



**O CASO DA COFINS DAS SOCIEDADES
PROFISSIONAIS: ANÁLISE DA LEGITIMIDADE
DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA
DOS MOTIVOS DETERMINANTES
DA SENTENÇA À ADC 1-DF**

THE CASE OF THE COFINS OF PROFESSIONAL SOCIETIES:
ANALYSIS OF THE APPLICATION LEGITIMACY
OF THE TRANSCENDENCE THEORY OF THE
DETERMINING MOTIVES OF THE
SENTENCE IN THE ADC 1-DF

Cynara Monteiro Mariano

Pós-doutoranda em Direito Econômico pela Universidade de Coimbra, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2009), Mestre em Direito Público (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (2005) e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará, Advogada, Ex-presidente da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará - FESAC (2004/2006) e da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE (2006). Consultora ad hoc da CAPES, parecerista de importantes revistas e periódicos científicos no País. Atua e pesquisa principalmente nas áreas de Direito Administrativo, Direito Econômico e Direito Constitucional, E-mail: cynaramariano@gmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2979911689500048>.

Resumo

O presente artigo propõe-se a revolver a matéria sobre a revogação da isenção da COFINS para as sociedades profissionais, demonstrando que o Supremo Tribunal Federal, acolhendo a tese fazendária, aplicou, no caso, a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença à passagem do voto do relator, ministro Moreira Alves, na ADC 1-DF, promovendo, com isso, uma mutação constitucional ilegítima.

Palavras-chave: Revogação. COFINS. Sociedades profissionais.

Abstract

This article intends to resolve the matter about the abrogation of the exemption of the COFINS for professional societies, demonstrating that the Supreme Court, accepting the treasury thesis, applied, in the case, the transcendence theory of the determining motives to the passage of the rapporteur's vote, Minister Moreira Alves, in the ADC 1-DF, thus promoting an illegitimate constitutional mutation.

Keywords: Abrogation. COFINS. Professional societies.

Sumário: Introdução. 1. Do alcance do julgamento do STF na ADC 1-DF e da ilegitimidade da mutação constitucional promovida no julgamento dos Recursos Extraordinários 377.457/PR e 381.964/MG. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Após a edição da Súmula n.º 176 do STJ, confirmando a isenção da COFINS para as sociedades civis (hoje simples) de prestação de serviços próprios das profissões regulamentadas em lei, prevista no art. 6.º, II, da Lei Complementar n.º 70/91, observou-se no cenário jurídico

que vários contribuintes provocaram o Poder Judiciário objetivando assegurar o gozo da referida isenção e a repetição do indébito.

Conforme acórdãos proferidos nos autos dos Recursos Extraordinários 377.457/PR e 381.964/MG, ambos relatados pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Supremo Tribunal Federal, contudo, acostando-se à tese sustentada pela Fazenda Nacional, entendeu que a isenção conferida pelo art. 6.º, II, da Lei Complementar n.º 70/9, fora legitimamente revogada pelo art. 56 da Lei ordinária n.º 9.430/96. Isso porque, segundo o entendimento fazendário, sendo a COFINS uma exação criada com fundamento no art. 195 da Constituição Federal de 1988, o instrumento legal previsto para sua instituição, de acordo com essa regra, seria a lei ordinária e não a lei complementar. Por outro lado, também conforme a tese fazendária, o próprio STF já teria decidido nesse sentido quando do julgamento da ADC n.º 1-DF, relatada pelo então ministro Moreira Alves, apontando que a LC 70/91 seria apenas formalmente complementar, sendo, na verdade, materialmente ordinária.

As decisões proferidas pelo STF no julgamento nos citados Recursos Extraordinários, embora sejam anteriores, aparentam configurar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença, também sugerida pelo ministro Gilmar Mendes na Reclamação n.º 4.335/AC, ainda pendente de julgamento definitivo. Em que pese essa teoria defender a abstrativização da sentença proferida em sede de controle difuso, o julgamento do STF nos REX's 377.457/PR e 381.964/MG parece acolher e aplicar a referida tese a uma passagem do voto do ministro Moreira Alves na ADC 1-DF, em que ele teria afirmado que a LC 70/91 era materialmente ordinária e apenas formalmente complementar.

O alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal nessa ação declaratória de constitucionalidade estava, todavia, limitado aos artigos 1.º, 2.º, 9.º, 10.º e 13.º da LC 70/91, não tendo o STF, portanto, se pronunciado sobre o art. 6.º da citada lei complementar na parte dispositiva do acórdão, motivo pelo qual não é verdadeira a tese de que o Tribunal teria decidido, com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*,

que a LC 70/91 é apenas formalmente complementar, sendo materialmente ordinária.

Desse modo, objetiva-se no presente artigo examinar se é legítimo ao STF aplicar a referida teoria aos assim chamados *obter dictum*, tanto no controle incidental quanto no controle concentrado de constitucionalidade, a exemplo do que ocorreu com a passagem do voto do relator na ADC 1-DF, tendo em vista que isso configurou, no entender desta pesquisadora uma autêntica mutação constitucional que rompeu com a tradição processual brasileira sobre os efeitos da coisa julgada e afrontou a vontade do poder constituinte e a separação dos poderes.

1 DO ALCANCE DO JULGAMENTO DO STF NA ADC 1-DF E DA ILEGITIMIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROMOVIDA NO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 377.457/PR E 381.964/MG

Antes de adentrar no exame da extensão dos efeitos do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADC 1-DF, convém dizer que a revogação do inciso II do art. 6.º da LC 70/91 pelo art. 56 da Lei ordinária n.º 9.430/96 não é legítima. Essa exegese é equivocada porque, independentemente de existir ou não hierarquia entre as espécies normativas, dispositivos de lei complementar não podem ser alterados por lei ordinária, ainda que a Constituição Federal não determine expressamente a necessidade de a opção legislativa ter sido a lei de natureza complementar para regulamentar determinada matéria. Como a isenção da COFINS para as sociedades profissionais foi instituída por meio de lei complementar, somente uma lei de semelhante processo legislativo de aprovação e votação poderia revogar-lhe os dispositivos, haja vista que tal isenção guarda todas as garantias jurídicas que lhe confere essa espécie normativa, a exemplo do quórum qualificado.

Nesse sentido, não há que se indagar, portanto, acerca da exigência ou não de lei complementar para a instituição da isenção em comento, nos termos do art. 195, § 4.º da Constituição Federal, tampou-

co que se falar que a LC 70/91 é materialmente ordinária. A matéria trata é de observância às normas constitucionais atinentes ao processo legislativo, principalmente ao art. 69 da CF/88. Ou seja, a situação retrata a necessidade de respeito ao texto constitucional, sendo, pois, uma temática que diz respeito à titularidade do poder constituinte.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, nos REx's 377.457/PR e 381.964/MG, ao entender que o próprio Tribunal já teria decidido na ADC 1-DF, com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, que a LC 70/91 poderia ter seus dispositivos revogados pela Lei ordinária 9.430/96, tendo em vista que a primeira seria apenas formalmente complementar e materialmente ordinária, aplicou uma exegese diversa da vontade do constituinte originário. A CF/88 não distingue entre lei complementar formal e lei complementar material, muito menos autoriza sua revogação por uma lei ordinária, de modo que o entendimento do STF promoveu o que tem sido conhecido, na doutrina, pelo nome de mutação constitucional, isto é, uma mudança das normas constitucionais em seu significado, sentido ou alcance, mediante a atividade interpretativa, sem qualquer alteração formal do texto-suporte da norma (FERRAZ, 1986, p. 130).

