

DCAPDIREITO ADMINISTRATIVO
CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

DOCTRINA

Nº 01 - JANEIRO/99

PÁGINA 27

A EFICÁCIA *ERGA OMNES* DAS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

*Gilmar Ferreira Mendes **

1. Considerações Preliminares: A declaração de constitucionalidade

Não obstante a larga utilização jurisprudencial do conceito de eficácia *erga omnes*, não cuidou a doutrina brasileira até aqui de lhe conferir maior densidade teórica.

Parece assente, entre nós, orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal se refere à parte dispositiva do julgado.

Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão de que lei questionada é constitucional, haverá de afirmar expressamente a sua constitucionalidade, julgando procedente a ação declaratória proposta. Da mesma forma, se afirmar a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, deverá o Tribunal declarar a constitucionalidade da lei que se queria ver declarada inconstitucional⁽¹⁾.

Questão que tem ocupado os doutrinadores diz respeito, todavia, à eventual vinculação do Tribunal no caso da declaração de constitucionalidade.

Poderia ele vir a declarar, posteriormente, a inconstitucionalidade da norma declarada constitucional? Estaria ele vinculado à decisão anterior?

O tema suscitou controvérsias na Alemanha.

A *eficácia geral ou força de lei (Gesetzeskraft)* da decisão da Corte Constitucional que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão⁽²⁾.

(1) ADC nº 1, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 157, p. 371 (387).

(2) Cf., a propósito, BVerfGE 33, 199 (203 s.), Brox, Hans, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festschrift für W. Geiger, p. 810 (825); Lange, Klaus, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, p. 1 (6 s.).

Por isso, sustenta Vogel que a aplicação do disposto no § 31, (2), da Lei Orgânica do Tribunal, às decisões confirmatórias somente tem significado para o dever de publicação do julgado no Diário Oficial, uma vez que a lei não pode atribuir efeitos que não foram previstos pela própria Constituição.

Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de que outras pessoas não vinculadas pela coisa julgada ficassem impedidas de questionar a constitucionalidade da lei, o que acabaria por atribuir à chamada eficácia *erga omnes* (*força de lei*) o significado da autêntica norma constitucional⁽³⁾.

É o que afirma na seguinte passagem de seu estudo sobre a eficácia das decisões da Corte Constitucional:

"A proteção para as decisões confirmatórias da Corte Constitucional que transcendesse a própria coisa julgada não encontraria respaldo no art. 94, II, da Lei Fundamental. Semelhante proteção, que acabaria por impedir que pessoas não atingidas pela coisa julgada sustentassem que a decisão estaria equivocada e que, em verdade, a lei confirmada seria inconstitucional, importaria na conversão da força de lei (Gesetzeskraft) em força de Constituição (Verfassungskraft). (...) O § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade; Essa ampliação somente se aplica, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê (...)"⁽⁴⁾.

A Lei Fundamental e a Lei Orgânica da Corte Constitucional não legitimam essa conclusão, seja porque a norma constitucional autoriza expressamente o legislador a definir as decisões da Corte Constitucional que devem ser dotadas de força de lei, seja porque o legislador não restringiu a eficácia *erga omnes* apenas às decisões de índole cassatória.

É certo, por outro lado, que a conclusão de Vogel afigurar-se-ia obrigatória se, tal como ressaltado por Bryde, se conferisse caráter material à *força de lei* (*Gesetzeskraft*) prevista no § 31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional⁽⁵⁾.

Se, todavia, se considera a força de lei, tal como a doutrina dominante, como instituto especial de controle de normas – e, por isso, como um instituto de índole processual⁽⁶⁾ –, não expressa esse conceito outra idéia senão a de que não pode o Tribunal, num novo processo, proferir decisão discrepante da anteriormente proferida⁽⁷⁾.

(3) Vogel, Klaus. Rechtskraft und Gesetzeskraft, *in*: Starck, Christian (org.) Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen, 1976, vol. I, p. 568 (613).

(4) Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft, *in*: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, I, p. 56 (613).

(5) Bryde, Brun-Otto. Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden Baden, 1982, p. 408.

(6) Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, *in*: Festschrift für W. Geiger, p. 809 (818); Maunz, *in*: Maunz, entre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31, n. 42; Bryde, Verfassungsentwicklung, *cit.*, p. 409.

(7) Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *JuS* 1978, p. 1 (6 s.); Bryde, Verfassungsentwicklung, *cit.*, p. 408.

