V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

ARTURO CAUMONT

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/ Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Arturo Caumont, Orlando Celso Da Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-226-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil constitucional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil vive um momento de transição. Suas instituições, tradicionais e milenares, vêm se adaptando a novas realidades, em constante, mas saudável, tensão entre uma visão mais publicista e constitucional e uma visão mais privatista. Esta última, apesar de fulcrada na tradição, não se olvida da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro e nas novas demandas. Há, por um lado, na dinâmica atual uma utilização de disposições constitucionais abertas aplicadas à legislação civil (Direito Civil Constitucional), mas por outro o Código Civil permanece como o código da liberdade do indivíduo (Direito Civil contemporâneo).

Os artigos presentes nesta coletânea apresentam os dois pontos de vista, representando a pesquisa de ponta produzida pelas instituições nacionais, com a honrosa colaboração do professor Arturo Caumont, da Universidad de la Republica - Uruguay.

Prof. Dr. Orlando Celso Da Silva Neto - UFSC

Prof. Dr. Arturo Caumont - UDELAR

A APLICAÇÃO DO EFEITO VINCULANTE AO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO IMPERATIVO DE SEGURANÇA JURÍDICA

THE APPLICATION OF BINDING EFFECT THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AS IMPERATIVE OF LEGAL SECURITY

Diogo Lopes Cavalcante [1]

Resumo

O instituto do efeito vinculante, oriundo do direito alemão e incorporado na Constituição Brasileira, determina uma ampliação subjetiva e objetiva da coisa julgada, quanto às pessoas submetidas ao julgado e quanto ao conteúdo destes. Este instituto nasceu no controle concentrado de constitucionalidade, todavia, vem sendo aplicado ao controle difuso – aos processos em que a causa de pedir está amparada na inconstitucionalidade normativa. Um fenômeno elogiável de ampliação do instituto dada a proteção que promove à segurança jurídica, à necessária previsibilidade da interpretação normativa no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro.

Palavras-chave: Efeito vinculante, Controle de constitucionalidade, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The institute binding effect, arising from German law and incorporated in the Brazilian Constitution determines a subjective and objective extension of res judicata, for the people submitted to and judged on the content of these. This institute was born in the concentrated control of constitutionality, however, has been applied to diffuse control - the cases in which the cause of action is supported by the rules unconstitutional. A commendable phenomenon of expansion of the institute given the protection that promotes legal certainty, the necessary predictability of normative interpretation under the Brazilian Judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Binding effect, Constitutional control, Legal certainty

[1] Mestre em Processo Civil pela UNIPAR. Especialista em Direito Público pela Unb. Graduado em Direito pela UFPR e Economia pela UNIFAE. Procurador da Fazenda Nacional. Professor da UNIPAR e FASUL.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo acerca da aplicação do chamado efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade, e a decorrência deste fenômeno em relação ao princípio fundamental de segurança jurídica.

De modo que, primeiramente será realizada uma definição do instituto do efeito vinculante, no segundo momento serão pontados os conceitos do controle de constitucionalidade e, por fim, sera tratado o conceito e aplicabilidade do princípio da segurança jurídica.

Tem-se como objetivo, por meio de um pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, confirmar a hipótese de que o efeito vinculante, como instituto de ampliação dos aspectos objetivos e subjetivos da coisa julgada inerente do controle concentrado de constitucionalidade, pode e deve ser aplicável ao controle difuso de constitucionalidade tomando por base o princípio da segurança jurídica, de previsibilidade das relações normativas.

1 O EFEITO VINCULANTE

O chamado efeito vinculante (*Bindungswirkung*), que se trata de um instituto herdado do direito alemão, tem por objetivo outorgar maior eficácia as decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais. Um instituto incorporado oficialmente no direito brasileiro por meio da emenda constitucional nº 3 de 1993.

Trata-se o efeito vinculante de um instituto que visa ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, determinando que casos e normas de teor idêntico que não foram objeto da decisão judicial posta também recebessem os efeitos do julgado por forca da eficácia geral. Ora, as decisões teriam forca de lei, apesar que não ter as qualidades de lei, realizando uma verdadeira interpretação autentica das normas.

Quanto aos limites objetivos, o efeito vinculante determina que a decisão proferida tem forca vinculante não somente no que diz respeito a parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos determinantes da decisão.

