

02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

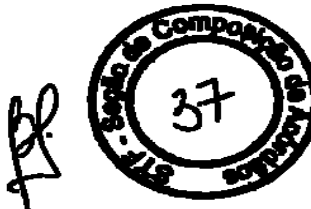
AG. REG. NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS VELLOSO
RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO (ART.38,IV, b, DO RISTF)
AGRAVANTE(S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : PFN - FABRÍCIO DA SOLLER E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTERESSADO(A/S) : CAMARGOS PEDROSA SERVIÇOS MÉDICOS LTDA E
OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : ADRIANO CAMPOS CALDEIRA E OUTRO(A/S)

COFINS - LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91 - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 1-1/DF - JULGAMENTO - ALCANCE. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, o Colegiado não dirimiu controvérsia sobre a natureza da Lei Complementar nº 70/91, consubstanciando a abordagem, no voto do relator, simples entendimento pessoal.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em negar provimento ao agravo regimental na reclamação, vencidos os ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Votou a Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento o ministro



Cezar Peluso. Não participou da votação o ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao ministro Carlos Velloso, relator.

Brasília, 2 de agosto de 2007.


MARCO AURÉLIO

- REDATOR PARA O ACÓRDÃO .

05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

AGRAVANTE(S) : UNIÃO

ADVOGADO(A/S) : PFN - FABRÍCIO DA SOLLER E OUTRO(A/S)

AGRAVADO(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERESSADO(A/S) : CAMARGOS PEDROSA SERVIÇOS MÉDICOS LTDA E
OUTRO(A/S)

ADVOGADO(A/S) : ADRIANO CAMPOS CALDEIRA E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Trata-se de agravo regimental interposto pela UNIÃO da decisão (fls. 42-43) que, por não vislumbrar a configuração do *fumus boni juris*, indeferiu a liminar requerida pela reclamante.

Sustenta a agravante, em síntese, o seguinte:

a) desrespeito à autoridade da decisão proferida na ADC 1/DF, decisão essa que considerou ser a L.C. 70/91, instituidora da COFINS, materialmente ordinária. Ademais, ressalta que o voto do Ministro Moreira Alves, relator da referida ADC 1/DF, "não expôs tal conceito como obter dictum, mas sim como fundamento determinante para se chegar à sede constitucional da COFINS, o que permitiu ao Supremo Tribunal Federal considerá-la constitucional" (fl. 51); *Mu*

b) enquadramento da COFINS no inciso I do art. 195 da Constituição Federal, que exige apenas lei ordinária para a instituição das contribuições sociais nele previstas;

c) existência do *fumus boni juris*, mormente porque a decisão reclamada desrespeita fundamento determinante de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal;

d) existência do *periculum in mora*, dado que o entendimento firmado pela decisão reclamada está a permitir que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais não recolham valor algum a título de COFINS, o que acarreta enormes prejuízos aos cofres públicos.

Ao final, requer a agravante a reforma da decisão agravada.

É o relatório.



05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAISV O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): A decisão agravada, ora sob exame, tem este teor:

"(...)

O efeito vinculante é da decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade. 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 2º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 3/93, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º 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 9º, 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 nº 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 *obiter dictum*. Também no meu voto expressei *obiter dictum* igual (RTJ 156/752). Assim, pelo menos ao primeiro exame, não vejo configurado o *fumus boni juris* que autorizaria o deferimento da liminar.

Do exposto, indefiro a liminar. Ao parecer da Procuradoria-Geral da República.



(...)" (fl. 43).

A decisão é de ser mantida.

Sustenta a agravante que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 1/DF, que declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar 70/91, instituidora da COFINS, teria decidido ser a referida lei materialmente ordinária e apenas formalmente constitucional.

Isso, entretanto, não ocorreu.

Com efeito.

Os autores da ADC 1/DF, o Presidente da República, a Mesa do Senado e a Mesa da Câmara dos Deputados, pediram fosse declarada constitucional a Lei Complementar nº 70, de 30.12.91, que instituiu a COFINS, em especial os artigos 1º, 2º, 9º, 10 e 13 da referida lei (RTJ 156/721).

Informaram que a controvérsia jurídica situava-se nos artigos 1º, 2º, 9º, 10 e 13 (RTJ 156/722). *mu*

Rcl 2.475-AgR / MG

No item — dos fatos — informaram que, na forma do disposto no art. 195, I, da C.F., foi instituída, mediante a Lei Complementar 70/91, contribuição em favor da seguridade social, na forma do disposto nos arts. 1º, 2º, 9º, 10 e 13 (RTJ 156/722-723).

