

PARECER

Distinção entre suspensão de vigência e eficácia de norma inconstitucional e materialidade do direito suspenso em processo cautelar de ação direta de inconstitucionalidade com liminar concedida

Ives Gandra da Silva Martins^(*)

Formula-me o eminente advogado Dr. José Fernando Martins Ribeiro a seguinte consulta:

«Como é do conhecimento de V. Sa., em face de liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias e pela Procuradoria-Geral da União, contestando a incidência do ICMS sobre as atividades comerciais desenvolvidas pelas empresas aeroviárias, foram suspensos os efeitos das leis, normas e regulamentos que dispõem sobre a tributação de tais atividades.

Algumas empresas aéreas, no entanto, anteriormente à concessão da liminar, pressionadas por Execuções Fiscais decorrentes do não recolhimento regular do referido imposto, culminaram por celebrar acordos para pagamento parcelado dos débitos até então constituídos.

Com a concessão da liminar, consoante já foi dito, ficaram suspensos todos os efeitos das leis, normas e regulamentos que estabelecem sobre a imposição do tributo às atividades comerciais das empresas aeroviárias, uma vez que se vislumbra a inconstitucionalidade de tal imposição.

O entendimento que adotamos, é no sentido de que a liminar deferida, incorpora efeitos *ex tunc*, uma vez que a inconstitucionalidade, se ao final definitivamente reconhecida com o julgamento do mérito, terá confirmada a invalidade das normas que determinaram a cobrança do imposto, desde o nascimento das mesmas.

(*) Professor Emérito da Universidade Mackenzie, titular das Faculdades de Direito Econômico e Constitucional.

Segundo nosso entendimento, esse fato permite a sustação, inclusive, do pagamento das parcelas relativas aos acordos celebrados.

No entanto, alguns Estados, através de suas Procuradorias Gerais, têm manifestado o entendimento de que os efeitos da liminar são apenas *ex nunc*, não atingindo, desta forma, os parcelamentos concluídos. Diante de tal entendimento, vêm denunciando os acordos e pleiteando a continuidade das Execuções Fiscais.

Tal situação, além de impor às empresas aeroviárias, o ônus de continuarem pagando débito constituído em razão de normas reconhecidas como provavelmente inconstitucionais, ainda compreendem o risco de tornar o prejuízo assumido pelas mesmas empresas, irreparáveis, na medida em que a Súmula 71 do STF, torna controverso o cabimento de restituição de impostos indiretos, mesmo quando reconhecida a inconstitucionalidade da imposição.

Diante de tais fatos, valem-nos da presente para solicitar um parecer sobre o efetivo alcance da liminar concedida na aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade e, bem assim, sobre a legalidade do procedimento adotado pelas Procuradorias Gerais de Estado que pretendem a continuidade do pagamento das parcelas dos acordos celebrados anteriormente à concessão da liminar, sob pena de prosseguimento das Execuções Fiscais até então suspensas».

A questão levantada pelo eminente advogado suscita questões que merecem reflexão maior para que conclusões apressadas não sejam tiradas das decisões do Supremo Tribunal Federal, que concedam liminar nos processos cautelares de ação direta de inconstitucionalidade, em que seus efeitos são *ex nunc*, não comportando, todavia, tais efeitos, o reconhecimento de que a materialidade do direito declarado inconstitucional passaria a ser dicotômico, isto é, constitucional até à concessão e inconstitucional depois.⁽¹⁾

A reiterada confusão — muitas vezes, a «conveniente» confusão provocada pelo Poder Público atingido na sua atuação inconstitucional — entre efeitos processuais da liminar e materialidade do direito deve ser, de vez, espancado para que não se macule o bom direito.

O aspecto nodal da questão reside no fato de que o controle abstrato de constitucionalidade ou concentrado implica a declaração pela Suprema Corte da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou ato administrativo de caráter normativo, norma ou ato estes cuja vigência e eficácia ficam suspensas, se a declaração decorre da medida liminar, e que são, ao final, afastados do universo jurídico quando da decisão definitiva pelo Pretório Excelso, se reconhece a inconstitucionalidade.

Ao contrário do controle difuso da norma, em que a relação jurídica em questão é examinada pelo Supremo, valendo sua decisão entre as partes do processo, no controle abstrato, a decisão da Suprema Corte, declarando a inconstitucionalidade de determinada norma, nasce com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.⁽²⁾

Discutiu-se se, no controle concentrado, tais efeitos seriam peculiares apenas às ações declaratórias de constitucionalidade, tendo em vista a expressa menção feita pelo

constituinte de que nesse tipo de ação as decisões proferidas são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mas o exame mais aprofundado do dispositivo revela que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* são inerentes ao controle concentrado por qualquer uma das formas admitidas pelo texto constitucional. ⁽³⁾

Com efeito, se no controle difuso se exige — e não entro no mérito da razoabilidade ou não dessa intervenção do Legislativo — a participação do Senado Federal para que dê os respectivos efeitos à decisão judicial proferida pela Suprema Corte no exercício do controle difuso da constitucionalidade, decididamente, não teria sentido que no controle concentrado fosse obrigada a Suprema Corte a submeter-se à resolução do Senado para estender a sua decisão a todos os cidadãos submetidos à imputação normativa atingida. ⁽⁴⁾

Em outras palavras, se o controle concentrado em que a Suprema Corte decide *in abstracto*, se provocado por ação direta de inconstitucionalidade, não implicasse a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, à evidência, teriam a mesma conformação de um controle difuso, sequer declarando a «lei» entre as partes, sempre que o autor fosse entidade não representativa de segmento da sociedade, mas do próprio Poder Público, como Procurador-Geral da República e até mesmo o Presidente da OAB, que é uma autarquia federal.