Quanto aos limites subjetivos, o efeito vinculante determina que a decisão tenha força de lei (vincule) todos os órgãos judiciais e as autoridades administrativas, evitando que sejam instaurados novos processos idênticos. Ou seja, o efeito vinculante estende eficácia para pessoas que não participaram do processo em que o foi reconhecido.

Eis a redação modificada da Constituição Federal:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I - processar e julgar, originariamente:
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Tal efeito vinculante se apresenta bem justificado no projeto de emenda a Constituição 130/1992 apresentado por Roberto Campos. Justificativa que se faz para ampliação e distinção da chamada eficácia *erga omnes*:

> Além de conferir eficácia erga omnes as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agente públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia as decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando forca vinculante não apenas a parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentou ou motivos determinantes (tragende Grunde).

O professor Gilmar Mendes (1999, p. 01) bem explica o instituto:

> Como se vê, o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional a decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto e, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – e constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado. (MENDES, 2011, p. 1403).

Trata-se, portanto, de uma nova visão da coisa julgada.

O termo coisa julgada descende do direito romano com a palavra "*res judicata"*, onde era justificada principalmente por razões de ordem prática, com vistas à pacificação social e certeza do final do processo. Genericamente, a despeito da coisa julgada, pode-se dizer que é um instituto relacionado ao fim do processo, de modo que sedimenta a imutabilidade da decisão proferida.

Infere-se, então, que a autoridade da coisa julgada prestigia o interesse público, uma vez que se as contestações se perpetuassem, o poder judiciário não teria condições de entregar o provimento aos jurisdicionados como forma de pacificação social, fator que procura acalmar as dissenções e dar certeza e estabilidade aos direitos.

Sob essa ótica dogmática, esgotados os meios para descoberta da verdade jurídica, as decisões proferidas isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados, imunizando-se contra futuras insurgências, como expressão da verdade. Por isso a coisa julgada é considerada juridicamente dotada de presunção de verdade "juris et de jure", vez que não admite prova em contrário, em contraposição à presunção "juris tantum", que pode ser aniquilada por outra prova.

Com vistas à relevância do instituto em comento, no tocante à norma constitucional, o art. 5°, inc. XXXVI, da Constituição Federal, reverencia a coisa julgada com a seguinte redação: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Em análise ao dispositivo citado, desponta a ideia de que o ordenamento jurídico é ávido de estabilidade e segurança. Ao por fim ao processo, a coisa julgada reveste-se do predicado de indiscutibilidade, visando estabelecer segurança no ordenamento jurídico, sobretudo, à pacificação social.

Essa ótica é avalizada por Humberto Theodoro Junior (1996, p. 81): "É-lhe inerente a imutabilidade, que não pode ser infringida nem pelos juízes nem pelo legislador; está elevada à condição de garantia constitucional (Constituição Federal, art. 5.°, inc. XXXVI)".

Sob a perspectiva processual, não se pode compreender a coisa julgada sem por termo ao processo no ordenamento jurídico. Nessa esteira, o Código de Processo Civil em seu art. 467, faz alusão conclusiva sobre a matéria. Em consonância, ensina Humberto Theodoro Junior:

> Diz-se coisa julgada a eficácia de que se reveste a sentença de mérito, quando não mais se mostre sujeita a recurso, tornando-se, por isso mesmo, imutável e indiscutível (Cód. Proc. Civil. Art. 467). Operado o trânsito em julgado, o decidido na solução da causa adquire força de lei, nos limites da lide e das questões decididas (Código de Processo Civil, art. 468). (THEODORO JUNIOR,1996, p. 81).

Daí que extrai que a coisa julgada decorre, em razão da lide já solucionada, com a proibição de julgar, e mais, a proibição de buscar a tutela jurisdicional, que atinge diretamente a jurisdição do juiz e a ação do demandante.

A coisa julgada apresenta-se sob a modalidade formal e a material. A distinção consubstancia-se na ideia de que a coisa julgada formal representa a inimpugnabilidade da sentença prolatada no processo, vez que a coisa julgada material, concebe a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando judicial da parte dispositiva da sentença de mérito, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Segundo o professor Cândido Rangel Dinamarco (2001): "a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.".