Sabe-se que as mutações constitucionais, manifestações do que Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 316) chama de poder constituinte difuso, encontram limites na vontade do poder constituinte e no princípio da separação dos poderes. Trata-se de fenômeno pelo qual a jurisdição constitucional, por meios hermenêuticos, vem criando uma Constituição diferente daquela que foi promulgada pelo legislador constituinte. Por isso mesmo, sua ocorrência deve respeitar a essência ou o núcleo substancial das normas constitucionais, sob pena de a Constituição afastar-se cada vez mais dessa vontade soberana e legítima, passando a ser aquilo que o Supremo Tribunal Federal deseja e lhe é politicamente conveniente, o que chancelaria a velha fórmula de Herbert Hart (2007, p. 15) para a textura aberta do direito: “o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é.”

Verdade é que as mutações constitucionais, ou a atuação do assim chamado poder constituinte difuso, são necessárias para a ade-

quação do texto constitucional à realidade social, sempre em transformação. Porém, elas são legítimas apenas na medida em que conferem novo alcance ou significado às normas constitucionais que venham a ampliar os direitos e garantias fundamentais, não podendo, portanto, inovar na ordem jurídica para produzir o efeito contrário. Essa, no entanto, é exatamente a hipótese verificada no julgamento da ADC 1-DF e dos REX's 377.457/PR e 381.964/MG, pois, ao subverter as regras de processo legislativo, admitindo a irrelevância do respeito aos quóruns constitucionais, a mutação constitucional operada pelo STF violou o princípio da segurança jurídica.

Se o legislador optou por regular a matéria contida na LC 70/91 em lei complementar, por óbvio pretendeu conferir maior segurança para os administrados/contribuintes, com o intuito de evitar a alteração do tratamento de tal tema por maiorias ocasionais dos membros do Congresso Nacional. Esse, inclusive, é o entendimento de grande parte da doutrina, como se pode inferir do seguinte excerto de artigo da lavra de Ives Gandra da Silva Martins, ao comentar sobre a necessidade de observância das normas atinentes ao processo legislativo, no caso específico da isenção da COFINS conferida pelo art. 6.º, II, da LC 70/91 às sociedades profissionais:

Destarte, a lei complementar, a qual o legislador ordinário não pode revogar, é fruto de processo legislativo mais moroso que, por óbvio, envolve maior ponderação, emprestando maior estabilidade ao sistema do direito positivo pátrio e a instituição de tributos. Daí que nunca deve ser aviltada por lei ordinária (MARTINS, 2004, p. 74-75).

Refletindo essa mesma linha de raciocínio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1981) pontifica que:

A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não

seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento, paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exige ponderação especial. Aliás, é princípio geral de direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma.

Desse modo, tendo em vista a vontade do legislador em conferir tratamento especial ao tema em debate – leia-se: processo legislativo diverso, não parece razoável que os argumentos de obediência à forma e à vontade do legislador possam ser desprezados, especialmente se esse desprezo tiver origem num processo de mutação constitucional que implique aviltamento dos direitos e garantias fundamentais, o que parece ter ocorrido no caso da revogação da isenção da COFINS das sociedades profissionais por instrumento legislativo diverso do que seria o legítimo.

Quanto ao alcance do julgamento do STF na ADC 1-DF, bem diferentemente da tese fazendária que findou vencedora, a extensão do julgamento proferido por essa excelsa Corte na referida ação direta de constitucionalidade estava delimitado aos artigos 1.º, 2.º, 9.º, 10.º e 13.º da Lei Complementar n.º 70/91, não sendo, pois, objeto da ação direta o art. 6.º, cujo inciso II outorgou a isenção da COFINS para as sociedades profissionais. Isso pode ser conferido pela leitura da própria ementa do acórdão lavrado na ADC 1-DF:

Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos previstos no parágrafo 2.º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional

n.º 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1.º, 2.º e 10, bem como das expressões “A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social” contidas no artigo 9.º, e das expressões “Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte nos noventa dias posteriores, àquela publicação, ...” constantes do artigo 13, todos da Lei Complementar n.º 70, de 30 de setembro de 1991.

