

PARECER

PARECER

Adolpho Bergamini

Ref.: O ISS sobre serviços de construção civil, engenharia, manutenção, tratamento de água e esgoto, vigilância e conservação de logradouro público, contratados a partir de Parceria Público-Privada (PPP), modalidade administrativa.

1. A questão

Informa-nos a CONSULENTE que firmou contrato de concessão de Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade administrativa, com empresa pública de tratamento de água e esgoto (doravante denominada simplesmente “empresa pública”) para a prestação dos seguintes serviços:

- Manutenção de barragens;
- Inspeção e manutenção de túneis e canais de interligação de barragens;
- Manutenção civil e eletromecânica em unidades integrantes do sistema de abastecimento de água;
- Tratamento e disposição final do lodo gerado na produção de água tratada;
- Serviços auxiliares (serviços de limpeza, asseio e conservação predial, vigilância/segurança patrimonial e manutenção de áreas verdes);
- Ampliação da capacidade da Estação de Tratamento de Água;
- Construção das adutoras e de outras utilidades, que serão feitas de acordo com os estudos técnicos.

Para a consecução destes serviços, a CONSULENTE poderá contratar subempreiteiras e/ou outras empresas que, frise-se, não faturarão contra a EMPRESA PÚBLICA, mas sim contra a CONSULENTE.

Há, ainda, outras obrigações assumidas pela CONSULENTE (mencionadas basicamente na cláusula 13 do contrato) que configuram atividades-meio necessárias à consecução das atividades-fim, aí entendidos os serviços que constituem o objeto do contrato (diz-se *atividades-meio* porque não constituem o objeto do contrato, isto é, os serviços pelos quais a CONSULENTE, sendo intrínsecas às atividades-fim).

A remuneração da CONSULENTE pela prestação destes serviços é *sui generis*, porquanto não se baseia em um preço por serviço prestado, mas sim num percentual sobre o volume de água tratada em 1.000 m³ produzida por mês, que irá remunerar a totalidade dos serviços a serem prestados.

Neste contexto, indaga-nos a CONSULENTE acerca da incidência do ISS sobre os serviços a serem prestados à EMPRESA PÚBLICA em decorrência do citado contrato, especialmente em relação (i) ao local de recolhimento do imposto e (ii) à sua base de cálculo

Passamos a opinar.

2. A incidência do ISS e o local de recolhimento do imposto

O fato gerador do ISS é *prestar serviço*, que se caracteriza pela *obrigação de fazer* algo a terceiros mediante certa remuneração. E para que esse *fazer algo* seja gravado pelo ISS, é necessário que o serviço:

- a) Esteja no rol de serviços da lista anexa à LC n. 116/03; e
- b) Decorra da atividade que o contribuinte se propôs a prestar ao seu cliente em contrato, mediante remuneração específica deste serviço.¹ Logo, é a atividade-fim do contribuinte (o *fá-*

1. Sobre a não tributação, pelo ISS, das atividades-meio, confira-se o que decidiu o STJ no REsp 883.254/MG: "(...) 1. Não incide o ISS sobre serviços prestados que caracterizam atividades-meio para atingir atividades-fim, no caso a exploração de telecomunicações. 2. Marcelo Caron Baptista, em "ISS – Do Texto à Norma", editada pela Quartier Latin, p. 692, doutrina: "A prestação de serviço tributável pelo ISS é, pois, entre outras coisas, aquela em que o esforço do prestador realiza a prestação-fim, que está no centro da relação contratual, e desde que não sirva apenas para dar nascimento a uma relação jurídica diversa entre as partes, bem como não caracteriza prestação

zer algo como finalidade contratada) que qualifica o critério material do ISS (*prestar serviços*) e enseja a respectiva tributação, não as atividades-meio necessárias à implementação das atividades-fim;

E de acordo com o artigo 3º, “*caput*”, da Lei Complementar n. 116/03, em regra o ISS é devido ao Município no qual se localiza o estabelecimento do prestador de serviços ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador. A aplicação desta regra não depende da natureza do serviço, tampouco se para sua execução é necessário o deslocamento de mão-de-obra ao local da prestação dos serviços.

Mas o próprio artigo 3º estabelece exceções expressas a essa regra. Listamos abaixo alguns deles (relevantes ao presente parecer):

- a) Nos casos de importação de serviços, o imposto será devido ao Município onde está localizado o estabelecimento tomador;

Nas hipóteses abaixo, o imposto será devido ao Município onde:

- b) For realizada a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos, bem como acompanhamento e fiscalização da execução de obras de engenharia, arquitetura e urbanismo;
- c) For realizado o serviço de demolição;
- d) Estiverem localizadas as edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços de reparação, conservação e reforma destes bens;
- e) Houver a execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer;

do serviço de transporte interestadual, intermunicipal ou de comunicação, cuja tributação se dará pela via do ICMS”.

- f) Forem executadas a limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres;
- g) Forem executadas a decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores;
- h) Forem efetuados o controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos; e
- i) Forem realizadas a limpeza e dragagem de rios, portos, canais, baías, lagos, lagoas, represas, açudes e congêneres;

Há uma lógica bastante plausível para o artigo 3º dispor expressamente sobre estas exceções: os serviços listados só podem ser prestados *in loco* e, por isso, nada mais natural que o imposto seja devido ao Município onde o serviço foi efetivamente prestado, a exemplo do serviço de construção civil (item 7.02): não há como prestar o serviço de construção civil em outro local que não seja o local da obra.

O mesmo não ocorre com os demais serviços tributáveis pelo ISS, que podem ser prestados a partir do estabelecimento do contribuinte. É o caso, por exemplo, dos serviços de engenharia, advocacia, contabilidade, desenho técnico etc. Não é necessário que o prestador do serviço se desloque até o local da prestação para exercer sua atividade, podendo fazê-lo a partir de seu próprio estabelecimento.

Permitimo-nos fazer, aqui, um breve aparte para definir o conceito de *estabelecimento* para fins de ISS.

Como *estabelecimento*, deve-se entender o local onde o contribuinte exerça de fato suas atividades, isto é, exista efetivamente no local indicado na inscrição fiscal municipal (ainda que temporariamente) e preste, a partir dela, os serviços aos quais o contribuinte se propõe a prestar. É necessário que, neste local, haja funcionários com qualificação técnica para prestar os serviços, bem como aparato operacional e organizacional necessários à execução do serviço, administração e gestão mínimas com poder de decisão (em atenção ao

artigo 4º da LC n. 116,² todo este aparato pode ser reduzido, mas é necessário que haja algum aparato, ainda que mínimo, para que se configure o *estabelecimento* do prestador).³

Assim sendo, as estruturas operacionais eventualmente montadas pela CONSULENTE em cada um dos Municípios onde for prestar serviços à EMPRESA PÚBLICA serão caracterizadas como *estabelecimentos prestadores de serviços*, nos termos do citado artigo 4º da LC n. 116/03, o que deflagra a competência tributária do Município onde estiverem localizadas tais estruturas, respeitadas as exceções examinadas acima (inclusive deve haver registro de cada estrutura – *contribuinte* – no cadastro de contribuintes do Município onde estiver localizada).

A base de cálculo do imposto, por sua vez, é o preço do serviço, que:

- a) Regra geral, inclui o valor das mercadorias fornecidas com a prestação dos serviços, não havendo sobre elas a incidência do ICMS;⁴ mas
- b) Não haverá tal inclusão se, cumulativamente: (i) as mercadorias forem produzidas fora do local da prestação de serviços; e (ii) houver expressa menção na lista de serviços acerca da sujeição de

2. “Art. 4º. Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-los as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas”.

3. Algumas legislações municipais, a exemplo do Decreto Paulistano n. 44.540/04, trazem delimitações específicas a respeito da definição de estabelecimento prestador e consideram os seguintes elementos: (i) manutenção de pessoal, material, máquinas, instrumentos e equipamentos próprios ou de terceiros necessários à execução dos serviços; estrutura organizacional ou administrativa; (ii) inscrição em órgãos previdenciários; e (iii) indicação como domicílio fiscal para efeito de outros tributos e permanência ou ânimo de permanecer no local para exploração econômica de atividade de prestar serviços.

4. Artigo 1º, § 2º, da LC n. 116/03: “Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitas ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.”

tais mercadorias ao ICMS, como há no caso dos serviços listados nos itens 7.02⁵ e 7.05.⁶

Sobre este último ponto, cumpre-nos salientar que, em nosso entendimento, apenas é possível a dedução dos materiais que tenham sido produzidos fora do local da obra (ocasião em que serão tributados pelo ICMS), não os que forem eventualmente adquiridos e fornecidos/aplicados na obra.

Isto porque, neste caso, o valor dos materiais e o ICMS que gravou a respectiva comercialização (lançado na Nota Fiscal no momento da venda pelo fornecedor de materiais) se agregam ao custo da prestação de serviços e passam a ser tributado pelo ISS. Nesse sentido foi o entendimento do STJ no julgamento do REsp n. 201841/MG, bem como das Câmaras Reunidas do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT/SP) no Proc. DRT-C II – 8595/1997, vejamos:

(...) TRIBUTÁRIO - EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL - AQUISIÇÃO DE OUTRO ESTADO DE MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL - ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - INEXIGIBILIDADE - ATIVIDADE SUJEITA AO ISS (...) É firme o entendimento deste Sodalício, na linha do que restou decidido pela egrégia Corte de origem, acerca da inexigibilidade do ICMS de empresas de construção civil que adquirem materiais em outro Estado para empregá-las no desempenho de sua atividade-fim. Em tais hipóteses, é de elementar inferência que a empresa que adquire os bens não está promovendo a circulação da mercadoria, a caracterizar operação mercantil sujeita ao ICMS. Trata-se, portanto, de operação sujeita à incidência do ISS, previsto no item 32 da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68. (...). Recurso Especial não provido. (STJ - RESP 201841 -

5. “7.02 Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)”.

6. 7.05 Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

MG - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 22.03.2004 - p. 00262)
(g.n.)

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA. DECISÃO UNÂNIME – PROC. DRT-C II – 8595/1997, JULGADO EM SESSÃO DE CÂMARAS REUNIDAS DE 31/08/2004, PUBLICADA NO DOE DE 25/09/2004 – RELATOR FÁBIO SOARES DE MELO
(...)

11. Sob este prisma, com fundamento nos itens 32 e 34 da denominada “lista de serviços” do ISS, anexa à Lei Complementar n. 56/87, alterada pelas Leis Complementares n. 100/99 e 116/03, as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, pois o fato destas empresas estarem obrigadas a inscreverem-se no Cadastro de Contribuintes do Estado, para efeito de cumprimento das obrigações fiscais estabelecidas na legislação tributária de cada unidade da Federação, não caracteriza, por si só, a condição de contribuinte do ICMS, sendo que permanecem submetidas ao campo de tributação municipal do ISS.

12. Em outras palavras, o fato de referidas pessoas jurídicas possuírem inscrições nos respectivos cadastros de contribuintes estaduais, não implica na conclusão de que sejam contribuintes do gravame estadual (ICMS).

(...)

20. Desta forma, não entendo como juridicamente possível exigir o diferencial de alíquotas do ICMS decorrente da aquisição de bens de uso e consumo ou ativo imobilizado da recorrente (empresa de construção civil), na medida em que não seja sequer contribuinte do referido imposto.

Mas ainda há mais. A nosso ver, em relação aos serviços de construção civil, também a parcela relativa à subempreitada deve ser abatida da base de cálculo do imposto. Explicamos.

Subempreitada é a denominação que se dá às empreitadas secundárias, por meio das quais são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor.

Em relação ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para

realizá-la. Afinal, ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS⁷ porque configuram fatos geradores distintos para fins de incidência do imposto.

A nosso ver, portanto, há incidência do ISS: (i) sobre os valores pagos pelo tomador de serviços à empreiteira, mesmo que não tenha participado diretamente da obra, mas simplesmente a terceirizado; e (ii) sobre os serviços prestados pelas subempreiteiras.⁸

Nesse contexto, os esforços devem se voltar ao seguinte questionamento: é, ou não, permitida a dedução da parcela das subempreitadas à apuração do ISS devido pelo *empreiteiro maior*?

Quando o antigo DL n. 406/68 ainda era a única norma habilitada a disciplinar o ISS em âmbito nacional, a dedução da subempreitada da base de cálculo do imposto era expressamente permitida, consoante o disposto no artigo 9º, § 2º, alínea “b” da citada legislação,⁹ que recebia plena acolhida da jurisprudência.¹⁰

Entretanto, a LC n. 116/03 não trouxe expressamente tal disposição em seu texto, apenas a possibilidade de se deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos

7. Nesse sentido, vide MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.

8. Por isto, o eventual não recolhimento do ISS sobre as subempreitadas (internas ou externas) gerará uma contingência passiva.