Nada obstante a referência constitucional expressa aludir somente à ação declaratória, há de se entender que implicitamente tais efeitos são ínsitos à direta de inconstitucionalidade até porque as duas ações configuram facetas complementares do mesmo fenômeno de salvaguarda judicial da lei suprema. ⁽⁵⁾

Com efeito, sempre que não provida, a ação direta de inconstitucionalidade implica uma declaração de constitucionalidade, tendo os efeitos desta e não daquela. Por outro lado, sempre que não provida uma ação declaratória de constitucionalidade, ganha ela contornos de ação direta de inconstitucionalidade, porque seus efeitos são idênticos àqueles de uma declaração de inconstitucionalidade.

Dessa forma, no controle concentrado a eficácia é sempre *erga omnes*, assim como o efeito vinculante, não dependendo, tais decisões, de resolução senatorial para ganhar tal perfil cogente.

No controle difuso, não. Vale a decisão da Suprema Corte como sinalizadora para as instâncias inferiores, mas sem o aval do Senado, não ganha a universalidade das decisões em sede de controle abstrato. Vale entre as partes, mas não para todos, sequer vinculando a magistratura das instâncias inferiores e segui-la. Apenas as partes do processo estão vinculadas, de forma definitiva, no teor da decisão ofertada, exceção feita à hipótese de rescisória nos casos legais previstos. ⁽⁶⁾

À evidência, uma decisão do STF em controle difuso representa sólida manifestação do Poder Judiciário. Indiscutível sinalização na interpretação do bom direito, ofertando, tal orientação, mesmo no controle em concreto, a exegese a ser seguida pelos sujeitos à imputação normativa examinada. No controle difuso, agir em desacordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal é correr sérios riscos de insucesso judicial em pleitos apresentados, em face de a máxima Corte oferecer, em suas decisões a «segurança» jurídica, que é um dos cinco direitos fundamentais do cidadão. ⁽⁷⁾

Com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ou sem eles, representa a construção jurídica conformada pelo Supremo Tribunal Federal a correta exegese do bom direito, razão pela qual, sempre que, no controle difuso, decida a Suprema Corte em uma direção, magistrados e Tribunais passam, na grande maioria das vezes, a segui-la, independentemente da resolução senatorial, o mesmo ocorrendo com o Poder Público.

Como diz Hart, a lei é o que a Suprema Corte diz ser. E a decisão, seja no exercício do controle difuso, seja naquele do controle concentrado, é sempre a interpretação da Suprema Corte sobre a estruturalidade da norma examinada, desde que decida sobre o direito material e não sobre questões procedimentais ou processuais, visto que estas, o mais das vezes, dizem respeito ao próprio Regimento do Sodalício. ⁽⁸⁾

Em outras palavras, em nome da «segurança jurídica», um dos cinco fundamentos maiores dos direitos da cidadania e da ordem legal de um Estado, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre constitucionalidade, em sede de controle concentrado ou difuso, correspondem à correta interpretação do direito aplicável à sociedade, a ser seguida por todos. ⁽⁹⁾

O direito material é o que resulta da exegese do Pretório Excelso, tenha a decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, em controle concentrado, ou careça desses efeitos porque proveniente do controle difuso. É a correta interpretação da norma vigente para o País, nenhuma outra interpretação sendo melhor.

É que, no direito brasileiro, não prevalece o princípio próprio do direito alemão pelo qual a norma declarada inconstitucional produzirá efeitos de constitucionalidade até sua declaração, podendo mesmo, a Corte Constitucional, prorrogar eficácia de constitucionalidade à norma inconstitucional por tempo determinado, a fim de as estruturas jurídicas adaptarem-se à nova exegese superior. ⁽¹⁰⁾

No Brasil, a norma substantiva, ou é constitucional, ou é inconstitucional. Se inconstitucional, o vício, uma vez declarado, atinge a norma na própria estruturalidade de origem, isto é, ela é inconstitucional desde seu nascimento. Se um «imposto» for tido por inconstitucional, é como se nunca tivesse tido a conformação de tributo, mesmo que, por variadas razões, aquela quantia integrada ao patrimônio público jamais venha a ser repetida. ⁽¹¹⁾

A estruturalidade da norma, no direito brasileiro, ou tem desde sua origem perfil constitucional, ou, desde a origem, possui a mácula do vício maior de uma norma, que é sua desconformidade com a Constituição.

Por essa razão é que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar uma norma inconstitucional, por força do princípio da segurança jurídica, no controle difuso ou concentrado, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* ou não, sempre exterioriza a correta interpretação do direito, sinalizando ou obrigando aqueles que estão sujeitos à sua interpretação a segui-la, visto que, mesmo no controle difuso, indica a Suprema Corte que, se as questões versando a mesma matéria lá chegaram, sem falhas processuais, será aquela a sua orientação. ⁽¹²⁾

Tão longa introdução se fazia necessária para distinguir, no controle difuso ou concentrado, o peso da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, de um lado, e o da

Distinção entre suspensão de vigência e eficácia

declaração do direito material, de outro, versando sobre a constitucionalidade ou não de uma norma ou ato administrativo de perfil produtor de direito.

Ainda dois outros aspectos relevantes merecem reflexão nesta longa introdução, que, todavia, facilitará a resposta sucinta às questões formuladas.