Como é sabido que a tradição processualista sempre foi no sentido de os efeitos vinculantes dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade somente ocorrerem em relação à sua parte dispositiva, vê-se bem que apenas a declaração de constitucionalidade dos artigos 1.º, 2.º e 10, e de algumas expressões contidas nos artigos 9º e 13 da LC 70/91, é que foi dotada dessa eficácia geral. A afirmação contida no voto do ministro Moreira Alves, ao relatar a ADC 1-DF, de que a LC 70/91 seria materialmente ordinária, não constituiu parte integrante do julgamento da referida ação direta, tendo sido apenas o que a doutrina chama de *obiter dictum* ou “comentários laterais de passagem”, sendo a afirmação, portanto, desprovida de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, que são atributos próprios apenas da parte dispositiva dos acórdãos proferidos pelo STF no controle abstrato de constitucionalidade.

De fato, a doutrina brasileira equipara os limites objetivos dos efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade aos limites objetivos da coisa julgada, empregando àqueles a mesma regra contida no inciso I do art. 469 do CPC, como, a propósito, salienta Luís Roberto Barroso (2004, p. 185-186):

O limite objetivo da coisa julgada segue a regra geral, cingindo-se à matéria decidida, tal como enun-

ciada na parte dispositiva da decisão. O conteúdo do dispositivo em uma ação declaratória de constitucionalidade que venha ser acolhida terá teor análogo ao seguinte: “O Tribunal, por maioria (ou unanimidade), julga procedente a ação declaratória, para declarar a constitucionalidade dos arts. X e Y da Lei n. W/00”¹.

Logo, como a afirmação do ministro Moreira Alves, de que a LC 70/91 é materialmente ordinária, não consta da parte dispositiva do acórdão proferido pelo STF na citada ADC n.º 1-DF, essa matéria não possui os atributos de que trata o § 2.º do art. 102 da CF/88. Ao contrário, pelo próprio teor do voto do ministro relator, é fácil perceber que os limites objetivos do pedido e do respectivo acórdão, na ADC 1-DF, foram fixados como sendo a constitucionalidade dos artigos 1.º, 2.º e 10, e de algumas expressões contidas nos arts. 9.º e 13, não alcançando, pois, o exame da constitucionalidade do inciso II do art. 6.º da LC 70/91, que conferiu a isenção da COFINS para as sociedades profissionais.

O Superior Tribunal de Justiça, em algumas oportunidades nas quais foi provocado a se pronunciar sobre a matéria, ressaltou a ausência de efeitos vinculantes a essa afirmação contida no voto do ministro Moreira Alves, como se pode inferir das ementas dos seguintes acórdãos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL PACIFICADA NO ÂMBITO DESTE TRIBUNAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE APRECIADA PELO STF, EM QUE SE DECLAROU A CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA

¹ Nesse mesmo sentido, conferir Clève, 2000, p. 307.

LC 70/91. AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE EM RELAÇÃO À APLICABILIDADE DE SUA FUNDAMENTAÇÃO EM OUTRAS HIPÓTESES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

O que se discute é a isenção concedida pelo artigo 6.º, da Lei Complementar n.º 70/91, às sociedades civis, e, não, a matéria objeto da ADC.

Não pode ser conhecido recurso que, sob rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os Embargos declaratórios são apelos de integração – não de substituição. (STJ, 1.ª Turma, EARESP 488892/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 01.12.2003, p. 264)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL PACIFICADA NO ÂMBITO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE APRECIADA PELO STF, EM QUE SE DECLAROU A CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LC N. 70/91. AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE EM RELAÇÃO À APLICABILIDADE DE SUA FUNDAMENTAÇÃO EM OUTRAS HIPÓTESES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

Deve prevalecer o entendimento, segundo o qual, a análise da aplicação de uma lei federal não é incompatível com o exame de questões constitucio-

nais subjacentes ou adjacentes. A competência somente seria deslocada para a Máxima Corte se a v. decisão recorrida tivesse julgado o feito única e exclusivamente sob o prisma constitucional, o que se não deu, no caso ora em exame.