Informaram que citada contribuição veio em substituição ao FINSOCIAL, criado pelo D.L. 1.940/82.

Depois de fazer considerações a respeito da ação declaratória de constitucionalidade e do seu cabimento, informaram que os contribuintes ingressaram em Juízo, impugnando a contribuição instituída pela Lei Complementar 70/91, alegando, em síntese: bitributação, por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS; ofensa ao princípio da não-cumulatividade; como contribuição social não poderia ser arrecadada e fiscalizada pela Receita Federal; tratar-se de imposto inominado, como já reconheceu o STF, fruto da competência residual da União; ofensa ao princípio da anterioridade, posto que o Diário Oficial de 31.12.91 só circulou no dia 02.01.92 (RTJ 156/726).

Em seguida, a inicial da ação enfrentou tais argumentos e formulou o pedido: a declaração de constitucionalidade da Lei Complementar 70/91, "em especial, os artigos 1º, 2º, 9º, 10 e 13,

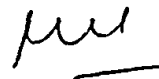


Rcl 2.475-AqR / MG

dando efeitos vinculantes à referida decisão, na forma do artigo 102, inciso I, parágrafo 2º da CF" (RTJ 156/726-730).

No seu voto, o eminente Ministro Moreira Alves, Relator, deixou expresso que, "examinando-se o âmbito de abrangência da controvérsia judicial demonstrada pelos autores com a juntada, a fls. 40 e seguintes, de acórdão e de sentenças da Justiça Federal, verifica-se que toda ela gira apenas em torno da constitucionalidade, ou não, da instituição da COFINS, circunscrevendo-se ela, assim, à constitucionalidade, ou não, dos artigos 1º, 2º e 10 integralmente, e dos artigos 9º e 13, apenas na parte que dizem respeito a essa contribuição, o que implica a exclusão do exame de suas partes finais acima aludidas" (RTJ 156/741-742).

E concluiu o seu voto, o eminente Relator, depois de debater e rejeitar os argumentos em prol da inconstitucionalidade, por conhecer, "em parte, da presente ação, e nela" julgar "procedente, para declarar, com os efeitos previstos no § 2º do art. 102 da Constituição Federal, na redação da EC nº 3/93, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º 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



Rcl 2.475-AgR / MG

no artigo 9º, 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 nº 70, de 30 de dezembro de 1991." (RTJ 156/746).

Acolhido, por unanimidade, o voto do eminente Relator, ficou o acórdão assim ementado:

"Ementa: - Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. COFINS.

- A delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.

- Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (COFINS).

Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos previstos no parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º 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 9º, 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



Rcl 2.475-AgR / MG

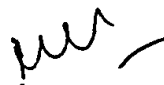
Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991." ("DJ" de 16.06.95)

O efeito vinculante, evidentemente, é para o que foi decidido pela Corte. E o que foi decidido está no dispositivo do voto do Relator, fielmente resumido na ementa do acórdão acima transcrita. Ali não se lê que decidira o Tribunal no sentido de que a Lei Complementar 70/91 é lei complementar simplesmente sob o ponto de vista formal; também ali não está escrito que citada Lei Complementar 70/91 é materialmente lei ordinária.

E não está escrito, no dispositivo da decisão, porque o Tribunal isso não decidiu; e não decidiu, primeiro, porque não foi pedido; segundo, porque para decidir pela constitucionalidade da Lei Complementar 70/91 não seria necessário decidir ser esta lei complementar simplesmente formal.

O que deve ser ressaltado, entretanto, é que, por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a Lei Complementar 70/91 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir *extra petita*.

É verdade que, no voto do Ministro Relator, foi dito que a contribuição poderia ser instituída por lei ordinária e que "essa



Rcl 2.475-AgR / MG

lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída — que são o objeto desta ação —, é materialmente ordinária, (...)” (RTJ 156/745). Também no meu voto isso afirmo (RTJ 156/752).

Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, obter dictum. De um modo ou de outro — fundamento ou obter dictum — não integram o dispositivo da decisão.

No voto que proferiu por ocasião do julgamento da Questão de Ordem na ADC 1/DF — incidente de inconstitucionalidade da EC 3/93, no tocante à instituição da ação declaratória de constitucionalidade — o eminente Ministro Moreira Alves, Relator, dissertando a respeito da eficácia erga omnes e do efeito vinculante da decisão proferida na ADC, deixou expresso que desse efeito vinculante resulta:

“(...)”

a) - se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e




Rcl 2.475-AgR / MG

b) - essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo - como sucede na Alemanha - os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.

(...)"