9. “Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. (...) § 2º Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa **o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:** a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços; b) **ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.**” (g.n.)

10. “TRIBUTÁRIO – ISS – DECRETO-LEI N. 406/68 – RECEPÇÃO – BASE DE CÁLCULO – DEDUÇÃO – MATERIAIS E SUBEMPREITADA – TRIBUTÁRIO – ISS – SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL – LOCAL DA PRESTAÇÃO – TRIBUTÁRIO – ISS – PAGAMENTO – PARCELAMENTO – INDÉBITO – RESTITUIÇÃO DEVIDA – O Decreto-Lei n. 406/68 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, com “status” de Lei Complementar. Prevalcem os limites ao poder de tributar por ele impostos. Devem ser, por conseguinte, deduzidas da base de cálculo as parcelas referentes aos valores dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços e da subempreitada já tributada pelo Fisco. Credor do ISS referente a obras de construção civil é o Município em cujos limites geográficos se efetua a prestação. O pagamento sob a forma de parcelamento não exclui a possibilidade de restituição do indébito em direito tributário.” (TJMG – AC 000.146.387-6/00 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Páris Peixoto Pena – J. 04.05.1999).

serviços de construção civil, desde que tenham sido produzidos fora do local da obra.

Tal silêncio, por sua vez, não quer dizer que a dedução da subempreitada passou a ser vedada a partir da LC n. 116/03. Isto porque, entre os dispositivos expressamente revogados pela LC n. 406/68 não consta o artigo 9º, § 2º, alínea “b”, do DL n. 406/68, do que se conclui que ele (o artigo 9º, § 2º, alínea “b”, do DL n. 406/68) ainda continua em vigor.

As disposições constantes da LC n. 116/03, entretanto, não são inteiramente suficientes a normatizar e solucionar as particularidades do contrato de prestação de serviços celebrado pela CONSULENTE.

Por essa razão, nos tópicos seguintes passaremos a expor nossa opinião sobre a tributação do contrato da CONSULENTE quando analisado a partir da LC n. 116/03, exclusivamente. Após, sugeriremos medidas alternativas às questões que se mostrarem de difícil solução pela legislação em vigor (basicamente a celebração de Regimes Especiais com cada um dos Municípios envolvidos).

Vejamos.

3. A tributação do contrato da CONSULENTE

3.1. Serviços tributáveis, base de cálculo e local de recolhimento

Em nossa opinião, apenas são tributáveis os serviços que a CONSULENTE prestar como atividades-fim, isto é, aquelas que constituem objeto da PPP (listadas no parágrafo “1” do presente parecer), porquanto são apenas estes que satisfazem os requisitos à configuração do critério material do ISS (estar descrito na Lista Anexa à LC n. 116/03 e constituir a atividade-fim a que a CONSULENTE se obrigou a prestar).

Em decorrência, os demais serviços prestados pela CONSULENTE não constituem objeto de tributação pelo ISS, porquanto se

caracterizam como meras atividades-meio necessárias à consecução das atividades-fim.

Nesse contexto, passemos à conformação de cada uma das atividades-fim a serem desempenhadas pela CONSULENTE à Lista Anexa à LC n. 116/03, bem como à verificação do local de recolhimento do imposto em relação a cada um desses serviços:

- **manutenção de barragens;**

Conforme o contrato fornecido, as barragens inseridas no contexto da PPP estão localizadas em diversos municípios paulistas e, algumas delas, na divisa destes municípios.

E também de acordo com o contrato, o núcleo obrigacional do serviço de manutenção de barragens é “que o parceiro privado responda pela segurança estrutural e patrimonial das barragens, túneis e canais”, de acordo com o *Manual de Segurança e Inspeção de Barragens*¹¹ e o *Manual de Cadastramento de Barragens*.¹² Vejamos alguns detalhamentos desta obrigação:

Disto se conclui que os serviços se referem à manutenção das estruturas das barragens para que não se rompam ou apresentem quaisquer defeitos indesejados. Aí a razão da inserção do termo “segurança estrutural”. Já o termo “segurança patrimonial” foi inserido porque, com a manutenção, espera-se que o patrimônio da EMPRE-

11. Segundo o Sumário Executivo do próprio Manual, “o objetivo principal deste Manual de Segurança de Barragens é estabelecer parâmetros e um roteiro básico para orientar os procedimentos de segurança a serem adotados em novas barragens, quaisquer que sejam seus proprietários, e manter as já construídas em um estado de segurança compatível com seu interesse social e desenvolvimento”.

12. Conforme a apresentação do Manual de Cadastramento, “o Ministério da Integração Nacional (MI), juntamente com a Agência Nacional de Águas (ANA), está implementando ações para prevenir ou minimizar os riscos de acidentes com barragens em todo País. Uma dessas ações consiste na identificação e cadastramento das barragens, concluídas ou em construção, visando permitir o acompanhamento permanente e sistemático da situação de sua segurança. Com este objetivo, órgãos da administração federal, estaduais e municipais e agentes da iniciativa privada participam do processo de cadastramento e avaliação da situação das construções”.

SA PÚBLICA (as barragens) não seja perdido em razão de algum evento indesejado.

A nós parece claro que estes serviços se enquadram no item 7.05¹³ da Lista Anexa à LC n. 116/03. E segundo a regra contida no artigo 3º, V, da citada LC n. 116/03, o imposto devido em relação à prestação desses serviços deve ser recolhido ao Município onde estão localizadas as barragens.

Mesmo que estes serviços sejam considerados como de construção civil (item 7.02)¹⁴ o imposto será devido ao Município onde estão localizadas as barragens, porquanto esta é a regra contida no inciso IV do artigo 3º.

E mais. Em ambos os casos, os materiais produzidos pela CONSULENTE fora do local da prestação de serviços são gravados pelo ICMS, não pelo ISS. Conforme já dissemos, apenas é possível a dedução dos materiais que tenham sido produzidos fora do local da obra (ocasião em que serão tributados pelo ICMS), não os que forem eventualmente adquiridos e fornecidos/aplicados à prestação de serviços.

Neste último caso, o valor dos materiais e o ICMS que gravou a respectiva comercialização (lançado na Nota Fiscal no momento da venda pelo fornecedor de materiais) se agregam ao custo da prestação de serviços e passam a ser tributado pelo ISS.

Caso os serviços sejam de construção civil (item 7.02) e, para executá-los, a CONSULENTE contrate subempreiteiras, entendemos que ela pode deduzir da base de cálculo do ISS o valor pago às subempreiteiras.

13. “7.05 Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)”.

14. “7.02 Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)”.

Entretanto, este não é o entendimento dos Fiscos Municipais em geral, o que pode gerar uma contingência, porquanto em regra tais valores devem compor a base de cálculo do ISS devido pela CONSULENTE.

Não é só. Caso a CONSULENTE contrate uma subempreiteira e ela (a subempreiteira) produza mercadorias fora do local da obra, todo o preço cobrado pela subempreiteira (que abrangerá o valor do serviço, o valor da mercadoria produzida e o ICMS que incidiu sobre ela) será custo do serviço prestado pela CONSULENTE¹⁵ que, por sua vez, será base de cálculo do ISS por ela devido.

- **inspeção e manutenção de túneis e canais de interligação de barragens;**

Consta, no contrato, que:

- a) A vistoria local de uma barragem e seus associados é uma parte essencial da avaliação da segurança da estrutura, porquanto as características dos locais de implantação e dos materiais influenciam o comportamento consequente das barragens, das estruturas associadas e duas fundações, as quais têm uma relação direta com a operação segura das estruturas;
- b) A CONSULENTE deve ser capaz de identificar perigos em potencial devido às condições que tenham ocorrido progressivamente ao longo de vários anos e que os operadores locais possam não ter reconhecido, ou que vistorias anteriores não detectaram;
- c) A CONSULENTE deve reavaliar pormenorizadamente o projeto e a construção para verificar se as barragens, órgãos de segurança e taludes satisfazem os requisitos de segurança. Deverá também ser implantado método adequado de avaliação, que seja necessário e suficiente para garantir o conhecimento das estruturas de sua segurança.

15. Aqui, lembramos que a realização de empreitada e subempreitada configuram fatos geradores distintos do ISS e, por isso, sobre cada qual há a incidência do imposto.

Desta leitura, conclui-se que os serviços de inspeção são enquadrados no item 7.01¹⁶ da Lista de Serviços anexa à LC 116/03 – *Engenharia*.

De fato, o serviço de inspecionar e reconhecer possíveis falhas do projeto original são intrínsecos à engenharia civil, sendo a vistoria *in loco* apenas uma parte do serviço que, ao final, será finalizado pela elaboração de um laudo conclusivo (em regra este laudo é elaborado no local do estabelecimento do prestador de serviços).

E justamente por conta da possibilidade de o serviço de engenharia ser prestado a partir do estabelecimento do prestador de serviços é que o artigo 3º da LC n. 116/03 não o listou nas exceções onde o imposto é devido no local da prestação do serviço. Logo, em nossa opinião o imposto decorrente deste serviço dever ser recolhido (via retenção na fonte) ao Município onde está localizado o estabelecimento da CONSULENTE.

Tal conclusão persiste mesmo diante da informação de que tal serviço será prestado por empresa estrangeira. Isto porque, sendo uma importação de serviços, o imposto é devido ao Município onde está localizado o estabelecimento tomador do serviço (no caso, a CONSULENTE).

• **manutenção civil e eletromecânica em unidades integrantes do sistema de abastecimento de água;**

Consta, no contrato, que:

- a) A metodologia de manutenção a ser praticada nas unidades constituintes dos sistemas de produção de água será baseada nos princípios básicos que regem a manutenção preventiva, relacionados com a conservação das unidades, observação do funcionamento de todos os equipamentos eletromecânicos e substituição antecipada de peças de reposição;

16. “7.01. **Engenharia**, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres”. (g.n.)

- b) A EMPRESA PÚBLICA dispõe de “software” específico para gerenciamento da manutenção, que deverá ser utilizado pela SPE, como forma de manter o banco de dados e o histórico atualizados e permitir, desta forma, uma análise do comportamento dos equipamentos, das equipes e das falhas ocorridas;
- c) Dessa forma, o pessoal responsável poderá emitir, diariamente, relatórios sobre os serviços de manutenção relativos àquela data, de forma a evitar que sejam ultrapassados os prazos previstos para sua substituição de peças de reposição e, conseqüentemente, a ocorrência de quebras relacionadas a desgastes previsíveis.

Em seguida, o contrato arrola os bens em relação aos quais haverá a prestação do serviço de *manutenção civil e eletromecânica*, bem como os procedimentos e rotinas aplicáveis.

A nosso ver, este serviço se enquadra no item 14.01¹⁷ ou no item 14.02¹⁸ da Lista Anexa à LC n. 116/03. O enquadramento entre um item e outro dependerá da natureza da atividade em questão: caso a CONSULENTE em determinado momento lubrifique, limpe, lustre, revise, conserte, restaure ou faça manutenção em máquinas, equipamentos e motores, então o enquadramento será no 14.01; caso a manutenção seja em outros bens que não estes citados no item 14.01, então o enquadramento será no item 14.02.

O adequado enquadramento do serviço é relevante porque, a partir dele, será possível apurar corretamente a base de cálculo do imposto devido.

É que, tal como vimos em relação aos serviços descritos nos itens 7.02 e 7.05, as peças empregadas na prestação dos serviços descritos no item 14.01 também são gravadas pelo ICMS, com a diferença que, neste serviço de manutenção, não há a necessidade de o prestador de serviços (a CONSULENTE) produzir o bem fora do local da prestação (ou seja, podem ser adquiridos de terceiros).

17. “14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS)”.

18. “14.02 – Assistência técnica”.

Mas, caso o serviço prestado seja o de assistência técnica (item 14.02), então o valor de eventuais partes e peças empregadas deverá ser incluído na base de cálculo do ISS (e, aí, não serão tributadas pelo ICMS) em razão da aplicação da regra geral constante do já citado artigo 1º, § 2º, da LC n. 116/03, segundo o qual *ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitas ao ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias* (grifamos).

Ressaltamos, entretanto, que caso a CONSULENTE subcontrate este serviço, então todo o valor faturado pela subcontratada (valor do serviço, valor das partes e peças, bem como o ICMS que incidiu sobre elas) integrará a base de cálculo do ISS devido pela CONSULENTE.

