

Data do recebimento: 9/06/2019

Data do aceite: 10/07/2019

.....

# RECLAMAÇÃO COMO FERRAMENTA DE SUPERACÃO DE PRECEDENTE FORMADO EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

.....

CLAIM AS A TOOL TO OVERRULE PRECEDENT  
ESTABLISHED IN CONCENTRATED CONTROL OF  
CONSTITUTIONALITY

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>

Marco Alexandre de Oliveira Archanjo<sup>2</sup>

---

1 - Pós-doutorando em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutor em Direito Público pela *Aix-Marseille Université* (França). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Autor do livro «Repercussão Geral: balanço e perspectivas» e de vários textos científicos nas áreas de direito constitucional e direito processual civil. Editor do Observatório da Jurisdição Constitucional. Professor de Direito Constitucional na Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP. Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

2 - Pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em MBA em Gestão de Negócios Imobiliários e da Construção Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduado em Gestão de Pequenas e Médias Empresas pela Universidade Salgado de Oliveira.



**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Breve histórico da reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal; 1.1 O uso da reclamação para garantia de direitos subjetivos desrespeitados pela inobservância de provimentos proferidos em sede de controle objetivo de constitucionalidade; 1.2 A função integrativa do instrumento reclamatório na jurisprudência da Corte Constitucional; 2. A Reclamação 4.374; 2.1 Os aspectos antecedentes ao julgamento da Reclamação 4.374; 2.2 O julgamento da Reclamação 4.374: os fundamentos do voto-condutor e a percepção dos demais Ministros; 2.2.1 O processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da LOAS; 2.2.2 A possibilidade de se levar a efeito, em sede de reclamação, revisão de julgamento proferido em controle concentrado de constitucionalidade e a oposição do Ministro Teori Zavascki; 3. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que toca ao novo papel da reclamação: criatividade da jurisdição constitucional ou necessidade sistêmica? 3.1 Segurança jurídica, previsibilidade e precedentes: exame estanque dos parametrizadores históricos do vocacionado instrumento reclamatório; 3.2 Necessidade de superação dos precedentes: parâmetros validadores no processo de mudança jurisprudencial; 3.3 A dificuldade de superação de um precedente no controle concentrado de constitucionalidade ante a necessária atuação dos legitimados; 3.4 A reclamação como meio de combate à inércia dos constitucionalmente legitimados na provocação da jurisdição constitucional objetiva nos casos em que verificada a necessidade de *overruling*; 4. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo analisa o instituto da reclamação, desde os momentos de sua concepção e desenvolvimento até o julgamento da Reclamação 4.374, em que o Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação constitucional, ação autônoma de índole subjetiva, promoveu juízo concentrado de constitucionalidade sobre norma anteriormente declarada válida em controle abstrato. Nesses termos, busca-se compreender, além da pertinência sistêmica da decisão proferida na citada reclamação, as circunstâncias que levaram a Suprema Corte a formar o entendimento pela superação de seu próprio precedente e os motivos que a conduziram a fazê-lo no âmbito de uma reclamação constitucional. Nesse contexto, por meio de pesquisa dogmática, consistente no estudo de doutrina, jurisprudência e legislação, são analisados elementos estruturais concernentes à segurança jurídica, à ideia de precedentes e ao sistema do controle abstrato de constitucionalidade em seu aspecto modal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Constitucional. Reclamação. Controle abstrato de constitucionalidade. *Overruling*.

**ABSTRACT:** This article analyzes the institute of the claim, from the moment of its conception and development until it ends in Claim 4.374, when the Brazilian Supreme Court, in the context of a constitutional claim, an autonomous action with a subjective nature, promoted a judicial review over previously declared valid norm in abstract control. In these terms, it will be sought to understand, in addition to the systemic pertinence of the decision rendered in said claim, the circumstances that led the Brazilian Supreme Court to reach an understanding by overruling its own precedent and the reasons that led it to do so within the scope of a constitutional claim. In this context, through dogmatic research, consisting of the study of doctrine, jurisprudence and legislation, structural elements concerning legal certainty, the idea of precedents and the system of abstract control of constitutionality in their modal aspect are analyzed.

**KEYWORDS:** Constitutional Procedural Law. Claim. Judicial Review. Overruling.



## INTRODUÇÃO

Diante da posição adotada no julgamento da Reclamação 4.374, o Supremo Tribunal Federal apresentou precedente rico e singular à comunidade jurídica, na medida em que os contornos até então conferidos à reclamação – como instrumento processual destinado a preservar competência e garantir a autoridade de decisões – foram redefinidos. Com efeito, o Tribunal Constitucional entendeu pela superação do precedente-parâmetro da reclamação, operando verdadeira rescisão do julgado formado em controle abstrato de normas. Tal pronunciamento irradiou efeitos a todo sistema jurídico, sobretudo no que toca ao contencioso constitucional e à observância dos precedentes judiciais.

Com fundamento em pesquisa instrumental, este artigo analisa o contexto em que foi proferida a referida decisão, refletindo, de maneira crítica, acerca de sua legitimidade e de seus elementos justificadores. Nesse contexto, questiona-se em que medida é legítimo ao Supremo Tribunal Federal superar, em sede de reclamação, precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade. Dois pontos estruturais gravitam em torno desse questionamento: (1) por um lado, a superação de precedentes por meio de reclamação constitucional pode acarretar o enfraquecimento dos precedentes judiciais firmados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que a própria Corte Constitucional – a quem incumbia o dever maior de garantir a autoridade de suas decisões – opta por adotar posicionamento contrário ao julgado do controle abstrato, parâmetro da reclamação; (2) por outro lado, é preciso ponderar se os motivos e as condições fáticas que impulsionaram o posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela revisão do juízo formado na ação direta de inconstitucionalidade se justificam no âmbito de uma conjuntura de análise sistêmica da jurisdição constitucional.

Feitas essas considerações, o artigo parte do histórico da reclamação perante o Tribunal Constitucional, desde seu momento de criação até o de sua ampliação atributiva, aprofundando depois a análise detida das circunstâncias do julgamento da Reclamação 4.374 e do entendimento perfilhado pela Corte naquele momento. Em seguida, avança-se ao exame de elementos sistêmicos estruturais concernentes à segurança jurídica, à ideia de precedentes e ao sistema do controle abstrato de constitucionalidade em seu aspecto modal, para, finalmente, apresentar algumas inferências dos autores sobre o tema.

### 1. BREVE HISTÓRICO DA RECLAMAÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em dissertação sobre a reclamação constitucional, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, já nos primeiros capítulos de sua obra, destaca importante separação conceitual entre as comumente denominadas reclamações. Como aponta o autor, há, de um lado, a reclamação propriamente dita – correspondente ao que hoje se entende por reclamação constitucional –, e, de outro, a reclamação

de índole correicional, também chamada historicamente de correição parcial.<sup>3</sup> Apesar de a última desempenhar papel importante na história do ramo processual,<sup>4</sup> chegando inclusive a contribuir para os contornos da reclamação constitucional, importará ao nosso estudo, especificamente, perquirir de forma mais detida o desenvolvimento do instituto da reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Nesse propósito, cumpre apontar classificação delineada por José da Silva Pacheco,<sup>5</sup> para quem o estudo da reclamação no Supremo Tribunal Federal pode ser feito em quatro fases, assim descritas: (i) a primeira, com a criação do Tribunal; (ii) a segunda, com a inserção da reclamação no Regimento Interno da Corte; (iii) a terceira, com o advento da Constituição Federal de 1967, que outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para “estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos”;<sup>6</sup> e (iv) a quarta e última, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu a reclamação ao patamar constitucional, prevendo-a como uma entre as competências originárias do Juiz Constitucional e reconhecendo-a em sua função de ação autônoma de impugnação.<sup>7</sup>

Na primeira fase, na qual o ajuizamento das reclamações perante a Corte se revelava ora assumindo contornos de correição parcial, ora de garantia da efetividade das decisões do Tribunal, tomava forma mundo afora a teoria dos poderes implícitos, adotada pela Corte Constitucional dos Estados Unidos, a qual, com base em ideais federalistas,<sup>8</sup> desenvolveu assertiva indicativa de que, em havendo previsão de poderes finalísticos outorgados a determinado ente federativo ou Poder, logo estarão compreendidos naqueles também os poderes de meio necessários à sua execução, mesmo que não haja expressa disposição nesse sentido. Esse raciocínio, que conduziu o julgamento do caso *McCulloch v. Maryland*,<sup>9</sup> influenciou também a conformação e o reconheci-

3 - DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 49-50.