Já a coisa julgada material advém da imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito (art. 467 do CPC). Percebe-se, então, como consequência lógica, a indiscutibilidade da sentença fora do processo, de modo que os efeitos que ela produz atingem as pessoas em suas relações. A segurança jurídica, conferida pela coisa julgada material, externa a efetivação do Estado Democrático de Direito. A coisa julgada material está alicerçada, pois, na impossibilidade de modificação do comando sentencial, nos próprios autos, a partir do momento em que não caiba mais recurso, vedando outra demanda para se rediscutir a mesma lide.

O instituto da coisa julgada, ainda, subdivide-se em limites objetivos e subjetivos, estes apontando quais são as pessoas que não podem furtar-se da sua força vinculante e, aqueles delineando a relação jurídica material que se tornou imutável e indiscutível.

No tocante aos limites objetivos da coisa julgada, vale ressaltar, objetivamente, sua autoridade recai sobre a parte decisória da sentença de mérito (WAMBIER, 2012). Conforme dispõe o art. 468 do Código de Processo Civil "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

Os limites subjetivos da coisa julgada estão insculpidos no artigo 472 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que: "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade se trata do mecanismo de filtragem constitucional das normas inferiores sob a luz da Constituição, que corporifica o chamado Estado de Direito. Quer dizer, sob o prisma da pirâmide de Kelsen, trata-se o controle de constitucionalidade o sistema que evidencia que todas as normas do ordenamento jurídico têm como fundamento a Constituição Federal (BASTOS, 2002, p. 345). Eis o princípio da supremacia da constituição, que "revela a sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis" (LENZA, 2008, p. 117).

O controle de constitucionalidade é, pois, um mecanismo para averiguar e aferir se as normas são compatíveis com a Constituição Federal, assegurando a supremacia formal desta. Sendo que, neste processo, verifica-se as normas do ordenamento jurídico do ponto de vista material (seu conteúdo) e formal (procedimento de sua criação), está dividida em subjetiva –

em que se verifica eventual vício de iniciativa – e objetiva – em que se verifica eventual vicio nas fases legislativas.

O controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o controle jurisdicional – exercido pelo Poder Judiciário – de forma repressiva, que retira as normas *a posteriori* do ordenamento, em caso de dissonância com a Constituição. Este controle jurisdicional, entretanto, manifesta-se tanto na forma difusa como concentrada, este com relação as normas em abstrato realizado pelo suprema corte e aquele realizado no caso concreto por qualquer juiz ou órgão do Judiciário. Eis o modelo da Constituição de 1988.

Antes, todavia, na Constituição de 1824, nada versava sobre o controle de constitucionalidade, que apenas foi introduzido no Brasil na Constituição de 1891, de vasta influencia norte-americana, na modalidade difusa apenas. Sendo que, apenas na Constituição de 1967 – ou, na verdade, na emenda constitucional n. 16 de 1965 a Constituição de 1946 – foi somado o chamado controle concentrado, criado por Hans Kelsen.

Note-se que apesar de se adotar o sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo, o Brasil adota certas formas excepcionais de controle de contitucionalidade, seja modalidades de controle preventivo ou seja modalidades de controle repressivo realizada pelos outros dois poderes.

Preventivamente atua o Poder Legislativo por meio de suas comissões de constituição e justiça, para impedir a aprovação de normas inconstitucionais, de mesma forma que se permite ao chefe do Poder Executivo vetar normas aprovadas pelo legislativo que apresentarem vicio de inconstitucionalidade, em que se fala em veto jurídico. Atuação preventiva que também cabe ao Poder Judiciário por meio do julgamento de mandados de segurança impetrado exclusivamente por parlamentares em situações de afronta ao devido processo legislativo constitucional.

Repressivamente, atua também o Poder Executivo negando-se a cumprir normas flagrantemente inconstitucionais e, ainda, atua o Poder Legislativo no controle de medidas provisórias, na atuação de seus tribunais de contas e na sustação de atos de executivo que usurpar o seu poder regulamentar.

Lembrando, sobre esse ultimo ponto, que a inconstitucionalidade das normas pode se dar de forma direta com relação a normas primarias, que tem sua validade diretamente atrelada a Constituição, ou de forma indireta ou reflexa com relação a normas secundarias, que tem sua validade atrelada a normas primarias.