Por fim, ressaltamos que em ambos os casos (itens 14.01 e 14.02) o imposto será devido ao Município onde se localiza o estabelecimento prestador de serviços, por não constarem da lista de exceções lançada no artigo 3º da LC 116/03, ou seja: ao Município onde se localiza o estabelecimento da subcontratada, em relação ao ISS devido por ela; e ao Município onde se localiza o estabelecimento da CONSULENTE.¹⁹

- **tratamento e disposição final do lodo gerado na produção de água tratada;**

O contrato descreve o processo de tratamento e descarte do lodo decorrente do processo de tratamento da água e, após, informa o seguinte:

- a) A EMPRESA PÚBLICA definiu mais uma etapa de secagem antes da destinação final. O material que sai do sistema de deságue vai ser depositado em forma de leiras, onde se espera

19. E aqui lembramos os apontamentos que já fizemos em relação à caracterização de estabelecimento: caso a CONSULENTE monte uma estrutura no local da prestação que atenda os requisitos do artigo 4º da LC 116/03, estará caracterizado um *estabelecimento* para fins de ISS, de modo que o imposto será devido ao Município onde foi prestado o serviço, afinal, lá está montado um *estabelecimento* prestador de serviços.

aumentar a concentração de M.S. para 50%. A área para esta etapa será 20.000 m² em área interna à Estação de Tratamento de Água. Este processo duraria cerca de 30 a 45 dias, dependendo da temperatura e da umidade do ambiente. Será necessário o constante revolvimento do material até atingir a concentração de no mínimo 50% TS, para disposição no aterro EMPRESA PÚBLICA;

- b) Após esta etapa, o material deverá ter destino final adequado e condizente com a legislação ambiental (conforme item 1.4 subitem F alínea 3);
- c) Atualmente, o filtro prensa instalado não tem capacidade para o tratamento de lodo gerado nos atuais 10 m³/s de vazão da Estação de Tratamento de Água, além de que a concentração resultante estar aquém das pretensões da EMPRESA PÚBLICA e para um bom funcionamento do aterro sanitário;
- d) Por isso, a EMPRESA PÚBLICA adquiriu 4 centrifugas, 02 decantadores rotativos e realizada a adequação do sistema de preparação e dosagem de polímeros, para atender as necessidades;
- e) Cabe à CONSULENTE gerir este processo de tratamento do lodo e sugerir outras medidas mais eficientes.

Deste trecho, verifica-se que são duas as obrigações da CONSULENTE: (i) assumir o tratamento do lodo segundo o projeto já implementado pela EMPRESA PÚBLICA; e (ii) estudar, avaliar e propor outras medidas à otimização dos serviços.

O serviço “i” mencionado acima se caracteriza como sendo de *controle e tratamento de efluentes de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos*, descritos no item 7.12 da Lista Anexa à LC 116/03. Já o serviço “ii” se caracteriza como serviço de *engenharia* descrito no item 7.01 da mencionada Lista Anexa.

Em ambos, o imposto é devido ao Município onde se localiza o estabelecimento prestador dos serviços (CONSULENTE e eventual subcontratada), não havendo a incidência do ICMS sobre eles. A base de cálculo do ISS da CONSULENTE será o total faturado contra a EMPRESA PÚBLICA, aí incluído o valor cheio da fatura da subcontratada (valor do serviço somado ao ISS devido pela subcontratada).

- **serviços auxiliares (serviços de limpeza, asseio e conservação predial, vigilância/segurança patrimonial e manutenção de áreas verdes);**

Consta, no contrato, que:

- a) A CONSULENTE é a única responsável pela prestação de todos os serviços gerais tais como limpeza asseio e conservação predial, vigilância/segurança patrimonial, com a efetiva cobertura das áreas e correspondentes postos; controle operação e fiscalização de portarias e edifícios, vigilância eletrônica e monitoramento remoto, com a efetiva cobertura das áreas conforme locais elencados no contrato, incluindo atendimento às instalações com equipe de apoio em casos de ocorrências; e restituição e manutenção de áreas verdes integrantes dos serviços de conservação de áreas verdes;
- b) A prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial envolve o fornecimento de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos, visando à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene, sob a inteira responsabilidade da SPE, em bens móveis e imóveis conforme anteriormente referidos. A EMPRESA PÚBLICA espera como resultado da presente prestação dos serviços área limpa e higienizada;
- c) A prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial contempla de forma concomitante, integrada e harmônica os serviços de:
 - vigilância/segurança patrimonial (...) com a efetiva cobertura dos postos relacionados na Tabela de Locais
 - controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios, com a efetiva cobertura dos postos designados, conforme Tabela de Locais
 - vigilância eletrônica e monitoramento remoto, com a efetiva cobertura das áreas que integram o escopo da Contratada, conforme dados fornecidos, incluindo atendimento às instalações com equipe de apoio em casos de ocorrências.
- d) A prestação de serviços de manutenção de áreas verdes se constitui na conservação de jardins e gramados, capina manual e/ou mecanizada envolvendo a limpeza de áreas, por meio da ex-

tração de vegetação diversa, formigueiros e cupinzeiros, livre de qualquer vegetação, se for necessário aplicação de produtos químicos; podas de árvores, dentre outros.

Os serviços de vigilância estão descritos no item 11.02 da Lista Anexa à LC 116/03; os serviços de manutenção e conservação de jardins e congêneres estão no item 7.10; e os serviços de jardinagem e poda de árvores estão no item 7.11. Todos fazem parte da lista de exceções trazidas no artigo 3º da LC 116/03, de modo que o imposto respectivo é devido ao Município onde ocorrer a efetiva prestação de serviços.

A base de cálculo do ISS devido pela CONSULENTE abrangerá o valor cobrado pelas subcontratadas, aí incluídos os serviços somados ao ISS recolhido por elas.

- **ampliação da capacidade da Estação de Tratamento de Água; e construção das adutoras e de outras utilidades.**

Tais serviços são de construção civil e, nestes termos, enquadram-se no já mencionado item 7.02 da Lista Anexa à LC 116/03. Em decorrência: (i) o ISS devido em razão de sua prestação deve ser recolhido ao Município onde os serviços são efetivamente prestados; e (ii) inciso o ICMS sobre os materiais produzidos pela CONSULENTE fora do local da obra (não os adquiridos de terceiros e aplicados na obra).

E aqui fazemos a mesma ressalva já feita anteriormente: caso a CONSULENTE contrate uma subempreiteira e ela (a subempreiteira) produza mercadorias fora do local da obra, todo o preço cobrado pela subempreiteira (que abrangerá o valor do serviço, o valor da mercadoria produzida e o ICMS que incidiu sobre ela) será custo do serviço prestado pela CONSULENTE que, por sua vez, será base de cálculo do ISS por ela devido.

3.2. Serviços não tributáveis – meras atividades-meio

Há certas atividades as quais a CONSULENTE se obrigou que não configuram *serviços* tributáveis pelo ISS, porquanto são meras atividades-meio das atividades-fim (essas sim tributáveis pelo ISS, conforme já vimos).

Tais atividades estão listadas basicamente na Cláusula 13 do contrato, por exemplo: (i) captação de recursos financeiros necessários à construção e prestação dos serviços; (ii) elaboração e atualização dos projetos e planos necessários à execução dos serviços contratados; (iii) atualização de registros e inventários dos bens vinculados à concessão, entre outras.

3.3. Alternativa: celebração de Regimes Especiais

Ao longo do presente parecer foram examinadas as peculiaridades da incidência do ISS sobre os serviços a serem prestados pela CONSULENTE considerando única e exclusivamente as disposições da LC n. 116/03.

Entretanto, fossem seguidas essas regras, a CONSULENTE poderia se sujeitar a uma contingência fiscal porque, em razão do volume e da complexidade de suas operações, não teria como apurar corretamente o imposto devido, tampouco identificar o Município credor do ISS relativo a cada um dos serviços a serem prestados.

Além disto, seria necessário à CONSULENTE conhecer profundamente a legislação de cada Município para observá-la com rigor e, com isto, cumprir corretamente as obrigações acessórias impostas por cada um deles, bem como verificar a alíquota aplicável a cada um dos serviços em cada Município onde o imposto deva ser recolhido etc.

Por estas razões, é recomendável que a CONSULENTE celebre Regimes Especiais com cada um dos Municípios envolvidos na operação, visando: (i) a simplificação do cumprimento das obrigações fiscais (principal e acessória); (ii) a estipulação de um valor fixo em Reais

(R\$) a ser recolhido a eles (aos Municípios) a título de ISS; e (iii) em relação aos serviços de construção civil, a possibilidade de abater o valor da subempreitadas contratadas.

4. Conclusão: síntese de problemas e soluções sugeridas

Em razão de todo o exposto, concluímos o seguinte em relação aos serviços de:

a) manutenção de barragens: (i) os serviços se caracterizam como sendo de construção civil e, em razão disso, o ISS é devido ao Município onde ocorreu a prestação do serviço; (ii) caso a CONSULLENTE subcontrate a obra, então a base de cálculo do ISS por ela devido será o total faturado contra a EMPRESA PÚBLICA, aí incluído o *valor cheio* da fatura da subcontratada (valor do serviço, valor de eventual mercadoria produzida fora do local da obra e o ICMS que incidiu sobre ela) somado à sua própria margem de lucro.

Em nossa opinião, a melhor solução é celebrar Regime Especial com todos os Municípios envolvidos visando: (i) a simplificação do cumprimento das obrigações fiscais (principal e acessória); (ii) a estipulação de um valor fixo em Reais (R\$) a ser recolhido a eles (aos Municípios) a título de ISS; e (iii) em relação aos serviços de construção civil, a possibilidade de abater o valor das subempreitadas contratadas.

b) inspeção e manutenção de túneis e canais de interligação de barragens: (i) configura-se serviço de *engenharia* prestado por empresa estrangeira; (ii) logo, o imposto é devido no local do estabelecimento tomador do serviço (a CONSULENTE), que irá recolhê-lo por meio de retenção do imposto na fonte.

Não há sugestão de nossa parte porque, em relação a esses serviços, não há complexidades em torno do local de recolhimento e da base de cálculo do imposto.

c) manutenção civil e eletromecânica em unidades integrantes do sistema de abastecimento de água: (i) este serviço pode ser caracteri-

zado nos itens 14.01²⁰ ou 14.02 (assistência técnica); (ii) caso seja no 14.01 e, por outro lado, a CONSULENTE subcontrate o serviço, a base de cálculo do ISS devido pela CONSULENTE será o total faturado contra a EMPRESA PÚBLICA, aí incluído o *valor cheio* da fatura da subcontratada (valor do serviço, valor de eventual mercadoria fornecida e o ICMS que incidiu sobre ela) somado à sua própria margem de lucro; (iii) caso o serviço prestado seja o de assistência técnica (item 14.02), então a base de cálculo do ISS devido pela CONSULENTE também será abrangido pelo *valor cheio* da fatura da subcontratada, com a diferença de que, neste caso, não haverá ICMS sobre as mercadorias eventualmente fornecidas pela subcontratada; (iv) por fim, em ambos os casos (itens 14.01 e 14.02) o imposto será devido ao Município onde se localiza o estabelecimento prestador de serviços.

Em nossa opinião a melhor solução é celebrar Regime Especial com todos os Municípios envolvidos visando: (i) a simplificação do cumprimento das obrigações fiscais (principal e acessória); (ii) a estipulação de um valor fixo em Reais (R\$) a ser recolhido a eles (aos Municípios) a título de ISS; e (iii) a definição da natureza do serviço.

d) tratamento e disposição final do lodo gerado na produção de água tratada: o imposto devido em razão desses serviços é devido ao Município onde se localiza o estabelecimento prestador dos serviços (CONSULENTE e eventual subcontratada), não havendo a incidência do ICMS sobre eles.

A base de cálculo do ISS da CONSULENTE será o total faturado contra a EMPRESA PÚBLICA, aí incluído o valor cheio da fatura da subcontratada (valor do serviço somado ao ISS devido pela subcontratada).

Não há sugestão de nossa parte porque, em relação a esses serviços, não há complexidades em torno do local de recolhimento e da base de cálculo do imposto.

e) serviços auxiliares (serviços de limpeza, asseio e conservação predial, vigilância/segurança patrimonial e manutenção de áreas verdes): o imposto relativo a esses serviços é devido ao Município onde são prestados.

20. “14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS)”.