4 - Conforme adverte Egas Dirceu Moniz de Aragão em sua tese de livre-docência, a correição parcial, em sua acepção mais moderna, surgiu como consequência do desaparecimento do agravo por dano irreparável, suprimido com o advento do Código de Processo Civil de 1939, e destinava-se a impugnar vícios de procedimento oriundos de infração a regras processuais pelos juízes, em face dos quais não houvesse recurso específico (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correição parcial*. São Paulo: José Bushatsky, 1969. p. 15). Era, portanto, medida de feições administrativa e disciplinar, para a qual se atribuía a possibilidade de reforma do julgado. Essa, talvez, razão da ambiguidade em que empregados os termos reclamação propriamente dita e reclamação correicional.

5 - PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 423-424.

6 - MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. *Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público*, Porto Alegre, n. 12, abr./jun. 2006. p. 23.

7 - Para Gilberto Schäfer, seria a reclamação ação de índole constitucional, “cuja função precípua é a de assegurar a efetividade das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal e, eventualmente, aviltadas/inobservadas pelos demais Tribunais/Juízes ou, ainda, pela Administração Pública Direta ou Indireta”, não se consubstanciando, portanto, em espécie recursal (SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 139-141).

8 - No livro “O Federalista”, ao tratar das classes que restringiriam a autoridade dos estados frente à autoridade federal, John C. Hamilton afirmou: “Had the constitution been silent on this head, there can be no doubt that all the particular powers requisite as means of executing the general powers would have resulted to the government, by unavoidable implication. No axiom is more clearly established in law, or in reason, than that wherever the end is required, the means are authorized; wherever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included”. Disponível em: <[https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Lieber\\_Collection/pdf/Federalist.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/Federalist.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2018.

9 - Segundo Patterson e Reeder, da máxima originada na fala de Hamilton, reproduzida por Marshall no julgamento *McCulloch v. Maryland*, extrai-se que o Congresso tem a prerrogativa de, na execução de um poder que lhe seja expressamente garantido, adotar qualquer meio que (1) não esteja expressamente proibido pela Constituição ou (2) seja inconsistente com a Carta ou espírito da Constituição (tradução livre). PATTERSON, C. Stuart; REEDER, Robert P. *United States and the States under the Constitution*. Philadelphia: T. & J.W. Johnson & Co. Print, 1904. p. 17.

mento do importante papel da reclamação em nosso país, principalmente a partir do que se extrai do julgamento da Reclamação 141 Primeira – o mais marcante dessa fase, segundo Dantas<sup>10</sup> –, em que trecho da ementa do acórdão, claramente embasada nos ideais da teoria dos poderes implícitos, consigna a seguinte afirmativa: “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”.<sup>11</sup>

Na segunda fase, em que a reclamação passa a constar do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, há, como característica principal do período, a superação, em toda medida, de qualquer dúvida quanto ao cabimento do instrumento. Contudo, apesar do avanço rumo à admissibilidade da reclamação, remanesceu questão acerca de sua natureza, dúvida essa que sofria da influência dos vários contornos assumidos ainda na primeira fase, sobretudo porque “a reclamação, no regimento do STF, nascera ainda sob forte influxo da reclamação correicional”.<sup>12</sup> A análise da justificação constante da ata da sessão na qual a reclamação se inseriu no regimento do Tribunal dá conta da ambiguidade apontada,<sup>13</sup> característica essa que perdura ainda em momento da etapa subsequente.

Na terceira fase da classificação proposta por José da Silva Pacheco, o movimento de posituação da reclamação ganha ainda mais força, sobretudo em razão de disposição da Carta Política de 1967,<sup>14</sup> que, outorgando expressamente ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de dispor sobre os processos de sua competência originária, acabou por conferir, por efeito, status de lei a toda normatividade do Tribunal que versasse sobre seus feitos originários. Com isso, a reclamação, que até então tinha sua base em regra de índole administrativa, fixada no plano regimental, passa, assim, à espécie de expediente processual, prevista em norma de hierarquia primária.

Ainda na terceira fase, há outros dois fatores que merecem ser citados, por contribuírem para o reforço do papel da reclamação, ainda que reflexamente: (i) o primeiro, decorrente da redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977<sup>15</sup>, que instituiu o Conselho Nacional da Magistratura, composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal. O aludido Conselho,

---

10 - DANTAS, op. cit., p. 174.

11 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 141 Primeira*. Rel. Min. Décio Miranda. DJ 17.4.1952. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365675>>. Acesso em: 24 out. 2018.

12 - DANTAS, op. cit., p. 191.

13 - “Justificação A medida processual de caráter acentuadamente disciplinar e correicional, denominada reclamação, embora não prevista, de modo expresso, no art. 101, n.ºs I a IV, da Constituição Federal, 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 nos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias, ou de serventuários que lhe (sic) sejam subordinados. Visa a manter 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 de violência ou atentado à ordem jurídica. Assim, a proposição em apreço entende com a atribuição concedida a este Tribunal pelo art. 97, n.º II, da Carta Magna, e vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno.” apud MENDES, op. cit. p. 22.

14 - BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 26 out. 2018.

15 - BRASIL. Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 de abril de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm)>. Acesso em: 26 out. 2018.

entre outras atribuições, tinha a prerrogativa de avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância. Contudo, segundo assevera Dantas, apesar de o Conselho dispor da referida competência advocatória genérica, o que se percebeu, durante os anos que se seguiram, foi um movimento de abstenção, que contribuiu para a consolidação da reclamação propriamente dita, sobretudo em sede jurisprudencial;<sup>16</sup> e (ii) o segundo, decorrente da própria evolução da reclamação, passando desde o reconhecimento da impossibilidade da criação desse instrumento, por outros Tribunais, nos moldes fixados pelo Supremo Tribunal Federal, em face da inexistência de norma constitucional autorizativa, até sua contínua maturação, estruturada na ideia de separação daquilo que seria reclamação propriamente dita e reclamação correicional ou correição parcial.

Com a quarta fase, dada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a reclamação se elevou a patamar constitucional, eliminando, com efeito, qualquer pecha de inconstitucionalidade que ainda pudesse ser aventada em seu desfavor. Foi ainda nessa fase que a reclamação teve sua natureza jurídica, se não completamente definida, ao menos mais bem delineada, inclusive no que tange às suas funções, agora claramente associadas à preservação da competência da Corte Constitucional e à garantia da autoridade de suas decisões,<sup>17</sup> finalidades também verificadas nas ulteriores criadas reclamações destinadas a assegurar a efetividade das súmulas vinculantes<sup>18</sup> e das decisões proferidas nos recursos extraordinários julgados sob a sistemática da repercussão geral.<sup>19</sup>

### 1.1 O Uso da Reclamação para Garantia de Direitos Subjetivos Desrespeitados pela Inobservância de Provimentos Proferidos em Sede de Controle Objetivo de Constitucionalidade

Merece também atenção, por não se distanciar dessas ocupações clássicas, o uso da reclamação no âmbito das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Para isso, importante realizar, em um momento inicial, breve resgate histórico, em que se tem, por emblemático, o julgamento da Reclamação 136-9.<sup>20</sup> Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal apreciou questão concernente à possibilidade de um não interveniente dar cumprimento, em reclamação, à acordão proferido em causa abstrata originária, visto que desrespeitado em particular seu direito subjetivo. Segundo consignado, o julgamento da ação concentrada teria mera feição declaratória, insus-

16 - DANTAS, op. cit., p. 223.

17 - PACHECO, op. cit., p. 431.

18 - A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou as Súmulas Vinculantes, que, se aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, têm efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. No mesmo ato de criação, para preservar a higidez dessas orientações vinculantes, previu-se também o cabimento de reclamação como meio de se garantir a autoridade da súmula. Tão típica essa nova reclamatória em seu objeto que, para Palhares Moreira Reis, despicienda seria a modificação do regimento interno da Corte Suprema pelo advento da emenda constitucional, porquanto conglobada essa nova função da reclamação na já comum ideia de garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. REIS, Palhares Moreira. *Reclamação Constitucional e Súmula Vinculante*. Brasília: Consulex, 2010. p. 123.

19 - No Código de Processo Civil de 2015, é previsto o manejo da reclamação para garantir a observância de decisão proferida em julgamento (i) de incidente de assunção de competência e (ii) de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 988, IV, CPC), sendo, na segunda hipótese, cabível apenas quanto divergente o pronunciamento do tribunal de origem do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal e “esgotadas as vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, CPC)”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos e ações de competência originária de tribunal*. 14. ed. reformada, Salvador: Juspodivm, 2017. p. 632.

20 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 136-9*. Rel. Min. Soares Munoz. DJ 1º.11.1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86671>>. Acesso em: 26 out. 2018.

cetível de execução em sentido processual,<sup>21</sup> motivo pelo qual se reconheceu incabível o manejo do instrumento na situação, dada a falta de ilegitimidade do reclamante.

