma vez que hermenêutica jurídica é faticidade. A relação deixa de ser entre sujeito-objeto e passa a ser sujeito-sujeito.

*As verdades jurídicas não dependem, nesse novo paradigma, de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete.*¹⁷

Tendo em vista que o ente só existe em seu ser e o ser é o ser de um ente, existindo, assim, uma diferença entre ambos (diferença ontológica), também norma e texto não são iguais e não subsistem de forma separada.

Assim, norma é o resultado da interpretação do texto, é o ser do ente (texto). A “norma” não é uma “capa de sentido”, que existiria apartada do texto: quando se depara com o texto, ele já ex-surge normado, a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete, e isso é possível devido a diferença ontológica¹⁸ (que produz a diferença), sendo, dessa forma, impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade.¹⁹

A doutrina oferece pareceres interessantes acerca do significado da interpretação de uma norma jurídica.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 307.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 311.

¹⁸ A diferença ontológica permite a superação da metafísica (e seus tradicionais dualismos, como consciência e mundo, palavras e coisas, conceitos e objetivos), sendo a noção de ser-no-mundo de Heidegger fundamental para tanto.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 313.

Tendo isso em vista, passemos a analisar o significado da interpretação de uma norma jurídica.

Para Paulo Bonavides, interpretação jurídica é uma “(...) operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.”²⁰

Para Inocêncio Mártires Coelho, “se o direito, como toda criação do homem, é uma forma significativa, um substrato dotado de sentido, então, a tarefa do intérprete, ao fim e ao cabo, será trazer à tona ou revelar o significado que se incorporou a determinado objeto (...).”²¹

Konrad Hesse assenta que a interpretação, especificamente a constitucional, é necessária, tendo em vista a amplitude da jurisdição constitucional (decisões que tem eficácia vinculante para todas as esferas) e o perfil aberto e amplo da constituição.²²

J. J. Gomes Canotilho disserta que, também no tocante à interpretação constitucional, observam-se várias dimensões. Deve-se ter em mente que processo interpretativo é uma tarefa metódica, em que se chega ao significado da norma, que previamente é apenas significativa; a constituição é um estatuto jurídico político e o diploma de maior hierarquia no ordenamento, tendo os preceitos constitucionais função determinante heterônoma em relação às normas inferiores hierarquicamente (justamente por estarem nessa posição superior, as normas constitucionais apresentam maior abertura, cabendo às entidades aplicadoras concretizá-las no espaço de conformação); a interpretação está ligada ao historicismo (imutabilidade) e ao atualismo (evolução, recriação), em que o programa constitucional deve ser desenvolvido sem que se ultrapasse os limites da referida tarefa de interpretação; e, por fim, a interpretação é, linguisticamente, a investigação do dito na norma constitucional.²³

Todos esses argumentos levam às seguintes considerações: a interpretação a) é uma operação linguística, ou seja, não se refere a qualquer intenção da lei ou do legislador, e b) está inserida em um contexto, na medida em que é feita dentro de determinadas condições históricas, que possuem usos linguísticos próprios, essenciais na atribuição de significado. A esse respeito, confira-se o parecer de Canotilho:

²⁰ RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme à constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. In: *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, out./dez. 2009, p. 150.

²¹ RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme à constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. In: *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, out./dez. 2009, p. 150.

²² HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102-103.

²³ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1.206-1.210.

O primeiro ponto (a) é importante porque marca uma decidida ruptura com a metodologia tradicional quer da interpretação subjectiva (interpretação = investigação da mens legislatoris) quer da interpretação objectiva (interpretação = investigação da mens legis). A atribuição de um significado (mediação semântica de um enunciado linguístico-normativo) não procura ou investiga vontades com pré-existência real; estas vontades só podem ser tomadas em conta no processo de interpretação se e na medida em que tenham expressão linguística. O segundo ponto (b) chama-nos atenção para a ideia de considerar o espaço semântico dos conceitos ou palavras como susceptível de alteração em função do próprio contexto.²⁴

2.1.1 Teorias da hermenêutica jurídica

Entre os principais teóricos da hermenêutica jurídica está Friederich Müller. Em sua Teoria estruturante do direito (metódica estruturante), aduz que, para se decidir um caso concreto, deve-se proceder à concretização da norma por meio de técnicas práticas.²⁵

A concretização consiste em analisar e considerar: a) uma estrutura diferenciada da norma (programa e âmbito da norma), sendo norma, texto e normatização distintos; b) elementos essenciais para a tomada de decisão; c) interpretação como etapa do processo concretizador; d) incompletude da norma, entre outros; e d) a competência do Poder Judiciário para promover a concretização, indo além da mera aplicação e reprodução de textos normativos, assim como de todos os protagonistas da sociedade que legitimam o processo de decisão; entre outros.²⁶

Ela visa superar o positivismo e o cognitivismo, elaborar problemas de pré-compreensão, implementar e concretizar a norma ao caso concreto e controlar e esclarecer o processo de decisão²⁷ e retirar a exclusividade do Poder Judiciário para promover a concretização normativa (atribuindo essa tarefa a todos os protagonistas da sociedade que legitimam o processo de decisão).

É por meio da concretização da norma junto aos fatos e dos fatos junto à norma que se chega, de acordo com a prescrição jurídica, à decisão do caso concreto, seguindo-se um

²⁴ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1.209.

²⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42-58.

²⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42/48-49/54/59-90. Além disso, Müller expõe fatores tipológicos da estrutura da norma (condições de concretização da norma): “a peculiaridade do âmbito material (...), a confiabilidade do texto da norma na formulação do programa da norma, a precisão do programa da norma formulado no teor literal da prescrição por ocasião do destaque no âmbito da norma do âmbito material, i. é, dos nexos materiais mais genéricos da prescrição jurídica, o grau e o estado do tratamento (científico) de uma área de regulamentação dentro e fora da ciência e da práxis jurídicas e, não em último lugar, a posição normativa da prescrição jurídica a ser concretizada (...)” (p. 46-47)

²⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47-48/56-57.

procedimento normativamente orientado. Por isso, segundo Müller, *um enunciado jurídico não funciona mecanicamente*.²⁸

A análise de elementos no processo concretizador refere-se à compreensão dos elementos relacionados à norma: os elementos de concretização. Eles são divididos em dois grupos: um que diz respeito ao tratamento do texto da norma e outro que concerne aos passos de concretização em si.

Esses elementos estão vinculados entre si e devem ser todos levados em consideração para que se decida um caso concreto. O objetivo é tornar o processo de decisão mais controlável e claro.

Os elementos apontados por Müller são metodológicos em sentido estrito (como interpretações histórica, gramatical e teleológica e princípios da interpretação conforme a constituição e da unidade), de concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso, dogmáticos, de técnica de solução, de teoria (referentes às teorias do direito) e de política constitucional. Nota-se que nem todos os elementos se relacionam diretamente a normas.²⁹

A norma jurídica é uma estrutura composta pelo programa da norma e pelo âmbito da norma.

O programa da norma é a literalidade da norma e o resultado da interpretação de dados linguísticos. Ele é formulado pelo texto literal da norma.

Já o âmbito da norma é o *recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (...)*³⁰ e o conjunto de dados reais conformes ao programa, possuindo elementos gerados ou não pelo direito.

O âmbito da norma é especialmente decisivo e fértil em prescrições de direito constitucional, resultando em um valor paradigmático, em termos de conhecimento, da práxis jurisprudencial,³¹ e é um fator co-constitutivo da normatividade. Ou seja, *ele não é uma soma de fatos, mas um nexó formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais*

²⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49. Müller ressalta que “Por meio de detalhamento e concretização recíprocas da norma (nem concluída nem isolável) junto ao conjunto de fatos e do conjunto de fatos (igualmente nem isolável, nem nesse sentido “concluído”) junto à norma descobre-se em um procedimento sempre normativamente orientado o que deve ser de direito no caso individual, em conformidade com a prescrição jurídica.” (p. 49)

²⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59-90.

³⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42.

³¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 46.

*que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformados de modo ao menos parcialmente jurídico.*³²

Já a normatividade não é produzida pelo texto da norma, mas pelos dados extralinguísticos de tipo estatal-social.³³ Ela não se expressa, em uma decisão concreta, somente linguisticamente pelo texto da norma concretizanda, mas também por uma série de outros dados não jurídicos.

O texto normativo não contém a normatividade, nem sua estrutura material concreta. Na verdade, ele apresenta as possibilidades e limitações da concretização do direito no âmbito do seu quadro.³⁴

Assim, texto da norma e norma não são iguais, assim como normatividade não é vinculada ao texto normativo, fixado e publicado. Isso porque o fato de o direito ser público e formal não equivale a ser norma, uma vez que essas características são exigências do Estado de Direito e da democracia e que a normatividade não se reduz ao enunciado linguístico da norma³⁵, como referido acima.

O texto literal da norma é apenas a *ponta do iceberg*³⁶, apesar de ele ser importante para o processo de concretização, pois concorre para o programa da norma. A norma é muito mais abrangente que o texto, tendo em vista que são vários os elementos que participam do processo de concretização. Logo, a concretização é influenciada pelos elementos da realidade social.

Nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho assenta que a interpretação constitucional deve rechaçar um literalismo, originalismo e textualismo apegados à identificação do texto com a norma, assim como uma limitação da interpretação aos preceitos constitucionais formados por regras jurídicas precisas e corretas e uma interpretação como revelação da vontade do poder

³² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 44. O estudioso alemão continua: “Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma e em virtude da sua seleção pela perspectiva do programa da norma o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. Ele não é interpretável no sentido de uma “força normativa do fáctico.” (p. 44)

³³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

³⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41. Müller aduz: “(...) materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito Comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma.” MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

³⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

constituente histórico, uma vez que esses mecanismos configuram um interpretativismo extremo.³⁷

No tocante à interpretação normativa, Müller a coloca como uma etapa do processo de concretização. Ressalta, ainda, que ela não consegue indicar a vontade do legislador ou da própria norma, assim como Canotilho. Isso porque *a simples futuridade dos casos regulamentandos e conseqüentemente das decisões individuais atribuídas a uma norma determinada faz que nem a “a” vontade nem “a” decisão de uma prescrição em si possam ser identificadas.* (grifei)³⁸

Ademais, a metódica aqui abordada também cuida da pré-compreensão no sentido de que esta forneça maneiras de se fundamentar os elementos jurídicos do pré-julgamento como pré-compreensão material e normativamente jurídica.³⁹

O papel da pré-compreensão é prover uma crítica das ideologias que advém da prática com o fito de conferir racionalidade e correção da decisão.

Dessa forma, o processo de concretização de uma norma, estruturado, é realizado na decisão do caso concreto e na análise de todos os elementos concretizadores, que estão vinculados entre si, tendo como ponto de partida o texto, essencialmente distinto da norma:

A “metódica estruturante” aqui apresentada é desenvolvida com base no e com vistas ao direito constitucional. A denominação “metódica estruturante” resume o que foi dito sobre a estrutura de norma e texto da norma, de normatividade e processo de concretização, sobre o nexa entre concretização estruturada da norma e as tarefas das funções individuais da práxis jurídica, sobre a não-identidade de norma e texto da norma e sobre a não-identidade de concretização e interpretação; resume, outrossim, os enunciados sobre o papel da pré-compreensão, do “sistema”, da “axiomática” e da “tópica”. A metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas.⁴⁰

³⁷ CANOTILHO, Gomes J. J. *direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1.199.

³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49.

³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49-52. Nesse sentido: “A dogmática, a teoria e a metódica do direito (constitucional) devem disponibilizar meios para fundamentar os momentos especificamente jurídicos desse caráter de pré-julgamento autonomamente como pré-compreensão normativa e materialmente referida do universo jurídico, para delimitá-la de forma clarificadora, diferenciá-la e introduzi-la destarte no processo de concretização enquanto fator estruturado, controável e discutível.” (p. 52)

⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56-57.

Outrossim, Konrad Hesse, no âmbito de sua Teoria da força normativa da Constituição, critica a concepção das forças determinantes das relações fáticas na constituição, ao argumento de que ela relega à constituição o papel de meramente expressar os fatores reais de poder e retira o valor de ciência jurídica do direito constitucional, tendo em vista que o trata como simples ciência do ser, apenas justificando as relações de poder dominantes.

Propõe, assim, a existência de uma força própria e ordenadora da vida do estado na constituição, que é a força normativa.⁴¹

Para estabelecer o funcionamento, alcance e necessidade dessa força, o autor alemão, parte de três ideias: a) condicionamento recíproco entre a constituição e a realidade político-social, b) possibilidades e limites de atuação da constituição, c) pressupostos para a eficácia da constituição e d) interpretação constitucional.