O controle de constitucionalidade, no Brasil, assume classicamente o modelo jurisdicional em dois modelos: difuso (a luz do caso concreto) e concentrado (das normas em

abstrato). Tal modelo difuso, entretanto, apresenta atualmente flexibilidade em seus efeitos *inter partes*, voltando seus efeitos para toda coletividade (*erga omnes*).

Ora, atualmente, o controle difuso de constitucionalidade sofre uma chamada abstratização ou objetivação, tendo em vista que seus resultados, pelo posicionamento da doutrina e jurisprudência atuais, não atinge necessariamente tão somente os sujeitos da relação em questão e do caso concreto posto (efeito *inter partes*). Eis que no controle concentrado, que se procura transcender para o controle difuso, a sentença atinge de forma ampla a todos e não só as partes, o chamado *erga omnes*. Ora, em certas situações, de matérias e interesses que ultrapassam o caso concreto, o Supremo Tribunal Federal pode estipular efeitos gerais à decisão (em grau recursal).

Trata-se, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso fundamentada na mutação constitucional, em vista das necessidades atuais de alcance social. Os que têm posicionamento neste sentido na doutrina justificam o fenômeno na chamada força normativa da Constituição e na sua aplicação uniforme segundo o guardião da Carta Magna que é o STF. Para outros, tratar-se-ia de um processo que tornaria a guarda da Constituição mais eficiente: "Contemporaneamente, temos vivenciado um processo paulatino e incisivo de 'abstratização' do controle de constitucionalidade, com a finalidade precípua de racionalizar e tornar mais eficiente a guarda da Constituição pelo STF." (MORAIS, 2009, p. 60)

Enfim, consta um evidente fenômeno de influência no sistema processual comum de institutos do chamado processo objetivo *no qual não há lide em sentido técnico, nem partes* (BARROSO, 2005, p. 49). Trata-se o processo objetivo de um processo que *tem como característica o fato de não conter contraditório e nele não haver partes; existe um auto, mas não existe a contrapartida no polo passivo* (PAULO, 2001, p. 192).

De modo que, a principal inovação do STF em controle de constitucionalidade é a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* para decisões em casos de controle concreto. Nesse sentido o voto do Ministro Ilmar Galvão nesse sentido junto ao RE 190.725-8/PR:

> (...) declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza.

Razões porque o STF passou a aplicar a transcendência de motivos determinantes também no controle difuso de constitucionalidade. Alguns diriam que seria uma ampliação dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade.

Do ponto de vista da exegese essa abstratização do controle de constitucionalidade se explica na chamada mutação constitucional, em uma releitura ou nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pela necessidade de um novo alcance social. Decorrência disso, no entendimento de Gilmar Mendes, e ora repetido por muitos autores, e o afastamento da regra de suspensão da execução da norma pelo Senado para aplicação de efeitos gerais e a utilização daqui para frente para apenas para dar publicidade a decisão do STF em controle difuso. Nesse sentido:

> A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: 'Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão'), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475 -L, § 1.º, redação da Lei 11.232/05...). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal.
>
> Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países. (SOTELO, 1998, p. 374)

Note-se, entretanto, que não e pacifico na doutrina aplausos a este movimento do Supremo Tribunal Federal:

> Evidente que tal espécie de posicionamento apresenta-se como vertente pratica daquele movimento de 'abstratizacao' do controle difuso já comentado anteriormente, com a finalidade de tornar ainda mais proponderantes as decisões tomadas pelo STF; ainda que estas sejam proferidas em demandas concretas submetidas a Corte pela via difusa de constitucionalidade.
>
> (...) Esse movimento de 'germanizacao' puro e simples, sem considerar as especificidades de nosso sistema misto de controle jurisdicional, não considera a importância que o sistema constitucional brasileiro ainda atribui ao controle concreto/difuso de constitucionalidade, através do qual se permite a solução direta da questão constitucional – seja ela normativa ou concreta, estatal ou particular – direta e subjetivamente em relação aos ndivíduos que estão sendo por ela infringidos (MORAIS, 2009, p. 74-75).

Evidente que esse posicionamento, de abstratização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade tem fundamento do princípio da forca vinculante da Constituição além da aplicação das ideias de supremacia e de aplicação uniforme da Constituição.