Referenciado entendimento, por sua vez, foi timidamente superado na Reclamação 397,<sup>22</sup> quando, diante das reiteradas insubmissões de certos Tribunais de origem em dar cumprimento às teses consagradas pela Corte Constitucional em ações diretas de inconstitucionalidade, entendeu-se necessária a atenuação do rigor da vedação jurisprudencial para se permitir, nesses casos, o ajuizamento da reclamação pelos legitimados ao controle concentrado (art. 103, do Texto Constitucional), visto não terem esses participado originalmente do feito fiscalizatório normativo.<sup>23</sup>

Não obstante a forte resistência do Supremo Tribunal Federal em admitir o uso da reclamação como forma de garantia de interesses individuais subjetivos desrespeitados pelo não prestígio à decisão tomada pela Corte em sede de controle abstrato, a Emenda Constitucional n. 3/1993,<sup>24</sup> ao prever a eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões proferidas pelo Juiz Constitucional nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, teve o condão de evidenciar o cabimento da medida reclamatória, ao menos quanto às hipóteses dessas ações.<sup>25</sup> No mesmo sentido foi a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999,<sup>26</sup> que, imprimindo igual eficácia e idêntico efeito das ações declaratórias às ações diretas de inconstitucionalidade, tornou inquestionável o cabimento da reclamação nas ações de controle concentrado para tutela de direitos eminentemente pessoais. Tanto que, por oportunidade do julgamento da Reclamação 1.880 AgR,<sup>27</sup> o Supremo Tribunal Federal reconheceu definitivamente a legitimidade ativa *ad causam* para as reclamações de todos aqueles que pudessem comprovar prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário ou de atos da Administração Pública contrários aos julgados da Corte Suprema em sede de controle objetivo de constitucionalidade.<sup>28</sup>

Disso, observa-se ter a reclamatória sido admitida no contexto das ações diretas sob o influxo de uma série de fatores legislativos e históricos, que, quase em igual medida aos havidos nas fases clás-

21 - Afirmativa constante do voto do Ministro Moreira Alves, para quem caberia, no caso em tela, a impetração de mandado de segurança contra o ato que continuou a aplicar a lei declarada inconstitucional.

22 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 397 MC-QO*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 21.5.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347768>>. Acesso em: 26 out. 2018.

23 - Contudo, ainda era grande a resistência em se admitir a reclamação por terceiros amplamente considerados, uma vez que admitir tal providência equivaleria, segundo palavras do Ministro Celso de Mello, “a converter esse instrumento jurídico-constitucional em sucedâneo dos meios processuais, ordinários ou especiais, vocacionados – estes, sim – a tutelar situações individuais, emergentes de relações concretas”.

24 - BRASIL. Emenda Constitucional n. 3, de 13 de abril de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 de março de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1)>. Acesso em: 26 out. 2018.

25 - STRECK, Lenio Luiz. O instituto da reclamação em face das súmulas (não) vinculantes: a visão da Suprema Corte brasileira e as inovações do novo CPC. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Orgs). *Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.

26 - BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 26 out. 2018.

27 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 1880 AgR*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 19.3.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349828>>. Acesso em: 26 out. 2018.

28 - Tal construção legislativa e jurisprudencial foi plenamente confirmada com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que, alterando os dispositivos dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, pôs fim a qualquer dúvida quanto ao cabimento de reclamação por interesse subjetivo ao fim da garantia de observância de julgado proferido no âmbito de controle fiscalizatório concentrado de normas.

sicas, guardadas, nesse caso, as devidas peculiaridades, permitiram a essa ação constitucional alcançar feição peculiar, qual seja, a de conformadora da ordem constitucional, função essa que, em maior ou menor medida, converge àquela já típica incumbência do instrumento de garantidor da efetividade dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, bem observa Lenio Streck que:

A reclamação constitucional – a sua própria evolução demonstra – não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do STF, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. A tendência hodierna é, pois, que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da totalidade da ordem constitucional. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o STF em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira<sup>29</sup>.

Seguindo a indicação de que a reclamação teria vocação a novas funções, foi possível extrair, mediante pesquisa da jurisprudência da Corte Suprema, outra recente atribuição emprestada ao instrumento, a qual, apesar de igualmente ligada às ações de controle abstrato de constitucionalidade, revela-se uma acepção um pouco distinta, atinente à complementaridade do julgado, em clara natureza integrativa.

## 1.2 A Função Integrativa do Instrumento Reclamatório na Jurisprudência da Corte Constitucional

Na atividade jurisdicional constitucional, é comum que a apreciação da controvérsia seja feita em termos essencialmente abstratos, o que, de outro modo, não poderia se esperar, uma vez que, no controle concentrado, a controvérsia é sempre posta em termos objetivos. Disso resulta, não raramente, certa incompletude do julgado, que, analisando especificamente a questão constitucional, deixa de abarcar eventuais questões conexas, decorrentes da universalidade de um sem número de situações práticas, para as quais posteriormente se reclama esclarecimentos.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395,<sup>30</sup> na qual se consignou a incompetência da Justiça do Trabalho para julgamento das causas em que são partes servidores vinculados ao Poder Público por relação jurídico-estatutária. Em decorrência desse pronunciamento, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, em diversas reclamações, acerca da extensão dessa decisão em relação aos ocupantes de cargos em comissão e aos contratados temporariamente. Amostra do que se afirma, a Reclamação 5.989 AgR<sup>31</sup>, em que se interpretou ser a referida decisão aplicável aos ocupantes desses cargos, na medida em que irrelevante argumentação quanto à precariedade da ocupação.

29 - STRECK, op. cit., p. 312.

30 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.395 MC*. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 10.11.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>>. Acesso em: 27 out. 2018.

31 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 5.989 AgR*. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli. DJe 17.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623086>>. Acesso em: 27 out. 2018.

Podemos ainda citar o ocorrido na Ação direta de Inconstitucionalidade 3.324,<sup>32</sup> quando a Corte Suprema, julgando a validade da regra do processo de transferência *ex officio* entre as instituições de educação superior, prevista no art. 1º da Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997,<sup>33</sup> assentou impositiva a congneridade entre as instituições envolvidas. Mesmo diante dessa decisão, certas instituições públicas de ensino superior continuavam a indeferir pedidos de transferência sob o argumento de que, a despeito de a instituição de origem ser congênere, o ingresso primário teria ocorrido em estabelecimento educacional de natureza jurídica privada, desautorizando, desse modo, a aplicação do precedente do Supremo Tribunal Federal. Em várias decisões monocráticas, entre as quais podemos citar a do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 3.665<sup>34</sup>, afirmou-se não ter o Tribunal Pleno emitido conteúdo decisório sobre as transferências *per saltum*, motivo pelo qual prevalente a norma de regência na situação impugnada.

Percebe-se, com efeito, pelo uso em que empregadas essas reclamações, viés integrativo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal ao instrumento. Passa ele, agora, a também servir à interpretação e conformação da jurisprudência da Corte, voltando-se, em última medida, à proteção da ordem constitucional,<sup>35</sup> porquanto, como afirmaria Fredie Didier, “ajuizada a reclamação, pode o tribunal, interpretando a decisão tida por desrespeitada, rejeitá-la. Ao fazê-lo, o tribunal interpreta sua própria decisão”<sup>36</sup>.

Tal característica, contudo, não teve o condão de afastar a reclamação de sua típica atribuição. Isso porque, nas reclamações integrativas – terminologia adotada neste trabalho –, tem-se verificada, mesmo que com características pouco distintas, a busca pela garantia da autoridade das decisões do Tribunal Constitucional, seja quando se está a conceber a extensão de seu julgado, seja quando se está a afirmar sobre aquilo que se deixou de decidir. Em todas essas hipóteses, não se tergiversa da essência do próprio pronunciamento da Corte, que, em todo caso, remanesce garantido sob a melhor exegese. Talvez por isso seja impertinente, nesse momento, considerar inaugurada uma nova fase além das que já classificadas por José da Silva Pacheco, assertiva essa que, em outra medida, afigura-se merecedora de reparo com o julgamento da Reclamação 4.374<sup>37</sup>.

32 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.324*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 5.8.2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363361>>. Acesso em: 27 out. 2018.

33 - BRASIL. Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997. Regula o parágrafo único do art. 49 da Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9536.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9536.htm)>. Acesso em: 27.10.2018.

34 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 3.665*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 19.12.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000011406&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 27 out. 2018.

35 - Com o advento o Código de Processo Civil de 2015, a reclamação passou a ter papel ainda mais importante no processo constitucional. Por meio da previsão de intervenção de *amicus curiae*, bem como da manifestação do Ministério Público, a reclamação, que originalmente limitava-se à preservação de interesses subjetivos específicos, ampliou seu espectro funcional para servir – contemporaneamente – de espaço aberto à rediscussão de teses. Exemplo disso é a Reclamação 23.242, Rel. Min. Edson Fachin, em que admitida a intervenção de terceiros interessados na discussão acerca do regime moratório do art. 97 do ADCT, instituído pela EC 62/2009.