Inicialmente, quanto ao condicionamento recíproco, aduz que a constituição e a realidade não são afastáveis. Norma e realidade são inseparáveis, existindo entre a norma estática e racional e a realidade fluida e irracional uma tensão imanente e necessária.⁴² Dessa forma, a constituição, estando vinculada à realidade, também está ligada às condições naturais e históricas do caso concreto.

Hesse propõe que se encontre um meio termo entre a normatividade estritamente ligada às relações fáticas e a normatividade sem elemento real. Destaca que a norma constitucional não existe autonomamente em relação à realidade e *a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização (...)*.⁴³

Quanto aos limites e possibilidades de realização da constituição jurídica, ressalta que a constituição pode impor tarefas, apesar de não poder por si só realizar algo. Ela se transforma em força ativa quando essas tarefas são realizadas, o que ocorre por meio da vontade de se concretizar essa ordem, chamada de *vontade de constituição*.

⁴¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9-11.

⁴² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 10. Hesse acrescenta que “Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real.” (p. 10-11)

⁴³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

A vontade de constituição é expressa por três fatores. Primeiramente pela “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem inquebrantável, que proteja o estado contra o arbítrio e o desmedido e disforme”, a seguir pela “compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos” e, por fim, pela “consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra em ser eficaz sem o concurso da vontade humana.”⁴⁴

Além disso, no que concerne aos pressupostos da eficácia da constituição, estes estão relacionados à sua práxis e ao seu conteúdo. A primeira se refere à vontade de constituição de todos os participantes da vida constitucional, o que também é destacado por Friedrich Müller.⁴⁵ A segunda diz respeito à capacidade de a constituição se alinhar às condições do presente, na medida em que a força normativa deve incorporar o *estado espiritual* (geistige Situation) *de seu tempo*.⁴⁶

Em outras palavras, é necessário que a constituição consiga se adaptar a eventuais mudanças dos elementos condicionais e se adequar a nova realidade que as transformações rapidamente propõem. Para tanto, a constituição deve se limitar a estabelecer poucos princípios fundamentais, pois a frequente revisão constitucional resulta em desvalorização e atenuação da força normativa da constituição.⁴⁷

É por meio da pretensão de eficácia da constituição que a constituição regula a realidade política e social e adquire força normativa.

Por fim, a interpretação, para Hesse, é fator da efetivação da força normativa da constituição. Ela está ligada aos fatos concretos da vida, destinada a concretizar o sentido (*Sinn*) da norma dentro das condições reais de certa situação. Nesse sentido:

Em outras palavras, uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. **Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão**

⁴⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19-20.

⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20. Nesse sentido, “**quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.**” (p. 20) (grifei)

⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.⁴⁸ (grifei)

Logo, a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e ligada à realidade concreta de seu tempo, elementos necessários para que a pretensão de eficácia da constituição seja realizada. A constituição jurídica é força ativa:

A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam na correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. (...)

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela ideia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza.⁴⁹

Além disso, Hesse também trata do processo de concretização normativa, argumentando que, para concretizar o elemento normativo, é necessário que se compreenda a norma e o problema⁵⁰.

Ele é necessário na medida em que a constituição não é um sistema fechado e unitário e que a interpretação das normas constitucionais não é mera execução de algo que já existe. *Precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da “realidade” de cuja ordenação se trata.*⁵¹

⁴⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23.

⁴⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

⁵⁰ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109-110.

⁵¹ HESSE, Konrad. A interpretação Constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

A compreensão da norma demanda interpretação, que possui *caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só se completa com sua interpretação*⁵² (restritivamente, uma vez que a interpretação está vinculada à norma).

Para interpretar, é necessário possuir pré-compreensão, que é a inserção do intérprete na realidade histórica subjacente (proporcionando-lhe a formulação de pré-juízos e conhecimentos).

Percebe-se, nesse ponto, que Hesse se vale, para a concretização normativa-constitucional, da hermenêutica ontológica de Heidegger (pré-compreensão do intérprete) e da hermenêutica filosófica de Gadamer (consciência histórica, por meio da qual o intérprete se desvencilha do preconceito e da forma de pensar habitual e estreita).

Quanto à forma de se realizar o processo interpretativo, Konrad Hesse critica a) o método racional, b) a tradicional teoria de interpretação, c) os métodos da interpretação.

No que diz respeito ao primeiro, o autor alemão entende que considerar que a missão da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente correto valendo-se de um procedimento racional e método controlado é equivocado.

Já a tradicional teoria interpretativa, que visa identificar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjativa) do legislador, revela-se inadequada, na medida em que, ao se adotar o entendimento de que a constituição não tem sequer um critério inequívoco, o constituinte e a própria constituição de fato não decidem nada, apenas apresentam pilares de compreensão, e a identificação de uma vontade autêntica não é possível. *Identificar como “objetivo” da interpretação constitucional a descoberta da prévia vontade objetiva da Constituição ou do constituinte é o mesmo que pretender cumprir algo que em realidade não preexiste e, portanto, equivocar-se desde o ponto de partida da problemática da interpretação constitucional.*⁵³

Quanto às regras clássicas de interpretação, Hesse aduz que são insuficientes porque explicam limitadamente como o chega às suas decisões, assim como o procedimento de construção da decisão.⁵⁴

Quanto à compreensão do problema, o intérprete deve utilizar somente perspectivas relacionadas a ele e incluir, no programa e âmbito normativos, os elementos de concretização. No programa normativo, para se compreender o teor do texto, adotam-se métodos tradicionais

⁵² HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

⁵³ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105-106.

⁵⁴ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocêncio Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108.

de interpretação, como o literal e histórico. Já no âmbito normativo, por meio dos dados e fatores reais, entreve-se uma possibilidade de mutação constitucional, tendo em vista que essa esfera está sujeita às alterações históricas, que podem levar modificações aos resultados da concretização da norma (apesar de o texto da norma – programa da norma – permanecer igual).⁵⁵ *Disso resulta uma “mutação constitucional” permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara.*⁵⁶

Inspirado nas lições de Hesse e Müller, encontra-se J. J. Canotilho, que defende que toda norma é significativa, porém o significado não é um dado prévio, mas o resultado da tarefa interpretativa: norma é produto da interpretação.

Canotilho aduz que a norma é produto da articulação entre o programa normativo⁵⁷ e o domínio normativo e é *um modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por (a) uma medida de ordenação linguisticamente formulada (ou captada através de dados linguísticos); (b) um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo (domínio normativo).*⁵⁸ A definição de cada competente remonta aos conceitos de Müller, no sentido de que o primeiro diz respeito à interpretação do texto (resultado parcial da concretização) e o segundo se refere à análise de dados empíricos (resultado do segundo processo da concretização).

Em um processo de concretização racional não apenas formal, mas também material, além de se adotar o texto da norma como referencial, deve-se também analisar o domínio normativo sobre determinados elementos de fato (dados da realidade), que são de diversas naturezas (econômicos, jurídicos, sociais, etc.). Isso é tão mais essencial na medida em que haja mais elementos não-jurídicos (dependendo o resultado da concretização da análise

⁵⁵ “Entretanto, se a norma abarca os dados da realidade afetados pelo “programa normativo” como parte material integrante da mesma, o “âmbito normativo” e as modificações deste último devem levar a uma alteração do conteúdo da norma. (...) Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.” HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocência Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

⁵⁶ MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friederich Müller. In: *Revista jurídica da Presidência da República*, v. 7, n. 75, out./nov. 2005. Disponível em < www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/artigos/Marco_rev75.htm.> Acessada em 13 de agosto de 2014.

⁵⁷ Como elementos do programa normativo, Canotilho aponta que não é suficiente a soma dos dados linguísticos e que devem ser considerados a sistemática do texto normativo e a genética, história e teleologia do texto. CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1219.

⁵⁸ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1.221.

empírica do domínio da norma) e mais abertura da norma (exigindo concretização posterior a ser feita pelos órgãos legislativos).⁵⁹

Dos âmbitos do programa da norma e do domínio da norma, cria-se a normatividade, que é o efeito global da norma em um processo de concretização dinâmico e estrutural entre essas duas qualidades.

Todavia, a verdadeira normatividade só é adquirida pela norma quando o processo de concretização é completado, o que é feito com sua aplicação ao caso concreto, adquirindo a norma o caráter de norma de decisão.⁶⁰

Tendo em vista essas razões, o estudioso português conclui que o texto da constituição só é norma quando objeto da interpretação, sendo o resultado desta. Caso o contrário, é mero direito virtual.⁶¹

Por fim, há Peter Häberle, que defende que deve ser superado o entendimento de que a interpretação do direito cabe somente a juízes pela ideia de que ela deve ser feita por todos os atores que conformam a realidade constitucional. É um processo de abertura da sociedade, concebendo-se a completude de uma teoria da interpretação constitucional completa.

Assim, a interpretação é também realizada também pelo destinatário da norma, tendo em vista que qualquer indivíduo que a vive a interpreta ou a co-interpreta. Häberle, inclusive, vai além, assentando que *todos os indivíduos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados*.⁶² A interpretação constitucional pelo povo é um direito de cidadania (teoria da democracia).

Para tanto, consigna que devem ser alterados instrumentos de participação, especialmente no âmbito da corte constitucional. Ressalta-se, aqui, o papel do direito

⁵⁹ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1.219.

⁶⁰ Antes disso, a norma possui apenas normatividade mediata, composta pelos seus dois âmbitos. Ademais, a aplicação da norma ao caso jurídico concreto é feito, segundo Canotilho, pela “(1) criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Nesse processo atua o sujeito concretizante, efetuando um trabalho normativamente orientado. CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1.222.

⁶¹ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal. 2003, p. 1.217.

⁶² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 32.

processual constitucional como fonte de democracia participativa, sendo uma das condições básicas para a legitimação da jurisdição constitucional na teoria democracia.⁶³

Para que não existam várias interpretações diferentes, Häberle aponta para a unidade da constituição, que parte da conjugação do processo interpretativo e das respectivas funções dos diferentes intérpretes.⁶⁴

A legitimidade das forças plurais da sociedade quanto à interpretação constitucional é baseada no fato de que essas forças são uma parte da publicidade e realidade e dos sujeitos da constituição. Porém, a constituição não é apenas o espelho da publicidade e realidade, mas *a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.*⁶⁵

Para Häberle, estar-se-ia promovendo uma relativização da hermenêutica jurídica, na medida em que o juiz constitucional não interpreta de forma isolada, no processo constitucional; que anteriormente à interpretação constitucional dos juízes, há a dos intérpretes das forças pluralistas da esfera pública, que desenvolve força normatizadora; e que, ainda, diversas questões materialmente constitucionais não chegam à corte constitucional.⁶⁶

Assim, segundo Peter Häberle, em uma sociedade aberta e livre todos estão aptos a suscitar alternativas ao processo de interpretação constitucional e a interpretação é um processo aberto, atuando o constitucionalista como mediador, de modo que a *limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.*⁶⁷

⁶³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 47-49.

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 32-33.

⁶⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 34. Ademais, “Uma questão especial refere-se à legitimação da Ciência Constitucional. Ela tem uma função catalisadora e, por traduzir – publicamente – a interpretação metodicamente referida e, simultaneamente, conformar a preparação dos intérpretes oficiais, atua de maneira singular em todos os campos da interpretação.” (p. 34-35)

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 42. Acerca do papel do juiz, “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais.” (p. 42)

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 42/43/30/34.

Ademais, não existiria norma jurídica, mas norma jurídica interpretada, sendo o processo de interpretação a integração de um ato normativo à realidade pública ou sua inserção no tempo. Nesse esteio, Häberle consignou o conceito de pós-compreensão como os fatores temporalmente condicionados pelos quais se compreende *supervenientemente* certa norma. Seria uma espécie de pré-compreensão do futuro. Assim, por ser a hermenêutica um procedimento situado historicamente, Häberle aduz que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de mutação constitucional como categoria autônoma.⁶⁸

2.2 Mutação constitucional

O Direito, por ser essencialmente um instrumento de regulação dos fenômenos sociais e de manutenção da paz social, entre inúmeras outras funções adquiridas ao longo da evolução do constitucionalismo e dos modelos estatais, exige que suas normas sejam estáveis. A rigidez constitucional, que é um procedimento formal para alteração de seu conteúdo mais complexo que o das leis infraconstitucionais, é um fator dessa estabilidade, por exemplo.

Todavia, observa-se que os fatos e relações sociais estão em um constante processo de alteração, o que pode tornar o Direito que os tutela obsoleto, insuficiente ou inadequado, exigindo a modificação desse.

Assim, há, por um lado, a demanda por segurança e estabilidade jurídicas e, por outro, a necessidade de que o Direito acompanhe a dinamicidade e renovação na vida social. Forma-se uma tensão entre a estabilidade e a transformação do Direito.