O primeiro diz respeito à liminar concedida no processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade. Por ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação — visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado —, tem o STF entendido, desde a Representação 1391/CE, que os efeitos da liminar são *ex nunc* e não *ex tunc*.⁽¹³⁾

À primeira vista, poder-se-ia admitir, numa aproximação menos avisada, que tais efeitos permitiriam a existência de uma dupla interpretação, semelhante ao direito alemão, isto é, de que a norma seria constitucional e inconstitucional, sendo constitucional até a decretação de sua suspensão e inconstitucional a partir dela. Seria uma espécie de norma material «hermafrodita», com duplo e simultâneo perfil de constitucionalidade e inconstitucionalidade, durante a vigência da liminar.⁽¹⁴⁾

Em outras palavras, numa visão mais apressada, aquela decisão tem sido interpretada como se a norma material — não a processual — fosse constitucional e inconstitucional no tempo, valendo sua constitucionalidade anterior na plenitude até a declaração de sua inconstitucionalidade.⁽¹⁵⁾

Meridianamente, não foi isto que a Suprema Corte decidiu naquela ocasião.

O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público, no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas *constituídas e completadas*. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso.

Se a mera suspensão da vigência e eficácia da norma com efeitos *ex nunc* exteriorizasse a constitucionalização dessa norma no tempo pretérito, atingido estaria o próprio direito à discussão da relação jurídica conformada pela norma, via controle difuso, visto que ao declarar, o Supremo Tribunal Federal, a norma inconstitucional, para o futuro, *consolidaria* a constitucionalização da norma para o tempo pretérito, aberração inadmissível no direito pátrio.⁽¹⁶⁾

E, à nitidez, fosse correta esta exegese, a eficácia *ex nunc* e o efeito vinculante teriam, de forma absoluta, assegurado a inconstitucionalidade futura, vedando ao Poder atuar de acordo com a norma, e garantindo ao Poder Público a constitucionalidade pretérita, sem qualquer direito do cidadão, seja via controle difuso, seja pela negativa de cumprimento de lei ou ato não constitucional, de opor-se à norma tida por violadora da lei suprema.⁽¹⁷⁾

Nada seria tão ilógico quanto ofertar esta visão de «hermafroditismo» jurídico, com dupla conformação da norma, a de ser e de não ser constitucional no tempo.

Há, portanto, que se distinguir os dois efeitos da liminar, ou seja, o primeiro, de suspender a vigência e eficácia da norma a partir daquele momento, e o segundo, o de considerar aquela norma inconstitucional desde o início, não se admitindo existência ou não do vício, à luz do enfoque temporal.

E, à nitidez, se há suspensão da eficácia e vigência *ex nunc*, a desconstituição de situações definitivas só se dará após a decisão definitiva na ação principal.

O que em nenhum momento, em face dos elementos atrás apresentados, pode-se admitir, é a complementação de relação ainda não definitivamente constituída ou completada, após o julgamento da medida cautelar em sentido contrário.⁽¹⁸⁾

Nesse ponto, há de se considerar uma dupla face do mesmo assunto.

Se, à luz do direito tido por inconstitucional, tiver sido a relação jurídica constituída e completada, nem por isso, em sede de controle difuso de constitucionalidade, estará o prejudicado, pela Constituição, impedido de contestar tal situação, correndo o processo judicial seu caminho normal para que se manifeste o Poder Judiciário sobre a materialidade do direito, para o que há de se levar em consideração — sem ainda estar obrigado de forma vinculada — a sinalização da Suprema Corte.⁽¹⁹⁾

Se, todavia, a relação jurídica não tiver sido definitivamente constituída e completada, à evidência, não poderá o Poder Público tentar completá-la sob a alegação de que a eficácia da medida vale para o futuro e que a norma que lastreou seu pedido seria constitucional paro o passado.

Nessa hipótese, à evidência, poderá o Poder Público ser tido por litigante de má-fé, visto que pretende completar uma relação jurídica — ainda não constituída ou completada — lastreada em norma tida por inconstitucional pela Suprema Corte, isto é, pretende exigir o cumprimento de uma norma tida por inconstitucional, no seu aspecto material.⁽²⁰⁾

Visualizo, com notável clareza, uma nítida distinção entre a norma tida por inconstitucional *ex tunc* e os efeitos da liminar sobre as relações constituídas e completadas, que são *ex nunc*, sem prejuízo de sua contestação, via controle em concreto.

Cristalinamente, todavia, relação jurídica não constituída ou não completada, à luz do direito pretérito, não poderá, após a decretação da inconstitucionalidade de norma, mesmo em sendo de medida liminar, ser constituída ou completada, como se vigente fosse ainda aquele direito.⁽²¹⁾

Não há como confundir a estruturalidade da norma, que é ou não constitucional *ex tunc*, com a suspensão de sua vigência e eficácia, que se dá só para estes efeitos *ex nunc*.

O outro aspecto diz respeito ao art. 166 do CTN e às Súmulas 71 e 546. Nada obstante o meu inconformismo com os três enunciados, que consagram o princípio da ilegalidade eficaz, nas ações de restituição de tributos, como princípio tão importante como o da legalidade, pois garante ao Erário ficar com o indevido, sempre que não provar ter o contribuinte de direito tido prejuízo ou estar autorizado a repetir, é fundamental que se diga que apenas vale para ações de repetição.⁽²²⁾

Em nenhum momento, o Supremo Tribunal Federal ou o art. 166 autorizam o Estado a exigir tributo considerado indevido pela Suprema Corte, após tal declaração, de contribuinte que não o tenha recolhido, por força dos referidos dispositivos.

Em outras palavras, o contribuinte de direito que assumiu o risco de não pagar um imposto indireto ou real, por entender inconstitucional a sua exigência, não poderá ser obrigado a recolhê-lo, após a decretação de inconstitucionalidade, sob a alegação de que, por ser o tributo indevido, o contribuinte de fato suportou o ônus.