Em nossa opinião a melhor solução é celebrar Regime Especial com todos os Municípios envolvidos visando: (i) a simplificação do cumprimento das obrigações fiscais (principal e acessória); e (ii) a estipulação de um valor fixo em Reais (R\$) a ser recolhido a eles (aos Municípios) a título de ISS.

f) ampliação da capacidade da Estação de Tratamento de Água de Taiapuêba; e construção das adutoras e de outras utilidades – Sistema Produtor do Alto Tietê – SPAT, de acordo com os estudos técnicos: (i) os serviços se caracterizam como sendo de construção civil e, em razão disso, o ISS é devido ao Município onde ocorreu a prestação do serviço; (ii) caso a CONSULENTE subcontrate a obra, então a base de cálculo do ISS por ela devido será o total faturado contra a EMPRESA PÚBLICA, aí incluído o *valor cheio* da fatura da subcontratada (valor do serviço, valor de eventual mercadoria produzida fora do local da obra e o ICMS que incidiu sobre ela) somado à sua própria margem de lucro.

Em nossa opinião a melhor solução é celebrar Regime Especial com todos os Municípios envolvidos visando: (i) a simplificação do cumprimento das obrigações fiscais (principal e acessória); (ii) a estipulação de um valor fixo em Reais (R\$) a ser recolhido a eles (aos Municípios) a título de ISS; e (iii) em relação aos serviços de construção civil, a possibilidade de abater o valor da subempreitadas contratadas.

5. Fim

Estes são, enfim, nossos posicionamentos acerca das questões que nos foram indagadas. Permanecemos à disposição para esclarecimentos adicionais.

Atenciosamente,

Adolpho Bergamini

SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E PROPORCIONALIDADE. COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE RETROAÇÃO MODULAÇÃO TEMPORAL.

Cláudia Fonseca Morato Pavan

Ives Gandra da Silva Martins

CONSULTA

O ilustre advogado Dr. Carlos Miguel Castex Aidar honra-nos com consulta assim formulada à vista de acórdão do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo – ainda não publicado - que reconheceu a procedência de pedido deduzido por conselheiros e associados do São Paulo Futebol Clube de sujeitar essa entidade desportiva ao art. 59 CC, não obstante a garantia constitucional da autonomia desportiva (art. 217 CF):¹

RELATÓRIO.

Os Autores, conselheiros e associados do São Paulo F.C., ajuizaram Ação Cautelar Inominada, na qual requereram, liminarmente, fosse imposta a obrigação de não fazer a reforma parcial do Estatuto Social no âmbito de seu Conselho Deliberativo, o que, segundo eles, afrontaria o art. 59 do Código Civil.

Após concessão da liminar em primeira instância, que permitiu a deliberação, mas suspendeu seus efeitos, a Turma julgadora da 10ª Câmara do TJSP entendeu por bem reformar a decisão, em sede de Agravo de Instrumento, de modo a legitimar as alterações realizadas no Estatuto,

1. Sobre esse tema, o primeiro parecerista já se manifestou contrariamente à aplicação do art. 59 CC. In: Boletim Doutrina ADCOAS, n. 9. Maio de 2004, p. 175-80.

deliberadas e votadas no âmbito do Conselho Deliberativo, consoante voto condutor do então Relator Des. Maurício Vidigal.

Na ação principal, os autores requereram fosse o SPFC obrigado a realizar a reforma estatutária no âmbito da Assembleia Geral de associados, considerando-se nulas as reformas levadas a efeito em órgão diverso.

Em fevereiro de 2007, sobreveio a r. sentença que julgou procedente a ação principal, para o fim de declarar nulas as alterações realizadas, e, no caso de alteração do estatuto ou de sua adaptação, condenar o SPFC a fazê-las nos termos dos artigos 59, I, 2.031 e 2.033 do novo Código Civil. Via de consequência julgou procedente a medida cautelar de caráter preparatório, cujo objeto já teria sido abrangido pela ação principal.

Outrossim, acolhendo os embargos de declaração opostos pelos Autores, o Juízo a quo entendeu, ainda por antecipar a tutela na sentença, determinando que o SPFC, em 45 dias, eliminasse de seu estatuto as alterações promovidas e todos os atos decorrentes delas que não tivessem sido previamente aprovados em Assembleia Geral, sob pena de multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) na hipótese de descumprimento do prazo acima mencionado.

Todavia, dando provimento ao pedido formulado em novo Agravo de Instrumento manejado pelo SPFC, restou conferida à sentença o efeito suspensivo, até o julgamento do Recurso de Apelação, realizado em 03 de junho de 2008, oportunidade em que a 10ª Câmara, mais uma vez, asseverou a inaplicabilidade do art. 59 do Código Civil às entidades de prática desportiva em face da autonomia prevista no art. 217, I da Constituição Federal, dando provimento, por maioria de votos, ao Apelo do SPFC para reformar a r. sentença do juízo a quo, vencido o Des. Maurício Vidigal.

Entretanto, em julgamento realizado em 14 de abril de 2009, a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça acolheu, por 3 votos a 2, os Embargos Infringentes opostos pelos Autores para fim de julgar procedente a ação ordinária, declarando nulas as alterações do estatuto social, realizadas no dia 09 de agosto 2004, e por consequência, julgou procedente a ação cautelar, cujo objeto já fora abrangido pela ação principal, restabelecendo a sentença de 1º grau e o voto vencido do acórdão da apelação.

Na prática, as reformas estatutárias, inclusive todas as efetuadas desde a vigência do Novo Código Civil (2003), terão que ser submetidas à

Assembleia Geral de sócios para sem ratificadas e não poderão mais acontecer, as eventuais novas, no âmbito do Conselho Deliberativo.

Daí surgem as seguintes indagações:

- 1) Quais os limites objetivos da coisa julgada no caso concreto? A partir de que momento produzirá efeitos a coisa julgada nessa demanda, mormente por considerar-se o que restou estabelecido nos autos do Agravo de Instrumento n. 498.366-2, cujo voto da lavra do Des. Relator, Dr. Galdino Toledo Júnior estabeleceu às fls. 4 do V. Acórdão que: '(...) não há que se falar em execução da decisão concessiva da obrigação antes da fixação definitiva da responsabilidade de cada uma das partes acerca do direito discutido, vale dizer, antes do trânsito em julgado da sentença'.
- 2) Como ficam os atos praticados durante a vigência do Estatuto reformado por três vezes em termos de suas respectivas validades, sejam contratos com atletas profissionais, contratos de patrocínio, contratos de televisão, eleições de conselheiros vitalícios, substituição de conselheiros normais que passaram a vitalícios etc.? Esses atos são nulos ou podem (devem) ser preservados? (direito dispositivo)
- 3) Como ficam os parcelamentos especiais com a Fazenda Nacional realizados pelo presidente eleito em nome do clube, inclusive o último, Timemania?
- 4) Como subsistem os valores recebidos pelo SPFC – milhões de reais, a título de incentivo fiscal da Lei N. 11.438/06, cujo compromisso e responsabilidade pessoal foi firmado pelo presidente da diretoria eleito pelo conselho?
- 5) Como fica a compra de imóvel, como o Centro de Treinamento de Cotia, em 12.11.04?
- 6) À luz da resposta às indagações anteriores, soa imperiosa a concessão de efeito suspensivo destinado a evitar dano irreparável e de difícil reparação ao SPFC até pronunciamento definitivo das cortes extraordinárias?
- 6.1) Diante das incertezas relativas a eficácia da coisa julgada e respectiva limitação temporal, poder-se-ia cogitar a aplicação de técnicas processuais já utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, tais como a concessão de efeito prospectivo – pro futuro ou modulação dos efeitos das decisões?

Passamos a enfrentar as questões propostas à luz do quadro fático trazido pelo consulente.

RESPOSTA

O objetivo do direito é assegurar a paz, dirimindo os conflitos intersubjetivos a fim de propiciar a vida em sociedade. Para cumprir com seu programa, não basta ao direito buscar concretizar o ideal de Justiça. Inclusive porque Justiça é um anseio de ordem ética, que, salvo seu núcleo essencial e imutável, tem conteúdo variável e indefinido, que, quando levado a sua abstração máxima escapa, à racionalidade humana.

O direito busca, sobretudo, a segurança.

O papel da legislação é o de prover uma base para expectativas legítimas, transmitindo segurança e certeza jurídicas,² de molde que o cidadão, que cumpra as regras anunciadas, não precise, nunca, temer restrições a sua liberdade. Para além de ter essa segurança de saber o que pode fazer, sem ser molestado, o cidadão precisa poder esperar que os infratores sejam compelidos, pelos órgãos competentes, a proceder da maneira prevista no ordenamento. Em suma, o homem precisa ter a segurança de que as coisas se processarão tal como a lei prevê.

A existência de ordem e segurança é, não só essencial para a vida em sociedade, bem como corresponde a uma exigência íntima da na-

2. Adotamos aqui a distinção entre certeza e segurança jurídicas cunhada por Miguel Reale: “há duas faces a considerar no problema da segurança, a qual constitui algo de existente *ab extra*, relativa objetividade peculiar a todos os ‘sêres históricos’, é ao mesmo tempo, algo de subjetivo, um ‘sentimento’, ou situação psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas como expressão genérica e objetiva da segurança mesma. Há, pois, que distinguir entre o ‘sentimento de segurança’ ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias – e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais, capazes de fazer gerar e proteger aquêle que estado de espírito de tranquilidade e concórdia. É a razão pela qual Teófilo (sic) Cavalcanti Filho sentiu a necessidade de estudar ‘segurança’ concomitantemente com a ‘certeza’, a primeira mais atinente ao aspecto subjetivo, a segunda mais pertinente ao aspecto objetivo do problema”. (Prefácio a obra de Theophilo Cavalcanti Filho, *O Problema da Segurança no Direito*. Editora Revista dos Tribunais. P. IV.

tureza humana; o homem, para conduzir-se, precisa prever o que os demais farão e quais os efeitos que serão atribuídos a sua ação.³ A vida em sociedade implica, assim, a existência de uma organização para que cada um possa saber a extensão da sua liberdade individual. Já a ideia de organização importa a de direito, que tem como papel primordial, regular a vida em comunidade, a fim de que o direito de um não se sobreponha à liberdade do outro. Daí a conclusão de Theophilo Cavalcanti Filho de que “a razão fundamental, que justifica o direito, é a exigência de certeza e segurança nas relações que se estabelecem na sociedade”.⁴

Até mesmo o mestre do relativismo, Gustav Radbruch, reconhecia ter o direito a função essencial de transmitir segurança jurídica.⁵ Eis as suas palavras:

(...) temos que, ao lado da ideia de justiça, nos surge agora, como segundo ingrediente da ideia de direito, a ideia do seu fim ou *finalidade*.

(...)

Sabido é que o direito, na sua qualidade de norma reguladora da vida social, não pode ficar entregue ao arbítrio de das diferentes opiniões dos indivíduos a esse respeito, mas deve constituir a garantia duma determinada *ordem* social colocada acima dessa diversidade de opiniões.

(...)

É mais importante que exista, primeiro que tudo, uma ordem jurídica, do que estar a discutir desde logo a sua justiça e recta finalidade; porque, se estas – a justiça e a recta finalidade – são realmente duas preocupações do direito, todavia são preocupações secundárias, sendo antes

3. Fátima Fernandes Rodrigues de Souza leciona: “O art. 3º, III, da CF estabelece como objetivos do Estado brasileiro constituir uma sociedade livre, justa e solidária. No entanto, nenhum desses objetivos poderá ser alcançado, se a segurança não for garantida, já que a estabilidade, no plano do direito – valor inerente à dignidade da pessoa humana – correspondente a uma sua necessidade básica do homem, de conduzir, planejar, estrutura sua vida de forma autônoma, com um grau mínimo de previsibilidade, de forma a garantir para si mesma uma coexistência pacífica com os demais integrantes da sociedade e com o próprio Estado.(Apud, MARTINS, Ives Gandra (coord.). *Limitações ao Poder Impositivo e Segurança Jurídica*. São Paulo: CEU e RT, 2005 – (Pesquisas Tributárias. Nova Série, 11). P. 492/493.

4. *O Problema da Segurança no Direito*, p. 52.

5. *Filosofia do Direito*. Vol. I, p. 186-88.

primacial, no sentir de todos, a terceira, ou seja, a da segurança e da paz social. (itálico no original)

Não iremos tratar aqui dos conceitos de direito e de justiça, por desbordar dos limites do presente estudo, sendo suficiente, consignar que justiça e segurança jurídica estão umbilicalmente ligadas, não sendo possível falar em ordem jurídica segura sem ter presente a ideia de que o direito vigente é justo. Segurança jurídica e justiça condicionam-se e exigem-se reciprocamente, sendo certo que direito incerto será sempre direito injusto.⁶ Já o arbítrio ou mesmo a injustiça do direito positivo violentam a consciência jurídica do povo a ele submetido e, por essa razão, não podem transmitir qualquer grau de segurança jurídica.