Do exposto, nego provimento ao agravo.


—

05/02/2004

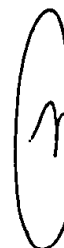
TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, apenas ressalto que não se fez em jogo, quando julgamos a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, a natureza da lei que teria disciplinado a COFINS.

Como salientado pelo relator, consideramos a anterioridade, o princípio da não-cumulatividade e não adentramos essa seara. O relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 aludiu ao fato de que não haveria sequer necessidade de lei complementar para a criação do tributo, da contribuição. Evidentemente, todavia, se inexistiu celeuma em torno dessa matéria, não chegamos à decisão a respeito.

Por isso acompanho o relator.



05/02/2004

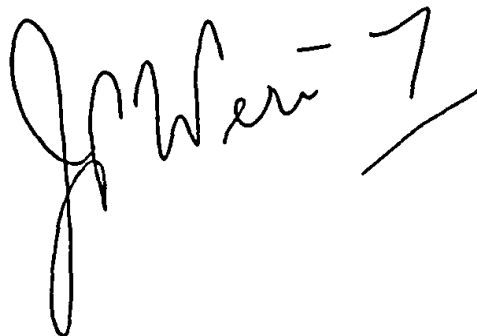
TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, quero deixar claro que, em princípio, não estendo o efeito vinculante das decisões nas ações de controle abstrato de normas à sua fundamentação; isso me basta. Para mim, só desrespeitaria a nossa decisão na ADC 1, se se tivesse julgado inconstitucional dispositivo da Lei Complementar 70, então questionada, e então afirmados constitucionais.

Não quero prejudicar a decisão que, eventualmente, venha a ser tomada no controle difuso, porque se declarou inconstitucional - ou, embora, a meu ver, pretextando que ficara no plano infraconstitucional, na verdade, deixou-se de aplicar a lei revogatória da isenção, e isso poderá, eventualmente, suscitar, em recurso extraordinário, problemas cuja solução não quero antecipar.

CR/



05/02/2004

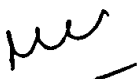
TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

V O T O

EXPLICAÇÃO

O SR. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator) - Reconheci haver, no meu voto, esse *obiter dictum*. E parece-me certo que a Constituição realmente não exige lei complementar nesse caso. Mas o Supremo Tribunal não decidiu, na mencionada ação declaratória, que essa lei é materialmente lei ordinária. Isso não foi objeto da decisão na ADC nº 1.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0
PROCED.: MINAS GERAIS
RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
AGTE.(S): UNIÃO
ADV.(A/S): PFN - FABRÍCIO DA SOLLER E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTDO.(A/S): CAMARGOS PEDROSA SERVIÇOS MÉDICOS LTDA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S): ADRIANO CAMPOS CALDEIRA E OUTRO(A/S)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso, Relator, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, negando provimento ao agravo, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 05.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

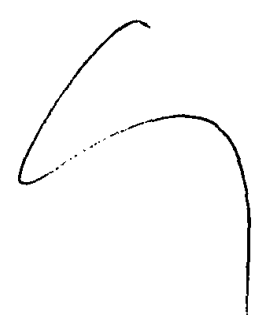
VOTO VISTA

SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela União em face de decisão proferida pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 429.610/MG, no qual se consignou que a revogação da isenção da COFINS concedida às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais não poderia ocorrer por lei ordinária, sob pena de ferir-se o princípio da hierarquia das leis.

A alegação principal da presente reclamação é a de que a decisão reclamada do STJ está a desrespeitar a autoridade da decisão plenária do STF tomada na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-DF, na qual se entendeu que a Lei Complementar nº 70/91 (que concedia a isenção para as sociedades civis prestadoras de serviços profissionais) é materialmente ordinária e apenas formalmente complementar. Eis a argumentação da Reclamante:

"Claro está que esse Pretório Excelso considerou que a Constituição da República não exige lei complementar para disciplinar a COFINS, motivo pelo qual se deve ter a LC nº 70/91, que a instituiu, como uma lei apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária.

A consequência desse fundamento é o de admitir que lei ordinária venha a alterar os dispositivos da referida Lei Complementar, justamente o que fez o art. 56 da Lei nº 9.430/96, que revogou a isenção da COFINS concedida no inc. II do art. 6º da LC nº 70/91 para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais." (fls. 05-06)



Originalmente, a Reclamação foi distribuída ao Ministro Carlos Velloso, que indeferiu o pedido de liminar, sob o seguinte fundamento:

"A decisão, (...), 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 *obiter dictum*. Também no meu voto expressei *obiter dictum* igual (RTJ 156/752). Assim, pelo menos ao primeiro exame, não vejo configurado o *fumus boni juris* que autorizaria o deferimento da liminar." (fl. 43)

Contra essa decisão, a União interpôs agravo regimental, sustentando que "(...) expôs o Supremo Tribunal Federal, não como *obiter dictum*, mas como fundamento determinante para considerar constitucional a COFINS, que se estava diante de uma lei apenas formalmente complementar." (fl. 52)

É este o recurso que está sendo examinado.