Pelo referido dispositivo e pelas Súmulas do Supremo Tribunal Federal não pode o contribuinte repetir, mas também não pode o Estado exigir «tributo indevido» porque não é tributo e o princípio da estrita legalidade impede que alguém seja obrigado a recolher o que não deve por lei. ⁽²³⁾

Se prevalecesse tal exegese, o princípio da ilegalidade eficaz — que prevalece para as ações de restituição — seria muito mais relevante que o da legalidade, visto que poderia, o Poder Público, criar tantas leis inconstitucionais quantas quisesse em matéria tributária, com a certeza de que sempre poderia receber qualquer «tributo indevido» até a decisão final do exame de constitucionalidade pela Suprema Corte, sem qualquer espécie de responsabilidade e com a certeza de que não seria obrigado a repetir !!! ⁽²⁴⁾

As duas Súmulas e o art. 166 do Código Tributário Nacional, por enquanto, protegem, se não configuradas as hipóteses mencionadas, o Erário de restituir, mas não o autoriza a exigir de quem não pagou aquilo que não é devido, exatamente por não ser devido.

É de se lembrar que um dos argumentos fundamentais, na questão da navegação aérea, é o de que a intromissão dos Estados na competência privativa da União em explorar diretamente ou através de concessão, permissão ou autorização tais serviços, é que gerou o profundo descompasso nos orçamentos das empresas, todas elas tendo tido pesados prejuízos nos últimos anos. ⁽²⁵⁾

Há que se considerar, finalmente, que, desde a vigência da Constituição de 1988, jamais o Supremo Tribunal Federal revogou liminar concedida contra o Poder Público em ação direta de inconstitucionalidade, visto que, ao decidir sobre a liminar, em todas as questões, entra em profundidade na discussão do mérito, hospedando, na exegese, muito mais do que apenas a fumaça do bom direito.

Foi, de resto, o que ocorreu no presente caso, visto que as quatro horas de debate para a concessão da medida foram exclusivamente sobre o mérito da ação e não apenas sobre questões processuais ou sobre a fumaça do bom direito. O pedido cautelar foi exaustivamente discutido no mérito, sendo muito pouco provável — nunca tendo acontecido — uma mudança de orientação da Suprema Corte. ⁽²⁶⁾

Não se deve esquecer que, ao conceder a medida liminar, como já referiram diversos ministros daquela Casa Suprema, repetidas vezes, têm eles plena consciência de que uma mudança de orientação no julgamento final trará prejuízo irreparável para o Poder Público, de tal forma que apenas a concedem quando estão plenamente convencidos da inconstitucionalidade da norma. ⁽²⁷⁾

Isso posto, entendo que a consulente, em todas as relações jurídicas não definitivamente constituídas ou completadas, tem o direito de não se submeter a qualquer exigência posta pelos Erários dos diversos Estados. Nas defesas administrativas, judiciais ou nos parcelamentos obtidos, não mais obrigada está a pagar ICMS aos Estados, sendo os próprios parcelamentos indevidos, na medida em que os Estados exigem a título do ICMS o que não é tributo, e tal inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. E não pode o Estado, pelo princípio da moralidade pública, exigir tributo indevido, risco de ser tido por litigante de má fé e praticarem seus servidores crime de excesso de exação. ⁽²⁸⁾

Em relação aos pagamentos já efetuados, embora a eficácia da liminar concedida seja *ex nunc*, nada impede que seja proposta, de imediato, a ação de repetição de indébito, na medida em que um dos pressupostos para sua proposição é a demonstração de que suportou o ônus do «tributo», o que é facilmente comprovável pelos sucessivos prejuízos que a empresa teve nos últimos exercícios, decorrentes de uma carga tributária insuportável para as empresas de navegação aérea, cujas tarifas são fixadas pela União.

E, nesse caso, nada impede que tal ação seja agora proposta, porque nela se irá discutir a materialidade do direito, que não protege os interesses do Erário mas a pretensão do contribuinte.

Em face da inconstitucionalidade da exigência, o próprio retardamento do Estado em devolver o que cobrou indevidamente, entendo ferir o princípio da moralidade pública e as relações de respeito à lei, que deve haver entre Fisco e contribuinte, visto que, quando o contribuinte não paga o devido, pode ser até criminalizado, não se justificando que nada ocorra quando os agentes do Poder Público não devolvem o que recolheram indevidamente. ⁽²⁹⁾

Sendo, pois, o princípio da *moralidade pública* o mais relevante princípio que rege a Administração Pública, repito, não há como justificar qualquer retardamento do Poder Público em devolver o indevidamente arrecadado, posto que, quando não recebe aquilo a que tem direito, em face da legislação vigente, parte, inclusive, para a criminalização do contribuinte. ⁽³⁰⁾

Embora as relações constituídas estejam sujeitas ao processo ordinário de repetição do indébito, bem agiria o Estado se, pelo princípio da moralidade pública, devolvesse *ex spontanea* sua aquilo que ilegalmente arrecadou das empresas aéreas, levando-as à pré-insolvência, conforme demonstram os balanços de todas elas, desde o início da exigência inconstitucional.

S.M.J.

São Paulo, 17 de outubro de 1994.

(1) Ana Maria Scartezini ensina: «Desde a Constituição de 1891 prevê-se o controle da constitucionalidade das leis, embora o projeto de 1823, que não se transformou em Constituição pela dissolução da Assembléia Constituinte, já não reconhecesse valor à lei contrária à letra e ao espírito da Constituição.

Distinção entre suspensão de vigência e eficácia

O sistema constitucional atual agasalha dois critérios em que se examina a compatibilidade da lei com o Texto Maior: controle difuso e controle concentrado.

O controle difuso, também denominado via de exceção, tem por escopo a subtração do indivíduo dos efeitos de uma lei inconstitucional; qualquer interessado pode suscitar a questão, em qualquer processo, em qualquer Juízo. Revela-se, portanto, um instrumento de garantia dos direitos subjetivos do indivíduo.