Daí a ordem jurídica voltar-se para o fim de garantir a previsibilidade do tratamento a ser conferido pela sociedade, por meio de todas as instâncias de poder, às condutas humanas. A legislação tem esse papel fundamental de prover uma base de expectativas legítimas. Os estatutos devem ser conhecidos, promulgados e com significado claro, sob pena de deixar o cidadão sem saber como deve se comportar. O Direito não convive com a ideia de que o cumprimento das regras anunciadas não dê a segurança ao cidadão de que não terá sua esfera de direitos atingida. Os Poderes Públicos e os Tribunais em especial devem se preocupar em aplicar as leis com constância, de modo a tratar casos similares com similaridade.⁷

Diversos princípios do Estado de Direito derivam dessa ideia, de que não há Justiça sem Segurança Jurídica. Dentre esses, dois são essenciais ao deslinde do caso trazido pelo Dr. Carlos Aidar,

6. Alguns juristas, dentre os quais, Carlos Cossio, apontam ser a segurança jurídica uma modalidade de justiça. Confira-se a esse respeito os ensinamentos de Antonio Gómez Robledo: *“La justicia em efecto, exige como uno de sus elementos esenciales (o por lo menos que derivan inmediatamente de su esencia, como el proprium aristotelico), el de la certeza. A la constante y firme voluntad de dar a cada uno lo suyo, debe corresponder, em lo externo, um orden de cosas que permita a cada cual tener la certidumbre de que no le será escamoteado lo suyo, de que no se le dará de manera aleatória o fortuita”*. (Apud. CAVALCANTI FILHO, Theophilo. Op. Cit, p. 82)

7. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 187-90.

quais sejam, o da supremacia constitucional e o da estabilidade da coisa julgada.

Como bem assinala Pinto Ferreira, o princípio da supremacia constitucional é o alicerce “em que se assenta o edifício do moderno direito político”.⁸ As normas constitucionais são superiores a todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico e lhe servem de fundamento.

A norma constitucional encontra-se no ápice da pirâmide jurídica, de acordo com a representação figurada do sistema normativo, construída por Hans Kelsen. Referida pirâmide, como se sabe, é formada pelo escalonamento de normas que encontram fundamento de validade na norma considerada de hierarquia superior. Assim, p.ex., o decreto tem fundamento de validade na lei e esta, na Constituição.

As normas subordinadas, para serem válidas, devem harmonizar-se, necessariamente, com as normas superiores. Norma inválida equiparar-se-ia à norma inexistente e, portanto, não produz efeitos de direito. A supremacia constitucional é o único instrumento que o Direito pode oferecer contra o arbítrio, quando este se manifesta na atividade legislativa.

Gomes Canotilho⁹ fundamenta a superioridade constitucional nas seguintes premissas: (a) autoprímazia normativa; (b) as normas constitucionais são fontes de produção jurídica (“norma normarum”); e (c) todos os atos dos poderes políticos devem obediência ao princípio da conformidade com a Constituição.

A doutrina classifica a superioridade constitucional em: formal e material.¹⁰

Constituição formalmente superior é aquela que goza de um regime jurídico diferente, em virtude da adoção de um procedimento especial para a sua elaboração.

8. Apud VELLOSO, Carlos Mário. Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*. Vol. 92 – outubro-dezembro de 1989 – ano 22, p. 43.

9. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 137.

10. VELLOSO, Carlos Mário. *Ibidem*.

Já a superioridade constitucional material revela que toda a ordem jurídica tem fundamento de validade na Constituição, em virtude de o texto constitucional organizar e distribuir as competências.

Muito embora se reconheça que, em termos sociológicos, a superioridade material tenha relevância, pois justifica a rigidez de Constituições costumeiras, históricas e flexíveis - demonstrando que não é a forma que garante o respeito que as instituições dedicam a seu texto constitucional -, do ponto de vista jurídico, o que importa é a supremacia formal, que decorre da rigidez constitucional.

A Constituição se diz rígida quando, para além de ser escrita, sua alteração só pode ocorrer mediante a adoção de mecanismo mais dificultoso do que aquele previsto para a alteração da legislação infraconstitucional.

Em verdade, enquanto a legislação ordinária ou complementar é elaborada pelo Poder Legislativo, a Constituição é obra de um poder distinto, o poder constituinte,¹¹ que institui todos os outros e não é instituído por qualquer outro.¹²

A supremacia das normas constitucionais é assegurada por processos próprios e implica negar aplicação, vigência, eficácia e executividade a atos praticados sem amparo em seus comandos.

De fato, estabelecido que todas as normas constitucionais pairam acima das demais normas jurídicas, ou seja, que a Constituição é superior às demais normas, segue-se que todo o ordenamento nacional só será válido se compatível com as normas da Constituição, porque “a Constituição rígida é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor”.¹³

11. Muito embora se possa falar em Poder Constituinte em relação a Constituições não-escritas, sua identificação só tem sentido em relação a Constituições rígidas, pois para aquelas o mesmo poder que gera as regras ordinárias cria a Constituição, confundindo-se Poder Constituinte com Poder Legislativo.

12. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

13. BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 13. ed, p. 22.

O controle de constitucionalidade tem, portanto, a finalidade de manter a supremacia constitucional e assim a segurança jurídica, cerceando a ação do Poder Legislativo e, em alguns casos, até mesmo do Poder Executivo, que não podem desprezar a vontade soberana do Poder Constituinte originário.

Há várias classificações para o controle de constitucionalidade. A que importa ao presente parecer é a subjetiva, segundo a qual o controle pode ser concentrado (objetivo ou abstrato) ou difuso (subjetivo).

O chamado controle jurisdicional difuso é aquele que permite a diversos órgãos o pronunciamento a respeito de uma relação de constitucionalidade, enquanto o controle concentrado admite que apenas um órgão aprecie a inconstitucionalidade.¹⁴

O controle difuso é também denominado concreto, pois exercido, na maioria das vezes, quando da solução de casos concretos instaurados com vistas à defesa de algum direito, como cotidianamente ocorre na primeira instância do Poder Judiciário brasileiro.

Já o controle concentrado é chamado de abstrato em virtude de ser exercido para verificar a validade da lei em tese – mesmo quando provado incidentalmente –, sendo que, muitas vezes, tem como objetivo garantir certo equilíbrio entre os órgãos estatais.

O controle concentrado constitui processo objetivo. Isto é, não existem partes, nem um conflito intersubjetivo, mas apenas, a questão objetiva da compatibilidade ou não de uma norma com o texto constitucional.

Essas duas espécies de controle, difuso e concentrado, também se distinguem quanto ao objeto do controle. No controle difuso busca-se, incidentalmente, a declaração de inconstitucionalidade - isto é, o pedido principal não é a declaração de inconstitucionalidade, essa matéria constitui mera questão prejudicial –, mas sim o reconheci-

14. O controle jurisdicional difuso tem origem norte-americana (caso *Marbury x Madison*, Juiz Marshall). Já o controle concentrado é de origem austríaca, tendo sido inicialmente previsto na Constituição da Áustria de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen. A jurisdição concentrada predomina na Europa continental: além da Áustria, a Itália, em 1948, a adotou, o mesmo correndo com a Alemanha Federal, em 1949, a Jugoslávia, em 1963, Portugal, em 1982, Espanha, em 1978.

mento de direito, que passa, necessariamente, pelo juízo acerca da constitucionalidade de uma norma. No controle concentrado se dá o contrário, o pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, conforme o caso. O objeto do processo é, nessa hipótese, a verificação da compatibilidade ou não da norma com a Constituição.

Outra importante diferença entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade é a atinente aos efeitos das decisões proferidas nesses processos. Em regra, no controle difuso, ao declarar a inconstitucionalidade da norma, o juiz ou tribunal afasta sua aplicação apenas para aquele processo e entre as partes litigantes, em decorrência da eficácia subjetiva da coisa julgada. A norma em si subsiste, podendo ser aplicada pelo mesmo juízo em outros casos ou por outros juízes. Enquanto, no controle concentrado, o efeito das decisões é *erga omnes*.

Ocorre que, entre nós, esse efeito *inter partes* pode ser transmudado em efeitos *erga omnes* por força de resolução do Senado Federal, emitida em face de ofício do Supremo Tribunal Federal (art. 52 X CF).

Outra importante distinção entre os controles difuso e o concentrado diz respeito à extensão dos efeitos das decisões proferidas em uma e outra via. Entre nós, as decisões proferidas em sede de controle concentrado, para além de terem efeitos *erga omnes*, são vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Assim, em face de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que declare, em ADI, p.ex., a inconstitucionalidade de uma norma, nenhum outro tribunal poderá aplicar essa mesma norma que, em virtude da decisão da Corte Maior, foi expungida do ordenamento. Do contrário, as decisões proferidas em controle difuso, não vinculam o juiz prolator e tampouco outros juízes.

É verdade que essa regra sofre severos temperamentos. O art. 97 da CF,¹⁵ regulamentado pelos arts. 480 a 482 CPC, disciplina o

15. Dispositivo objeto da Súmula Vinculante n. 10, do seguinte teor: “VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONS-

procedimento para a declaração de inconstitucionalidade, prevendo que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público”.¹⁶

Em atenção ao procedimento previsto no art. 97 CF, o órgão fracionário do Tribunal remete a prejudicial de inconstitucionalidade, surgida em processo *inter partes*, para apreciação do órgão plenário ou especial, que apreciará somente o incidente de inconstitucionalidade, também chamado de arguição de inconstitucionalidade. Após esse julgamento, o processo retorna ao órgão fracionário que deve aplicar a decisão do Plenário ou do Órgão Especial, relativa à prejudicial e completar o julgamento. Há, assim, a fusão de dois julgamentos, um realizado pelo órgão fracionário e outro realizado pelo órgão competente para declarar a inconstitucionalidade. O processo fica suspenso, no órgão fracionário, até que o julgamento da questão prejudicial de constitucionalidade pelo plenário ou órgão especial do tribunal ocorra.

A partir da decisão do plenário ou do órgão especial, estão os órgãos fracionários do mesmo tribunal obrigados a obedecer a esse julgamento que, com relação a eles, tem efeito vinculante. Esclareça-se que, com relação a esse efeito vinculante não há, no Código de Processo Civil, previsão expressa. Mas, os órgãos fracionários passam a aplicar, automaticamente, o precedente do plenário, prescindindo-se, até mesmo, de nova remessa. Alguns tribunais, no entanto, estabeleceram, explicitamente, em seus regimentos internos, a vinculati-

TITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE”.

16. Segundo José Cretella Jr.: “Determina a regra jurídica constitucional que, do mesmo modo que a lei, poderá todo ato normativo do poder público ser declarado inconstitucional pelo voto da maioria absoluta dos membros (não presentes) integrantes do colegiado julgador do anátema argüido. Trata-se do denominado *quórum mínimo para julgamento e decretação de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo*, entendendo-se a razão dessa exigência que reside na gravidade e relevância da violação que violenta a própria vontade popular, cristalizada no resultado final do processo legislativo – a regra jurídica constitucional”. (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 30-40. Vol. VI)

vidade dos órgãos fracionários à decisão do órgão competente para declaração de inconstitucionalidade.¹⁷

Parece haver, assim, também com relação às decisões proferidas em controle difuso, com a observância do art. 97 CF, caráter vinculante, muitas vezes previsto nos regimentos internos dos tribunais.

No esforço de atribuir uniformidade à prestação jurisdicional, a EC 45/2004 introduziu o art. 103-A ao texto Constitucional, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal competência exclusiva para, por seu órgão Plenário, aprovar súmula de jurisprudência que terá efeito vinculante para todos os Poderes.¹⁸

Ainda no seio da reforma do judiciário, alterações na legislação adjetiva, vieram prever vinculações horizontais e verticais aos provimentos jurisdicionais em controle difuso que são apenas mencionadas, por não repercutirem diretamente no raciocínio aqui desenvolvido:

- Art. 543-A § 5º: negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os demais recursos;
- Art. 557 CPC: autoriza o provimento ou improvimento por decisão singular a recurso de competência do colegiado quando a pretensão deduzida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência pacificada do STF ou de tribunal superior;

17. Nesse sentido é o art. 101 do Regimento Interno do STF segundo o qual: “A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103”.

18. Regulamentado pela Lei 11417/2006. O STF pode, de ofício ou mediante provocação, por decisão de 2/3 dos membros, aprovar Súmula que, após publicada, terá efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. São legitimados para propor a edição de súmula vinculante os legitimados ao ajuizamento de ADI e, ainda, o Defensor-Público Geral da União, os Tribunais superiores, os TJ’s, os TRF’s, os TRT’s, os TRE’s e os Tribunais Militares. Os municípios têm uma legitimidade especial (incidental). A Súmula deve tratar sobre controvérsia **atual** de índole constitucional, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de litígios. Acaso desrespeitada a súmula, abre-se a via da reclamação – na esfera administrativa tem que esgotar os recursos primeiro - que poderá resultar na anulação do ato administrativo ou na cassação da decisão judicial, determinado-se que outra seja proferida – o STF não vai substituir a autoridade ou o juiz competente.