36 - DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 632.

37 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4.374*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 3.9.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 28 out. 2018.

## 2. A RECLAMAÇÃO 4.374

Como visto, em nenhuma das fases do histórico da reclamação, inclusive consideradas as hodiernas atribuições que lhe foram conferidas, ousou-se emprestar a esse instrumento qualquer função própria das ações de controle concentrado de constitucionalidade, seja na época em que as reclamações propriamente dita e correicional se apresentavam sem maiores distinções, seja quando de seu movimento de positivação, seja ainda após o alargamento de suas funções, ocorrido após o advento da Constituição Federal de 1988. Ao contrário, esse instrumento político, em todo o seu desenvolvimento, orientou-se sempre com o fim específico de garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como de preservar sua a competência nos casos de usurpação por outro órgão jurisdicional.

Por essa razão que a decisão tomada na Reclamação 4.374 é tão peculiar, e, quem sabe, provedora de um encetar atributivo do instrumento reclamatório, pois foi nessa ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, julgando reclamação ajuizada para garantir a autoridade da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232<sup>38</sup>, na qual se reconheceu a constitucionalidade do critério de pobreza fixado para o fim de concessão do benefício de assistência social pela Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993<sup>39</sup> – a também denominada Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) –, levou a cabo controle concentrado de constitucionalidade para reconhecer a inconstitucionalização da citada norma, fazendo-o sob a justificativa de promover juízo hermenêutico de adequação.

Nesse sentido, para que seja possível melhor compreensão da *ratio decidendi* do referenciado julgado, faz-se necessário perpassar o exame dos fatores que influenciaram a decisão da Corte na Reclamação 4.374.

### 2.1 Os Aspectos Antecedentes ao Julgamento da Reclamação 4.374

Por primeiro, tem-se basilar a compreensão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, na qual se questionava a constitucionalidade do critério previsto pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, que, regulamentando a norma de eficácia limitada prevista pelo art. 203, inciso V, da Lei Maior, estabeleceu parâmetro ao fim da concessão do benefício de prestação continuada para pessoas portadoras de deficiências ou idosos.<sup>40</sup> Na oportunidade, entendeu o Supremo

38 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.232*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. DJ 1º.6.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 28 out. 2018.

39 - BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 de dezembro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm)>. Acesso em: 28 out. 2018.

40 - “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

[...]

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.”

Tribunal Federal, a despeito do parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República,<sup>41</sup> e seguindo tese divergente apresentada pelo Ministro Nelson Jobim, que o dispositivo de regência deveria ser o critério objetivo de aferição da condição dos possíveis candidatos ao benefício, na medida em que não dissonante dos termos da Constituição Federal. Ademais, consignou-se que outros parâmetros, se desejados, deveriam ser previstos em lei própria, como resultado da atividade de legislante do poder competente.<sup>42</sup> Entretanto, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence naquela assentada – para quem o critério questionado, mesmo hígido, seria um dos possíveis à comprovação da miserabilidade, motivo pelo qual haveria no caso tão somente inconstitucionalidade por omissão parcial,<sup>43</sup> – parecia prenunciar que a questão ainda continuaria aberta à discussão,<sup>44</sup> o que se confirmou posteriormente.

Mesmo com o julgamento definitivo da matéria pela Corte Constitucional, as instâncias ordinárias relutavam em fechar os olhos à realidade social para aplicar indistintamente o precedente, fato verificado, na maior parte das vezes, em condutas dos magistrados de piso tendentes a encontrar outros meios de aferir a condição de pobreza dos pretendentes ao benefício social de assistência continuada, ainda que em inobservância aos termos legais. Chegou-se, inclusive, ao ponto de a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais Especiais vir a editar, em 2004, o enunciado da Súmula 11, em que fixada a seguinte compreensão:

A renda mensal, per capita, familiar, superior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.<sup>45</sup>

Não inesperado, várias foram as reclamações ajuizadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) visando à preservação da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. De mais significativa, tem-se a Reclamação 2.303 AgR<sup>46</sup>, em que o Tribunal Pleno da

---

41 - Segundo consta do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374, teria o Ministério Público Federal, em parecer assinado pela Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, se manifestado pela interpretação conforme a Constituição do § 3º do art. 20 da LOAS, sendo a tese pelo entendimento de que o citado dispositivo, ao tratar de uma presunção absoluta (*juris et de jure*), não afastaria a possibilidade de comprovação, por outros meios, da condição de pobreza.

42 - Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim: “Compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum pois depende da existência da lei, da definição”.

43 - Voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Sr. Presidente, considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta. Julgo improcedente a ação.”

44 - Observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 3-4.

45 - BRASIL. Turma nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula 11*. DJ 14.4.2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSESSID=pjvb6i62ssf5uon4ns8dcgo480>>. Acesso em: 28 out. 2018.

46 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2.303 AgR*. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 1º.4.2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361858>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Corte, rediscutindo o tema, optou por manter-se firme em sua interpretação, ratificando a decisão estabelecida na ação direta, não obstante houvesse ministro<sup>47</sup> que já entendesse pela pertinência da conjugação de critérios de avaliação da condição de pobreza para concessão do benefício social. Certo é que a questão não deixaria de tomar a pauta do Supremo Tribunal Federal nos tempos seguintes, até sua apreciação peremptória na Reclamação 4.374.

## 2.2 O julgamento da Reclamação 4.374: os fundamentos do voto condutor e a percepção dos demais Ministros

### 2.2.1 O processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da LOAS

Seguindo dois ramos argumentativos, o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, destacou ser o tema material trazido na Reclamação 4.374 carecedor de enfrentamento pelas perspectivas da “omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da Constituição” e do “processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93”<sup>48</sup>, dedicando em seu voto exaustivo esforço argumentativo em cada uma das áreas. Entretanto, por motivo de pertinência, seguiremos extraindo as razões apresentadas no tocante à segunda perspectiva, já que protagonista à conclusão do julgamento em favor do reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo da lei de regência.

Sobre o processo de inconstitucionalização, o voto condutor trouxe resgate histórico, iniciado com o contexto em que editada a LOAS, quando então a renda familiar *per capita* inferior a um quarto de salário mínimo representaria, segundo padrões econômicos e sociais da época, estado de pobreza merecedor de tutela. Porém, conforme consignado pelo Ministro Relator, diante dos avanços econômicos experimentados pelo país desde a década de 1990, decorrentes do controle inflacionário e de reformas legislativas estruturais, que contribuíram para uma melhor distribuição de renda, o citado critério econômico paulatinamente se afastava de sua finalidade de parametrizar objetivamente a situação de miserabilidade para a qual se devia outorgar proteção social. Em razão dessa mudança observada no âmbito socioeconômico, criou-se, nos Programa Nacional de Acesso à Alimentação e Programa Bolsa Família, novo referencial econômico para concessão de benefício assistencial, qual seja, unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo.

Diante desse cenário, em que evidenciadas a defasagem do critério original de aferição de pobreza previsto na LOAS e a constante reinterpretação pelo legislador do critério econômico em matéria social, concluiu o Ministro Relator Gilmar Mendes pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS. Veja-se:

47 - Em seu voto-vista na Reclamação 2.303 AgR, o Ministro Carlos Ayres Britto fez questão de destacar que o critério de carência habilitatório ao benefício já estaria previsto na própria Constituição, de modo que, em excedendo materialmente a lei de regência ao fixar único critério objetivo, seria possível a conjugação de outros requisitos, verificáveis a partir do caso em concreto.

48 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 14.

Resultado de um *processo de inconstitucionalização* decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)<sup>49</sup>.

Contudo, apesar de superado o quadro de inconstitucionalização, restava aberta a discussão acerca da possibilidade de se conferir efeito rescisório a um instrumento reclamatório contra julgado de uma ação direta de inconstitucionalidade.

### **2.2.2 A possibilidade de se levar a efeito, em sede de reclamação, revisão de julgamento proferido em controle concentrado de constitucionalidade e a oposição do Ministro Teori Zavascki**

Para o Relator, ajuizada a reclamação, essa se convolaria em típica ação constitucional de proteção da ordem constitucional, na qual se poderia, inclusive, permitir a revisão de precedente formado em controle concentrado. Esse raciocínio deriva do fato de esse instrumento possibilitar, nos termos da já consolidada jurisprudência, reconhecer-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma norma tida como fundamento da decisão ou do ato impugnado, bem como se reinterpretar os julgados proferidos em controle concentrado, redefinindo-lhes conteúdo e alcance. Sobre essa última função, asseverou o Ministro Gilmar Mendes que:

É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*) que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão<sup>50</sup>.