Convém registrar, a propósito, o pensamento de Bryde:

"Essa idéia (que reduz a força de lei, nos casos de declaração de constitucionalidade, ao simples dever de publicação) somente se afigura obrigatória se se considerar a força de lei nos termos do § 31, II da Lei Orgânica da Corte Constitucional como um instituto de caráter material. Efetivamente, uma decisão da Corte Constitucional não pode transformar uma lei inconstitucional em uma lei conforme à Constituição. Todavia, se se contempla a força de lei como instituto de coisa julgada específico para o controle de normas, então a vinculação erga omnes não significa uma convalidação (Heilung) de eventual inconstitucionalidade da lei confirmada, mas, tão-somente, que essa questão já não mais poderá ser suscitada no processo constitucional. Contra essa concepção não se levantam objeções de índole constitucional. A idéia de Estado de Direito (mais exatamente, a vinculação constitucional da atividade legislativa, art. 20) exige a possibilidade de controle de normas, mas não impõe a abertura de incontáveis vias para esse fim"⁽⁸⁾.

Não se pode cogitar, portanto, de superação ou de convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei que não teve a sua impugnação acolhida pelo Tribunal⁽⁹⁾.

A fórmula adotada pelo constituinte brasileiro não deixa dúvida, também, de que, além do efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, a decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos (eficácia *erga omnes*).

Do prisma estritamente processual, a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, não se tem uma *mudança qualitativa* da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo.

A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente⁽¹⁰⁾. Não fica o legislador, igualmente, impedido de alterar ou mesmo de revogar a norma em apreço.

É certo, porém, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir essa orientação, uma vez que a questão estaria definitivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

(8) Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 408-409

(9) Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 408; Maunz, *in*: Maunz, *Dentre outros*, *Bundesverfassungsgesetz*, § 31, nº 37

(10) Maunz, Theodor, *in*: Maunz, *entre outros*, *Bundesverfassungsgesetz*, § 31, nº 42, Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1995, p. 222

2. Limites objetivos da eficácia *erga omnes*: a declaração de constitucionalidade da norma e a reapreciação da questão pelo Supremo Tribunal

Se o instituto da *eficácia erga omnes* entre nós, tal como a *força de lei* no direito tedesco, constitui categoria específica de direito processual, afigura-se lícito indagar se seria admissível a submissão de lei que teve a sua constitucionalidade reconhecida por um novo juízo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível, desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema:

“Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = Verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas (Lebensverhältnisse) ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração”⁽¹¹⁾.

Na mesma linha de entendimento, fornece Bryde resposta afirmativa à indagação formulada:

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

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

(11) Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festschrift für W. Geiger, p. 809 (826)

constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional (Verfassungsverständnis)⁽¹²⁾.

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas⁽¹³⁾ ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes⁽¹⁴⁾.

Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny⁽¹⁵⁾, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*⁽¹⁶⁾, de modo que as alterações posteriores que modifiquem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*)⁽¹⁷⁾.

Daí parecer-nos plenamente legítimo que se suscite perante o Supremo Tribunal Federal⁽¹⁸⁾ a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade.

3. Eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade proferida em ação declaratória de constitucionalidade ou em ação direta de inconstitucionalidade

É possível que o Supremo Tribunal Federal venha a reconhecer a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade ou a procedência da ação direta de inconstitucionalidade. Nesses casos, haverá de declarar a inconstitucionalidade da lei questionada.

(12) Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., pp. 412-413.

(13) BVerfGE 33, 199; 39, 169.

(14) Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 409; Brox, *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht*, in: *Festschrift für W. Geiger*, p. 809 (818); Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 100, nº 139; Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 228.

(15) Cf. Liebman, Enrico Tulio, *Eficácia e Autoridade da Coisa Julgada*, Rio de Janeiro, 1984, p. 25-26: "De certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* (Savigny, *Sistema* (trad. ital.), VI, p. 378), enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença (...). O que há de diverso nestes casos – refere-se às chamadas sentenças determinativas ou dispositivas – não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevinham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo, por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente".

(16) Cf., também, dentre outros, Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, tradução da 5ª edição alemã, Barcelona, 1950, p. 273 s.

(17) Mendes, Gilmar Ferreira, *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*, 1990, p. 73.

(18) O Supremo Tribunal reconhece expressamente a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por mudança nas circunstâncias fáticas (cf., a propósito, RE 105 012-8, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 1:07.88).

Em face do texto constitucional, não subsiste dúvida de que a decisão de mérito sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade é dotada de *eficácia contra todos*.

Significa dizer que declarada a inconstitucionalidade de uma norma, na ação declaratória de constitucionalidade, deve-se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico, salvo se, por algum fundamento específico, puder o Tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (v.g. declaração de inconstitucionalidade com efeito a partir de um dado momento no futuro)⁽¹⁹⁾.

Aceita a idéia de nulidade da lei inconstitucional, sua eventual aplicação após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria a aplicação de cláusula juridicamente inexistente.

Efeito necessário e imediato da declaração de nulidade há de ser, pois, a exclusão de toda ultra-atividade da lei inconstitucional. A eventual eliminação dos atos praticados com fundamento na lei inconstitucional terá de ser considerada em face de todo o sistema jurídico, especialmente das chamadas *fórmulas de preclusão*.