É cediço que, em qualquer decisão judicial, o que faz coisa julgada não é a fundamentação, mas sim o dispositivo. O mesmo ocorre com a Ação Direta de Constitucionalidade, cujo efeito vinculante e eficácia erga omnes alcançam apenas a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pela Corte Máxima.

In casu, se o que se está a discutir é a isenção concedida pelo artigo 6º da Lei Complementar n. 70/91 às sociedades civis, e não a matéria objeto da ADC (os artigos 1º, 2º, 10 e 13 da LC 70/91), não se pode admitir sua interferência na presente demanda.

Na verdade, pretende a embargante a reapreciação do agravo regimental, o que é inviável no presente momento processual.

Embargos de declaração rejeitados. (STJ, 2.^a Turma, Edcl no AgRg no Ag 375021/RJ, Rel. Min. Franciulli Neto, DJU 20.09.2004, p. 224)

Interessante também apontar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, já teria esclarecido que no julgamento da ADC n.º 1-DF o Tribunal não decidiu, de forma vinculante, que a LC 70/91 possui natureza de lei ordinária, e, como tal, poderia ter seus dispositivos revogados pela Lei n.º 9.430/96. Como prova disso, cite-se as seguintes decisões proferidas pelos ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa nas Reclamações 2.475/MG e 2.517/RJ, respectivamente:

A decisão proferida na ADC 1/DF, relatada pelo Ministro Moreira Alves, limitou-se a “conhecer em parte da ação, e, nessa parte, julgá-la procedente, para declarar, com os efeitos vinculantes previstos no parágrafo 2.º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n.º 3/93, a constitucionalidade dos artigos 1.º, 2.º e 10, bem como da expressão “a contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social”, contida no artigo 9.º, e também da expressão “esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores, àquela publicação, ...”, constante do artigo 13, todos da Lei Complementar n.º 70, de 30.12.1991 (RTJ 156/722). A decisão, está-se a ver, não assentou ser a Lei Complementar 70/91 lei complementar simplesmente formal. É verdade que, no voto do Ministro Relator isso foi dito (RTJ 156/745). Trata-se, entretanto, de um obter dictum².

(...) Pretende a reclamante conferir efeito vinculante a trecho do voto do Ministro Moreira Alves na ADC 1. É bem verdade que, no caso, o voto do Ministro Moreira Alves sagrou-se vencedor. Todavia, é certo que o efeito vinculante das decisões em Ações Declaratórias de Constitucionalidade não abrange os chamados obter dictum, proferidos em votos específicos. No caso da ADC 1, a afirmação

² Excerto de decisão monocrática proferida pelo Min. Carlos Velloso na Rcl 2475 MC/MG, DJU 26.11.2003, pág. 00032.

do Ministro Moreira Alves de que a Lei Complementar 70/91 possui natureza de lei ordinária é um típico *obter dictum*. Isso porque, da análise do acórdão da ADC 1, não se percebe a afirmação citada como fundamento determinante da decisão – não alcançando, assim, o efeito vinculante.

(...) Outro motivo impede o seguimento da presente Reclamação. Se é verdade que lei ordinária alterou o disposto na lei complementar no que tange à isenção da COFINS, também é verdade que decisão deste Tribunal na ADC 1 não julgou a alteração da lei complementar, mas a sua constitucionalidade antes da alteração. Ou seja, ainda que o afirmado pelo Ministro Moreira Alves representasse a voz da maioria – e não um *obter dictum* –, a violação à autoridade do julgamento desta Corte seria, quando muito, indireta, pois não foi objeto de julgamento pelo Tribunal a alteração da lei complementar por lei ordinária posterior e nem se disse que isso deveria ser feito. Diante do exposto, e com base no art. 21, § 1.º do RISTF, nego seguimento à Reclamação. Brasília, 18 de dezembro de 2003³.