Na pratica, portanto, a abstratização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade determina a vinculação dos motivos fundantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário para todos os órgãos do Poder Judiciario e Executivo. Assim leciona Marinoni:

> A decisão proferida em recurso extraordinário, no que diz respeito a questão constitucional envolvida, possui efeitos com qualidades distintas. Alem de atingir as partes em litígio, impedindo que voltem a discutir a questão constitucional para tentar modificar a tutela jurisdicional concedida, a decisão possui efeitos vinculantes, obrigando todos os juízes e tribunais a respeita-la. Consideram-se, nesta dimensão, os fundamentos da decisão, ou, mais precisamente, os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, e não o seu dispositivo. Ou seja, os motivos determinantes – em relação a tutela jurisdicional – se tornam indiscutíveis as partes e obrigatórios aos demais órgãos judiciais.
> Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, essa não produz efeitos no caso sob julgamento, mas não e declarada nula. A norma se torna inaplicável nos demais casos porque os juízes e tribunais ficam vinculados aos fundamentos da decisão que determinaram a inconstitucionalidade. (MARINONI, 2001, p. 268-269)

3 A RESPEITO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Os direitos fundamentais, mais do que quaisquer outros institutos dentro do direito, apresentam-se como conceitos jurídicos indetermináveis, notadamente em função da sua ampla carga valorativa.

Entretanto, parece adequado o singelo conceito que determina que os direitos fundamentais são, em verdade, "pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana". Ora, a luz do núcleo axiológico da Constituição Federal de 1988, certo que os direitos fundamentais apresentam-se como condições elementares para uma vida digna, para materialização da dignidade da pessoa posta como fundamento da República Federativa do Brasil.

Razão porque os direitos fundamentais também são conhecidos pela nomenclatura "direitos do homem". Ora, os direitos fundamentais são condições elementares de vida no direito natural (jusnaturalismo) e em Estados que adotam Constituições não escritas, são chamadas de direitos próprios do homem, próprios à existência do homem, não necessitando nenhuma forma de positivação tal como pressupõe o termo direitos fundamentais em relação às Constituições internas dos Estados ou como pressupõe o termo direitos humanos em relação aos tratados no âmbito internacional.

Ainda, distinção importante acerca dos direitos fundamentais é tratada por Carl Schmitt, que divide os direitos fundamentais do ponto de vista formal e do ponto de vista material. Formal no que diz respeito aos direitos especificados ou positivados na Constituição, e material no que diz respeito àqueles que variam segundo o tipo de Estado, a ideologia e os valores eleitos por cada sociedade. Análise de Schmitt, entretanto, que não é pacífica, principalmente quanto aos defensores de um direito internacional material, em uma unificação e cogência de certas normas de direitos humanas.

Ultrapassada essa distinção, imperioso relembrar a clássica classificação dos direitos fundamentais entre três gerações históricas, entre três épocas em que os direitos fundamentais seriam originários; cada uma delas identificada por um dos lemas da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Em um primeiro momento histórico – que pode-se dizer que inicia com a Magna Carta Inglesa de 1215 e se consolida no século XVIII com a Revolução Francesa de 1789 –, relativo ao surgimento dos Estados nacionais, dos Estados de Direito os Estados Liberais, com abandono dos Estados absolutistas, surgiriam os direitos de primeira geração atrelados ao valor liberdade. Tais direitos, identificados como os chamados direitos civis e políticos, são chamados de direitos de defesa dos indivíduos em face do Estado, em obrigações de não-fazer do Estado, de abstenção, como ensina o professor Fábio Konder Comparato (2002, p. 51).

Passando a um segundo momento histórico – que tem início no final do século XVIII e se consolida no início do século XX com as Constituições Mexicana de 1917 e da República de Weimar de 1919 –, com a passagem do Estado de Direito para o Estado Social ou Estados Sociais de Direito, decorrem os direitos de segunda geração identificados pelos direitos sociais, culturais e econômicos (CAMBI, 2009, p. 175). Direitos identificados pelo valor igualdade chamados de direitos de prestação do Estado ou direitos de fazer determinada obrigação ou melhoria das condições de vida e de trabalho dos indivíduos.