Aliada a essa considerada ideia atributiva da reclamação, houve ainda aspecto do contencioso constitucional acatado no particular, oriundo da percepção quanto à possibilidade de se reexaminar a constitucionalidade de uma norma outrora declarada constitucional em ação direta. Sobre o tema, constou do voto do Relator entendimento pela pertinência de se levar a novo juízo de compatibilidade com o texto da Constituição norma anteriormente julgada válida quando verificadas mudanças estruturais nos contextos jurídico ou fático que circundavam o primeiro julgamento abstrato, posicionamento esse repousado na doutrina de Hans Brox e Brun-Otto Bryde. Por outro lado, não deixou de ser considerado que, no controle concentrado, a provocação da jurisdição constitucional depende da ação de um dos legitimados constitucionalmente, requisito previsto no consagrado sistema da escola austríaca, em que dependente o juízo de compatibilidade da propositura de uma ação direta fiscalizatória normativa por órgão político investido de tal competência.

49 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 38.

50 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 18.

Trazendo isso para a situação em análise na Reclamação 4.374, em que necessária a revisão da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, presentes ainda os elementos autorizadores ao novo juízo concentrado de constitucionalidade, dada a profunda variação havida nos contextos jurídico e fático e a reduzida probabilidade do ressurgimento da questão pela via da ação direta, apresentar-se-ia a reclamação como o meio próprio de efetivação da Justiça constitucional, ainda que tal exercício implicasse a superação do precedente-parâmetro, pois, nesse caso, estar-se-ia, em última *ratio*, a salvaguardar a própria ordem constitucional. É o que preferiu consignar o Ministro Gilmar Mendes como “oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”.<sup>51</sup>

Tal posicionamento, contudo, enfrentou resistência por parte de outros ministros, sobretudo do Ministro Teori Zavascki, que entendia incabível a atribuição à reclamação do papel de conformador dos precedentes judiciais formados nas ações direta e declaratória, sobretudo quando, nos termos do art. 26<sup>52</sup> da Lei 9.868/99, defesa a rescisão das decisões proferidas nessas ações. Segundo afirmou ainda:

Não cabe em reclamação, que só tem por objeto examinar se houve ou não ofensa à autoridade da decisão do Supremo, fazer juízo sobre as questões decididas, muito menos se presta a reformar ou confirmar o acerto ou não dessas decisões, até porque as partes, na relação de direito material, não estão representadas nessa reclamação. Então, se não se pode fazer juízo sobre o acerto ou desacerto, não se pode também, nesses limites, fazer juízo sobre a constitucionalidade ou não dos preceitos normativos aplicados. Se nós fizermos um juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade no âmbito da reclamação, estaremos, de certo modo, inaugurando uma nova espécie de controle abstrato de inconstitucionalidade<sup>53</sup>.

Em que pesem os argumentos desenvolvidos, ficou vencido o Ministro Teori Zavascki, tendo o Tribunal Pleno do Supremo julgado, por maioria, e com eficácia contra todos e efeito vinculante, inconstitucional o § 3º do art. 20 da LOAS. Foi aqui, com efeito, que se conferiu ao instrumento reclamatório papel de integração na hermenêutica da jurisdição constitucional, atuando, inclusive, como possível revisor dos julgados do controle concentrado, tarefa distinta da até então típica incumbência atribuída ao instrumento de garantidor da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e preservador de sua competência. Talvez por isso possa ser possível afirmar – agora sim – inaugurada uma nova fase da reclamação, que, distanciando-se de seu compromisso histórico, assume, no horizonte do contencioso constitucional, a prerrogativa de desdizer seu próprio parâmetro.

Independentemente do acerto da decisão na exata questão material julgada no caso da Reclamação 4.374, indubitável que a adoção de tal posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, no que toca ao cabimento da reclamação, gerou efeitos sobre o sistema de precedentes e sobre a segurança jurídica, o que pretendemos averiguar a partir daqui, sem, contudo, perder de vista os fatores circunstanciais que influenciaram o Tribunal na ocasião, quando, perseguindo a efetivação da Justiça constitucional no caso apresentado, superou entraves procedimentais para alargar o acolhimento do manejo da ação autônoma de impugnação.

51 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 21.

52 - “Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.”

53 - Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação 4.374. p. 3.

### 3. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE TOCA AO NOVO PAPEL DA RECLAMAÇÃO: CRIATIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL OU NECESSIDADE SISTÊMICA?

Poderá haver aquele que, em uma análise perfunctória do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4.374, afirmará ter esse julgamento refletido postura ativista, pautada pela agenda do neoconstitucionalismo, em que o juiz abandona a função procedimentalista de mero aplicador das leis para assumir compromisso com a efetivação da ordem constitucional, em defesa de interesses de minorias e para fazer prevalecer a Constituição em seus princípios e orientações basilares. Isso porque, ao invés de adotar postura de autocontenção<sup>54</sup> e assim reconhecer a impossibilidade de revisão de seu próprio parâmetro em sede de reclamação, já que, segundo padrões históricos, destinar-se-ia o instrumento à própria preservação de tal parâmetro, teria optado a Suprema Corte, por razão de melhor hermenêutica, avançar, sem grandes preocupações, na busca de uma melhor solução ao problema apresentado, em clara manifestação de superação do formalismo jurídico.<sup>55</sup> A propósito, tal ideia se verifica nas lições de Roberto Barroso quando este afirma que, “em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete”<sup>56</sup>.

Contudo, a despeito de quão frutífera poderia ser a discussão, parece mais salutar, tomada a orientação do presente estudo, tergiversar o debate acerca do pretenso ativismo para dedicar especial atenção à aferição da legitimidade da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal sob o prisma da segurança jurídica e daquilo entendido por um sistema de precedentes, porquanto, em um primeiro olhar, contrapostos de forma mais imediata.

#### 3.1 Segurança Jurídica, Previsibilidade e Precedentes: exame estanque dos parametrizados históricos do vocacionado instrumento reclamatório

Nesse intuito, importante o resgate de lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo quem:

É notório que o ser humano busca constantemente obter segurança, apoiar-se naquilo que seja seguro, sendo este um imperativo psicológico imanente à sua essência. Onde, não tem como dela fugir. Visto que o Direito é uma disciplina da conduta humana, resul-

54 - Segundo pontificam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “os procedimentalistas defendem um papel mais modesto para a jurisdição constitucional, sustentando que ela deve adotar uma postura de autocontenção, a não ser quando estiver em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 90.

55 - Para Mauro Cappelletti, a tônica colocada na criatividade judiciária seria forma de insurgência contra a tradicional ideia do formalismo, em que privilegiado o elemento da lógica em detrimento do voluntarismo discricionário. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1993. p. 32.

56 - BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 9.

ta que jamais poderia afastar-se do que seja uma sua inerência. Logo, haveria obrigatoriamente de refletir em si este traço concordante com a composição da estrutura psicológica dos seres humanos<sup>57</sup>.

Similarmente, vem trazida a segurança em nosso Texto Constitucional como norma-princípio que visa a proteção “de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos”<sup>58</sup> previamente idealizados. É, desse modo, medida de feição prospectiva, que delimita comportamentos e traz aos que se encontram submetidos à determinada ordem jurídica previsibilidade quanto às consequências provenientes da perpetração de determinadas condutas, sem o que, possivelmente, haveria o retorno ao estado de caos. Por essa razão é que a segurança jurídica é vista como uma das maiores conquistas do Estado de Direito, voltando-se, em sua acepção valorativa, à ideia de um ordenamento jurídico seguro, que permite ao jurisdicionado exercer previamente juízo no tocante às implicações de seus próprios atos e omissões.<sup>59</sup>

Nesse sentido, como bem aponta Robert Alexy em seu texto “Segurança Jurídica e Correção”, espionar-se-ia despiendo conceber a segurança jurídica como mero resultado da observância natural daquilo que se denomina princípio da correção, produto esse da idealização moral de determinada sociedade para cooperação e coordenação de seu corpo. Isso porque, sendo a correção de diretriz de natureza meramente valorativa, careceria sua observância de *enforcement* (coercibilidade). Com efeito, não havendo recepção por determinado indivíduo da norma social, deveria aquele ser submetido à repreensão, sob pena de não mais se poder exigir dos demais o cumprimento da norma infringida. É o que implicaria “a necessidade da união de direito e coerção como um elemento decisivo da eficácia social”,<sup>60</sup> isto é, da própria segurança jurídica concebida e esperada do sistema.