Qualquer lei, como fato histórico, se relaciona com o seu tempo, conforme aduz Karl Larenz. As circunstâncias fáticas, quando da regulamentação pelo legislador, podem variar, assim como o que, em certo momento, ocorria conforme previa e desejava o legislador.⁶⁹

Para se tentar superar esse desafio, a Constituição é, não raro, modificada de maneira informal: alteram-se sua significação e interpretação, porém não o texto. Ou seja, à margem do poder de reforma, a Constituição passa por transmutações. Esse processo é chamado de mutação constitucional.⁷⁰

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, p. 777.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.028.

⁷⁰ A expressão foi inaugurada por Paul Laband em “Mutações na Constituição do Reich Alemão”, em que notou que já na Constituição do Reich, de 1981, havia um disparidade entre o texto constitucional e a realidade política. O termo possui variações, como vicissitude constitucional, de Jorge Miranda; transição constitucional, de Canotilho; e processos informais, indiretos ou não formais, de Anna Cândida da Cunha Ferraz (VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP: linha pesquisa acadêmica, p. 34).

A mutação constitucional, produto de uma nova interpretação da Constituição, é um dos principais tópicos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional.

É uma alternativa à reforma constitucional formal, repleta de obstáculos, como jogo político, complexidade das normas, excesso de formalismo e morosidade, que objetiva que o Direito tutele adequadamente a realidade, que sempre se renova.

Paulo Bonavides consigna que a mutação constitucional é uma espécie de segundo poder constituinte originário derivado da realidade social e que expressa a realidade. A mutação é a transformação e o rejuvenescimento constitucional pela facticidade, pelo meio social.⁷¹

Anna Cândida da Cunha Ferraz assenta que a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional, sem violar sua letra e espírito.⁷²

Konrad Hesse aponta que a mutação constitucional modifica o conteúdo substancial da norma, alterando seu sentido, porém não seu texto.⁷³

Hesse sustenta, ainda, que é indiferente que a mutação se desenvolva de forma implícita, assim como tácita, ou que dependa de determinado lapso temporal. Além disso, aduz que a exigência de mais ou menos tempo de mudança nas relações sociais não é elemento caracterizador do fenômeno, na medida em que as mudanças informais ocorrem naturalmente, sem previsibilidade, devido a natureza fática dos meios difusos de alteração constitucional.

Peter Häberle ressalta a dificuldade de alteração do Direito e a necessidade de reforma. Confira-se:

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a consequente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É o que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados.⁷⁴

Pondera Larenz que a referida tensão entre o disciplinado pelo legislador e a novas relações sociais demanda uma solução apenas quando o entendimento da lei é evidentemente

⁷¹ VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP: linha pesquisa acadêmica, p. 32-33.

⁷² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁷³ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocência Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152-153.

⁷⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 82959, p. 612, citando HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. In: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, p. 295-296.

insuficiente, de forma que nem toda modificação de relações produz, por si só e imediatamente, alteração no conteúdo da norma.⁷⁵

Quanto à classificação e caracterização das formas de mutação constitucional, Hesse propõe uma divisão baseada em três vertentes da mutação constitucional: a clássica, que tem como expoentes Paul Laband e George Jellinek, a de Hsü-Dau-Lin e a de Herman Heller.⁷⁶

Segundo Hesse, Laband percebeu a mutação constitucional em medidas que promoveram uma situação constitucional incongruente à Constituição Alemã de 1871 e assentou que uma constituição, independentemente de alteração em sua literalidade, poderia ser reformada sem se alterar a literalidade de suas normas.

Já Jellinek previu o fenômeno nas situações de interpretação incorreta da norma constitucional na prática dos parlamentos, governos e tribunais, que poderiam provocar alterações na Constituição.

Hsü Dau-Lin consignou a mutação constitucional como mecanismo de a constituição não se distanciar das necessidades do estado, que permanece em contínuo avanço, reconhecendo que a constituição é um produto legislativo inacabado, cujas normas são elásticas tendo em vista precisamente as necessidades sociais.

Por fim, para Hesse, Heller identificou a mutação constitucional de uma forma diferenciada. Ele entendeu que a constituição é formada não apenas por normas estatais, mas também por elementos constitucionais não normatizados, resultando em um conjunto em que a normatividade e a normalidade (social, alterada cotidianamente) se complementam mutuamente e viabilizam a mutação constitucional. Normalidade é uma regra de previsão produto de observação e normatividade é a imposição de que se aja segundo certos critérios positivos de valor.

A normalidade e a normatividade se relacionam reciprocamente e que possibilitam a coexistência de processos formais e informais de mutação constitucional.

Nesse sentido, Heller rechaçou a ideia de uma divisão estanque entre o ser e dever-ser, conjugados no processo de mutação: *trata-se de uma visão que aceita os condicionamentos recíprocos entre realidade e texto normativo, permitindo enxergar a norma como resultado de sua concretização.*⁷⁷

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1028.

⁷⁶ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocência Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154-170.

⁷⁷ VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP: linha pesquisa acadêmica, p. 41-42.

Além dos estudos de Hesse, Anna Cândida da Cunha Ferraz propõe a existência de mutação constitucional e de mutação inconstitucional. A constitucional é realizada por meio da interpretação constitucional judicial, legislativa e administrativa, usos e costumes. A inconstitucional é feita por meio da inércia e desuso no plano constitucional e da mudança tácita da Constituição. A primeira altera o alcance, sentido e significado da Constituição, porém não altera a essência e o espírito da Carta. A segunda, ao contrário, promove essa alteração (processos manifestamente inconstitucionais) e paralisam ou impedem a aplicação plena das normas constitucionais (processos anômalos).⁷⁸

Finalmente, observa-se, no sistema norte-americano, que mutação constitucional é diluída e potencializada, tendo em vista o perfil sintético da Constituição e a maior margem de liberdade aos juízes e tribunais do *common law*. Exemplo de mutação constitucional, nesse sistema, é o caso *Brown vs. Board of Education*, que impôs a integração racial nas escolas públicas.⁷⁹

2.3 Desdobramentos da hermenêutica jurídica e mutação constitucional

Os adeptos da concepção clássica de separação de poderes e do entendimento de que a interpretação dos juízes tem caráter antidemocrático rechaçam a ideia de hermenêutica jurídica transformadora e de mutação constitucional, diferentemente dos que sustentam que a concepção clássica já não mais perdura e que a atividade dos juízes é criativa, autônoma e flexível.⁸⁰

⁷⁸ VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP: linha pesquisa acadêmica, p. 44.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mutação constitucional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 anos da constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 210-212.

⁸⁰ Confira-se o estudo de Hübner Mendes sobre os argumentos a favor da corte constitucional e do parlamento como defensor dos direitos fundamentais (HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo, setembro de 2008, p. 56-95):

A favor da corte, entre outros: a corte protege as pré-condições da democracia – assegura o processo de formação da vontade democrática, protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia – e os direitos das minorias, impedindo a ‘tirania da maioria’; é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da resposta certa; promove uma representação deliberativa e argumentativa e o debate público; é um veto inerente à dinâmica da separação dos poderes; e supremacia judicial é exigência do estado de direito. Contra: a corte não é emissária do constituinte, mas agente político de escolhas morais controversas; revisão judicial não é decorrência necessária do estado de direito; não é politicamente neutra; é igualmente falível acerca de princípios; não promove representação deliberativa – juízes não são eleitos, mas sim uma elite profissional; não propicia um debate melhor do que o legislador, estado presa a linguagem verborrágica e a tecnicidades jurídicas.

A favor do parlamento, entre outros: parlamento é o que mais se aproxima do ideal de democracia; a regra da maioria é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade e limita o poder. Contra: parlamento não é encarnação essencial da democracia; dinâmica representativa-eleitoral incentiva

A discussão doutrinária é extensa, cabendo aqui apenas breves elucidações. Por um lado, a defesa da supremacia judicial ativista para promover princípios de justiça proposta por Dworkin e vários outros autores, como Tribe e Rawls. Dworkin aduz que a democracia não deve se satisfazer com procedimentos formalmente iguais, por ser um regime moralmente desejável, e é um *esquema procedimental incompleto*. Por outro, como esposto por Waldron, a revisão judicial deve ser rechaçada ante sua natureza antidemocrática.⁸¹

O ativismo judicial, e o conseqüente enfraquecimento da separação tradicional dos poderes, ganhou espaço, entre outros, com o advento da Constituição de 1988 e com a crescente Judicialização das relações sociais (transferindo-se, para o judiciário, competência para exercer interpretação criativa).⁸²

Essa problemática ocorre especialmente no âmbito das cortes constitucionais, que tem limites mais elásticos para a interpretação normativa, uma vez que os enunciados são mais abertos e indeterminados.

Além disso, outra problemática se refere aos limites da reforma.

Inocêncio Mártires Coelho, por exemplo, entende que há três limites da mutação constitucional: circunscrição aos sentidos possíveis do texto, originária de uma mudança genuína na sociedade e não adentar no campo próprio da reforma constitucional.⁸³

Anna Cândida da Cunha Ferraz e Celso Ribeiro Bastos colocam, como limite à mutação, o texto literal da lei.⁸⁴

um comportamento legislativo que barateia os direitos fundamentais e pensa a política como mercado; e a regra da maioria é racional como aparenta, tendo resultado arbitrário.

⁸¹ HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo, setembro de 2008, p. 58-59/79.

“Em síntese, Waldron clama pela pureza de duas dimensões diferentes que não se comunicam: a teoria da autoridade (quem deve decidir) e a teoria da justiça (o que deve decidir). Ou seja, o fato de que a democracia necessita atender requisitos substantivos não produz repercussões institucionais, não diz nada sobre quem deve ter mais ou menos poder.” HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo, setembro de 2008, p. 193-194

⁸² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV* 15, São Paulo 8(1), jan./jun. 2012.

“O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A política encontra-se acometida pela Burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política.” TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV* 15, São Paulo 8(1), jan./jun. 2012, p. 42

⁸³ VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP: linha pesquisa acadêmica, p. 69.

⁸⁴ VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP: linha pesquisa acadêmica, p. 73-74.

Para Hesse, o limite à mutação constitucional esbarra no texto, na medida em que o conteúdo da norma constitucional pode ser modificável apenas no interior do marco estabelecido pelo texto consideração que “as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto fazem parte do âmbito normativo” e que o “programa normativo” resulta determinante a esse respeito e se para este último resulta fundamental o texto da norma”.⁸⁵

J. J. Gomes Canotilho condena a mutação constitucional por meio de um processo de interpretação, tendo em vista a estrutura normativo-constitucional e a proximidade que esse tipo de mutação guarda com a mutação constitucional inconstitucional. Aceita, porém, a mutação normativa, desde que a alteração promovida no âmbito ou esfera da norma seja abrangida pelo programa normativo e não contrarie os princípios estruturais da constituição.

⁸⁵ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocência Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169.

3 RECLAMAÇÃO

3.1 Conceito e origem

Reclamação é medida constitucional que objetiva preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF), garantir a autoridade de suas decisões e resguardar a correta aplicação de súmulas vinculantes (arts. 102, I, *l*, e 103-A, §3º, da Constituição Federal).

A reclamação está prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) nos arts. 156 a 162, na Lei n. 8.038/1990, em algumas constituições estaduais⁸⁶, assim como em regimentos de outros tribunais e diplomas legais.⁸⁷

O instituto é criação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que remonta aos idos de 1940. Segundo a divisão proposta por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, a evolução do instrumento possui cinco fases: a) fase de formulação (da criação do STF até 1957); b) fase de discussão (da introdução da reclamação no Regimento Interno do STF até a promulgação da Constituição de 1967); c) fase de consolidação (da Constituição de 1967 até a edição da Emenda Constitucional n. 7 de 1977); d) fase de definição (da Emenda n. 7 até antes da Constituição de 1988); e e) fase de plenificação constitucional (a partir da promulgação da Constituição de 1988).⁸⁸

Quanto à primeira fase, que corresponde à criação da reclamação até 1957, o instituto foi concebido pelo Supremo Tribunal Federal com fundamento na teoria dos poderes implícitos. Segundo essa teoria, a atribuição de certa competência pressupõe que todos os poderes necessários para exercê-la estão compreendidos e permitidos pela atribuição outorgada.

Confira-se trecho da Rcl 141 primeira, Rel. Min. Rocha Lagoa, Pleno, DJ 17.4.1952:

A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. – Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. – A criação dum

⁸⁶ Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Goiás, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A Reclamação Constitucional Estadual como um Problema de Fonte*. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Editora JusPodium, 2013, p. 166.

⁸⁷ Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (arts. 187 a 192), Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (arts. 190 a 194), Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral (arts. 15 c/c 94), Lei Federal n. 8.457/1992 (art. 6º, I, *f*) c/c arts. 584-586 do Código de Processo Penal Militar e, ainda, o Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (arts. 105 a 107).