- Art. 475-L § 1º CPC: dispõe ser inexigível o título judicial quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou fundado em interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a CF;
- Art. 518 § 1º CPC: a apelação não é recebida quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF;
- Art. 543-B CPC: a decisão proferida pelo STF, em RE, vale para todos os demais casos sobrestados em segunda instância;
- Art. 543-C CPC: a decisão proferida pelo STJ, em REsp, vale para os demais casos sobrestados em segunda instância;
- Parágrafo único do art. 741 do CPC, na redação conferida pela MP 2180-35: retira executoriedade do título judicial que tiver em confronto com decisão proferida nos termos do art. 97 CF.

A distinção que mais toca ao caso presente, entre os controles judicial concentrado e difuso de constitucionalidade, reside na **extensão temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade das normas**. Muito embora, no caso presente, não se trate de declaração de inconstitucionalidade, trata-se de chancelar, como contrária à lei e à Constituição, conduta praticada ao longo do tempo, o que, na prática, importa em iguais efeitos.

Enquanto no sistema norte-americano a regra geral sempre foi a atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão que declarada a inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a norma incompatível com o texto constitucional é nula, o modelo austríaco apregoa a mera anulabilidade desta e, por via de consequência, o efeito apenas *ex nunc* da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.¹⁹

19. A esse respeito são esclarecedoras as lições de Thomas Cooley: *"A law is sometimes said to be unconstitutional, by which is meant that it is opposed to the principles or rules of the constitution of the state. An unconstitutional enactment is sometimes void, and sometimes not; and this will depend upon whether, according to the theory of government, any tribunal or officer is empowered to judge of violations of the constitution, and to keep the legislature within the limits of a delegated authority, limited by annulling whatever acts exceed it. ... where, as in America, the legislature acts under a delegated authority, limited by the constitution itself; and the judiciary is empowered to declare what the law is, an unconstitutional enactment must fall when it is subjected to the ordeal of the courts. Such an enactment is in strictness no law, because it establishes no rule: it is merely a futile attempt to establish a law"*. (*The General Principles of American Constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 24)

A teoria da anulabilidade da lei inconstitucional foi mundialmente divulgada por Hans Kelsen para quem:

A afirmação de que uma lei válida é 'contrária à Constituição' (anconstitucional) é uma *contradictio in adjeto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. (...) De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há-de ter um sentido jurídico, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de uma processo especial, previsto na Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida: e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

(...)

Do que acima foi dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável.²⁰

Atualmente, no entanto, nenhum dos dois sistemas permanece adotando a retroatividade ou a irretroatividade absoluta das decisões declaratórias de inconstitucionalidade.

Assim é que Laurence Tribe noticia que, no julgamento *Linkletter vs. Walker*, a Suprema Corte norte-americana assentou que a Constituição nem proíbe nem exige efeitos retroativos, pois essa seria uma matéria meramente política, a ser decidida caso a caso.²¹

20. Op. Cit, p. 367-8 e 374.

21. Eis o trecho pertinente: "In *Linkletter v. walker*, the Court rejected both extremes: 'the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect'. Quoting Justice Cardozo for the proposition that 'The federal constitution has no voice upon the subject', the *Linkletter* Court treated the question of retrospective effects as purely a matter of policy, to be decided in each case". (American Constitutional Law. Nova York: The Foundation Press, 1988, p. 30-1).

O mesmo se deu no âmbito da Corte Austríaca, como anota Mauro Cappelletti:

(...) o sistema austríaco tal como foi reformado em 1929 – que, repita-se, é o sistema ainda hoje vigente na Áustria – admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora rigorosamente adotada, em 1920, segundo a qual aos pronunciamentos da Corte Constitucional é negada qualquer retroatividade. Isto é, o sistema reformado de 1929 admitiu que – *limitadamente ao caso concreto*, por cuja ocasião tenha surgido, ‘em via de exceção’, a questão de constitucionalidade – a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter a aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento.²²

No Brasil também se sentiram as dificuldades que a declaração *ex tunc* impõe ao controle de constitucionalidade, muitas vezes já deflagradas, seja na via difusa, seja na via concentrada, quando a norma já produziu efeitos por muitos anos, incorporando direitos ao patrimônio jurídico dos jurisdicionados.

No esforço de resolver a questão,²³ foram editadas as Leis 9868/99²⁴ e 9982/99 introduzindo, no nosso sistema, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse so-

22. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p. 121.

23. Sobre o tema: a) PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. (b) CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das Leis ns. 9.868 e 9822/99. O Controle de Constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99*. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 95; (c) SILVA, Sérgio André R. G. da. *Comentários acerca dos Efeitos da Decisão Proferida no Âmbito do Controle Abstrato da Constitucionalidade das Normas*. In, *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética. N. 41, p. 150-67; (d) FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *A Inconstitucionalidade da Regulamentação dos Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Abstrato através de Lei Ordinária*. In, *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética. N. 56, p. 19-24; (e) BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *“A Lei n. 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Inaplicabilidade na Fiscalização de Normas de Direito Tributário*. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética. N. 59, p. 113-23.

24. Objeto das ADI's 2258-0 e 2154-0.

cial, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado de normas, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (arts. 27 e 11, respectivamente).

Na verdade, essa legislação reflete a eterna luta entre os valores Justiça e segurança.

A respeito desse tema, o primeiro parecerista tece as seguintes considerações:

(...) quando da elaboração das leis 9868 e 9882 de 1999 - que tratam das ações judiciais no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade - em conversas com o Ministro Gilmar Mendes, relator do anteprojeto dos dois diplomas legislativos, demonstrei meu desconforto pela adoção, no País, de instituto calcado no modelo alemão. Fui, inclusive, voto vencido, na Comissão nomeada pelo Presidente Fernando Henrique para redigir a Lei 9882/99 (ADPF), quanto à redação do art. 11, aprovado, entretanto, pelos demais membros Professores Gilmar Mendes, Celso Bastos, Arnaldo Wald e Oscar Corrêa.

Temi, em decorrência de minha maior atuação no campo tributário, que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade poderia gerar a irresponsabilidade absoluta dos Poderes Tributantes, que, sempre que editassem leis inconstitucionais, pleiteariam, posteriormente, a eficácia “ex nunc”, para livrarem-se dos riscos das compensações ou repetições de indébito.

Aprovadas as leis, por diversas vezes, em congressos de que participamos, o Min. Gilmar Mendes e eu debatemos a matéria, inclusive em evento por ele organizado, no Instituto Brasileiro de Direito Público, em Brasília, alguns anos atrás. Tanto ele quanto eu acabamos por modificar nossas rígidas posições anteriores, de minha parte admitindo que, em inúmeras circunstâncias, o efeito prospectivo seria a única forma de assegurar um dos cinco fundamentos da Constituição, esculpido no seu “caput”, que é a segurança jurídica. Por sua vez, reconheceu o autor intelectual de ambos os diplomas, que, em matéria tributária, seria muito difícil a concessão de efeitos prospectivos a favor dos poderes tributantes.²⁵

25. No livro *Estudos de Direito Constitucional*, editado pela Renovar (2009) e coordenado por Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha, tracei a história da evolução de meu pensamento e do Ministro Gilmar Mendes, às p. 409 a 425.

De rigor, tal posição foi hospedada pela Suprema Corte:

AI-AgR651224 / RJ - RIO DE JANEIRO
AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 26/08/2008

Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJe—222 DIVULG 20—11—2008 PUBLIC 21-11-2008

EMENT VOL-02342-23 PP—04708

...

Ementa

TRIBUTO - DESARMONIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - EFICÁCIA PROSPECTIVA - INADEQUAÇÃO. A fixação de efeito prospectivo à decisão no sentido da glosa de tributo disciplinado em norma não compatível com a Constituição implica estímulo à edição de leis à margem da Carta da República, visando à feitura de caixa, com o enriquecimento ilícito por parte do Estado -gênero-, em detrimento dos contribuintes, que já suportam grande carga tributária. (grifos meus)

Decisão

*A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. 1a. Turma, 26.08.2008”.*²⁶

Hoje, estou convencido de que os dois artigos - que têm sido aplicados inclusive em decisões do STF em controle difuso, como ocorreu com o acórdão do RE 197.917-8-SP (Município Mira Estrela),²⁷ ou seja, em

26. Jurisprudência no Site do STF.

27. “RECURSO EXTRAORDINÁRIO 197.917-8 SÃO PAULO
RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

...

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, “INCIDENTER TANTUM”, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL”, continuando: “7. Inconstitucionalidade, “incidenter tantum”, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos “ex tunc”, resultaria grave ameaça a todo o sistema vigente. Prevalência do interesse público para

recurso extraordinário -, são uma excelente solução processual para a viabilização da segurança jurídica, e impedem que o direito positivo venha a cair no absolutismo do adágio romano de que “summum jus, summa injuria”.²⁸

Em determinados casos – e não poucos-, o efeito prospectivo é a única solução, exatamente para evitar injustiças e afastar incertezas.

E, com frequência, o Pretório Excelso – e também o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, como será demonstrado mais adiante - tem assim se posicionado, sobre diversos temas, como se pode ler, nos acórdãos abaixo elencados:

1) “ADI 2501 / MG - MINAS GERAIS
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 04/09/2008

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

.....

7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 40, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005. 8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela lei federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais - art. 10, IV c/c art. 17, I e II da lei 9.394/1996. 9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da de-

assegurar, em caráter de exceção, efeitos “pro futuro” à declaração incidental de inconstitucionalidade” (grifos meus) (Estudos de Direito Constitucional – em homenagem a Cesar Asfor Rocha, ob. cit. p. 415-6).

28. Renzo Tosi esclarece: “Esse famoso adágio adverte que aplicar rigidamente a lei, **sem a necessária flexibilidade e sem prestar atenção às situações concretas, leva a cometer graves injustiças**: tal formulação, apreciada pela contraposição paradoxal “ius / iniuria”, é referida por Cícero (De finibus, 1.10.33) como explicitamente proverbial, sendo retomada textualmente na Idade Média (por exemplo, por João de Salisbury, Policrático, 3,11 [PL 199, 499c])” (grifos meus) (Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas, Ed. Martins Fontes, 1996, São Paulo, p. 508).

cisão (art. 27 da lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores” (grifos meus).²⁹

2) “ADI 3660 / MS - MATO GROSSO DO SUL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 13/03/2008

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

.....

Ementa

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. 3. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada a destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes. 4. Ação julgada procedente. **Tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei nº 9.868/99, para atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004**” (grifos meus).³⁰*

3) “ADI 3458 / GO - GOIÁS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): MIN. EROS GRAU

Julgamento: 21/02/2008

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

.....

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 15.010, DO ESTADO DE GOIÁS, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2004. DECRETO ESTADUAL N. 6.042, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2004. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 01/04 - GSF/GPTJ, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2004. SISTEMA DE CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS.

29. Jurisprudência no site do STF.

30. Jurisprudência no site do STF.

*PROJETO DE LEI DEFLAGRADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA QUE DEMANDARIA INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. TESOUREO ESTADUAL DEFINIDO COMO ADMINISTRADOR DA CONTA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. 1. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida no tocante ao decreto estadual n. 6.042 e à Instrução Normativa n. 01/04, ambos do Estado de Goiás. Não cabimento de ação direta para impugnar atos regulamentares. Precedentes. 2. A iniciativa legislativa, no que respeita à criação de conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais, cabe ao Poder Judiciário. A deflagração do processo legislativo pelo Chefe do Poder Executivo consubstancia afronta ao texto da Constituição do Brasil [artigo 61, § 1º]. 3. Cumpre ao Poder Judiciário a administração e os rendimentos referentes à conta única de depósitos judiciais e extrajudiciais. Atribuir ao Poder Executivo essas funções viola o disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil, que afirma a interdependência -- independência e harmonia entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. 4. **Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 15.010, do Estado de Goiás. O Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dar efetividade à decisão 60 [sessenta] dias após a publicação do acórdão**". (grifos meus)³¹*

4) "MS 26604/ DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA

Julgamento: 04/1012007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

.....

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - NATUREZA JURÍDICA E EFEI-

31. Jurisprudência no site do STF.

TOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQUENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO.

.....