Em outro giro, e para permitir a melhor visualização das acepções em que possíveis o emprego da ideia de segurança, Humberto Ávila, ao tratar do aspecto material da segurança jurídica prevista pela Constituição Federal, proclama indicar o termo “estados de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade”. Quanto à cognoscibilidade, o autor assevera que tal acepção deve ser entendida pelo conceito de determinabilidade, “como capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização”<sup>61</sup>. No que tange à confiabilidade, aduz a ideia da permissividade da mudança, em antagonismo ao conceito de imutabilidade, ressaltando, porém, a necessidade de tal mudança se dar em respeito à estabilidade e à continuidade. Por fim, quando trata da calculabilidade, milita a favor da citada conformação com a capacidade de antecipação dos conteúdos normativos, seja quando digam sobre normas vigentes ao tempo da ação, seja

57 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Orgs). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41.

58 - ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 249-250.

59 - PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 44.

60 - ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. In: HECK, Luís Afonso (Org). *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017. p. 41-45.

61 - ÁVILA, op. cit., p. 251.

sobre normas futuras, quando necessário, nessas últimas, que as inovações não se deem de formas brusca, drástica e desleal.<sup>62</sup>

Trazer essas percepções ao mundo da jurisdição corresponde a dizer que os pronunciamentos judiciais, da mesma forma que no tocante aos aspectos normativos, devem, para serem considerados válidos, e a bem da preservação da segurança jurídica, observar os mesmos conteúdos materiais, quais sejam, a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. Assim, ao julgar determinada causa, deve o magistrado, como forma de manter hígida a jurisdição, pronunciar-se convergentemente à interpretação tida por razoável diante dos conceitos normativos, bem como em alinhamento à expectativa de integridade da jurisprudência. Caso não o faça, estará a gerar a insegurança no sistema, fato não desejado em nenhum nível. É o que, para Bruno Dantas, poderia ser considerado como o direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. Para o autor, mesmo a moderna assunção hermenêutica da jurisdição não teve o potencial de derrogar a atual tendência de a sociedade esperar previsibilidade, mais agora das atuações do Poder Judiciário do que da própria lei.<sup>63</sup>

Essa previsibilidade, em última análise, está associada ao que se propõe em um sistema de precedentes. Ao estabelecer a unicidade entre uma série de decisões, gerando coerência entre os padrões de entendimentos e, conseqüentemente, previsibilidade ao sistema, os precedentes tornam a atividade jurisdicional equânime, em que todos os jurisdicionados, ao buscar a solução para os seus casos particulares, recebem respostas não divergentes ou destoantes. Desse modo, quando nenhuma situação ou nenhum indivíduo considerado em particular tem sua esfera de direito tutelada de modo distinto, alcança-se o que Frederick Schauer denomina como equidade por regras decisórias,<sup>64</sup> do que resulta a efetivação da própria Justiça, entendida na materialização do que originalmente se prevê no plano da moralidade. É, pois, na máxima de que “casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente”<sup>65</sup> que encontra guarida a segurança jurídica, já que em um ambiente de linearidade e previsibilidade é que se vislumbra possível a promoção de valores como a liberdade e a igualdade.

Nesse plano, produtora destacar a doutrina de Daniel Mitidiero, para quem:

A compreensão da teoria da interpretação de uma perspectiva lógico-argumentativa retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a liberdade e a igualdade a partir daí devem ser pensadas também diante do produto da interpretação e a segurança jurídica diante de um quadro que englobe tanto a atividade interpretativa como o seu resultado. Dessa forma, o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional. Nessa linha, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do costume judicial e da doutrina, nem da bondade e da congruência social das razões invocadas e

62 - ÁVILA, op. cit., p. 250-252.

63 - DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 149, jan. 2013. p. 29.

64 - SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. ... [et. al.] (Coords). *Precedentes*, Salvador: Juspodivm, 2015. p 76.

65 - Ibid., p. 77.



nem de uma norma constitucional ou legal que assim o determine, mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado.<sup>66</sup>

Ainda que o reconhecimento do caráter vinculativo do precedente como decorrência da institucionalização da jurisdição<sup>67</sup> se revele como pensamento de vanguarda, sobretudo quando historicamente reconhecido o efeito vinculante por força de expressa disposição legal, certo é que o precedente representa necessário parâmetro de preservação no espectro do ordenamento, pois, ao figurar como reconstrução interpretativa, traduz o próprio sistema legal em sua expressão maior. Logo, quando um precedente não é observado, desrespeita-se o próprio ordenamento jurídico, em clara deferência ao voluntarismo. Isso porque, em sendo dependente a afirmação do direito posto de interpretações a serem dadas por decisões judiciais, de forma a eliminar equívocos, figura o precedente como meio para a interpretação de determinada questão, para a qual se indica uma regra de *stare decisis* a ser seguida pelos órgãos judicantes. Produz-se, com efeito, unicidade sistêmica e privilegia-se, de todo modo, a equidade.

Nessa tarefa de persecução da univocidade pelos precedentes, há ainda a proeminência atributiva finalística das cortes superiores nos sistemas de jurisdição. Nesse sentido, podemos citar, a título argumentativo, o papel do Supremo Tribunal Federal, a quem, em nosso modelo constitucional, incumbe a guarda da Constituição. No particular, parece óbvio sustentar que, ao reconstruir semanticamente o disposto no Texto Constitucional e decidir o que com ele é ou não compatível, a Corte formula juízo sobre determinada hipótese para, assim, dar uma interpretação prospectiva e pretensamente única à questão tratada por pronunciamentos dispersos das instâncias ordinárias. Ao assim proceder, estabelece um precedente, o qual, por sua vez, deve ser aplicado aos demais casos de idêntica situação fática. Por essa razão, segundo indica Daniel Mitidiero, seria correto reconhecer nessas cortes superiores a autoridade precípua na criação de precedentes, ao invés, do que muito imaginado, a função institucional na uniformização jurisprudencial.<sup>68</sup>

### 3.2 Necessidade de Superação dos Precedentes: parâmetros validadores no processo de mudança jurisprudencial

Todo o raciocínio desenvolvido até aqui parece dar conta de que, para um sistema jurídico ter seu funcionamento pautado por critérios de segurança jurídica e previsibilidade, no qual precedentes atuam como vetores estabilizantes, servindo ao prognóstico da atuação dos jurisdicionados, necessário que haja linearidade e estabilidade na interpretação do direito. Em outras palavras, uma vez apreciada determinada matéria, o resultado interpretativo deve se manter hígido para outras situações de igual teor, de modo que, em seu efeito prospectivo, o precedente passe a

66 - MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.

67 - Para Roger Stiefelmann Leal, por exemplo, o efeito vinculante não constituiria elemento imanente à ideia de Estado de Direito ou de qualquer modelo de jurisdição constitucional, mas “instituto de natureza complementar, estranho ao sistema”. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 114.

68 - MITIDIERO, op. cit., p. 79.

ser reverenciado pelos órgãos jurisdicionais, ainda que haja qualquer pretexto argumentativo em sentido contrário. Seria dizer que – considerado no ponto o exagero propositado de nossa fala – a expressão máxima de um estado de segurança jurídica se encontraria na imutabilidade dos entendimentos providos pela jurisdição, isto é, quanto mais imutável o precedente, menos insegura a ordem jurídica democrática.

Tal constatação, apesar de encontrar ressonância na exegese da dimensão estática do que se entende por segurança jurídica,<sup>69</sup> não se revela adequada se considerado o aspecto dinâmico dessa, exteriorizado na implementação do critério temporal, associado às vicissitudes cotidianas do corpo social. Com efeito, ao se considerar que o juízo formulado hoje deve prover significância para o amanhã, indicando valores prezados no atual momento, para os quais se espera ulterior garantia de concretização, ainda que diante das inconstâncias do progresso social, a afirmação feita no parágrafo anterior encontra seu padecer. Isso porque a solução de hoje, por mais perfeita que seja, pode não se mostrar adequada em um momento futuro, quando, novamente, os valores vigentes terão de ser confrontados com os novos elementos contextuais.<sup>70</sup> Nesse sentido, bem aponta Alessia Barroso que “a imutabilidade no direito, o engessamento do sistema, pode representar algo tormentoso quando tomado o direito em seu aspecto empírico.”<sup>71</sup> Complementarmente, diz Frederick Schauer, em anotação, que a:

Estabilidade pode ser impecável em abstrato, mas na realidade a estabilidade é alcançada apenas ao se abdicar de alguma de nossa flexibilidade para explorar de modo aprofundado os vários aspectos dos acontecimentos agora perante nós.<sup>72</sup>

A flexibilidade na exploração aprofundada dos aspectos sociais a que se referiu Schauer, não raramente, conduz a interpretação jurídica de determinada circunstância a novos horizontes, sobretudo na hipótese de a solução outrora alcançada não mais se apresentar válida, ao menos diante dos contornos assumidos na nova realidade fática. Nesses casos, em que impositiva a mudança, torna-se questionável se a superação da orientação jurisprudencial anterior representaria providência adequa-

69 - Humberto Ávila, ao tratar do tema, assim prescreve: “A dimensão estática diz respeito ao problema do conhecimento do Direito, ao seu saber, ou à questão da comunicação no Direito, e revela quais são as qualidades que ele deve possuir para que possa ser considerado ‘seguro’ e, com isso, possa servir de instrumento de orientação ao cidadão, em geral, e ao contribuinte em especial. Nesse aspecto, o Direito deve ser compreensível e efetivo. [...] A dimensão dinâmica, a seu turno, refere-se ao problema da ação no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa ‘assegurar’ direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de instrumento de proteção. Nesse sentido, o Direito deve ser confiável e calculável”. (ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 290-291).