⁸⁸ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 46-47.

remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. – Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. – É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender a decisão do Supremo Tribunal Federal.⁸⁹

A teoria dos poderes implícitos foi fixada pela jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana, especialmente no caso *McCulloch vs. Maryland*, de 1819. Sobre o tema, o Juiz Marshall manifestou-se nos seguintes termos: “Se o fim é legítimo e está de acordo com os objetivos da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptáveis a ele, não proibidos, mas dentro da letra e do espírito da Constituição, são constitucionais.”⁹⁰

Confira-se, ainda:

“(...) desde que um fim é reconhecido necessário, os meios são permitidos; todas as vezes que é atribuída uma competência geral para fazer alguma coisa, nela estão compreendidos todos os particulares poderes necessários para realiza-la.”⁹¹

Ademais, essa primeira fase também foi marcada por grande confusão entre a reclamação e a correição parcial, o que foi pacificado somente anos mais tarde. A correição parcial era providência contra erros ou abusos do juiz que importassem na inversão tumultuária da ordem do processo, quando não houvesse recurso para o caso. Era medida meramente administrativa.⁹²

Na segunda fase, de discussão, que se refere ao período da introdução da reclamação no RISTF até a promulgação da Constituição de 1967, a natureza do instrumento ainda era bastante controversa: a confusão entre reclamação e correição ainda persistia e não havia consenso e uniformidade acerca da utilização e função daquela, apesar de já estar prevista no Regimento Interno do STF.

No Regimento, foi estabelecida como instrumento cuja finalidade é preservar a integridade da competência do STF ou assegurar a autoridade de seus julgados. Confira-se a respectiva justificativa, relatada pelo Min. Riberto da Costa:

⁸⁹ Rcl 141 primeira, Rel. Min. Rocha Lagoa, Tribunal Pleno, DJ 17.4.1952.

⁹⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 44-45.

⁹¹ MADISON, James. The same view continued and concluded. In: *The federalist*, p. 230. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0084_Bk.pdf> Acessado em 5 de dezembro de 2014. (tradução livre)

⁹² DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor. 2000, p. 65-67.

A medida processual, de caráter acentuadamente disciplinar e correicional, denominada reclamação, embora não prevista, de modo expresso, no art. 101, ns. I a IV da Constituição Federal [de 1946], tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, exercendo-se nesses casos, sua função corregedora, a fim de salvaguardar a extensão e os efeitos de seus julgados, em cumprimento dos quais se avocou legítima e oportuna intervenção. A 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 lhes 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 a 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, a vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno.⁹³

A terceira fase, de consolidação, que diz respeito ao íterim correspondente ao advento da promulgação da Constituição de 1967 até a edição da Emenda Constitucional (EC) n. 7 de 1977, é marcada pela previsão, na referida Constituição (art. 115, c, parágrafo único), de que será estabelecido no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o processo e o julgamento dos feitos da competência originária ou de recurso.

Com a previsão constitucional, várias críticas a respeito da admissibilidade e constitucionalidade da reclamação foram pacificadas e a distinção entre reclamação e correição parcial começou a ganhar contornos mais definidos.

Na Reclamação 831, Rel. Min. Amaral Santos, Tribunal Pleno, DJ 11.11.1970, o Supremo Tribunal Federal, além de reafirmar a reclamação como forma de preservar a competência da Corte e a autoridade de suas decisões, assentou que não cabe reclamação contra ato administrativo e que tenha remédio por ação própria.

Nesse momento, a natureza jurídica da reclamação foi bastante discutida pela Corte. Antes disso, esse ponto havia sido tratado somente de maneira rasa, sem reflexões e debates mais profundos. Conferiam-se apenas expressões genéricas, como remédio incomum e medida excepcional, para caracterizar a natureza jurídica da reclamação.

Na quarta fase, de definição, que se refere ao período após a promulgação da Emenda n. 7 até antes da Constituição de 1988, foi estabelecido, pela Emenda, que o Supremo

⁹³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor. 2000, p. 190.

Tribunal Federal poderia avocar causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, deferido o pedido do Procurador-Geral da República.

Interessante notar que, mesmo com a referida previsão, o instrumento da reclamação não foi esvaziado. O Tribunal continuou valendo-se da reclamação para a preservação da sua competência, assim como da autoridade de seus julgados.

Inclusive, foi nesse momento que o STF promoveu um dos julgamentos mais importantes sobre o tema (RP 1092, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 19.12.1984). Nessa Representação, fixaram-se a origem, finalidade e características do instituto e assentou-se que a reclamação é proveniente de uma construção pretoriana que teve por objetivo preservar a autoridade e competência do Supremo Tribunal Federal, sendo uma criação jurisprudencial legítima, tendo em vista ser o STF o órgão máximo do Judiciário; que foi consolidada no Regimento Interno do Tribunal em 1957 e foi confirmada na Constituição de 1967 (que previu a competência de o STF dispor em seu Regimento sobre processo e julgamento de feitos de sua competência originária ou recursal). Além disso, praticamente encerrou-se a confusão entre reclamação e correição parcial.

Ademais, passou a ser discutido o manejo de reclamação para garantir a eficácia *erga omnes* de decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda em representação de inconstitucionalidade. O Tribunal entendeu pela impossibilidade dessa aplicação da reclamação, uma vez que só poderiam ser parte na reclamação os que figuravam na lide resolvida pela decisão cuja autoridade se pretende garantir (Rcl 208, Rel. para acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 6.12.1991).

Por fim, a última fase, de plenificação constitucional, que diz respeito ao íterim a partir da promulgação da Constituição de 1988 até hoje, é marcada pela inovação e aperfeiçoamento de instrumentos de controle de constitucionalidade. A reclamação sofreu os reflexos dessas mudanças, que serão demonstrados a seguir.

3.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica da reclamação ainda não está plenamente pacificada, apesar de a utilização do instituto da reclamação remontar à década de 1940 (Rcl 84, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, DJ 23.7.1946).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a natureza jurídica da reclamação foi longinquamente definida por expressões genéricas, como medida excepcional (Rcl 31, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 13.9.1974), procedimento sumário (Rcl 315 primeira,

Rel. Min. Ribeiro da Costa, Tribunal Pleno, DJ 4.7.1957) e remédio excepcional (Rcl 141, Rel. Min. Barros Barreto, Tribunal Pleno, DJ 29.1.1953).

Esse tema foi discutido mais notadamente na Reclamação 831, Rel. Min. Amaral Santos, Tribunal Pleno, DJ 19.2.1971, oportunidade em que se assentou que a reclamação é um recurso.

Em seguida, com a Representação 1092, citada acima, o STF consolidou a distinção entre reclamação e o antigo instituto da correção parcial. Porém, as dúvidas quanto sua natureza jurídica permaneceram.

Posteriormente, a Corte aproximou a reclamação do conceito de ação, ao exigir que se observassem as condições da ação (já vigia o Código de Processo Civil de 1973) e a aptidão da petição inicial.⁹⁴ Além disso, sustentou-se que a reclamação é cabível mesmo ainda quando puderem ser interpostos recursos próprios⁹⁵ e semelhante a ações constitucionais.⁹⁶

Em seguida, o STF consignou que a reclamação não é sucedâneo de recurso, de rescisória e tampouco de ações em geral (inclusive ações diretas), jurisprudência que mantém atualmente, a partir do julgamento da Rcl-AgR 724, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 22.5.1998.⁹⁷

Após, na ADI 2212, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 14.11.2003, a Corte firmou que a natureza jurídica da reclamação se aproxima mais do direito de petição (art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) que do direito de ação ou do direito de recorrer.

Após a referida ADI, o STF não se pronunciou novamente de maneira definitiva sobre o tema.

Já na doutrina, há autores defendem que a reclamação não possui natureza recursal, tendo em vista que não possui prazo legal para ser interposta; não precisa sequer existir processo anterior (nos casos de alegação de usurpação de competência); não há previsão legal no sentido de que a reclamação é recurso, desatendendo-se, assim, o princípio da taxatividade dos recursos; está prevista na competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 102 a 105 da Constituição Federal); o reclamante não

⁹⁴ Rcl 456, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 28.4.1995; Rcl 345, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 30.9.1994; Rcl 356, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 15.5.1962; e Rcl 100, Rel. Min. Soares Muñoz, Tribunal Pleno, DJ 3.7.1979.

⁹⁵ Rcl 329, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 20.6.1990.

⁹⁶ Rcl 430, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 20.8.1993.

⁹⁷ Rcl-AgR 15393, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1º.8.2014; Rcl 5847, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 1º.8.2014; Rcl-AgR 3.954, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 7.11.2008; Rcl-AgR 6534, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 17.10.2008; Rcl-AgR 5684, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 15.8.2008; Rcl-ED 5465, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 15.8.2008; Rcl-AgR 1852, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 8.3.2002; e Rcl 1591, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 28.3.2003.

precisa ter sucumbido no processo anterior (pressuposto de sucumbência); não esclarece ou integra uma decisão; e, ainda, não se pleiteia, na reclamação, que a decisão reclamada seja reformada (pressuposto de revisibilidade), mas que essa observe as decisões ou a competência do tribunal.⁹⁸ Sobre este último fundamento, confira-se:

A referencia ao binômio cassação-substituição, que é moeda corrente na teoria dos recursos, apoia-se sempre no pressuposto de que estes se voltam contra aos portadores de algum erro substancial ou processual, mas sempre atos suscetíveis de serem realizados pelo juiz prolator ou por outro- ao contrário dos atos sujeitos à reclamação, que não poderiam ter sido realizados (a) porque a matéria já estava superiormente decidida pelo tribunal, ou (b) porque a competência para o ato era deste e não do órgão que proferiu, nem de outro de seu mesmo grau, ou de grau superior no âmbito da mesma Justiça, ou ainda de outra Justiça.⁹⁹

Outros apontam que a reclamação é ação, uma vez que, para ser ajuizada, depende de provocação de uma das partes do processo a que pertence a decisão reclamada ou do Ministério Público (de acordo com o art. 13 da Lei n. 8.038/1990, art. 156 do Regimento Interno do STF e art. 187 do Regimento Interno do STJ); exige-se representação por advogado constituído (capacidade postulatória); pode resultar na cassação da decisão reclamada, na remessa dos autos para o tribunal destinatário da reclamação ou na determinação de medidas adequadas para que a jurisdição do tribunal seja observada; pode ser interposto recurso em face da decisão proferida em reclamação; e, por fim, possui os mesmos pressupostos da ação (parte, causa de pedir e pedido), pois se pleiteia uma tutela jurisdicional, se provoca a jurisdição e há uma lide em discussão.¹⁰⁰ Nesse sentido:

Trata-se, na realidade, de ação, fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a decisão já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos; e de que se eliminem os óbices ou se elidam os estorvos que se

⁹⁸ Esse entendimento é sustentado por Leonardo Lins Morato, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Nelson Nery Junior, Ada Pellegrini e José da Silva Pacheco. Para mais sobre o tema, confira-se LIMONGE, Aroldo. As Novas Tendências da Reclamação Constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Editora JusPodium, 2013, p. 86-87. E, ainda, GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais. In: *O Processo: estudos e pareceres*. 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 126-127.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no Processo Civil Brasileiro. In: *Revista do Advogado*, n. 61, nov./2000. São Paulo: AASP.

¹⁰⁰ Esse entendimento é corroborado por Leonardo Lins Morato, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Cândido Rangel Dinamarco. Sobre o tema, confira-se LIMONGE, Aroldo. As Novas Tendências da Reclamação Constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Editora JusPodium, 2013, p. 88.

antepõem, se põem ou se pospõem à pela eficácia das decisões ou à competência para decidir.¹⁰¹

Todavia, esse entendimento é criticado, ao fundamento de que a reclamação não possui natureza de ação, na medida em que o direito de ação demanda o exercício de jurisdição: às partes, cabe o direito ao provimento estatal e ao devido processo legal (direito ao contraditório) e à defesa, à influência sobre o convencimento do juiz e à sustentação de suas razões. Nesse sentido, confira-se o parecer a seguir:

Na reclamação, ao contrário disso, não se pretende que o Estado exerça a jurisdição, até porque a prestação jurisdicional já foi obtida, cuidando-se apenas de assegurar a eficácia do provimento definitivo que a concedeu; muito menos se poderia cogitar de assegurar aos interessados, por meio da reclamação, uma reabertura da discussão contraditória que precedeu a tal provimento.¹⁰²

Ademais, há autores que defendem, principalmente Ada Pellegrini, que a reclamação possui natureza jurídica de direito de petição, tendo em vista que o instituto passou por uma constitucionalização com o advento da Carta de 1988, é um direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal), configurando-se, assim, como uma garantia especial, em que se representa contra o descumprimento de um julgado.