10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido” (grifos meus).³²

5) “ADI 1351 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 07/12/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

.....

Ementa

32. Jurisprudência no site do STF.

PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional" (grifos meus).³³

6) "ADI 3615 / PB - PARAÍBA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 30/08/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

.....

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DO ESTADO DA PARAÍBA. REDEFINIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DO CONDE. DESMEMBRAMENTO DE PARTE DE MUNICÍPIO E INCORPORAÇÃO DA ÁREA SEPARADA AO TERRITÓRIO DA MUNICIPALIDADE LIMÍTROFE, TUDO SEM A PRÉVIA CONSULTA, MEDIANTE PLEBISCITO, DAS POPULAÇÕES DE AMBAS AS LOCALIDADES. OFENSA AO ART. 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja, o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 40, da Constituição Federal substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/96. Precedentes: ADI 458, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e ADI 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, Informativo STF 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, o exercício do poder constituinte deferido aos Estados-membros

33. Jurisprudência no site do STF.

*está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela Constituição Federal. Precedente: ADI 192, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.09.01. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. Precedente: ADI 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 04.06.04. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição estadual. 4. **Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos ex nunc, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99**” (grifos meus).³⁴*

7) “ADI 3685 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 22/03/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

.....

5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, “caput”) e do devido processo legal (CF, art. 50, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. **Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência**” (grifos meus).³⁵

8) “RE 442683/RS - RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): MIN. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 13/12/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma

.....

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO:

34. Jurisprudência no site do STF.

35. Jurisprudência no site do STF.

*INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25.6.1999. II. - **Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido**” (grifos meus).³⁶*

9) “PET-MC-segunda 2859 / SP - SÃO PAULO

SEG. MED. CAUT. EM PETIÇÃO

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 03/02/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

.....

*EMENTA: Ação cautelar inominada. Recurso extraordinário. Efeito suspensivo. 2. Decisão monocrática concessiva. Referendum do Plenário. 3. Operação Urbana Centro. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ADI estadual, declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de São Paulo. 4. Eficácia dos efeitos dessa declaração para momento futuro - “pro futuro”. Art. 27 da Lei no 9.868, de 10.1.1.99. 5. **Existência de plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia “ex nunc” e ocorrência do periculum in mora. 5. Cautelar, em questão de ordem, referendada**”. (grifos meus)³⁷*

Esta decisão em particular, eu a comentarei adiante.

(...)

36. Jurisprudência no site do STF.

37. Jurisprudência no site do STF.

Princípio pela questão da expressão “excepcional interesse social”. A expressão comporta duas inteligências, a meu ver, ambas adotadas pelo legislador ordinário.

Lê-se, na exposição de motivos do art. 27, a seguinte locução:

*“[...] Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, **e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27)**. Assim, o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.*

*Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia “ex nunc” ou “pro futuro”, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v. g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (grifos meus)*³⁸

A primeira observação é que a exposição de motivos não fala em “excepcional interesse social”, mas apenas em **interesse social**. O segundo aspecto é que, quando o autor da exposição refere-se a “casos excepcionais” alude a casos “particularmente diferentes”, ou seja, “casos raros”.

Em outras palavras, pela leitura da exposição de motivos e do próprio artigo, o “interesse social” a que se refere a exposição e o adjetivo “excepcional” adicionado ao próprio dispositivo, também podem ser interpretados como “casos raros, diferentes” ou “casos relevantes”, ou seja, de grande impacto social em toda a comunidade.

38. Exposição de Motivos n. 189, de 7/4/1997, ao Projeto de Lei n. 2960, de 1997 (in *Controle concentrado de constitucionalidade*, Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes, Ed. Saraiva, 2009, 3. ed., p. 492-3).

A meu ver, ambos os sentidos estão hospedados pela norma. A mesma expressão foi reproduzida no art. 11 da Lei n. 9882/99 - de cuja discussão participei, por ser membro da Comissão que redigiu o anteprojeto - e o duplo sentido foi hospedado. Entendemos, na ocasião, que o interesse social pode ser de grande impacto nacional ou ter menor impacto social, mas ser relevante para determinado setor, comunidade ou segmento social que venha a ser atingido pela declaração “ex tunc” de inconstitucionalidade de uma lei, que observou e que seria duramente prejudicado com a anulação de situação tida por jurídica anteriormente, e desfeita pela declaração.

(...)

Passo, agora, à questão da segurança jurídica.

(...)

Em caso semelhante, já este Egrégio Tribunal decidiu pelos efeitos prospectivos. Trata-se dos Embargos de Declaração n. 45.352-0/8-07 da Comarca de São Paulo, cuja ementa segue:

*“Embargos de declaração. Oposição pela Câmara Municipal e seu presidente. Inexistência de omissão no acórdão. Rejeição. Oposição pela Municipalidade. Recebimento parcial, apenas para declaração a respeito do momento da eficácia do decreto de inconstitucionalidade”.*³⁹

O eminente desembargador José Osório, assim se manifestou, ao dar eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão:

‘A nulidade, entretanto, não opera automaticamente:

‘Os efeitos concretos que dela (da ação direta de inconstitucionalidade) nasceram e que permanecem devem ser atacados em ação própria, e não indiretamente, por meio excepcional, que só se criou para fazer respeitar, no terreno do direito objetivo, o princípio da hierarquia das leis.’ — ADIN 652 — MA, r. Min. Celso de Mello, j. 02.0492 RTJ 146/464.

*Entretanto, são tais e tantos os efeitos concretos que podem ter sido produzidos na vigência da lei declarada inconstitucional que se entende hoje deva o Tribunal, **quando necessário, deixar expresso o momento em que o julgamento produz efeitos anulatórios ou quais os atos que devam ficar protegidos do decreto de nulidade.***

39. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Embargantes: Presidente da Câmara Municipal de São Paulo e outros – Embargado: Procurador-Geral de Justiça, voto n. 14.375.

*Isto porque entram em jogo outros e relevantes princípios que norteiam toda a ordem jurídica, **entre os quais se sobressaem o da segurança das relações jurídicas, que se estabeleceram sob o direito positivo considerado escoreito, bem como o da boa-fé e o que veda o enriquecimento sem causa.***

*No caso dos autos, e seguindo a sugestão constante do voto do Des. Flávio Pinheiro, observa-se que a situação contratual entre os interessados e a Administração Pública **consolida-se, de forma definitiva, no momento em que é assinado o “Termo de Compromisso”, a que se refere o § 2º do art. 3º da indigitada Lei n. 11.773/95**, de cujo instrumento devem constar, segundo o texto legal, todos os direitos e obrigações referentes à aprovação da operação interligada.*

***Ante o exposto, rejeitam-se os embargos da Câmara Municipal e recebem-se parcialmente os da Municipalidade para declarar que, de forma geral, os efeitos do julgamento operam ex tunc, porém com as ressalvas de que as nulidades não são reconhecidas automaticamente; e de que são salvaguardados os direitos e obrigações decorrentes da assinatura do termo de compromisso supra referido”** (grifos meus)⁴⁰*

É de se realçar, nesta decisão do Egrégio Tribunal de Justiça, da qual participaram os eminentes desembargadores:

“MÁRCIO BONILHA (Presidente, sem voto), NIGRO CONCEIÇÃO, LUIS DE MACEDO, VISEU JÚNIOR, GENTIL LEITE, ÁLVARO LAZZARINI, DANTE BUSANA, JOSÉ CARDINALE, DENSER DE SÁ, MOHAMED AMARO, LUIZ TÂMBARA, PAULO SHINTATE, BORELLI MACHADO, FLÁVIO PINHEIRO (com declaração de voto), GILDO DOS SANTOS, FORTES BARBOSA, VALLIM BELLOCCHI, SINÉSIO DE SOUZA, JARBAS MAZZONI, THEODORO GUIMARÃES, MENEZES GOMES, OLAVO SILVEIRA, ANDRADE CAVALCANTI e PAULO FRANCO”,

o voto paradigmático do ilustre desembargador Flávio Pinheiro do seguinte teor:

“O entendimento firme, tanto na jurisprudência, como na doutrina, é no sentido de que o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos “ex tunc”, ou seja, ficam sem validade e eficácia os atos

40. Embargos de Declaração n. 45.352.0/8-07.

praticados sob a égide do diploma inconstitucional. ‘Desde então’, ‘a partir de então’, são os efeitos.

Mas a realidade mostra que são tantos os efeitos concretos que podem ser produzidos na vigência da lei declarada inconstitucional e tendo em vista que a nulidade não opera automaticamente, como enfatiza o Des. José Osório, citando Jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que há necessidade de o Judiciário deixar expresso o momento em que o julgamento produz efeitos anulatórios ou quais os atos que devam ficar protegidos do decreto de nulidade.

Adotou, então, o eminente Desembargador José Osório minha sugestão, alvitrada por ocasião do julgamento a que me referi acima, de 15.09.99, no sentido de que a situação contratual entre os interessados e a Administração Pública consolida-se, de forma definitiva, no momento em que é assinado o ‘termo de compromisso’, a que se refere o parágrafo 20, do art. 30, da indigitada lei 11.773/95, de cujo instrumento devem constar, segundo o texto legal, todos os direitos e obrigações referentes à aprovação da denominada ‘operação interligada’.

Efetivamente, como já registrei no meu voto de 15.09.99, se verifica do procedimento estabelecido na lei nº 11.773, art. 3º, em especial os parágrafos 2º e 3º, que, o direito ao resultado das operações interligadas, para o particular, é adquirido com o firmamento do “termo de compromisso». Esse documento, com a conseqüente expedição, pela Municipalidade, da respectiva certidão do seu inteiro teor (2º), habilita ‘o proprietário do imóvel a requerer e obter o alvará de execução das obras do projeto respectivo’ (3º).

Por todo o exposto e, portanto, acompanhando integralmente o voto do eminente Desembargador José Osório, recebo, em parte, os embargos declaratórios da Municipalidade Paulistana, rejeitados os da Câmara Municipal de São Paulo” (grifos meus)⁴¹

(...)

Não diferente é a decisão proferida pelo Pretório Excelso, na Seg. Med. Caut. em petição n. 2859-7-São Paulo, para caso idêntico, cuja ementa repito:

“EMENTA: Ação cautelar inominada. Recurso extraordinário. Efeito suspensivo. 2. Decisão monocrática concessiva. Referendum do Plenário. 3. Operação Urbana Centro. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ADI estadual, declarou a inconstitucionalidade de lei

41. Embargos de Declaração n. 45.352.0/8-00.

do Município de São Paulo. 4. Eficácia dos efeitos dessa declaração para momento futuro - “pro futuro”. Art. 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.99. 5. Existência de plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia “ex nunc” e ocorrência do ‘periculum in mora’. 4. Cautelar, em questão de ordem, referendada.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, referendar a liminar, nos termos do voto do Relator.” (grifos meus)⁴²

(...)

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes lembra que:

“No caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o AgRg na Medida Cautelar 5.982/SP, Eliana Calmon, DJ 04.08.03, 2ª. T, concedeu a liminar e deu efeito suspensivo ao recurso especial, até seu julgamento final, ‘para que, suspensos novos contratos, acordos, parcerias ou compromissos, seja evitada solução de continuidade às relações jurídicas e realizações imobiliárias já firmadas’.

A relatora fundamentou o seu voto na circunstância de que ‘a abrupta paralisação das obras e o descumprimento das obrigações assumidas gerarão prejuízo de grande monta para a municipalidade, além de ensejar o abandono do que já foi iniciado sem retorno possível ao ‘status quo ante’. Também, em voto-vista, Franciulli Netto assentou que ‘no particular, após ultrapassados quase 6 (seis) anos desde o advento da lei, é de bom conselho ressaltar que os efeitos imediatos da inconstitucionalidade trarão um prejuízo de difícil reparação para a Administração, tendo em vista os contratos já firmados e que estão com sua execução em andamento’.

Apenas para informação, trago notícia sobre o recurso especial, que, desde 05.11.03, se encontra com vistas para a Procuradoria-Geral da República, conforme informação obtida na página www.stj.gov.br, em consulta realizada aos 26.02.04.

Observa, pois, que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito ‘ex tunc’ ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente”,⁴³

42. Rel. Min. Gilmar Mendes, Requerente: Município de SP, Requerido: Proc. Geral de Justiça do Min. Público do Estado de SP, DJ. 20/05/2005, Ementário n. 2192-2, 03/02/2005, Tribunal Pleno.