E, por fim, em um terceiro momento histórico – que tem início no começo e se consolida no final do século XX –, com a passagem do Estado Social de Direito para o chamado Estado Democrático de Direito, surgem os direitos de terceira geração associados ao valor fraternidade. Direitos relativos aos direitos coletivos que se apresentam como abstenção e prestação dos Estados ao mesmo tempo, que determinam obrigações de fazer e não-fazer, possibilitando efetivação do valor democracia, da efetiva participação do cidadão na coisa pública, com respeito aos direitos fundamentais.

Gerações de direitos fundamentais que, todavia, não se traduzem por etapas em que se supera totalmente o contexto anterior; sim etapas em que a nomenclatura mais adequada seria

a de dimensões, considerando a incorporação ou soma de direitos que ocorre, dos direitos de matriz liberal, passando aos de matriz social, até se chegar aos direitos coletivos, determinando uma bolha eclética de direitos subjetivos do cidadão. Direitos, vale ressaltar, que se somam a uma seria de deveres fundamentais implícitos de vida em sociedade, de "não violar ou impedir a concretização dos direitos de terceiros".

Os direitos fundamentais apresentam diversas características que determinam especial âmbito de sua aplicabilidade, especiais restrições essenciais para correta intepretação da matéria.

Primeira destas características tem-se a historicidade, a compreensão de que os direitos fundamentais soam como produto de evolução histórica, como fato histórico. Como características que devem ser analisadas em conjunto tem-se a inalienabilidade e a irrenunciabilidade, a impossibilidade dos direitos serem transferíveis e negociáveis, tanto a titulo oneroso como gratuito. Mais a frente pode-se citar a imprescritibilidade, que determina que os direitos fundamentais não deixam de ser exigíveis pela falta de uso. Ainda, tem-se a universalidade, a determinação de que os direitos fundamentais sejam conferidos a todos os seres humanos sem distinção. Por fim, fala-se na limitabilidade e na concorrência, na constatação de que um direito fundamental limita o outro, de que nenhum direito fundamental e absoluto, que um direito concorre com o outro direito. Quer dizer, os direitos devem ser exercidos cumulativamente, devem conviver um com o outro; eis a ideia de concordância pratica entre os direitos fundamentais, de exercício simultâneo no caso concreto.

Os direitos fundamentais apresentam aplicação imediata, conforme previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Uma aplicação imediata para além da data de vigência da Constituição diriam os jusnaturalistas, transcendendo para ideia de ser humano, para o momento de nascimento ou de concepção (vida uterina).

Logicamente que os direitos fundamentais apresentam graus diferentes de eficácia, mas sempre com um grau mínimo de eficácia. A ideia de que os direitos fundamentais devem ser cumpridos na maior medida possível, independentemente de os direitos sejam reconhecidos de eficácia plena, contida ou limitada. Eis a ideia, também, de eficácia dos direitos fundamentais que impede o descumprimento dos preceitos constitucionais por qualquer ato ou preceito infraconstitucional em sentido contrário. Mais do que isso, a ideia de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de que os direitos irradiam para os três poderes determinando que: i) o Poder Legislativo promova a regulamentação dos direitos fundamentais infraconstitucionalmente; ii) o Poder Executivo promova políticas públicas para efetivação dos

direitos fundamentais; iii) o Poder Judiciário conduza a resolução dos conflitos direcionada para a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, importante relembrar que os direitos fundamentais não apresentam apenas eficácia vertical, mas também eficácia horizontal. De modo que os direitos fundamentais não são exercidos apenas em relação ao Estado, mas também em face dos demais indivíduos.

Feita essa introdução, observe que a ideia de segurança está relacionada com a tranquilidade de exercício de direitos por parte dos indivíduos, da existência de relações jurídicas estáveis dentro da sociedade. Afinal, os indivíduos têm direito a conhecer antecipadamente as consequências jurídicas dos seus atos.

A segurança jurídica, por outro lado, pressupõe a observância do valor da justiça, da entrega pelo Poder Judiciário ou a indicação por parte do órgão em exercício da jurisdição da melhor solução ao caso concreto, da solução que favoreça um equilíbrio ou proporcionalidade nos direitos e deveres envolvidos na relação jurídica posta. Direitos, que sofrem colisão, a serem concordados, a sofrerem concordância pratica (CAMBI, 2009, p. 461-462) no caso concreto por meio da proporcionalidade.