Portanto, é equivocado o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADC n.º 1-DF, teria decidido, de forma vinculante, que a LC 70/91 é materialmente ordinária, podendo ter seus dispositivos revogados pela lei ordinária n.º 9.430/96. Da mesma forma, é igualmente equivocado o raciocínio de que o STF, nesse mesmo julgamento, teria decidido que, pelo fato de a Constituição

³ Excerto de decisão monocrática proferida pelo Min. Joaquim Barbosa na RCL 2517/RJ, DJU de 25/02/2004, p. 00015.

Federal não exigir a edição de lei complementar para a instituição de contribuição social com base no art. 195, inciso I, letra “a”, a revogação do inciso II do art. 6.º da LC 70/91 não necessariamente poderia se operar apenas com a edição de outra lei complementar. A afirmação contida no voto do ministro Moreira Alves nesse sentido também não constituiu parte integrante da parte dispositiva do acórdão da ADC n.º 1-DF, sendo, pois apenas um comentário lateral de passagem, destituído de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

Dessa forma, se o STF, ao apreciar os REx’s 377.457/PR e 381.964/MG, ambos relatados pelo ministro Gilmar Mendes, acolheu a tese fazendária de que a citada afirmação contida no voto do ministro Moreira Alves possuía os efeitos próprios das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, pode-se concluir que o Tribunal aplicou ao caso a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*), também sugerida pelo ministro Gilmar Mendes nos autos da Reclamação 4.335/AC.

Verdade é que a referida teoria foi concebida numa nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas no controle difuso, sendo também sustentada pelo citado ministro em alguns julgados, como nos casos de “Mira Estrela”⁴ e o da “progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos”.⁵ Mas, ao que parece, o mesmo raciocínio da transcendência dos motivos determinantes da sentença proferida no controle difuso foi aplicado nos REx’s 377.457/PR e 381.964/MG, uma vez que o semelhante efeito transcendente foi empregado à passagem do voto do ministro Moreira Alves que teria sido determinante para justificar a legitimidade da revogação do inciso II, do art. 6.º, da LC 70/91 pelo art. 56 da Lei ordinária n.º 9.430/96.

A doutrina processualista brasileira sempre sustentou que se a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade ocorresse

⁴ RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 07.05.2004, p. 8.

⁵ HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurelio de Mello, j. 23.02.2006 (Inf. 418/STF).

incidentalmente, a decisão não teria a autoridade de coisa julgada nem se projetaria para fora do processo no qual foi proferida.⁶ Contudo parte da doutrina mais recente e alguns julgados do STF, a exemplo dos citados acima, sob os argumentos da força normativa da Constituição, do princípio da supremacia constitucional e da competência do STF enquanto guardião e intérprete máximo da Constituição, parecem caminhar para uma nova interpretação, sustentando a transcendência, com caráter vinculante, da decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, mesmo em sede de controle difuso.⁷

Embora essa tese pareça sedutora e encontre suporte em fundamentação nada desprezível, o certo é que o sistema jurídico brasileiro, ao menos em sede de controle difuso, carece de regras, sejam processuais sejam constitucionais, para a sua aplicação. O efeito *erga omnes* foi previsto, como se sabe, apenas para o controle concentrado de constitucionalidade e para a súmula vinculante (com a edição da EC n.º 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, somente após a atuação discricionária e política do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X da CF/88. Portanto, no controle incidental da constitucionalidade, não havendo suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo STF, ela continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, ou seja, produzindo efeitos somente *inter partes*.

Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante sem a atuação posterior da Casa Legislativa, somente mediante a necessária reforma constitucional, modificando, no caso, o art. 52, X, da CF/88 é que seria possível aplicar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença proferida no controle difuso, com caráter vinculante.