1) Questão principal do Agravo Regimental

O argumento principal do agravo regimental é o de que a afirmação sobre a natureza materialmente ordinária da Lei Complementar nº 70/91 não se trata de mero *obiter dictum*, mas de verdadeiro fundamento determinante da decisão desta Corte tomada na ADC nº 1-DF. Além disso, também sustenta a União que:

"(...) os cofres públicos vêm sofrendo prejuízos contínuos com o não-recolhimento da COFINS pelas ora interessadas, o que deve ser sustado pela concessão de medida liminar que casse imediatamente a aludida decisão.

Outrossim, as sociedades civis em questão estão a disputar o mercado em condições desiguais com as demais que estão obrigadas a recolher a COFINS, já que a estas não há que se falar em isenção, o que, indubitavelmente, fere a livre concorrência, princípio fundador da ordem econômica.

A fim de se evitar a concorrência predatória que tal vantagem espúria representa, é fundamental que a medida liminar seja concedida por este Egrégio Supremo Tribunal,

com a reforma da decisão monocrática do Eminente Relator."
(fl. 54)

2) Posição do Relator

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso (Relator) negou provimento ao agravo, mantendo a decisão que indeferiu o pedido liminar e afirmando que o efeito vinculante é para aquilo que efetivamente foi decidido pela Corte. Enfatizou ainda que o decidido pela Corte na ADC nº 1-DF restringe-se ao que consta da parte dispositiva da decisão, devidamente resumido na sua ementa. Deixa explícito que:

"Ali [na parte dispositiva e na ementa] não se lê que decidira o Tribunal no sentido de que a Lei Complementar 70/91 é lei complementar simplesmente sob o ponto de vista formal; também ali não está escrito que citada Lei Complementar 70/91 é materialmente lei ordinária.

E não está escrito, no dispositivo da decisão, porque o Tribunal isso não decidiu; e não decidiu, primeiro, porque não foi pedido; segundo, porque para decidir pela constitucionalidade da Lei Complementar 70/91 não seria necessário decidir ser esta lei complementar simplesmente formal." (fl. 06 do voto do Relator)

Afirmou também o Ministro Velloso que "(...) por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a Lei Complementar 70/91 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir extra petita." (fl. 06 do voto do Relator). E continuou:

"É verdade que, no voto do Ministro Relator [no caso, o Ministro Moreira Alves, Relator da ADC nº 1-DF], foi dito que a contribuição poderia ser instituída por lei ordinária e que 'essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída - que são o objeto desta ação -, é materialmente ordinária, (...)' (RTJ 156/745). Também no meu voto isso afirmei (RTJ 156/752).

Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamento dos votos, os seus motivos. No que me concerne, obiter dictum. De um modo ou de outro - fundamento ou obiter dictum - não integram o dispositivo da decisão." (fls. 6-7 do voto do Relator)

Acompanharam o Ministro Relator, negando provimento ao agravo regimental, os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

3) Pedido de vista

Pedi vista para compulsar melhor os votos proferidos na ADC nº 1-DF e refletir sobre a extensão do efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas.

4) Efeito vinculante

O efeito vinculante das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal. Diante dessa premissa, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte.

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal na ADC 4, ao reconhecer efeito vinculante à decisão proferida em sede de cautelar, a despeito do silêncio do texto constitucional. Não foi outro o entendimento do legislador infraconstitucional ao conferir efeito vinculante às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99).

Tal entendimento restou acolhido na jurisprudência da Corte, quando do julgamento de Questão de Ordem em Agravo Regimental na RCL nº 1.880, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa (Julgamento Plenário de 7/11/2002, DJ 19/03/2004)).

Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados "fundamentos determinantes". Nesse sentido, trago à reflexão algumas observações sobre os limites objetivos do efeito vinculante:

"A concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda n. 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia erga omnes mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.

Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto.

A primeira indagação, na espécie, refere-se às decisões que seriam aptas a produzir o efeito vinculante. Afirma-se que, fundamentalmente, são vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado (Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, cit., p. 324). Tal como a coisa julgada, o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão. Alterações posteriores não são alcançadas (Cf. Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, cit., p. 325).