4. A eficácia *erga omnes* da declaração de nulidade e os atos singulares praticados com base no ato normativo declarado inconstitucional

A ordem jurídica brasileira não dispõe de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação⁽²⁰⁾. Não se deve supor, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade afeta todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.

(19) Cf. Projeto de Lei nº 2 960/1997 do Poder Executivo, que oferece nova disciplina ao processo de controle abstrato de normas, o art. 27 da aludida proposta contém a seguinte regra: "Art. 27 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

(20) § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*:
 "(1) É legítimo o pedido de revisão criminal nos termos do Código de Processo Penal contra a sentença condenatória penal que se baseia em uma norma declarada inconstitucional (sem a pronúncia da nulidade) ou nula, ou que se assenta em uma interpretação que o *Bundesverfassungsgericht* considerou incompatível com a Lei Fundamental.
 (2) No mais, ressalvado o disposto no § 92 (2), da Lei do *Bundesverfassungsgericht* ou uma disciplina legal específica, subsistem íntegras as decisões proferidas com base em uma lei declarada nula, nos termos do § 78. É ilegítima a execução de semelhante decisão. Se a execução forçada tiver de ser realizada nos termos das disposições do Código de Processo Civil, aplica-se o disposto no § 767 do Código de Processo Civil. Excluem pretensões fundadas em enriquecimento sem causa".

Embora a nossa ordem jurídica não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade⁽²¹⁾, concede-se proteção *ao ato singular*, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no *plano normativo (Normebene)* e no *plano do ato singular (Einzelaktebene)* mediante a utilização das *fórmulas de preclusão*⁽²²⁾.

Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade⁽²³⁾.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Admite-se que uma das causas que pode dar ensejo à instauração da ação rescisória do âmbito do processo civil - violação a literal disposição de lei (art. 485, inciso V, do Código Processual Civil) - contempla, também, a inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgado⁽²⁴⁾. Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão (CPC, artigos 485 e 495).

Assim, enquanto no modelo consagrado pelo § 79, (2), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, se admite a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução (Código de Processo Civil Alemão, § 767), a impugnação de sentença trânsita em julgado, no sistema brasileiro, somente há de se verificar por via de ação rescisória.

Em julgado de 13 de setembro de 1968, explicitou-se essa orientação de forma cristalina:

"A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança (...)."⁽²⁵⁾

Esse entendimento foi reiterado posteriormente, enfatizando-se que a execução judicial de uma decisão transitada em julgado não pode ser obstada com a oposição de embargos à execução, uma vez que a nulidade dessa decisão deve ser aferida do âmbito da ação rescisória⁽²⁶⁾.

(21) Cf. a propósito, RMS 17.976, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ 55, p. 744.

(22) Ipsen, *Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt*, Baden-Baden 1980, p. 174 s.

(23) Cf. RE 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, Diário da Justiça de 13.7.1977.

(24) MS 17.976, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ 55, p. 744 s.; RE 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ de 13.7.77.

(25) RMS 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ 55, p. 744.

Em acórdão mais recente, ressaltou-se que “a execução (...) está amparada no respeito à coisa julgada, que se impõe ao Juízo executante, e que impede que, sobre ela (e até que venha a ser regularmente desconstituída a sentença que lhe deu margem), tenha eficácia o acórdão posterior desta Corte.”⁽²⁷⁾.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou de impugnação.

5. A eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade e a superveniência de lei de teor idêntico

Poder-se-ia indagar se a eficácia *erga omnes* teria o condão de vincular o legislador, de modo a impedi-lo de editar norma de teor idêntico àquela que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade.

A doutrina tedesca, firme na orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* – tal como a coisa julgada – abrange exclusivamente a parte dispositiva da decisão, responde negativamente à indagação⁽²⁸⁾. Uma nova lei, ainda que de teor idêntico ao do texto normativo declarado inconstitucional, não estaria abrangida pela *força de lei*.

Também o Supremo Tribunal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado⁽²⁹⁾.

Tanto é assim, que, nessas hipóteses, tem o Tribunal processado e julgado nova ação direta, entendendo legítima a propositura de uma nova ação direta de inconstitucionalidade e não de simples reclamação.

* Procurador da República; Professor da Universidade de Brasília - UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988); Doutor em Direito pela Universidade de Münster - República Federal da Alemanha - RFA (1990).

(26) RE 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, Diário da Justiça de 1-7-77.

(27) Reclamação 148, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 109, p. 463.

(28) Cf., Pestalozza, Christian, Verfassungsprozessrecht, 3ª edição, Berlin, 1991, p. 333. Bryde, Verfassungsentwicklung, cit., p. 407.

(29) ADIn 907, Relator: Ministro Ilmar Galvão, RTJ 150, p. 726; ADIn 864, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 151, p. 416.