Ampara-se, porém, de tal forma a lei que só por maioria absoluta dos membros dos tribunais decreta-se sua inconstitucionalidade ou a de ato do Poder Público. Essa regra vem inserida em todas as Constituições, exceção feita às de 1824 e 1891, que foram omissas a respeito.» (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Saraiva, 1994, págs. 1/2.)

- (2) Celso Ribeiro Bastos esclarece: «De fato, na construção da sistemática do controle da constitucionalidade das leis, houve, de forma claramente perceptível, a preocupação de dar ênfase à declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, porque era este o vício que se urgia repelir, sobretudo em nome dos direitos individuais lesados. E foi por esta forma que surgiu o controle da constitucionalidade nos Estados Unidos, onde existe a necessidade da provocação da própria parte atingida pela lei tida por inconstitucional.

A evolução posterior levou, como se sabe, o controle da seara do indivíduo para o campo do controle em tese, mas ainda assim a preocupação fundamental era detectar as inconstitucionalidades, embora não se possa negar que em toda propositura de uma ação de declaração de inconstitucionalidade pudesse advir uma confirmação da sua constitucionalidade. Todavia, isto era uma decorrência inevitável da não-possibilidade de detectar-se o vício apontado.» (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., pág. 35.)

- (3) O § 2º do art. 102 da Constituição Federal tem a seguinte dição: «As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.»

- (4) O inciso X do art. 52 da Constituição Federal tem a seguinte dição: «X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.»

- (5) Gilmar Ferreira Mendes escreve: «Como observado, é possível que o Tribunal reconheça a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade. Nesse caso, terá de declarar a inconstitucionalidade da norma objeto da ação.

Em face dos termos expressos do texto constitucional, não subsiste dúvida de que a decisão de mérito — reconheça ela 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.

Eventual aplicação dessa norma após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria à aplicação de cláusula inexistente.» (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., pág. 98.)

- (6) Edvaldo Brito explica: «Diz-se que é difuso o controle exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário que, reconhecendo, no caso concreto, a ofensa à Constituição, protege o direito subjetivo sob sua apreciação, afastando os efeitos da lei transgressora de referência a esse direito.

Essa lei, contudo, pode, como norma origem de uma outra cadeia de relações jurídicas, ser considerada aplicável.» (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., pág. 46.)

- (7) José Cretella Júnior lembra que: «Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo, de 'assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança', repetindo-se, agora, no art. 6º, que 'a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança'. Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos 'assegurar a segurança', o que reflete a falta de cuidado com a linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação Brasileira. *Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a vis inquietativa impede o homem de agir.*» (grifos meus) (*Comentários à Constituição 1988*, volume I, Forense Univer., 1989, pág. 185.)

- (8) Hart ensina: «A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was wrong has no consequences within the system: no one's rights or duties are thereby altered. *The decision may, of course, be deprived of legal effect by legislation, but the very fact that resort to this is necessary demonstrates the empty character, so far as the law is concerned, of the*

statement that the court's decision was wrong. Consideration of these facts makes it seem pedantic to distinguish, in the case of supreme tribunal's decisions, between their finality and infallibility. This leads to another form of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: «The law (or the constitution) is what the court say it is.» (grifos meus) (The concept of Law, Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York, 1961, pág. 138.)

- (9) O art. 5º *caput* da Constituição Federal tem a seguinte dicção: «Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.» (grifos meus)
- (10) Gilmar Ferreira Mendes lembra que: «A lei orgânica do *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional federal alemã) disciplina as decisões para cada tipo de processo. A decisão, todavia, não é determinada pelo tipo do processo, mas pelo objetivo visado. Nos processos de controle de normas propriamente ditos, tem a decisão a mesma natureza, independentemente de se tratar de uma decisão no processo de controle abstrato, concreto ou de processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). As decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm efeito vinculante (*Bindungswirkung*) força de lei (*Gesetzeskraft*) (Lei de *Bundesverfassungsgericht*, § 31), (1) e (2).

Além da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei Orgânica da Corte Constitucional, e da interpretação conforme a Constituição, utilizada já no começo de sua judicatura, desenvolveu o Tribunal outras variantes de decisão.

Às vezes, reconhece o Tribunal que a situação é ainda constitucional ou não é 'ainda inconstitucional' e vincula essa decisão com o 'apelo ao legislador' para que, dentro de um determinado prazo, proceda à correção dessa situação. Em outros casos, limita-se o Tribunal a reconhecer a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade.» (*Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n. 4, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 7.)

- (11) O art. 97 do CTN tem a seguinte dicção: «Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I — a instituição de tributos, ou a sua extinção; II — a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65; III — a definição do fato gerador da obrigação tributária principal; ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e de seu sujeito passivo; IV — a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65; V — a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI — as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º. Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º. Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.»

- (12) Hugo de Brito Machado lembra: «Questão tormentosa tem sido a pertinente aos efeitos da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, proferida em ação direta declaratória de inconstitucionalidade. Tanto no que diz respeito ao aspecto temporal, como no que concerne à vinculação dos demais órgãos do Judiciário, e em especial aos órgãos da Administração.

Manifestou-se já o Supremo Tribunal Federal no sentido da produção de efeitos contra todos e para o passado. 'A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal válida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a pela restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional'.» (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., pág. 113.)

- (13) Escrevi: «No mandado de segurança, a liminar objetiva assegurar um direito violado ou prestes a ser violado por ameaça claramente detectada. É uma garantia processual inscrita na Constituição e, por essa

Distinção entre suspensão de vigência e eficácia

razão, com um poder aplicacional superior, visto que a lei ordinária não pode, a meu ver, impor condições restritivas à sua utilização.