Acrescenta, ainda, que o direito de petição se assemelha ao direito de ação, porém se afasta deste na medida em que envolve um terceiro, quando no âmbito do Poder Judiciário (nos outros poderes, o direito de petição abrange somente o particular e a autoridade).

Para ela, a reclamação “não se trata de ação, uma vez que não se vai rediscutir a causa com um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento.”¹⁰³

Por fim, diante de todas as perspectivas acima trazidas, conclui-se pela natureza de ação da reclamação a partir dos motivos já colacionados, como necessidade de que se seja provocada por uma das partes do processo a que pertence a decisão reclamada ou do Ministério Público, e especialmente do fato de que na reclamação não se busca a reforma do

¹⁰¹ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 555.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais. In: *O Processo: estudos e pareceres*. 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 128.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais. In: *O Processo: estudos e pareceres*. 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 130.

mérito de uma decisão, tampouco o saneamento de algum vício de obscuridade, omissão ou contradição, mas a observação da competência e das decisões de determinado Tribunal.

3.3 Conformação atual

O Supremo Tribunal Federal vem continuamente construindo o instituto da reclamação. Atualmente, a jurisprudência é no sentido de que a) a reclamação pode ter como paradigma decisões em sede de controle abstrato (sendo amplo o rol de legitimados para ajuizar a reclamação); b) é instrumento inidôneo em face de decisão de efeito *inter partes*, a menos que o reclamante seja parte do processo em que a decisão reclamada foi proferida; c) a reclamação pode ser utilizada no âmbito da justiça local (previsão na constituição estadual); d) o decidido na decisão reclamada deve ter aderência estrita com o paradigma do Supremo; e) o instrumento não cabe após o trânsito em julgado do ato impugnado; e f) não se admite reclamação contra decisão que impugna aplicação da sistemática da repercussão geral.

Inicialmente, o Tribunal entendia que, em face da natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato (inexistência de litígio, ausência de partes e objetividade do processo), não cabia reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (ou, anteriormente, em representação de inconstitucionalidade).¹⁰⁴ A seguir, isso foi excepcionado no caso em que o órgão que emanou a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressuporiam a validade.¹⁰⁵ Após, passou-se a aceitar decisão proferida em controle abstrato como parâmetro de reclamação a partir da admissão, como reclamantes, em um primeiro momento, dos legitimados para ajuizar ação direta¹⁰⁶ e, posteriormente, dos que comprovarem que tiveram prejuízo com decisão diversa do fixado pela Corte (ampliação do rol de legitimados (parte interessada): art. 13 da Lei 8038/1990 e art. 156 do RISTF).¹⁰⁷

¹⁰⁴ Rcl 208, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 6.12.1991; MS-QO 20875, Rel. Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno; e Rcl-AgR 354, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 28.6.1991.

¹⁰⁵ Rcl 399, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 24.3.1995; Rcl 389, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 9.11.2001; e Rcl 390, Rel. p/ acórdão Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 23.6.1993.

¹⁰⁶ Rcl-QO 397, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 21.5.1993; Rcl 399, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 24.3.1995; Rcl 477, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 28.4.1995; e Rcl 500, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 21.6.2002.

¹⁰⁷ Rcl-AgR 1880, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.3.2004; Rcl-AgR 6078, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 30.4.2010; Rcl-AgR-ED 707, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 6.3.2013; e Rcl-AgR 16123, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 4.9.2014.

Dessa forma, não cabe reclamação cujo paradigma invocado seja decisão em sede de processo subjetivo, ou seja, desprovida de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, exceto se o reclamante é parte dela.¹⁰⁸

Além disso, o Supremo Tribunal Federal admite reclamação no âmbito estadual, superando entendimento anterior¹⁰⁹, ao fundamento de que a reclamação possui natureza jurídica de direito de petição e ante os princípios da simetria e efetividade das decisões judiciais.¹¹⁰

Atualmente, a reclamação está prevista nas constituições estaduais dos seguintes estados: Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Goiás, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.¹¹¹

Além disso, a aderência estrita entre o objeto do ato reclamado e o conteúdo das decisões paradigmáticas do STF dotadas em efeito vinculante e eficácia *erga omnes*¹¹² é requisito para a viabilidade do manejo da reclamação.

Outrossim, também está consolidado na jurisprudência do STF o não cabimento de reclamação quando do trânsito em julgado do ato impugnado (Súmula 734 do STF).¹¹³

Por fim, não se conhece de reclamação contra decisão que aplica a sistemática da repercussão geral na origem, tendo em vista a flexibilização que a Súmula 727 do STF sofreu pela referida sistemática (art. 328-A, §1º, do RISTF).¹¹⁴

3.4 Reclamações que produziram efeitos em decisões em controle abstrato

3.4.1 Reclamação n. 4374 (LOAS – Lei n. 8.742/1993)

¹⁰⁸ Rcl-AgR 10.615, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 14.6.2013; Rcl-AgR 11.566, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2013; Rcl-AgR 9.297, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 18.11.2013; Rcl-AgR 16.008, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 19.2.2014; Rcl-AgR 17.274, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16.5.2014; Rcl-AgR 13610, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 17.6.2014; e Rcl-AgR 10406, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 16.9.2014.

¹⁰⁹ Rp 1092, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, DJ 19.12.1984.

¹¹⁰ ADI 2212, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 14.11.2003. Nesse sentido, ainda, Rcl 2480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 15.6.2007.

¹¹¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A Reclamação Constitucional Estadual como um Problema de Fonte. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: Editora JusPodium, 2013, p. 166

¹¹² Rcl-AgR 6534, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.10.2008; Rcl-AgR 12887, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 5.11.2013; e Rcl-AgR 17570, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 8.9.2014.

¹¹³ Confira-se o teor da referida Súmula: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do supremo tribunal federal.”

¹¹⁴ Rcl 7569 e Rcl 7547, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 11.12.2009; AI-QO 760358, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19.2.2010; Rcl-ED 11635, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 19.12.2011; Rcl-AgR 7578, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2012; Rcl-AgR 13508, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 21.6.2013; e Rcl-AgR 11217, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 17.2.2014.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 1.6.2001, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei Federal n. 8.742/1993 (LOAS), que estabelece o critério para se receber o benefício do inciso V do art. 203 da Constituição Federal.

A norma constitucional prevê a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, a ser disposto por lei, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Esse benefício foi regulamentado pelo referido artigo legal, que dispõe que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo.

No julgamento da ADI 1232, o Min. Ilmar Galvão sustentou que o critério estabelecido na lei impugnada é incontestável, na medida em que não há dúvidas que uma família que possua renda mensal *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo é incapaz de sustentar um idoso ou portador de deficiência. Argumentou, ainda, que não há como saber se esse critério é o único que caracteriza a situação de incapacidade econômica da família e, por isso, defendeu que a lei deveria ser interpretada no sentido de que ela não limita os meios para provar a condição de miserabilidade da família.¹¹⁵

Porém, esse entendimento não foi acolhido pela maioria, que assentou, na linha do voto do relator para o acórdão, Min. Nelson Jobim, que “se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei.”¹¹⁶

O Min. Sepúlveda Pertence aduziu que o fato de o legislador não ter estabelecido outras formas que indicassem a incapacidade de uma família manter um idoso ou deficiente físico, não leva à declaração de inconstitucionalidade ou à interpretação conforme da norma impugnada, mas à inconstitucionalidade por omissão.

Posteriormente, no julgamento da Reclamação 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 4.9.2013, o Relator defendeu que a Corte, naquela oportunidade, de fato não supriu omissão inconstitucional parcial do §3º do art. 20 da LOAS, uma vez que ele não efetiva o inciso V do art. 203 da Constituição Federal¹¹⁷, tendo a Corte mantido uma conduta de autocontenção.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232*. Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim Tribunal. Publicação Diário da Justiça 1.6.2001, p. 101-102.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232*. Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim Tribunal. Publicação Diário da Justiça 1.6.2001, p. 103.

¹¹⁷ “A norma constitucional do art. 203, V, da Constituição foi introduzida no constitucionalismo brasileiro no bojo de uma ambiciosa agenda social instituída pela Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”. A ênfase em uma agenda social está estampada logo no início da Carta Constitucional. No artigo 3º, a

Além disso, o Min. Gilmar Mendes assentou que o §3º do art. 20 da LOAS sofreu um processo de inconstitucionalização, uma vez que nos últimos vinte anos foram promovidas várias reformas que tornaram as regras para concessão de benefícios assistenciais mais vantajosas.

As reformas realizadas foram das mais variadas espécies: econômicas, constitucionais, legais e administrativas, como o controle da inflação, do gasto público, da previdência social (EC n. 41/2003) e do sistema tributário (EC n. 42/2003), a edição da Lei n. 9.544/1997, que autoriza apoio financeiro do Executivo a municípios que executam programas de renda mínima, tendo como referencial de miserabilidade $\frac{1}{2}$ salário mínimo, e programas assistenciais, como o Programa Nacional de Acesso à Alimentação e o Bolsa Família.¹¹⁸

Assim, o referencial econômico para a concessão de benefícios assistências foi modificado por essas reestruturações. O critério da LOAS tornou-se defasado e foi sendo reinterpretado pelo legislador de outras formas que não a reforma da própria Lei n. 8.742/1993.

Ademais, o Min. Gilmar Mendes constatou que as instancias inferiores estão utilizando técnicas hermenêuticas para expandir o prescrito pelo §3º do art. 20 da LOAS e consequentemente o entendimento do STF na ADI 1232 ao argumento de que as condições da realidade social, especialmente as situações de miserabilidade, não estavam sendo tuteladas pela referida norma e que, assim, o inciso V do art. 203 da Constituição Federal não estava sendo efetivado.

O Ministro também verificou que, por meio de decisões monocráticas, vários ministros do Supremo Tribunal Federal revisaram, de alguma forma, o assentado na ADI

Constituição declara que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Tem-se uma Carta que, ao lado das disposições tradicionais sobre o modelo democrático, consagra um amplo catálogo garantidor dos direitos individuais, e incorpora um número elevado de direitos sociais. A Constituição consagra, entre direitos de perfil fortemente programático, o direito a um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador urbano e rural (art. 7º, IV), e à assistência social para todos aqueles que dela necessitarem (art. 203).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Reclamação 4374*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Publicação Diário da Justiça eletrônico 4.9.2013, p. 27-28.

¹¹⁸ São exemplos desses diplomas e programas: a) Programa Nacional de Acesso à Alimentação (Cartão Alimentação), criado pela MP n. 108/2003, convertida na Lei n. 10.689/2003. Foi regulamentado pelo Decreto n. 4.675/2003. B) Programa Bolsa Família (PBF), criado pela Medida Provisória n. 132/2003, convertida na Lei n. 10.836/2004. Foi regulamentada pelo Decreto n. 5.209. Com ela, outros programas e ações de transferência de renda do Governo Federal foram unificados: c) Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Educação – Bolsa Escola (Lei n. 10.219/2001); d) Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA (Lei n. 10.689 de 2003); e) Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Saúde – Bolsa Alimentação (MP n. 2.206-1/2001); f) Programa Auxílio-Gás (Decreto n. 4.102/2002); e g) Cadastramento Único do Governo Federal (Decreto 3.811/2001).

1232, seja por meio de atalhos processuais¹¹⁹ ou estabelecendo que a decisão impugnada da instância inferior se baseava em legislação não tratada na ADI 1232¹²⁰ ou verificando que princípios constitucionais logravam em legitimar a decisão contestada.¹²¹

Nas Rcl-AgR 2009, Tribunal Pleno, DJ 10.12.2004, Rcl-AgR 3293, Tribunal Pleno, DJ 13.4.2007, e Rcl 1525, Tribunal Pleno, DJ 3.2.2006, todas de relatoria do Min. Marco Aurélio, foi esclarecido o alcance da decisão da ADI 1662, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.9.2003, estabelecendo-se que esta decisão não cuidou do conceito de precatórios pendentes para efeito de incidência do art. 78 do ADCT e fixou-se o significado do termo “preterição” de precatórios para sequestro de verbas públicas.

Nas Rcl 4906, Tribunal Pleno, DJe 11.4.2008, e Rcl 4939, Tribunal Pleno, DJ 11.4.2008, ambas de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, foram assentados o conceito de atividade jurídica e os requisitos para sua comprovação para ingresso na carreira do Ministério Público, tratados na ADI 3460, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2007.

Nas Rcl-AgR 7633, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 17.9.2010, Rcl 4904, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 17.10.2008, e Rcl-AgR 8110, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 12.2.2010, entre outras, foi fixada a abrangência da decisão da ADI 3395, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10.11.2006, que definiu que a Justiça do Trabalho não é competente para julgar causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores estatutários.