Nessa perspectiva, a segurança jurídica, calcada nos parâmetros constitucionais de proporcionalidade (de devido processo legal substantivo), constitui poderoso fator de paz na sociedade.

Ora, o homem sempre almejou previsibilidade e segurança nas relações sociais e o direito é um eficaz instrumento para concretização desses anseios.

Curiosamente ou não, cabe observar que o mesmo principio da segurança jurídica que determina a ampliação do efeito vinculante para o controle difuso de constitucionalidade, por outro lado, determina uma contração do controle de constitucionalidade, com a possibilidade de concessão de efeitos não-retroativos a declaração de inconstitucionalidade de algum dispositivo infraconstitucional, como previsto no artigo 27 da Lei 9868/99. Luiz Guilherme Marinoni bem explica:

> Quando nãos se outorga efeito retroativo a decisão de inconstitucionlidade, objetiva-se preservar as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Nesta situação entre em jogo a relação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, mas certamente não importa a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais. A segurança jurídica e deduzida para proteger situações consolidadas que se fundaram na lei declarada inconstitucional, mas não para justificar ações que se pautaram em precedente revogado. (MARINONI, 2011, p. 268)

A introdução do efeito vinculante no Brasil confunde-se profundamente com a corporificacao pretendida no princípio da segurança jurídica. Isso porque a introdução desse

instituto se deu com a introdução da chamada ação declaratória de inconstitucionalidade junto a emenda constitucional n. 3 de 1993. Tal ação tem como finalidade central afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade da lei ou ato normativo federal, tornando a presunção relativa de constitucionalidade do normativo em presunção absoluta, para preservar a ordem jurídica. Zeno Veloso bem explique que na *ação declaratória de constitucionalidade, o que se pretende, em nome da certeza e segurança jurídica, e delindar a controvérsia, tirar a dúvida, superar a polemica em torno da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal.* (VELOSO, 2000, p. 281)

Por sua vez, na dinâmica constitucional posta, a ampliação do efeito vinculante relacionado com a abstratização do controle de constitucionalidade, apresenta-se como necessária reafirmação do valor segurança jurídica.

Isso atinge diretamente: i) todos aqueles que estão sujeitos ao poder político estatal – o poder de impor a vontade estatal coercitivamente –, especificamente no que diz respeito à solução de conflitos decorrentes da interpretação e aplicação do sistema normativo; e ii) aqueles que tem por poder-dever impor o poder estatal, especificamente no que diz respeito à solução de conflitos e a aplicação normativa (poderes executivo e judiciário). Passamos a análise separadamente.

Todos os sujeitos de direito, ou melhor, todos os indivíduos que contraem direitos e deveres, estão sujeitos à tutela jurisdicional na medida que podem ser partes integrantes de conflitos de interesses. Tais indivíduos, inegavelmente, tem seus conflitos de interesses sujeitos a todas as decisões com efeito vinculante dos tribunais superiores. Daí a importância do tema posto.

Do ponto de vista do princípio da segurança jurídica, note que os indivíduos podem, nessa nova perspectiva, antever com maior precisão as conseqüências de seus atos. Ora, evidente que os tribunais superiores determinando efeito vinculante a seus entendimentos resta muito mais translúcido a orientação do sistema normativo sobre determinada matéria, tornando previsível o tratamento de questões futuras no âmbito do poder judiciário. A exemplo cita-se o sistema tributário nacional, cujos entendimentos acerca da constitucionalidade de muitos atos normativos primários e secundários proferidos pelo Supremo Tribunal Federal são essenciais para determinação de diversos custos de transação dentro da economia brasileira; custo que incorpora-se ao termo "custo Brasil", ao custo global de realização de negócios no Brasil.