Já na ação cautelar, a liminar, embora também relevante, objetiva tão-somente garantir a ação principal, isto é, assegurar àquele que pretende discutir direito de que se julga titular, que corre o risco de perecer, se a tramitação do processo principal, sem outra garantia, tornar de nenhuma eficácia a decisão final.

Protege, pois, a medida liminar, no mandado de segurança, o próprio direito violado ou ameaçado, protegendo o direito à ação para resultado eficaz, a liminar em medida cautelar. Por outro lado, o mandado de segurança é garantia de nível hierárquico superior, pois as suas regras básicas estão exposta no próprio texto constitucional.

Em face dessa conformação jurídica, entendo que muito dos efeitos decorrentes da concessão ou cassação de liminares são distintos pela natureza diversa das ações e dos objetivos propostos na concepção de ambos os institutos.

Assim, entendo que, em mandado de segurança, a imperatividade constitucional não pode admitir qualquer restrição à garantia que vier a ser outorgada pela concessão da liminar, visto que é claro o constituinte dizer, no inciso LXIX do art. 5º, que: 'Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público'.» (Caderno de Pesquisas Tributárias n. 19, Co-ed. CEU/Resenha Tributária, 1994, págs. 2/4.)

- (14) Gilmar Ferreira Mendes escreve: «No modelo tedesco, as consequências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não podem ser inferidas diretamente da Lei do *Bundesverfassungsgericht*. Apenas no âmbito do Direito Penal teve o legislador o cuidado de disciplinar expressamente essas consequências. Nos termos do § 79, (1), do referido diploma, é admissível a revisão da sentença penal condenatória fundada em lei declarada nula ou compatível com a Lei Fundamental. Essa disposição demonstra que o legislador partiu da idéia de que a lei inconstitucional — mas não nula — não deve mais ser aplicada, sendo ilegítimos os atos singulares (sentença penal condenatória) praticados com base no diploma inconstitucional.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados 'casamentos mistos', na qual *Bundesverfassungsgericht* houve por bem equiparar, no concernente à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronunciada nulidade à declaração de nulidade.

Segundo o entendimento firmado, nessa decisão, a lei simplesmente inconstitucional (*unvereinbar*), mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional.» (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 3, Revista dos Tribunais, 1993, pág. 31.)

- (15) A ementa do acórdão é a seguinte: «Representação n. 1.391/JCE (Questão de Ordem). (Tribunal Pleno). (Liminar na RTJ 121/904).

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Moreira Alves.

Representante: Procurador-Geral da República.

Representados: Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

Representação de inconstitucionalidade. Questão de ordem. A eficácia da liminar, que, em representação de inconstitucionalidade, suspende a vigência da lei argüida como inconstitucionalidade, é tão-somente *ex nunc*, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere.

Questão de ordem que se decide com a declaração de que é *ex nunc* a eficácia de liminar concedida em representação de inconstitucionalidade.» (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 124, 1988, pág. 80.

- (16) Nagib Slaibi Filho lembra as diversas formas de controle de constitucionalidade adotadas pelo direito brasileiro: «resta observar, ainda, que o controle judicial poderá ser exercido na instância administrativa, quando realizado por seus órgão integrantes da Administração Pública; no exercício de tal controle

administrativo, estará o órgão submetido aos padrões comuns, sem a autoridade do exercício da função jurisdicional.

Em decorrência, temos que o controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos poderá ser realizado nos seguintes planos: a) jurisdicional, e aí de forma incidental, no julgamento das causas contenciosas em que o órgão judicial atua com imparcialidade; b) administrativo, em que o órgão judicial, ou vinculado ao Poder Judiciário, atua com a finalidade de satisfação de interesse público cuja guarda lhe foi confiada pela ordem jurídica. Distingue-se de a) porque o órgão, aí, atua com impessoalidade, mas não com imparcialidade. Note-se que não se pode confundir os conceitos de «impessoalidade», encontrado no art. 37, com o de «imparcialidade», característica da magistratura, como se depreende do art. 95. A Administração Pública é impessoal e parcial, porque atua com a finalidade de satisfazer o interesse público, exibindo supremacia sobre a outra parte da relação jurídico-administrativa; c) legislativa anômala, como nos casos das ações de constitucionalidade.» (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Forense, 1994, pág. 74.)

- (17) Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci ensinam: «Estatuindo a nova Constituição da República, no art. 5º, XXXV, que 'a lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito', manteve, na esteira das precedentes, a assunção, pelo Estado, do monopólio da distribuição de Justiça.

Essa, aliás, é a regra imemorial, como já evidenciavam os romanos, ao asseverar que 'não deve ser permitido a um particular fazer justiça a si mesmo, isto é, fazer o que não é permitido senão ao magistrado, pela autoridade pública que seu cargo lhe dá; pois, se assim não fosse, não resultariam senão desordens e violência'.

E, assim sendo, proibida a justiça de mão própria, individualmente, pelos membros da comunhão social, assume o Estado, de modo correlato — como explica Hugo Alsina —, a respectiva administração, derivando do correspondente dever a ação (a que se identifica o exercício do direito de pleitear a definição ou a proteção de outro direito — direito subjetivo material) e a jurisdição, 'em que se consubstancia o poder conferido a determinados agentes estatais para solucionar os conflitos de interesses que lhes sejam submetidos à apreciação, assim também para fazer cumprir suas próprias resoluções'.

Ora, o direito que se exerce mediante a ação (ação da parte) é, como visto, o direito à jurisdição, conferido, no dispositivo transcrito, abstrata, genérica e incondicionadamente, a todos os integrantes da coletividade.» (grifos meus) (*Constituição de 1988 e Processo*, Saraiva, 1989, págs. 90/91.)