Diante do contexto acima exposto e da possibilidade de que a evolução interpretativa modifique o juízo de constitucionalidade, devido a circunstâncias fáticas ou mudanças da interpretação jurídica; que a coisa julgada sofra alteração pela conjuntura fática; que certa norma se torne supervenientemente inconstitucional; e que o processo de evolução hermenêutica provoque mudança de entendimento consolidado, Gilmar Mendes defendeu o uso da reclamação para revisar o entendimento do STF na ADI 1232, de forma a declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS.

Nesse sentido, a reclamação seria um mecanismo de reinterpretação hermenêutica, de mutação constitucional e *de redefinição do conteúdo e do alcance da decisão apontada como violada (decisão-parâmetro ou decisão-paradigma)* (p. 17), superando o conteúdo e alcance desta. Isso porque a) o STF pode declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade das normas que serviram de fundamento à decisão reclamada (competência do Tribunal em sede

¹¹⁹ Rcl 4366, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 1.6.2006; Rcl 4.133, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.6.2006; e Rcl-AgR 4422, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.8.2006.

¹²⁰ Rcl 4280, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006.

¹²¹ Rcl 3805, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18.10.2006.

de controle difuso), b) essa renovação da jurisprudência é mais simples de ser feita em controle difuso, e c) desde sua criação, a reclamação é um importante instrumento de tutela da ordem constitucional.

3.4.2. Outras reclamações nesse sentido

Além da Reclamação 4374 e as citadas no voto do Min. Gilmar Mendes, destacam-se, a seguir, as seguintes decisões em sede de reclamação em que o Supremo Tribunal Federal também aditou ou esclareceu algum ponto decidido em uma decisão abstrata: a) ADC 4 e Rcl-AgR 5252/PI, Rcl-AgR 9270/SP e Rcl 5672/CE; b) ADC 1 e Rcl-AgR 2475/MG; c) ADC-MC 11 e Rcl 15880/RS; e d) ADI 3823 e Rcl 13592/PR.

Na Ação Direta de Constitucionalidade 4, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 21.5.1999, o STF concedeu medida liminar para suspender a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha como pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997, que limita a concessão de medidas liminares contra a Fazenda Pública.¹²²

Na Rcl-AgR 5252/PI, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 7.11.2013, o Estado do Piauí impugnou decisão da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Teresina que antecipou os efeitos da tutela para assegurar a permanência de servidores da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros estaduais nos respectivos quadros oficiais de pessoal até o julgamento final da ação, ao fundamentado de que a decisão reclamada afrontou a autoridade da ADC-MC 4/DF.

Argumentou que a concessão da tutela antecipada para a permanência dos requerentes nos quadros das referidas corporações e o direito de prosseguir na carreira via promoção somente seriam possíveis se se entende inconstitucional o art. 1º da Lei 9.494/1997, já que da promoção naturalmente decorrem efeitos patrimoniais para o Estado.

O STF, nesta Reclamação, aditou e esclareceu o decidido na ADC-MC 4/DF, fixando que o “assentado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF não alcança decisão cujo efeito patrimonial contra a Fazenda Pública é apenas secundário.”¹²³

O art. 1º da Lei 9.494/1997, objeto da ADC, faz referência a regimentos contidos em quatro outros diplomas. Com o julgamento da Reclamação, estabeleceu-se que as limitações à

¹²² No julgamento de mérito da ação direta, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014, o STF confirmou a constitucionalidade do referido artigo).

¹²³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. *Agravo regimental na Reclamação 5252*. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação Diário da Justiça eletrônico 7.11.2013, p. 1.

tutela de urgência contra a Fazenda Pública referem-se apenas às seguintes hipóteses: a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; c) outorga ou acréscimo de vencimentos; e d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público ou esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima apontadas.

Inclusive, é possível notar ainda um efeito aditivo na Reclamação em questão. É que, a rigor, seguindo-se a literalidade, “permanência [dos interessados] nos cargos que já ocupavam” configura “pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público” (letra *d*).

Assim, ao entender que as consequências patrimoniais configuram apenas efeito secundário em relação ao decidido na medida liminar, o STF esclareceu o alcance e definiu com contornos mais claros do decidido na liminar da Ação Direta de Constitucionalidade 4. O significado e o estabelecido na decisão abstrata foram complementados pela via hermenêutica em decisão, em controle difuso.

Na Rcl-AgR 9270/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14.6.2011,¹²⁴ o Supremo Tribunal Federal esclareceu que a liminar na ADC vedou a concessão liminar de vencimentos ou vantagens requeridos pelo servidores públicos em uma ação em que são reclamados tais direitos; não há violação à ADC quando a decisão for de mérito, mesmo que confirme o efeito da tutela inicialmente requerida; a decisão na ADC não alcança lides em que há liminar em antecipação de tutela que preveja a posse em cargo público (ou o direito de continuar participando de um certame); e os direitos subjetivos tratados na ADC cuidam de relação jurídica preexistente, ou seja, institutos jurídicos que tenham como pressuposto de incidência uma relação jurídica anterior entre o servidor público e o Estado.

Foi assentado, ainda, que a nomeação e posse em cargo público não são a mesma coisa que reclassificação ou equiparação de servidores públicos e aumento ou extensão de vantagens pecuniárias. Dessa forma, a percepção de vencimentos, como resultado natural da

¹²⁴ Confirmam-se os dispositivos relacionados:

Lei n. 9494/1997: “Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

E, ainda, Lei n. 12.016/2009, que revogou a Lei n. 4.348/1964: “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.”

investidura em cargo público, não se relaciona com a finalidade da norma que proíbe a respectiva antecipação de tutela.

Consequentemente, o decidido na liminar na ADC 4 sofreu, também nesta oportunidade, um acréscimo de significado e alcance.

Na Rcl-AgR 5672/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 23.3.2011, o STF entendeu que, com base em jurisprudência consolidada do Tribunal, não há aderência da ADC 4 aos casos em que se discute eventual afronta à autoridade do Tribunal por efeito de ordens liminares de nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos.

Da mesma forma que nas reclamações anteriores, complementou-se o decidido na liminar da ADC 4.

Na Ação Direta de Constitucionalidade 1, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 16.6.1995, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucionais os dispositivos que tratam da contribuição social sobre o faturamento (COFINS).

Na Rcl-AgR 2475/MG, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 1.2.2008, discutiu-se se o voto do Min. Moreira Alves, relator da ADC, que considerou a Lei Complementar n. 70/1991 (instituidora da COFINS) materialmente ordinária, seria ou não mero entendimento pessoal (*obiter dictum*).

Decidiu-se que, embora o referido voto tenha sido integralmente acolhido, a natureza da Lei Complementar n. 70/1991 fora abordada pelo Relator como simples entendimento pessoal, não tendo se posicionado o Colegiado sobre o tema.

Logo, o decidido na Rcl-AgR 2475/MG revisou o entendido no julgamento da ADI 1.

Na Ação Direta de Constitucionalidade 11, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 28.6.2007, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar para suspender os processos em que se questionava a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997, que aumentou o prazo para a Fazenda Pública propor embargos nas execuções em que figurava como executada.

A controvérsia residia em saber se seria possível dispor sobre a matéria por medida provisória, tendo em vista que após a Emenda Constitucional n. 32/2001 deixou de ser cabível medida provisória sobre matéria processual.

Na Rcl-AgR 15880/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 8.11.2013, entendeu-se que, no caso de reclamações trabalhistas, não se deveria suspender o curso dos embargos até a decisão final do STF na ADC 11 devido a demora no trâmite das reclamações trabalhistas, para se preservar a garantia constitucional da razoável duração do processo.

Com isso, nesta Reclamação, o STF fixou a abrangência do decidido na ADC n. 11 de forma nitidamente aditiva à decisão em controle abstrato.

Por fim, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3823, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2007, o STF concedeu medida limiar para declarar inconstitucionais, ante a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, os dispositivos do TJDFT e do CNJ que previam férias coletivas de juízes e membros dos tribunais de segundo grau.

Na Rcl-AgR 13592/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 16.10.2013, o STF fixou que aquela decisão não alcança o recesso forense de final de ano, na medida em que esse recesso não configura gozo de férias ou paralisação absoluta dos serviços judiciários.

Neste caso, a Corte assentou o alcance da liminar da ADI e promoveu um *distinguishing* entre o caso da Reclamação e o decidido na ADI.

4 RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Condições teóricas

O processo interpretativo depende da inserção do intérprete na tradição (faticidade e historicidade) e do conhecimento que tem de algo, para fins de compreendê-lo e interpretá-lo, conforme assentado há longo tempo na teoria hermêutica, apresentada previamente.

Métodos não vinculados à subjetividade do intérprete, mas apenas à intenção do autor do texto, foram rechaçados. É nesse sentido que diversos autores, como Gadamer, J. J. Canotilho, Friedrich Müller e Konrad Hesse, ressaltam a impropriedade de se buscar a “vontade” de um texto com base na investigação da vontade legislativa ou da própria norma.

Por isso, consolidou-se que o entendimento que um intérprete pode possuir acerca de determinada problemática e das previsões legais relacionadas está estritamente ligado ao contexto (concepções valorativas e jurídicas e circunstâncias fáticas).

A motivação de uma decisão, assim, está vinculada ao conhecimento do intérprete no respectivo íterim.

Quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 1232, declarando a constitucionalidade do §3º do art. 20 da LOAS, não havia indício premente na realidade fática que indicasse a inadequação do critério utilizado pelo legislador, capaz de ensejar o entendimento pela inconstitucionalidade do dispositivo. Inclusive, a Corte, nesse julgamento, ressaltou que se o legislador permitisse que a condição de miserabilidade fosse comprovada de outras formas, ele próprio teria o previsto na LOAS. Assim, o Tribunal entendeu que cabe à política legislativa alterar o referido critério.

Tendo em vista as várias alterações que a situação sofreu com o passar dos anos, como a realização de reformas políticas e de políticas públicas, que assentaram um parâmetro diferente para a concessão de benefícios assistências, mais vantajoso do que o previsto na LOAS, o julgamento proferido pelo STF tornou-se ultrapassado. E, mais do que isso, omisso, assim como a LOAS, quanto à efetivação inciso V do art. 203 da Constituição Federal.

Porém, no julgamento da Reclamação 4374, o quadro fático diante do qual os Ministros se encontravam era diverso. Com as mudanças ocorridas, a problemática ganhou novos contornos. É essa situação diferenciada e nova que consubstancia a convicção renovada dos juízes, devendo ser espelhada em suas decisões.

Revisar e reinterpretar o julgado passou a ser necessário.

A interpretação, consubstanciada em momento único, com circunstâncias e entendimentos específicos, produz um novo sentido a cada vez que é realizada. Isso porque a interpretação é produto da pré-compreensão e compreensão de determinado caso e norma, igualmente singulares.

É nesse sentido, como sustentado por Gamader, que se considera que a interpretação de um texto é mutável e não restrita à concepção interpretativa formada pelo leitor originário.

A reinterpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4374 deu um novo sentido ao decidido na ADI 1232 e complementou o §3º do art. 20 da LOAS, com o objetivo de cumprir o inciso V do art. 203 da Constituição Federal.

Isso evidencia a futuricidade própria do processo de interpretativo, como sustentado por J. J. Canotilho, e permite chegar ao conceito de pós-compreensão, referido por Peter Häberle, como a compreensão superveniente de determinada norma devido fatores temporalmente condicionados pelos quais se compreende *supervenientemente* certa norma (pré-compreensão do futuro).

Por isso que determinadas decisões devem ganhar novas interpretações quando certos elementos que a envolvem forem modificados pelo tempo (ou por vezes condicionado a ele).

Em outras oportunidades, igualmente, o STF complementou decisões que proferiu em controle abstrato em sede de reclamação, esclarecendo o alcance, a abrangência e a significação do que foi fixado naquelas decisões.

Por exemplo, aclarando a decisão na ADI 3460, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o conceito de atividade jurídica e os requisitos para sua comprovação para ingresso na carreira do Ministério Público, nas Reclamações n. 4906 e n. 4939. Na espécie, o Tribunal propôs-se a efetivar o princípio constitucional do concurso público.

Observa-se que a reinterpretação pelo Tribunal conferiu um novo sentido ao já decidido. Isso porque a interpretação é um processo que ajusta a prescrição normativa contida na decisão à realidade, ao contexto fático ora vigente e às necessidades sociais presentes.

Ou seja, a reinterpretação complementa a decisão e a norma.

Da mesma forma, a concretização de uma norma não é evento pontual: é um processo que demanda constante complementação. Isso porque a norma é incompleta, possuindo um espaço de conformação a ser complementada pela realidade.