Inclusive, a propósito da atuação discricionária e política do Senado Federal, de que trata o inciso X do art. 52 da CF/88, importa ressaltar que o ministro Gilmar Mendes também propôs uma mudança

⁶ Conferir nesse sentido Buzaid, 1958, p. 23-24.

⁷ Ver Zavascki, 2001, p. 135-136.

de entendimento sobre essa regra, ao exarar seu voto nos autos da Reclamação 4.335/AC, entendendo que a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF reduz-se a um simples efeito de publicidade, de modo que se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, declarar que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais e a comunicação ao Senado será necessária apenas para que a Casa Legislativa publique a decisão no Diário do Congresso⁸. Ou seja, esse entendimento sugere que a jurisdição constitucional possa, no caso, alterar o alcance do art. 52, X da CF/88, subtraindo uma competência do Poder Legislativo, sem a necessidade da atuação do poder constituinte derivado reformador.

A Rcl 4.335/AC ainda se encontra pendente de julgamento pelo STF e é sabido que o ministro Gilmar Mendes nutre fortes simpatias pela aproximação do controle difuso de constitucionalidade brasileiro com a sistemática vinculante dos precedentes do direito norteamericano. Todavia, para os fins das presentes reflexões, interessa registrar que, mais uma vez, a tese sustentada pelo citado ministro, que se espera seja vencida ao final, retrata um caso de mutação constitucional ilegítima, haja vista que, na hipótese, vai de encontro à vontade do legislador constituinte e afronta, como talvez nunca antes se teve notícia, a separação dos poderes.

CONCLUSÕES

Ao apreciar os Recursos Extraordinários 377.457/PR e 381.964/MG, ambos relatados pelo ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal aplicou às hipóteses o mesmo raciocínio empregado na teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença proferida no controle difuso, também sugerida pelo mesmo ministro na Reclamação 4.335/AC, uma vez que semelhante efeito transcendente foi conferido à passagem do voto do ministro Moreira Alves que teria sido

⁸ Ver Informativo 454/STF.

determinante para justificar a legitimidade da revogação do art. 6.º, II, da LC 70/91 pelo art. 56 da Lei ordinária n.º 9.430/96.

O julgamento final do caso da COFINS das sociedades profissionais revela, portanto, mais um episódio de mutação constitucional realizada pelo assim chamado poder constituinte difuso, que, na espécie, alterou o significado do art. 69 da Constituição, para permitir a quebra do princípio da simetria ou paralelismo das formas⁹ dentro do processo legislativo, perpetrando, com isso, mais uma ofensa ao princípio da separação de poderes. Logo, essa questão tributária não se resumiu, no entender desta autora, a uma discussão sobre a existência ou não de hierarquia entre as fontes do direito, mas sim a mais um caso que demonstra a necessidade de aprofundamento dos debates sobre o resgate da titularidade do poder constituinte no Brasil.

Sobre os argumentos que a doutrina costuma fornecer para justificar as mutações constitucionais, como também a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença do controle difuso, importa esclarecer, como já se teve a oportunidade de analisar em obra de nossa própria autoria¹⁰, que a posituação, no texto constitucional, da condição do STF de intérprete máximo da Constituição não elimina a validade moral e até supraconstitucional dos valores democráticos fundamentais. A previsão constitucional confere à jurisdição constitucional exercida pelo STF somente uma validade jurídica, o que é insuscetível, porém, de conferir-lhe plena legitimidade. Afinal, a legitimidade do órgão de defesa da Constituição, não só no caso brasileiro como em qualquer sistema político, encontra obstáculo na titularidade do poder constituinte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁹ Cf. Bonavides, 2006, p. 206.

¹⁰ Cf. Mariano, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CLÉVÈ, Clémerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Controle de constitucionalidade e ação rescisória em matéria tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: (neo)constitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARONE, José Ruben. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.º 103. São Paulo: Dialética, 2004, p. 74-75.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Recebido em: 28/11/2011

Pareceres emitidos em: 03/12/2011 e 08/12/2011

Aceito para a publicação em: 10/12/2011