70 - Ao cuidar do paradoxo revelado na continuidade do tempo, François Ost pontifica: “o tempo híbrido que o direito aprendeu a iludir: simultaneamente móvel e estabilizado, destituente e instituinte, instituinte e instituído, ele é o tempo da instituição. Ansioso pelas transições, não acredita nem nas manifestações instantâneas, nem nas resoluções permanentes. Consciente das múltiplas trocas entre o direito e o social, relativiza as pretensões das vontades soberanas. Ele sabe que o tempo, como o rio de Heraclito, não pára de correr. Mas, preso aos valores fundadores (o rio tem uma nascente, e o mar é o seu destino), tenta balizar o seu curso com pontos de referência e canalizar o seu fluxo, opondo por vezes alguma moderação à pressão tumultuosa das urgências, outras vezes libertando correntes que estagnavam. Contra a revisão permanente dos textos, faz valer os princípios de segurança jurídica e de confiança legítima, sem os quais não existe elo social durável. Mas quando um contratante ou um juiz se agarra à letra de uma convenção sacralizada, recorda pelo contrário que é preciso saber rever para durar e que a boa fé que deve presidir aos acordos implica a sua adaptação quando estes se tornam injustos”. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 205-206.

71 - CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. De Ayres a Britto: as lições de Carlos sobre a segurança jurídica e o tempo do direito. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos (Orgs). *Liberdade e fraternidade: a contribuição de Ayres Britto para o Direito*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 605.

72 - SCHAUER, op. cit., p. 83.

da, já que, entre seus possíveis efeitos, estaria o enfraquecimento do precedente, desprestigiado pela nova visão, ou se exprimiria medida pertinente no âmbito de um ordenamento jurídico saudável.

Sobre a divergência, segue Humberto Ávila pelo caráter salutar da mudança, em que garantida a integridade da ordem jurídica, até porque, quando protegida a chamada confiança legítima, o que se estaria a fazer seria tão somente evoluir, e não o contrário. Segundo assevera o doutrinador, “a mudança de orientação jurisprudencial, em si, pode ser boa”,<sup>73</sup> especialmente pelo fato de o avançar de um entendimento em matéria já julgada, quando não prescindível e bem fundamentado, pressupor o reconhecimento da própria força do precedente superado.

Entretanto, a atividade hermenêutica revisora não pode ocorrer de maneira livre e irrestrita. Ao contrário, deve haver limites e expectativas correspondidos para que uma mudança jurisprudencial possa vir a ser considerada aceitável do ponto de vista da segurança jurídica. Por primeiro, devem estar previamente presentes elementos de índole fática, evidenciados na distinção dos moldes contextuais (*distinguishing*) ou na não mais correspondência do precedente aos padrões de congruência social, aliados, nesse último caso, à verificação de que as normas jurídicas que guiaram o precedente agora militam mais em favor de sua superação do que sua preservação (*overruling*).<sup>74</sup> Além disso, necessário que a nova interpretação garanta a proteção da confiança legítima, entendida como o produto da valoração de comportamento do cidadão segundo critérios fixados na decisão que se pretende modificar, caso em que inaceitável qualquer pronunciamento que frustrasse expectativas legítimas depositadas na manutenção do pronunciamento objeto de revisão.

Presentes esses pressupostos, poderão ser levados a efeito o *distinguishing* e o *overruling*, servindo o primeiro “justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente” e o *overruling*, para superar totalmente um precedente, hipótese em que o órgão encarregado da sua formulação, mediante consistente esforço argumentativo, demonstra seu desgaste diante de fatores de congruência social e consistência sistêmica.<sup>75</sup>

### 3.3 A Dificuldade de Superação de um Precedente no Controle Concentrado de Constitucionalidade Ante Necessária Atuação dos Legitimados

Por outro lado, ainda que atendidos os requisitos anteriormente apontados, de modo a legitimar uma total mudança de orientação jurisprudencial, há, ainda, na esfera do controle concentrado de constitucionalidade, outra formalidade a ser observada para que se tenha possível a efetivação da superação de um precedente,<sup>76</sup> qual seja, a de haver a provocação

73 - ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 463.

74 - PEIXOTO, op. cit., p. 177.

75 - MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

76 - A superação de um precedente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade somente terá lugar quando o julgamento a ser revisado tiver entendido pela constitucionalidade da norma questionada na nova ação abstrata, pois, do contrário, se considerada inconstitucional no julgamento anterior, a legislação terá sido extirpada do mundo jurídico, pelo que insubsistente em objeto a pretensa superação nesse caso, uma vez que não se afigura possível restaurar a validade de uma norma anteriormente declarada inconstitucional em controle objetivo.

da própria jurisdição constitucional por meio de uma ação própria. Entretanto, antes de se adentrar nessa questão, é preciso fazer digressão sobre o que seria o controle de constitucionalidade, para que, depois, seja possível prosseguir à melhor visualização do problema apresentado neste artigo.

Acerca desse controle, cumpre destacar as palavras de Gilmar Mendes, para quem:

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre as formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos<sup>77</sup>.

Logo, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade nada mais é que o juízo de validade dos atos do Poder Público frente à Lei Maior, cuja obrigatoriedade se impõe a todo o sistema. Tal controle, ao ser realizado pelo Poder Judiciário, dá-se, em regra, repressivamente e com base em dois sistemas. De acordo com Cappelletti, tais sistemas podem ser classificados em difuso, “aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”, e em concentrado, “em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”.<sup>78</sup> Esse último, desenvolvido pelo sistema constitucional austríaco, tem, entre suas características principais, a de demandar meios próprios para o exercício da Justiça constitucional, qual seja, o “exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos”,<sup>79</sup> legitimados para tal fim.

Desse modo, para que o controle objetivo fiscalizatório normativo tenha lugar, imprescindível que um dos legitimados constitucionalmente suscite a jurisdição constitucional; se assim não for, o controle de constitucionalidade não poderá ser levado a cabo, ainda que seja do interesse social a apreciação de determinada matéria. Esse sistema, do modo que desenhado originalmente, gerou distorções procedimentais, justamente verificadas na ausência de interesse de certos legitimados em promover a discussão de determinados assuntos que apresentavam pouco prestígio político. Tanto que, como consequência desse movimento de restrição ao acesso ao contencioso constitucional, foi promovida reforma no sistema constitucional austríaco, em 1929, para admitir a instauração do processo de controle pela Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) e pela Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*). Buscou-se, com isso, o rompimento com a insuficiência do sistema, revelado em sua “excessiva limitação sob o aspecto ‘modal’, em suma, sob o aspecto dos sujeitos a que pertence a legitimação para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional”.<sup>80</sup>

77 - MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.046.

78 - CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 67.

79 - *Ibid.*, p. 104.

80 - *Ibid.*, p. 106-108.



### 3.4 A Reclamação Como Meio De Combate à Inércia dos Constitucionalmente Legitimados na Provocação da Jurisdição Constitucional Objetiva nos Casos em que Verificada a Necessidade de *OVERRULING*

No âmbito do direito brasileiro, apesar do alargado o número de legitimados após o advento da Constituição Federal de 1988, houve situações em que a inércia na instauração do controle de constitucionalidade ainda permaneceu. Exemplo disso é o tema concernente ao critério de pobreza fixado pela LOAS para o fim da concessão do benefício de prestação continuada. Naquele momento histórico, como já destacado, não se observava interesse por parte dos legitimados em suscitar o debate constitucional acerca do assunto, mesmo diante de seu alto apelo social. Fruto disso foi o engessamento do pronunciamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, que precisou, por fim, ser reiteradamente repetido, ante a ulterior insubsistência dos fundamentos adotados no primeiro juízo de constitucionalidade, fruto das significativas mudanças inferidas nos contextos econômico, social e político do país. Exsurge daí, portanto, a dúvida sobre qual seria a legitimidade de a reclamação atuar como instrumento na superação de precedente formado em controle concentrado nas hipóteses de necessário *overruling*, cumulada com a inércia dos legitimados em propiciar o reexame de certa questão no contencioso constitucional.