A concretização exige, além da compreensão e interpretação da norma, a compreensão também do problema a ser solucionado.

Tendo em vista o caráter normativo e vinculativo da decisão em ação direta, entende-se que o processo de concretização também se aplica a ela.

A decisão resulta em uma norma. E, por isso, também está sujeita aos influxos das mudanças fáticas, que podem exigir que ela seja revista.

Revisitando o julgado na ADC-MC 11, o STF entendeu que em reclamações trabalhistas não se deveria aguardar o julgamento definitivo daquela ação, na Reclamação 15880. A Corte visou aqui o cumprimento do princípio da duração razoável do processo.

Esclarecendo o assentado na ADC-MC 4, o Supremo Tribunal Federal fixou em que medida ela se aplica ao art. 1º da Lei n. 9.494/1997 e às normas por ele referidas, na Rcl-AgR 9270. Na espécie, a Corte concretizou a norma não só interpretando o dispositivo em relação à Constituição Federal, mas também a problemática como um todo, distinguindo os institutos e as hipóteses de incidência, em sede de reclamação.

Além disso, a renovação de valores, transformações empíricas sociais, econômicas e tecnológicas e compreensão do direito, podem exigir que um tribunal supere um precedente (*overruling*). Prática esta diferente do *distinguishing*, que visa assentar se determinado caso deve ser subordinado à decisão de outro precedente, ante a identificação de suas semelhanças e divergências.

A revogação de um precedente é exigida pela sua não correspondência aos padrões de congruência social (proposições morais, que apontam se uma conduta é boa ou má, com base no consenso comunitário; políticas, que determinam se uma conduta é boa ou fá ante o bem-estar geral; e de experiência, que cuidam da forma como o mundo funciona, sendo a maior proposição) e pela sua incoerência sistêmica (o precedente não é congruente com outras decisões).¹²⁵

Assim, a superação de um precedente *depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o overruling – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente (...)*,¹²⁶ pressupostos não concomitantes. Admite-se, ainda, que um precedente seja superado devido a uma nova concepção do direito (dogma ou teoria jurídicas).

Observa-se, ainda, o *antecipatory overruling*, instrumento utilizado no sistema norte-americano voltado a não aplicação, pelas cortes de apelação, de precedentes prestes a serem revogados pela Suprema Corte Americana, utilizado desde 1981. O instituto é controverso, na medida em que pode atenuar o *stare decisis*. Porém, segundo Luiz Guilherme Marinoni, a

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2013, p. 389-391. Luiz Guilherme Marinoni extraiu esse entendimento da doutrina norte-americana. A experiência do *commom law* é rica no tema.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2013, p. 391/400.

doutrina americana aceita a convivência de ambos na medida em que considera saudável tal mitigação do sistema de precedentes obrigatórios.¹²⁷

O *anticipatory overruling* é sustentado doutrinariamente pelos seguintes argumentos: “i) desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente”, assim como a mudança de entendimento pessoal dos juízes ou da composição da Corte.¹²⁸

No caso brasileiro, as instancias inferiores procederam a um *anticipatory overruling* no tocante ao §3º do art. 20 da LOAS e à decisão na ADI 1232, uma vez que estabeleciam critérios mais favoráveis que aqueles para a concessão de benefícios assistências do que firmados naqueles, conforme apontado pelo Min. Gilmar Mendes na Reclamação 4374.

A decisão impugnada na referida Reclamação evidencia a problemática. Na espécie, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco assentou que é possível que o benefício assistencial seja concedido mesmo quando ultrapasse o estabelecido na LOAS, demonstrada a situação de hipossuficiência, e que o próprio legislador já reconheceu a hipossuficiência em casos em que a renda familiar era superior do que a prevista na LOAS (por meio da edição da Lei 9.544/1997¹²⁹, por exemplo).

Portanto, verifica-se que determinada norma pode sofrer um processo de *inconstitucionalização*, seja porque houve uma transformação fática das circunstâncias ligadas à problemática regulada pela norma ou uma mudança de entendimento, jurídico ou não. Isso não é novo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos a seguir.

As transformações fáticas atinentes à situação tutelada pela norma pode fazer com que se mude a concepção acerca de sua constitucionalidade.

Na Reclamação 4374, como apontado pelo Min. Gilmar Mendes, percebe-se que o §3º do art. 20 da LOAS, declarado constitucional pela Corte na ADI 1232, sofreu um processo de *inconstitucionalização*. Isso porque foram realizadas diversas reformas no critério para a concessão de benefícios assistenciais (como o Programa Bolsa Família e o Programa Nacional de Acesso à Alimentação), fixado em um patamar mais benéfico do que o previsto na LOAS.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2013, p. 401-403. O autor ainda aduz que “Não obstante, a Suprema Corte americana, ao se deparar com casos em que as Cortes de Apelação realizaram o *anticipatory overruling*, não tratou da legitimidade do instrumento.”

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2013, p. 403-404/406-407.

¹²⁹ Essa Lei autoriza que o Poder Executivo conceda apoio financeiro aos municípios que instituem programas da garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, fixando critério mais vantajoso para a análise da miserabilidade: renda familiar *per capita* inferior a ½ salário mínimo.

A superação de um entendimento jurídico também pode ensejar mudanças na jurisprudência.

No HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 1.9.2009, o Supremo Tribunal Federal assentou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos), que veda a progressão de regime, tendo em vista “nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial”.¹³⁰

Como apontado no voto do Min. Gilmar Mendes, o entendimento prévio da Corte, era no sentido da constitucionalidade do referido dispositivo, ao fundamento de não ofensa ao princípio da individualização da pena.

Porém, no julgamento do HC 82959, assentou-se que a medida normativa era desnecessária, por violar o princípio da proporcionalidade, e arbitrária, por não observar o direito fundamental à individualização da pena.

A seguir, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante n. 26 fixando esse entendimento.¹³¹

Além desse caso, há ainda o RE 135328, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 20.4.2001, em que o STF assentou a condição de norma ainda constitucional do art. 68 do Código de Processo Penal, mesmo que sujeita a um processo de progressiva inconstitucionalização devido modificações supervenientes das circunstâncias de fato. Isso porque, enquanto não estabelecida a Defensoria Pública estadual, fixou-se a legitimidade do Ministério Público para promover ação de reparação de dano (nos termos do Código de Processo Penal) para fins de efetivação do art. 134 da Constituição Federal.

Porém, assim como a mudança de um entendimento no âmbito jurídico pode provocar renovações na jurisprudência da Corte, a de um entendimento extra jurídico também o pode, conforme apontado pela doutrina do *overruling*, colacionada acima. A partir dela, observa-se que se entende cabível a revogação de um precedente ante uma nova concepção do direito (dogma ou teoria jurídicas), mudança de entendimento pessoal dos juízes, alteração da composição da Corte¹³², assim como incoerência do precedente com os padrões de congruência social (proposições morais, políticas e de experiência).

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* 82959. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação Diário da Justiça 1.9.2009, p. 510.

¹³¹ “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

¹³² “Nos Estados Unidos, toma-se em conta a variação do entendimento pessoal dos juízes, bem como a alteração da composição da Corte, para se aferir a probabilidade de revogação de precedente. **A variação do entendimento pessoal, note-se bem, não consiste em mera mudança de opinião, mas em alteração da**

A cláusula *rebus sic stantibus*, contidas implicitamente, segundo Liebman, nas sentenças, também prevê essa situação. Tendo em vista que a decisão é determinada pelas circunstâncias concretas do respectivo caso, eventual alteração delas justifica “uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente, o que será uma aplicação, e nunca uma derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada.”¹³³

Nesse sentido, aduz Liebman:

O que há de diverso nestes casos não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente.¹³⁴

Assim, a cláusula *rebus sic stantibus* abre espaço para que se torne inconstitucional norma anteriormente entendida como legítima, ante a alteração da realidade normativa ou da orientação jurídica sobre o tema (inconstitucionalidade superveniente).¹³⁵

Nessa mesma linha, confira-se parecer do jurista alemão Brun-Otto Bryde:

Se se considera que o Direito e a própria Constituição estão sujeitos a mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade da questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do Direito Constitucional, e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o momento da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções.

compreensão de questão jurídica após pausa e aprofundada meditação.” (grifei) MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2013, p. 406-407.

¹³³ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução AIRES, Benvindo; BUZAID, Alfredo; GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 28.

¹³⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução AIRES, Benvindo; BUZAID, Alfredo; GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 28.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato. In: *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 6, vol. 1, mai./2013, p. 115.

A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter-se tornado inconstitucional após a decisão da Corte. (...). Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das 'relações fáticas'. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional.¹³⁶

Assim, a Corte, na oportunidade em que for novamente submetida ao seu juízo a constitucionalidade de uma norma que sofreu um processo de inconstitucionalização, não pode ignorar esse processo. Isso porque a efetivação do vínculo entre a realidade e a constituição depende de uma atuação jurisdicional atenta a esse tipo de transformação, na medida em que a eficácia da constituição depende de sua adaptação às eventuais alterações sofridas por seus elementos condicionantes e ao contexto sempre renovado em que está inserida.

Nesse sentido é o entendimento de Konrad Hesse, ao estabelecer a teoria da força normativa da constituição. Confira-se:

Em outras palavras, uma **mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da constituição.** (...) Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.¹³⁷ (grifei)

4.2 Condições práticas

Diante de todo o exposto, restou demonstrada a necessidade de que as decisões do Supremo Tribunal Federal sejam atualizadas e reinterpretadas quando a realidade fática, seja por alterações nas circunstâncias empíricas ou na concepção jurídica, exigir.

A reclamação é instrumento precípuo para promover a evolução da jurisprudência da Corte em controle abstrato, seja por meio de simples revisão ou de mutação constitucional.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato. In: *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 6, vol. 1, mai. 2013, p. 115.

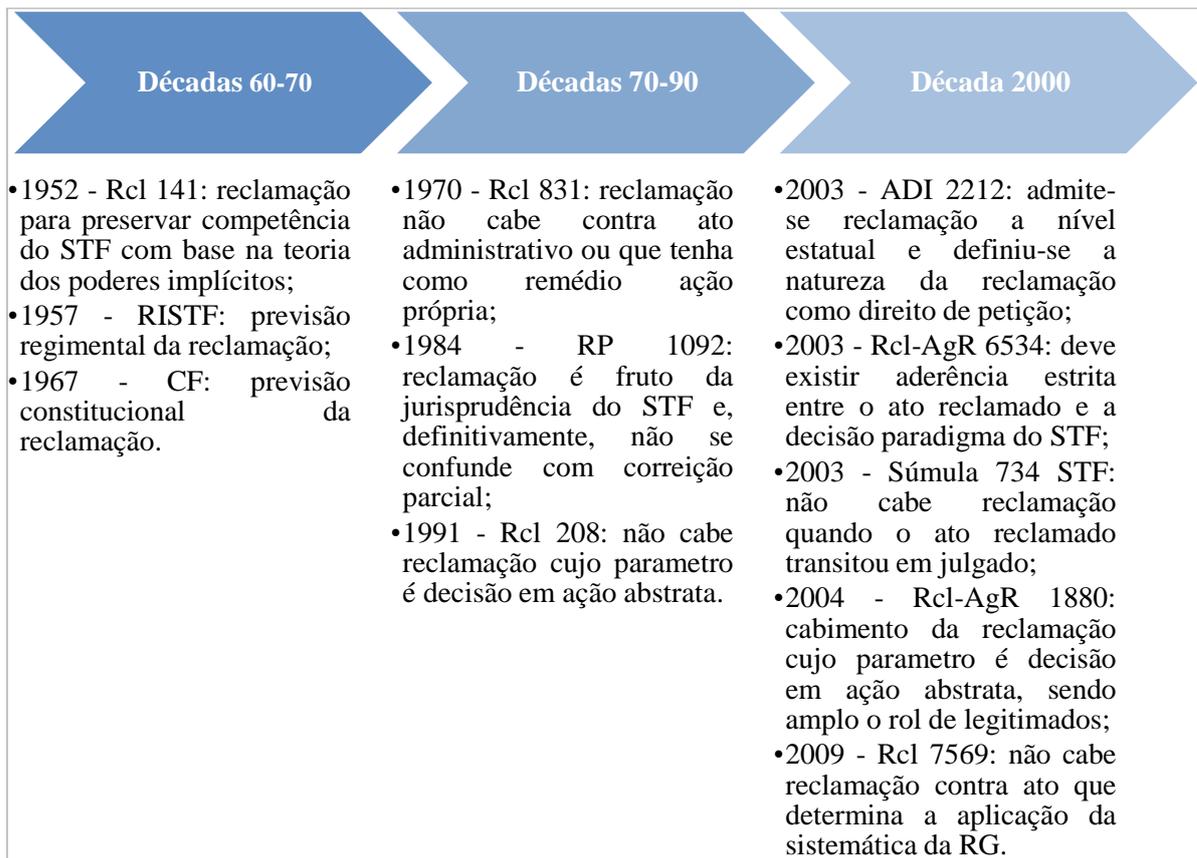
¹³⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23.