43. STF, Pet. 2859/SP.

concluindo que:

“Na espécie, não parece haver dúvida de que o deferimento do efeito suspensivo justifica-se plenamente. A aplicação da decisão impugnada poderá criar quadro de grave insegurança jurídica. É certo, ademais, que, mantida a declaração de inconstitucionalidade, afigura-se plausível pedido manifestado no sentido de sua prolação com eficácia “ex nunc”. Concedo, portanto, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, ad referendum do Pleno, até o final julgamento da questão.

Oficie-se. Publique-se.” (grifos meus)⁴⁴

(...)

A segurança jurídica é definida pela certeza do direito que deve ser determinada, na dúvida, pelo Poder Judiciário, conforme claramente sustentou Carlos Aurélio da Mota Souza, em sua tese de livre docência, para a UNESP, em livro que me deu a honra de prefaciá-lo: “Segurança Jurídica e Certeza do Direito” (Ed. LTR).⁴⁵

Antes de passarmos às questões propostas é preciso ainda algumas palavras acerca da coisa julgada. A estabilidade das relações e o fim dos litígios é, como já exposto, a razão de ser do Direito. Nesse campo é que se insere a coisa julgada, termo utilizado para designar a impossibilidade de revisão do provimento jurisdicional.

A coisa julgada, como preceituam Eurico de Santi e Paulo Conrado

não serve para fazer justiça material, serve para outorgar segurança ao direito, segurança às partes da contenda, segurança a terceiros que encontram na coisa julgada um porto seguro para realização de outros negócios jurídicos. Faz, a seu modo, outra justiça: a formal, a única que importa ao direito. A segurança jurídica, realizadora da justiça formal, se sobrepõe à ideia de justiça material.⁴⁶

44. STF, Pet. 2859/SP.

45. Parecer no prelo a ser publicado Revista Dialética de Direito Processual.

46. Controle direto de constitucionalidade e repetição do indébito tributário. RDDT 86/30.

Essa posição doutrinária é avaliada pelo Supremo Tribunal Federal, de cuja jurisprudência colhe-se a advertência de Marco Aurélio de Mello:

paga-se um preço por viver-se em um Estado de Democrático de Direito e nele encontra-se a estabilidade das relações jurídicas, a segurança jurídica, ensejadas pela preclusão.⁴⁷

Por essa razão, a coisa julgada é garantia individual fundamental (art. 5º XXXVI CF), imutável, nos termos do art. 60 IV CF. Encontra-se regulamentada pelos arts. 467 e seguintes do CPC. A lei adjetiva distingue entre coisa julgada formal – quando há a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267) – e material – quando a coisa julgada produz efeitos sobre a relação de direito material que levou à instauração do processo (art. 269). Na feliz síntese da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material tem dado origem a imprecisões. A meu ver, quem melhor deslinda as duas hipóteses é Pontes de Miranda. Diz o saudoso jurista: “a coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutra processo o que se decidiu.”⁴⁸

(...)

II – propriedade privada”

Outro ponto que interessa à solução da consulta é dos limites objetivos da coisa julgada. Por esse termo se designa quais as partes do provimento jurisdicional estão atingidas pela imutabilidade.⁴⁹

47. AI 249.470-BA, DJU 01.12.2000, p. 74.

48. RE 102.381/MG, Rel. E. Min. Carlos Madeira, RTJ 123/569.

49. Sobre esse tema escreve Paulo Roberto Oliveira Lima: “o estudo dos limites objetivos da coisa julgada se presta a estabelecer o que da sentença se reveste daquela qualidade de imutabilidade e o que fica de fora. Ou por outra, se destina a separar, das múltiplas questões decididas pela sentença, aquelas que restam protegidas pelo manto da coisa julgada”. (*Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997, p. 30-8.

Esses limites estão expressos no Código de Processo Civil, cujo art. 469 prevê:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada, a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Assim, a fundamentação não faz coisa julgada. O que é alcançado pela cláusula da imutabilidade é o dispositivo do provimento jurisdicional, a sua conclusão. Vale, no entanto, a advertência de Vicente Greco Filho de que

a parte dispositiva da sentença, em princípio, deve estar concentrada e resumida no final, mas pode ocorrer que o juiz, ao fazer a fundamentação, pode decidir algum ponto da lide principal, sem depois reproduzir, em resumo, no dispositivo. Tal decisão fará coisa julgada porque, apesar de formalmente não fazer parte do dispositivo, tem conteúdo dispositivo.⁵⁰

Viu-se, portanto, que os princípios da supremacia constitucional e da imutabilidade da coisa julgada são instrumentos voltados à preservação da segurança jurídica. Ocorre que, muitas vezes, por razões mesmo de segurança jurídica, por impossibilidade material ou em nome de outros princípios constitucionais, o ordenamento precisa conviver com leis inconstitucionais – ainda que por prazo de tempo definido –, modulando os efeitos dos provimentos jurisdicionais.

O afastamento da coisa julgada é, aliás, previsto pelo próprio Código de Processo Civil, quando arrola as hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485).

50. In: *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1997. 12. Ed. Vol. II, p. 250.

Fato é que a relativização da supremacia constitucional ou da coisa julgada só pode ocorrer em prol de valores maiores ao ordenamento, como, p.ex., a proporcionalidade e outras garantias individuais.

No caso concreto, há, ainda que aparentemente, uma antinomia nas previsões do art. 217 CF e 59 CC. O São Paulo Futebol Clube – SPFC procurou, então, especialistas na matéria e, com base em pareceres de diversos juristas, inclusive de autores do Código Civil de 2002 – Miguel Reale e Ministro Moreira Alves – que interpretaram a legislação substantiva à luz da Constituição Federal, não observou a competência exclusiva atribuída à Assembleia Geral das associações para eleição e destituição de administradores, aprovação de contas e alteração de estatuto.

Há, ainda, a respaldar a conduta do SPFC precedentes do próprio Tribunal de Justiça, adotados pelo E. Desembargador designado para relatar o acórdão que julgou a apelação, Des. João Carlos Saletti, como razão de decidir (AI's 293.980-4/0-00 e 322-990-4/0-00).

Desde então a vida da entidade desportiva caminhou, houve a eleição de nova presidência, que firmou parcerias, assinou todos os documentos necessários para o bom andamento da entidade, reformou os estatutos, adquiriu patrimônio e aderiu a programa de apoio fiscal (Timemania).

Caso seja mantido o v. acórdão noticiado pelo consulente, tomado por maioria, em sede de embargos de declaração, dando prevalência ao voto então vencido quando do julgamento da apelação – o que, com o devido acatamento, não nos parece crível, em face do texto Constitucional – sem que haja a modulação de seus efeitos, todos os atos praticados estarão eivados de ilegalidade, o que representa condenar a instituição desportiva a refazer 6 (seis) anos de sua existência. Vale aqui a poética ressalva de Gustavo Sampaio Valverde:⁵¹ “O passado em si é inalcançável, a não ser como uma construção promovida no próprio presente”.

51. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 171.

A modulação, portanto, dos efeitos acórdão nos embargos de declaração se impõe, não só por razões de impossibilidade material e de segurança jurídica, como em prol da boa-fé⁵² com que agiu o Clube e também em nome do interesse social.

O Timemania, jogo lotérico criado pelo Governo Federal, com adesão voluntária de Clubes de Futebol, que constrange a instituição desportiva que aderir a ficar em dia com suas obrigações fiscais, permite repasse de verbas para Santas Casas de Misericórdia, Fundo Penitenciário Nacional e demais programas do Governo. Esse jogo foi idealizado em prol do interesse público e não existiria sem a participação dos clubes desportivos.

Não interessa ao Estado deixar de fora desse regime um clube de futebol, como o São Paulo, condenando-o, praticamente, à insolvência.

O caso em questão é em tudo similar ao da Câmara de Vereadores do Município de Mira Estrela, citado ao longo deste parecer. Reconhecer a invalidade de todos os atos praticados pela atual Administração porque não observada, desde 2003, a regra do art. 59 CC, é totalmente inviável materialmente. É de se indagar, apenas por uma questão retórica, quantos cheques devem ter sido assinados, quantos contratos firmados e desfeitos, quantas questões resolvidas por aqueles que pareciam, à luz de precedentes jurídicos e da jurisprudência, legitimados a tanto.

A verdade é que disputas internas, seja de sociedades, seja de associações, não podem levar ao ponto de acabarem com as próprias instituições. Isso é o que se dará, se não forem modulados os efeitos do acórdão ora analisado.

52. O princípio da boa-fé justifica a modulação dos efeitos temporais das decisões, como reconhece a jurisprudência de nossos Tribunais. Confira-se: "... a natureza dos efeitos da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade de uma lei – **ex tunc** ou **ex nunc** – não emerge de princípio ou de preceito sediado na Constituição, configurando, isto sim, uma questão de política judicial a ser feita em cada caso concreto, segundos os reclamos de judicial a ser feita em cada caso concreto, segundo os reclamos de justiça e razoabilidade em cada espécie litigiosa. Destarte, pode o Tribunal dar efeito **ex nunc** à declaração de inconstitucionalidade em homenagem à boa-fé dos destinatários da norma". (TJRJ, Órgão Especial, Emb.Decl. na Repr. por Inconstitucionalidade 51/99, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, ac. 02.10.2000, *Revista Forense* 366/248)

Outro fundamento impõe, ainda, a atribuição de efeitos para o futuro à decisão noticiada pelo consulente, caso ela venha a ser mantida. Trata-se do princípio da proporcionalidade, corolário do devido processo legal material (art. 5º LIV CF).

O princípio da proporcionalidade encerra os juízos de adequação, necessidade e vedação ao excesso, aplicável para averiguação da legitimidade de decisões legislativas, administrativas (públicas) e judiciais.

Adequada é a decisão apta a produzir os efeitos desejados pela norma aplicada. Necessária a decisão que se impõe, ou seja, quando o comando normativo não pode ser atingido por outros fins. A vedação ao excesso exige ponderação entre os fins e os meios, tornando ilegítima qualquer decisão que para atingir determinado fim atinja direitos e garantias individuais.

No caso, retroagir ao momento da propositura da ação, decisão que diz serem inválidos todos os atos praticados sem a observância do art. 59 CC, não é medida necessária, adequada e, especialmente, é excessiva. Nada justifica que a conduta tomada, de boa-fé, pelo Clube, com fundamentos em jurisprudência e em pareceres de renomados civilistas, tenha, ainda que venha a ser considerada ilegal e inconstitucional, que ser desfeita retroativamente.

Para atingir o fim de obrigar o Clube a atender o art. 59 CC é suficiente, adequado e necessário apenas que tal decisão valha para o futuro, mostrando-se totalmente desproporcional a sua retroação no tempo.

Analisadas as questões propostas, respondemos, objetivamente, aos quesitos formulados pelo consulente:

- 1) Caso venha a transitar em julgado acórdão ainda não publicado, mas que está, segundo informado pelo consulente, fundamentado no voto vencido proferido quando da apelação, a coisa julgada recairá sobre a parte dispositiva, ou seja, sobre a conclusão de que há de ser reformada a sentença de primeira instância para acolhimento *in tontum* do pedido inicial, acarretando, na prática, a ilegitimidade de todos os atos decorrentes da inobservância do art.

59 CC. A decisão no agravo de instrumento não repercute sobre o momento a partir do qual produzirá efeitos a coisa julgada. A coisa julgada retroagirá, salvo modulação expressa *pro tempore* do acórdão, ao momento do ajuizamento do feito.

- 2) Caso não haja a modulação dos efeitos do acórdão noticiado pelo consulente, os atos em questão estarão eivados do vício da ilegalidade.
- 3) A adesão a parcelamentos especiais, inclusive o Timemania, procedida por quem não detém, acaso aplicável, retroativamente, o art. 59 CC, legitimidade a tanto, é inválida. Os pagamentos efetuados serão computados pela Secretaria da Receita Federal e os valores recebidos pelo Clube deverão ser devolvidos.
- 4) Prejudicado em virtude da resposta supra.
- 5) A compra de imóvel tornar-se-á, caso seja mantido o acórdão noticiado, sem modulação dos efeitos, inválida, assim como os demais atos praticados à revelia do art. 59 CC.
- 6) Sim. Considerando a possibilidade de execução provisória de acórdão sujeito a recurso que, de ordinário, não tem efeito suspensivo, é de rigor, em prol dos princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da boa-fé, que seja atribuído efeito suspensivo aos recursos a serem ofertados em face do acórdão noticiado.
- 6.1) Deve não só ser “cogitada” a aplicação de efeito prospectivo ao acórdão noticiado, como tal modulação temporal se impõe, em nome dos princípios analisados ao longo desse parecer e, sobretudo, por força da Justiça, razão de ser última do Direito.

S.M.J.

São Paulo, 26 de maio de 2009.

cfmp/p2009-005 SPFC