Nesse contexto, parece plenamente possível – e até desejável – que a reclamação se preste a suprir a deficiência modal do sistema, permitindo que a jurisdição constitucional permaneça aberta à rediscussão e eventual revisão de seus precedentes formados em controle abstrato. Assim, sempre que defrontar situação em que não mais social ou sistemicamente congruente norma outrora reconhecida válida, para a qual nenhum dos legitimados revele interesse em inaugurar a Justiça constitucional, pode a Corte Suprema, respeitando a confiança legítima dos jurisdicionados e mediante profundo esforço argumentativo, valer-se da reclamação como meio de levar a efeito a superação de seu precedente (*overruling*). Isso porque não se coaduna com a melhor hermenêutica a ideia da prevalência de aspectos de ordem formal em detrimento da substância, que deve ser a da busca da melhor interpretação do direito à luz da Lei Maior. Com efeito, mesmo que se sustente estar a reclamação, nessa hipótese, se voltando contra sua essência histórica de preservar seu pronunciamento-parâmetro, bem como operando um efeito rescisório de um julgado formado em controle concentrado – providência defesa por lei –, inegável que a prorrogação de um precedente totalmente desconectado da realidade produz efeitos ainda mais prejudiciais, que vão de encontro à própria legitimidade do sistema, o que não se pode admitir em grau nenhum.

Em outro giro, impende registrar que não se está a afirmar o amplo cabimento da reclamação em seu espectro revisor. Ao contrário, seu manejo está adstrito a situações específicas, verificadas em contexto de Justiça constitucional excepcional, não podendo essa interpretação ser estendida de modo desarrazoado, sob custo do sacrifício da potencialidade do instrumento reclamatório. Nesse sentido, impossível conceber o uso da reclamação para se rescindir uma súmula vinculante quando prevista, na legislação infraconstitucional de regência, a possibilidade de revisão ou cancelamento de enunciado por iniciativa do Tribunal Superior. Do mesmo modo, a superação de entendimento firmado sob a sistemática da repercussão geral prescinde do manejo da reclamação, uma vez que a Corte Constitucional pode afetar outro recurso para que a questão venha a ser novamente discutida e, se for o caso, decidida de outra maneira.

É justamente por isso que a reclamação como medida de revisão apenas tem lugar no âmbito do controle abstrato, já que aqui – diferentemente das primeiras situações apresentadas – verifica-se um obstáculo diante do qual o Supremo Tribunal Federal não dispõe de meios para suplantar seu precedente, porquanto dependente da atuação de outros órgãos. Portanto, por meio de uma postura ativa de prévia indicação da necessidade da derrogação de seu primeiro pronunciamento, em que salvaguardada a confiança legítima dos jurisdicionados, deve-se admitir que o Juiz Constitucional, em sede de reclamação, opere o *overruling* diante da inércia dos constitucionalmente legitimados, sobretudo quando considerado este o único meio de manutenção da congruência sistêmica em face de determinado julgado do controle concentrado desgastado pelo transcurso do tempo.

#### 4. CONCLUSÃO

O instrumento da reclamação, em todo seu desenvolver histórico, sempre se apresentou como meio para preencher lacunas sistêmicas. Isso pôde ser visto na fase de seu surgimento perante o Supremo Tribunal Federal, quando tomou forma para garantir a efetividade dos pronunciamentos do Tribunal – reproduzindo ideais federalistas estabelecidos na teoria dos poderes implícitos –, assim como para sanar a ausência do extinto agravo por dano irreparável, assumindo feição correicional. Em todos esses cenários, a reclamação surgiu como resultado da criação pretoriana em que buscada a melhor efetividade da jurisdição constitucional, ainda que, em um primeiro momento, por balizas imprecisas, que foram sendo paulatinamente mais bem concretizadas com a consolidação da jurisprudência. Desde então, o que se constatou foi um alargamento das funções do instrumento reclamatório, observado, sobretudo, após o advento da Constituição Federal de 1988.

Com a Reclamação 4.374, não foi diferente. O fato de não haver qualquer previsão normativa autorizativa do uso da reclamação como veículo de acesso ao controle concentrado de constitucionalidade de normas – o que em tese fragilizaria o reconhecimento em abstrato da inconstitucionalização do dispositivo legal e, em último plano, a própria necessidade de observância dos precedentes judiciais – não impediu que a Suprema Corte se afastasse de uma postura de autocontenção para valer-se do instrumento como forma de expandir a Justiça constitucional. Assim, em busca de uma melhor hermenêutica, a Corte Suprema alcançou, no julgamento da mencionada reclamação, a solução que melhor se apresentava, ainda que ao custo do enfraquecimento de critérios formais que militavam à época a favor da manutenção do pronunciamento anteriormente proferido em sede de controle abstrato.

Nesse sentido, mesmo que passível de críticas o posicionamento da Corte, não se deve deixar de lado o fato de a reclamação ser fruto da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e, assim, ter natureza singular. Por esse motivo, é perfeitamente concebível imaginar que a reclamação pode estar a tomar novas conformações, as quais, apesar de não terem base legal, justificam-se pela noção dos poderes implícitos outorgados à Corte Constitucional, bem como pela necessidade de adequação dos julgados em virtude da vívida mudança da realidade fática. Logo, imaginar a reclamação como instrumento apto a derogar precedente formado em controle concentrado parece ser providência plenamente factível, especialmente diante de entra-

ves circunstanciais que afastam o contencioso constitucional de sua verdadeira missão, que é a de proteger o Texto Constitucional. Além do mais, quando ocorre de maneira em que privilegiada a chamada confiança legítima, a superação de um precedente implica a própria deferência à segurança jurídica, já que não há como se conceber segurança diante de um pronunciamento que não mais reflete em si valores de justiça e equidade.

Em conclusão, é visão de certa feita inocente aquela que pretende resumir a finalidade maior da reclamação à ideia de garantia da autoridade de decisões e de preservação de competência, sobretudo diante de um sistema jurídico que sempre tenderá a apresentar imperfeições e obscuridades, para as quais se demandará completude. Nessa esteira, ao se considerar não esgotadas as potencialidades da reclamação, seu uso como meio revisor dos julgados em controle abstrato se revela como uma entre as muitas funções que poderão ser ainda atribuídas a essa ação autônoma de impugnação. Porém, antes de avançar nesse sentido, resta crer, por ora, no seu melhor emprego em sua nova função revisora da jurisdição constitucional, que indica o inaugurar de uma nova fase na história da reclamação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Segurança Jurídica e Correção. In: HECK, Luís Afonso (Org). *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correção parcial*. São Paulo: José Bushatsky, 1969.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1993.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. De Ayres a Britto: as lições de Carlos sobre a segurança jurídica e o tempo do direito. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos (Orgs). *Liberdade e fraternidade: a contribuição de Ayres Britto para o Direito*. Salvador: Juspodivm, 2017.

DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 149, jan. 2013.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos e ações de competência originária de tribunal*. 14. ed. reformada, Salvador: Juspodivm, 2017.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Orgs). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. *Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público*, Porto Alegre, n. 12, abr./jun. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PATTERSON, C. Stuart; REEDER, Robert P. *United States and the States under the Constitution*. Philadelphia: T. & J.W. Johnson & Co. Print, 1904.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016.

REIS, Palhares Moreira. *Reclamação Constitucional e Súmula Vinculante*. Brasília: Consulex, 2010.

SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. ... [et. al.] (Coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade

e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O instituto da reclamação em face das súmulas (não) vinculantes: a visão da Suprema Corte brasileira e as inovações do novo CPC. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Orgs). *Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.232*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. DJ 1º.6.2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *ADI 3.324*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 5.8.2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363361>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *ADI 3.395 MC*. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 10.11.2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 136-9*. Rel. Min. Soares Munoz. DJ 1º.11.1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86671>>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 141 Primeira*. Rel. Min. Décio Miranda. DJ 17.4.1952. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365675>>. Acesso em: 24 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 1880 AgR*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 19.3.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349828>>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 2.303 AgR*. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 1º.4.2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361858>>. Acesso em: 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 3.665*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 19.12.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000011406&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 397 MC-QO*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 21.5.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347768>>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 4.374*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 3.9.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *Reclamação 5.989 AgR*. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli. DJe 17.05.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623086>>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Turma nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula 11*. DJ 14.4.2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSESSID=pjvb6i62ssf5uon4ns8dcgo480>>. Acesso em: 28 out. 2018.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 3, de 13 de abril de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 de março de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1)>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 de abril de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm)>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 de dezembro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm)>. Acesso em: 28 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997. Regula o parágrafo único do art. 49 da Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9536.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9536.htm)>. Acesso em: 27 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 26 out. 2018.