Isso sem falar, no que diz respeito ao princípio da isonomia ou da igualdade, resta evidente que a utilização do "efeito vinculante" submete os indivíduos sujeitos a relações e matérias análogas a um tratamento jurisdicional idêntico. Nesse sentido:

> A razão fundamental para seguir um precedente decorre do princípio da universalidade, ou seja, a exigência, imposta pela Justica como qualidade formal, de se tratar casos iguais de modo semelhante. A universalização do procedente, aos casos sucessivos, depende da analogia entre os fatos analisados no julgamento-paradigma e aqueles em que o julgado anterior pretente servir como criterio da decisão. (CAMBI, 2011, p. 300)

Passando para perspectiva do segundo grupo de indivíduos, certo que são impactados diretamente todos os órgãos que compõe tanto o poder judiciário como o poder executivo. Ora, sendo o *efeito vinculante* uma ordem mandamental proferida aos poderes do Estado, com exceção do Poder Legislativo (sob pena de engessamento do sistema normativo), note-se que o alargamento qualitativo deste efeito apresentado determina uma mudança profunda na rotina de trabalho destes órgãos.

Quer dizer, a forma como estes órgãos e agentes públicos são impactados a luz da segurança jurídica reside também na aplicação da celeridade processual. Ora, a ideia de combate de combate à morosidade processual determinada pelo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal – incluído na Carta por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a reforma do Poder Judiciário – é particularmente efetivada pela aplicação em maior escala (qualitativa e quantitativa) do chamado *efeito vinculante*. Certo que os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, em muitos casos de interesses resistidos, aplicando meramente entendimento *vinculados* dos tribunais superiores, permitirão uma clara repercussão positiva de velocidade do processamento de processos administrativos e judiciais. De modo que o comportamento muitas vezes moroso das partes, como a estrutura deficiente dos órgãos judiciais e a complexidade de muitas matérias não deve determinar retardamento excessivo dos processos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese posta em discussão, de ampliação do chamado *efeito vinculante* ao controle difuso de constitucionalidade, determina inegável atributo da segurança jurídica, pela previsibilidade posta nas relações sociais, de estabilização jurídica.

Trata-se esse fenômeno como indiscutível na doutrina atualmente. Afinal "não há dúvida que as decisões proferidas em recurso extraordinário produzem eficácia vinculante em relação aos seus motivos determinantes, assim como as decisões prolatadas em controle principal." (MARINONI, 2011, p. 270)

A ampliação dos efeitos da coisa julgada determina um evidente efeito social positivo tanto para todos os jurisdicionados ou jurisdicionáveis como para todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

Os efeitos positivos da hipótese, ainda, para além da segurança jurídica ou da maior previsibilidade do posicionamento dos tribunais superiores, reside na proteção da isonomia e celeridade processual. Isonomia composta do tratamento homogêneo de relações jurídicas equivalentes. E, por fim, celeridade processual composta de respostas judiciais ou pré-jurisdicionadas mais rápidas, mais eficientes.

Outros, por fim, ainda lembrariam da *proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais* como dever dos Tribunais Superiores, a ser protegido pelo chamado efeito vinculante estendido ao controle difuso de constitucionalidade (MARINONI, 2011, p. 283).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____ ; MINGATI, Vinicius Secafen. **Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica**. Revista de Processo 196. 2011. P. 295/314.

COMPARATO, Fábio Konder et al. **Fronteiras do direito contemporâneo**. São Paulo: D.A. João Mendes Junior, 2002.

DIDIER JR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo Jose. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, n. 2, jul.-dez./2001, São Paulo: Imprensa Oficial.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficacia temporal da revogacao da jurisprudencia consolidada dos Tribunais Superiores.** Revista dos Tribunais 906. Abril de 2011. Pgs. 255/283

MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Revista Juridica Virtual. Brasilia, vol. 1, n. 4,

agosto 1999, in http://www.previdencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em 01 de setembro de 2013.

_____ ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAIS, Dalton Santos. **Critica a caracterizacao da atuacao senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional**. Revista de Processo 176. 2009. P. 50/91.

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

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciencia Politica. São Paulo: RT, n. 29, 1999.

SILVA, Claudio Fontes Faria e. **Neoconstitucionalismo, ponderação e racionalidade: o critério de correção argumentativa do ponto médio de ruptura**. Revista da AGU. Ano X. Numero 29. Brasilia, jul/set 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOTELO, José Luiz Vasquez. **A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Revista de Processo. **Coisa Julgada, Ação Declaratória Seguida de Condenatória.** RePro 81/82. Jan-mar./1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** Editora Revista dos Tribunais, 12ª edição.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.