- (18) Mesmo que a situação fosse *constituída e completada*, caberia ação rescisória, pois, se a incidência é inconstitucional, não se aplica a Súmula 343 do Pretório Excelso. Theotônio Negrão ensina: «Art. 485:22. Súmula 343: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Inversamente, se a controvérsia jurisprudencial somente se instaurou posteriormente ao acórdão rescindendo, pode a ação ser julgada procedente». (*RTJ*, 97/19.)

'A Súmula 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais, não porém, de texto constitucional.» (*RTJ* 108/1369). Neste sentido: *RTJ* 114/361, 125/267, *JTA* 104/374. Menos explícito: *RTJ* 101/207'.»

- (19) Roberto Rosas admite, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até uma rescisória para situações definitivamente constituídas e completadas ao dizer sobre a Súmula 343: «Este texto não aplica quando controvérsia for em relação a texto constitucional. (RE n. 101.114/DF — *DJ*, 10/02/84 — Rel. Min. Rafael Mayer.) Descabe a rescisória quando a decisão rescindenda foi proferida segundo a jurisprudência dominante na época (AR 957-*RTJ* 104/944). Se a jurisprudência alterou-se quando do julgamento do Recurso Extraordinário, viável a divergência. Entretanto, se a decisão recorrida foi prolatada em ação rescisória, não será possível o provimento para prevalecer a jurisprudência atual. (Ag. 88.486 — Rel. Min. Aldir Passarinho — *RTJ* 110/1.072.) Recentemente a Súmula tem sido aplicada. (AR 1.124 — Rel. Min. Francisco Rezek — *RTJ* 110/487.)» (*Direito Sumular*, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 144.)
- (20) Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz menção a: «Dissemos que a efetividade é uma qualidade da norma que exprime uma relação de adequação do seu aspecto-cometimento e do seu aspecto-relato (possibilidade de obediência). Validade, por sua vez, é uma qualidade internormativa que exprime a relação de imunização entre o aspecto-relato da norma imunizante e o aspecto-cometimento da norma imunizada (possibilidade de exigência). Pois bem, a imperatividade é uma qualidade igualmente pragmática da norma, que exprime

Distinção entre suspensão de vigência e eficácia

uma relação entre o aspecto-cometimento de uma norma e o aspecto-cometimento de outra.» (*Teoria da Norma Jurídica*, Forense, 1978, pág. 127.) Ora, exigir o imposto instituído por norma inválida, inefetiva e sem imperatividade é violentar o equilíbrio das relações jurídicas em um Estado Democrático de Direito.

- (21) Francisco Rezek, ao permitir o direito amplo ao controle difuso e a contestação da materialidade da norma, que é colocada à discussão no Pretório Excelso por controle concentrado, diz: «No que concerne ao essencial, que é a questão de saber se a entrega pela Constituição emendada, dessa responsabilidade ao Supremo Tribunal Federal causa algum dano ao conceito de função jurisdicional depreensível da carta, tal como originalmente concebida: não compartilho esse ponto de vista. Não acho tampouco — e desde quando estudávamos o tema de advocatória deixei isso expresso — que se arranhe o princípio do juiz natural senão quando se promove o arretamento *ad latus* de determinado feito; nunca na hipótese de ascensão vertical.» (*Ação declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., págs. 207/208.)

- (22) Escrevi: «Pela lei nacional, portanto, são sujeitos passivos apenas o contribuinte e o responsável.

Ora, o art. 166 é dispositivo que colide com todos os harmônicos princípios acima expostos, na medida em que garante possa exigir o sujeito ativo «tributo ilegal» e dele se apropriar, definitivamente, pela ocorrência de hipótese capaz de albergar-se em dispositivo vedador de sua repetição.

Com efeito, o art. 166 do CTN consagra o princípio da ilegalidade tributária como fonte de receita do sujeito ativo, gerando — para a maior parte dos tributos — condição de impossível repetição.

De início, cria o dispositivo a figura inexistente no direito brasileiro do 'contribuinte de fato', isto é, aquele contribuinte que teoricamente suportaria encargo indefinível, em violenta contradição com o disposto no art. 121 do CTN que não o reconhece nem hospeda.

Tal contribuinte, por outro lado, sobre não ser definido pelo dispositivo em questão, seria um 'contribuinte castrado', já que, teoricamente, seria o titular do direito, mas não o poderia exercer diretamente. Vale dizer, seria um contribuinte capaz de impedir a repetição de indébito, mas não um contribuinte capaz de repetir.

Cria, em decorrência, o princípio da imoralidade tributária, princípio apenas possível de ser vivido pelo Estado. O Estado passa a monopolizar o direito de ser torpe e injurídico, na medida que imponha tributo indevido e se negue a restituí-lo a quem o recolheu, sob a alegação de que não ele, mas o terceiro, que teoricamente o suportou, seria o único que poderia ser titular no direito de iniciar o procedimento, por outorga de autorização.

Alberga, finalmente e de forma pragmática, o efetivo impedimento a que este terceiro possa autorizar, na maior parte das operações, em que o documental tenha sido passado diretamente ao consumidor, sem sua qualificação, como da grande maioria das vendas a varejo, com o que o artigo é materialmente proibitivo de qualquer repetição no concernente a determinados tributos, como o ICM.

Ora, à evidência, tal monumento aos princípios da ilegalidade e torpeza tributária, pela qual o Estado pode ficar com o tributo indevido e pode se opor a 'presumível enriquecimento ilícito' sob a alegação de que o privilégio de 'enriquecer-se ilicitamente é apenas seu', é algo que não se insere no sistema tributário brasileiro, regido pelos princípios da estrita legalidade e tipicidade fechada.» (*Cadernos de Pesquisas Tributárias* n. 8, Resenha Tributária, 1983, págs. 160/163.)