Isso porque a) é da própria natureza da reclamação que ela seja conformada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; b) o rol de legitimados para ajuizá-la é mais amplo do que o de ações concentradas; c) essa função da reclamação pode diminuir o número de reclamações levadas ao Tribunal Pleno; e d) a reclamação é um instrumento prático e efetivo para cumprir a finalidade em tela.

Primeiramente, a reclamação é criação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Somente dez anos após a sedimentação da reclamação no Regimento Interno do STF (1957), o instrumento foi previsto na Constituição Federal (1967).

Ao longo dos anos, o instituto sofreu profundas transformações pela jurisprudência da Corte. Confira-se o gráfico a seguir, que apresenta os principais julgamentos:

Figura 3 - Evolução da conformação do instituto da reclamação pelo STF.



Observa-se que o instituto está em constante renovação pela Corte. Desde sua origem, a reclamação é, em essência, desenhada pela própria jurisprudência. Não parece ser correto rechaçar a reclamação como instrumento de revisão da jurisprudência em controle abstrato ao argumento de inexistência de previsão legal ou de ausência de jurisprudência longínqua nesse

sentido, uma vez que a reclamação é substancialmente fruto da inovação e atualização do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a evolução do instituto permite a que se chegue à função aqui tratada. Percebe-se que a jurisprudência do STF vem consolidando o caráter abstrato da reclamação, na medida em que passou a aceitar a possibilidade de a reclamação sustentar como paradigma decisão em controle abstrato de constitucionalidade e ser ajuizada por qualquer indivíduo que alegue prejuízo advindo do descumprimento de decisão do STF.

Em segundo lugar, o rol de legitimados para ajuizar a reclamação é mais abrangente do que o de ações concentradas, disposto no art. 103 da Constituição Federal. Conforme fixado no julgamento do agravo da Reclamação n. 1880, entendimento ainda mantido pela Corte, é reconhecida a legitimidade ativa da reclamação de qualquer indivíduo que comprove prejuízo devido o descumprimento de decisões que não observam as do Supremo Tribunal Federal.

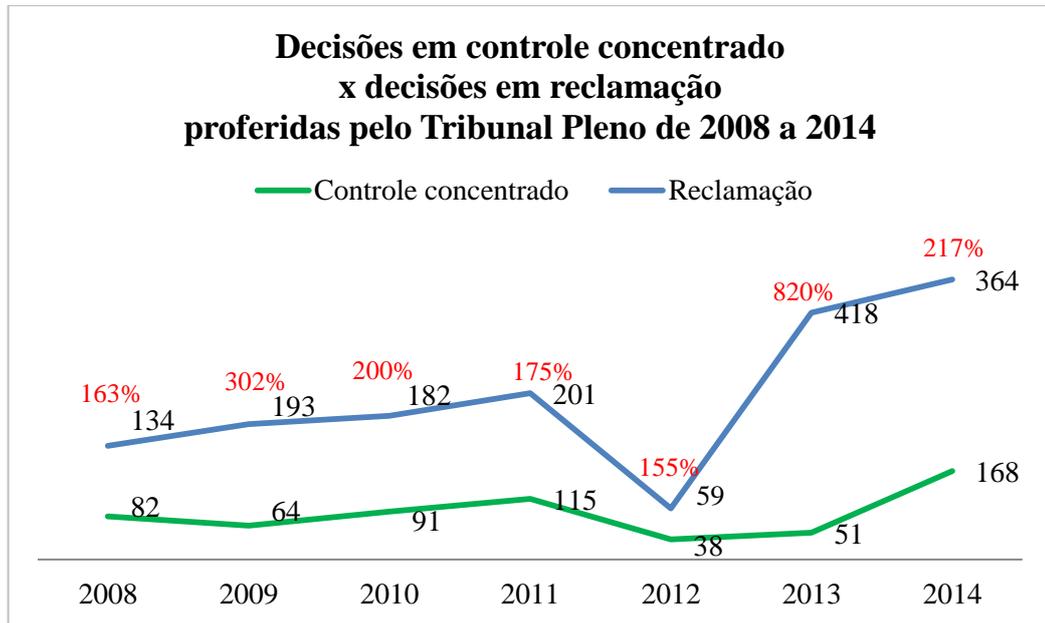
Ademais, o referido emprego da reclamação pode promover a redução do número de reclamações submetidas à decisão do Tribunal Pleno.

Verifica-se, a partir da comparação do número de decisões em sede de ações em controle concentrado (ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental) com o de decisões em sede de reclamação, no período de 2008 a 2014, que o Tribunal Pleno proferiu expressamente mais decisões em reclamações do que em ações concentradas.

Confira-se o gráfico a seguir:¹³⁸

¹³⁸ Dados extraídos de <www.stf.jus.br>. Acessado em 30.11.2014. Os dados referentes a 2014 estão atualizados até essa data.

Figura 4 - Gráfico do número de decisões, do Tribunal Pleno, em controle concentrado e em relação por ano.



Em todos os períodos apontados, foram proferidas pelo menos 55% mais decisões em reclamações do que em ações em controle concentrado, chegando a 720% em 2013.

Assim, a reclamação como aperfeiçoamento da jurisprudência em controle abstrato pode diminuir o número de reclamações levadas para o Tribunal Pleno, na medida em que, por meio de apenas uma reclamação, o STF pode proferir decisão revisando seu entendimento em ação abstrata, a ser aplicada a várias outras reclamações sobre o mesmo tema. Nesse ponto, considera-se o efeito vinculante desse tipo de decisão em reclamação, o que será tratado melhor a seguir (item 4.3).

Outrossim, a discussão acerca de tema já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato é posta novamente em debate por meio da reclamação mais fácil do que pelo ajuizamento de outra ação objetiva.

Isso porque, de 2008 a 2014, foram ajuizadas quase dez vezes mais reclamações do que ações concentradas no STF.¹³⁹ E, ainda, por ser a reclamação originária de um caso concreto, a percepção acerca de eventual processo de inconstitucionalização de norma já analisada pelo STF é mais próxima, fiel e correspondente à realidade.

¹³⁹ Dados extraídos de <www.stf.jus.br>. Acessado em 30.11.2014. Os dados referentes a 2014 estão atualizados até essa data. Foram 12.762 reclamações e 1.305 ações concentradas ajuizadas no Supremo Tribunal Federal de 2008 a 2014.

4.3 Efeito vinculante da reclamação

Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal rever, em reclamação, seu entendimento em uma decisão em controle abstrato de constitucionalidade, o instrumento deve possuir efeito vinculante.

Isso porque o que se busca é a revisão da jurisprudência como um todo do Tribunal e os motivos que exigem a modificação de determinado posicionamento do STF, como superação de entendimento jurídico ou social, alteração das circunstâncias fáticas e inconstitucionalização da norma, não são fenômenos visualizados em um só caso.

A decisão do Tribunal acerca da constitucionalidade de certa norma em uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, é tema geral, e, por isso, diz respeito a toda sociedade. Por conseguinte, a deliberação que supera essa decisão deve ser, também, abstrata.

Em outras palavras, é incongruente e assimétrico que uma reclamação que renova o entendimento de uma decisão em controle abstrato, dotada de generalidade e abstração, não possua os mesmos efeitos que essa, tendo em vista que aquela complementa ou modifica essa última.

Todavia, há o empecilho da cláusula de reserva do Senado (art. 52, inciso X, da Constituição Federal). A reclamação é, por natureza, ação concreta. Logo, eventual decisão em reclamação no sentido de alterar o juízo de constitucionalidade de certa norma firmado em uma ação abstrata necessitaria atender a cláusula do Senado.

O tema é bastante controverso e foge do objeto deste estudo.

Deve-se ressaltar, porém, o consistente posicionamento doutrinário no sentido da superação da cláusula e a incoerência patente de não se conferir os mesmos efeitos de uma decisão à outra que a esclarece.

Assim, a reclamação assumiria natureza dúplice: concreta e, na situação aqui tratada, abstrata.

4.4 Reclamação em face de ato que reproduz norma declarada inconstitucional

Tendo em vista todo o exposto, cabe aqui uma proposta de aplicação da reclamação que visa auxiliar na efetivação e observação das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, no sentido de garantir a autoridade de suas decisões, assim como coibir eventuais exceções ao cumprimento de seus julgados.

Trata-se de reclamação em face de ato concreto que reproduz norma declarada inconstitucional pelo STF.

No caso de normas similares, se somente uma for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a promoção de atos com base na outra resultam em uma situação de insegurança jurídica e incongruência.

Assim, deve ser cabível o ajuizamento de reclamação em face de ato que aplica a norma que não passou pelo juízo de constitucionalidade do STF, mas que possui conteúdo e efeitos já rechaçados pela Corte Constitucional.

Ressalta-se que a transcendência dos motivos determinantes é mitigada, uma vez que se impugna ato concreto, originado de norma cujas disposições e consequências foram declarados inconstitucionais pela Corte, em outra oportunidade. Ou seja, não se impugna a norma que não foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, mas ato concreto derivado dessa, que possui efeitos similares aos de outra norma considerada inconstitucional pelo STF.

5 CONCLUSÃO

A renovação e continuação da história e dos fatos provocam mudanças nas circunstâncias fáticas e no entendimento jurídico e social, devendo ser acompanhadas pela Constituição.

A Corte Constitucional possui especial função nesse ponto, na medida em que deve identificar e levar em consideração, em suas decisões, tais transformações.

Isso pode exigir que a Corte revise determinado entendimento. O processo interpretativo absorve essas mudanças, na medida em que é produto da compreensão que o intérprete tem, daquele momento, acerca da problemática e das normas aplicáveis. O resultado dessa revisão pode ser consubstanciado em uma reinterpretação ou em um procedimento mais complexo, que é o de mutação constitucional.

É nesse ponto que se conclui pela reclamação como instrumento da evolução da jurisprudência em controle abstrato do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque o instrumento realiza com propriedade a renovação do entendimento da Corte nos termos acima; a reclamação é essencialmente construção da jurisprudência do STF, que vem caminhando no sentido de sua abstração; o rol de legitimados para figurar no pólo ativo da reclamação é maior do que o de ações concentradas; essa atribuição da reclamação pode diminuir a quantidade de reclamações a serem levadas ao Tribunal Pleno; e, ainda, a possibilidade de a Corte renovar seu entendimento é mais fácil em sede de reclamação, ajuizadas cerca de dez vezes mais do que ações concretas e originárias de um caso concreto, mais próximo à realidade. Ressalta-se que, para esse fim, a reclamação deve ser dotada de efeito vinculante.

Além disso, a reclamação é forma precípua de impugnação de atos concretos fundamentados em norma semelhante a outra já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Essa aplicação, ao passo que cumpre de forma eficaz o objetivo da reclamação de garantir a autoridade das decisões da Corte, não implica na adoção da transcendência dos motivos determinantes, uma vez que se impugna ato concreto de efeitos declarados inconstitucionais.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1232*. Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim Tribunal. Publicação Diário da Justiça 1.6.2001.
- _____. *ADI n. 2212*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Publicação Diário da Justiça 14.11.2003.
- _____. *Habeas Corpus n. 82959*. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação Diário da Justiça 1.9.2009.
- _____. *Reclamação n. 4374*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Publicação Diário da Justiça eletrônico 4.9.2013.
- CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Portugal, 2003.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no Processo Civil Brasileiro. In: *Revista do Advogado*, n. 61. São Paulo: AASP, nov. 2000.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução MEURER, Flávio Paulo. 7ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reclamação para garantia da autoridade das decisões dos Tribunais. In: *O Processo: estudos e pareceres*. 2ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução COELHO, Inocência Mártires. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *A força normativa da constituição*. Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HÜBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo, setembro de 2008.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução BUZAID, Alfredo; AIRES, Benvindo; GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MADISON, James. The same view continued and concluded. In: The federalist, p. 230. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/0084_Bk.pdf> Acessado em 5 de dezembro de 2014.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friederich Müller. In: *Revista jurídica da Presidência da República*, v. 7, n. 75, out./nov. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. O uso da reclamação para atualizar jurisprudência firmada em controle abstrato. In: *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 6, vol. 1, maio 2013.

_____. *Curso de direito constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: Editora JusPodium, 2013.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme à constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. In: *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 184, out./dez. 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o direito constitucional americano, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 44-45.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV 15*, São Paulo 8(1), jan./jun. 2012.

VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. Série IDP: linha pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva, 2014.