- (23) As Súmulas 71 e 546 têm a seguinte dicção, respectivamente: «Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto»; «Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o quantum respectivo».

- (24) Tarcísio Neviane ensina: «Como por outro lado, é possível rebelar-se contra a lei ínfua, mas não é possível ignorá-la como se não existisse, parece-me oportuno atentar para o fato de que o Art. 166 do CTN tem sua aplicação condicionada à prova de que o contribuinte repetente do indébito tenha suportado o inerente encargo financeiro. A meu ver esta prova se esgota com a exibição do recibo ou comprovante de pagamento do tributo indevido. Quem para, suporta o ônus financeiro do montante pago. Quem paga tributo indevido, obviamente lhe suporta o ônus financeiro. A transferência desse ônus a terceiro é fato estranho à relação jurídico-tributária, fato não considerado pelo art. 4º do CTN como caracterizador da natureza jurídica do tributo. Assim sendo, se a transferência do ônus financeiro a terceiro se houver de admitir como matéria de defesa do erário, que caiba a este o ônus da prova da transferência desse ônus. Fora daí há quebra de todos os princípios de justiça, há a criação de novo e odioso privilégio para a Fazenda Pública que, devendo provar em sua defesa, pretende, absurdamente, que a prova seja feita por aquele a quem não aproveita (...)

- O art. 166 abandona os pressupostos científicos do Direito Tributário quando exige que o repetente se faça autorizar pelo terceiro a que o ônus financeiro do tributo teria sido transferido para repetir o indébito. Isto equivale a inserir na relação jurídico-tributária um elemento que ela contém; é quebrar a sistemática do Direito Tributário em um dos seus aspectos estruturais e essenciais.» (*Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 8, ob. cit., págs. 318/319.)
- (25) Francisco Rezek, na ADIn 1089-DF, esclarece: «O perfil das companhias aéreas brasileiras é variado no que se refere à história de umas e outras; no que se refere ao estilo de umas e outras; no que se refere até mesmo ao prestígio de umas e outras. Mas a homogeneidade da crise é irrecusável, e o é também a similitude desta com a crise idêntica que enfrentam iguais companhias lá fora — incluídas, naturalmente, as bancadas pelo Estado. Os riscos são extremamente sérios.» (grifos meus.)
- (26) A ementa tem a seguinte dicção: «ADIn 1089/DF (Medida Liminar) Relator: Ministro Francisco Rezek. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (convênio ICM n. 66/68 que cuida da tributação, pelo ICMS, dos serviços de transporte aéreo). *Medida liminar deferida*. Sustenta o autor que a expressão 'serviços de transportes interestadual e intermunicipal' (art. 155, I, b, CF) não compreende os transportes aéreos, à vista de como se compôs, na Assembléia Nacional Constituinte, o novo ICMS. A tese tem aspecto de bom direito, independentemente dos argumentos atinentes à competência legislativa da União, à concessão ou permissão de serviço público, e ainda à necessidade de lei complementar.»
- (27) E em ocorrendo a confirmação no julgamento final, o efeito vinculante seria *ex nunc*, confirmando a materialidade da norma, cuja inteligência na linha da liminar é *ex tunc*, desde a concessão da liminar. Carlos Mário Velloso esclarece: «Em trabalho recente, a respeito do qual tivemos a oportunidade de discutir, o Ministro Rezek e eu, Eduardo Garcia de Enterría, que é considerado um dos maiores constitucionalistas europeus, apesar de ter escrito muito mais sobre Direito Administrativo — Enterría, de uma feita, me disse que assim procedeu porque não podia escrever sobre Direito Constitucional no Governo de Franco, mas que, restaurada a democracia em Espanha, pôde então retomar ao trabalho em torno do Direito Constitucional — em trabalho recente (*Controle de Constitucionalidade na Europa*, RDP, 84:5) Garcia de Enterría dá notícia de que os Tribunais Constitucionais europeus caminham em direção ao sistema de controle americano, que tem base no princípio da supremacia constitucional, procurando adotar o efeito vinculante para a decisão. O Sr. Ministro Moreira Alves acabou de apontar, em aparte, esse efeito das decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Essas questões, hoje, não têm sabor de novidade, já que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões são procurados como aperfeiçoamento do sistema judicial.» (*Ação Declaratória de Constitucionalidade*, ob. cit., pág. 233.)
- (28) O art. 37, *caput*, da Constituição Federal tem a seguinte dicção: «A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...)» (grifos meus)
- (29) Hely Lopes Meirelles lembra que: «O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse notável jurista luso — António José Brandão — que 'a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence' — princípios de direito natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infieis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem-comum.» (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15.ª edição, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 80.)
- (30) José Cretella Jr. escreve: «Os romanos que entrelaçavam o ético e o jurídico (cf. Celso: 'ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi'. *Digesto*, I, 1, pr. e § 1º. Paulo: 'Non omne quod licet honestum est'. *Digesto*, 50, 17, 144, 1. Ulpiano: 'Iuris praeceptum sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere'. *Institutas*, I, 13 e *Digesto*, I, 1), sabiam, no entanto, os limites dos dois campos, embora soubessem que na zona cinzenta tangenciavam inúmeras vezes. A mais autorizada doutrina francesa (cf.

Distinção entre suspensão de vigência e eficácia

Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11ª ed., Paris, 1927, ed. Sirey, pág. 376; Georges Vedel, *Droit administratif*, 5ª ed., Paris, 1973, Presses Universitaires de France, págs. 610-611; Jean Rivero, *Droit administratif*, 11ª ed., Paris, 1985, Ed. Dalloz, pág. 264) coloca em grande evidência a moralidade, como regra que deve orientar o administrador.» (*Comentários à Constituição 1988*, IV, Forense Universitária, 1991, 1ª ed., pág. 2145.)