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta* (Cf. Maunz, in Maunz, et al., BVerfGG, cit., § 31, I, n. 16).

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (BVerfGE 1, 14 (37); 4, 31 (38); 5, 34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289 (294); 33, 199 (203); 40, 88 (93); cf., também, Maunz, dentre outros, BVerfGG, § 31, I, n. 16; Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, Berlim, 1979, p. 42).

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros (BVerfGE 19, 377).

Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante (Cf., sobre o assunto, Norbert

Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 42).

A diferença entre as duas posições extremadas não é meramente semântica ou teórica, apresentando profundas conseqüências também no plano prático (subjacente à discussão sobre a amplitude do efeito vinculante reside uma questão mais profunda, relativa à própria idéia de jurisdição constitucional (Verfassungsgerichtsbarkeit - Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 43).

Enquanto o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional alemão importa não só na proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequar a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão (Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 45), considera a concepção que defende uma interpretação restritiva do § 31, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional que o efeito vinculante há de ficar limitado à parte dispositiva da decisão, realçando, assim, a qualidade judicial da decisão (Norbert Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung, cit., p. 43).

A aproximação dessas duas posições extremadas é feita mediante o desenvolvimento de orientações mediadoras, que acabam por fundir elementos das concepções principais.

Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a "norma decisória concreta" (Klaus Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft, in BVerfG und GG, cit., v. 1, p. 568 (589). A norma decisória concreta seria aquela "idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do

caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes" (Klaus Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft*, in *BVerfG und GG*, cit., v.1, p. 568 (599)). Por seu lado, sustenta Kriele que a força dos precedentes, que presumivelmente vincula os Tribunais, é reforçada no direito alemão pelo disposto no § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional alemão (Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed., Berlim, 1976, p. 291, 312 e 313). A semelhante resultado chegam as reflexões de Bachof, segundo o qual o papel fundamental do Tribunal Constitucional alemão consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas (Otto Bachof, *Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz*. *AöR* 87 (1962), p. 25).

Tal como já anotado, parecia inequívoco o propósito do legislador alemão, ao formular o § 31 da Lei Orgânica do Tribunal, de dotar a decisão de uma eficácia transcendente (Cf. Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 420).

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 420)." (Controle Concentrado de Constitucionalidade, Martins, Ives Gandra da Silva e Mendes, Gilmar Ferreira. Ed. Saraiva, 2001, p. 338 a 341).

Assim, adotada a idéia de que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, afigura-se necessário, nesse primeiro exame, considerar o parâmetro interpretativo fixado por esta Corte na ADC n° 1/DF.

5) Decisão parâmetro - ADC n° 1/DF

A ADC n° 1/DF foi ajuizada em virtude da existência de controvérsia jurídica envolvendo a exegese dos arts. 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar n° 70/91, norma instituidora da COFINS. A (in)constitucionalidade dos referidos dispositivos estava sendo discutida em juízo pelos contribuintes a partir dos seguintes fundamentos:

- a) bitributação, por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS;
- b) afronta ao princípio da não-cumulatividade de impostos da União;
- c) impossibilidade de, como contribuição social, ser arrecadada e fiscalizada pela receita federal;
- d) cuidar-se de imposto inominado, como já reconhecido pelo STF, fruto da competência residual da União; e
- e) violação ao princípio da anterioridade, tendo em vista que o Diário Oficial de 31.12.91 somente circulou em 02.01.92

O Ministro Moreira Alves, relator do feito, entendeu pela procedência do pedido da ADC n° 01/DF, a partir das seguintes premissas:

- a) no RE 146.733 (discutindo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas instituída pela Lei 7.689/88), o STF firmou orientação no sentido de que as contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social têm natureza tributária, embora não se enquadrem entre os impostos;
- b) a COFINS é contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social, fundada no inciso I do artigo 195 da Carta Magna, que não criou outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social, de forma que poderia ser instituída por lei ordinária;

c) não estando a COFINS sujeita às proibições do inciso I do art. 154 pela remissão que a ele faz o §4º do art. 195 da CF, não há que se pretender seja ela inconstitucional por ter base de cálculo própria de impostos indiscriminados na CF, ou igual à do PIS/PASEP;

d) como a contribuição se funda no art. 195, I, da CF, a ela se aplica o disposto no §6º desse mesmo artigo, o que afasta a aplicação do princípio da anterioridade previsto no artigo 150, III, b, da Constituição.

Portanto, atenta leitura do acórdão na ADC nº 1/DF permite afirmar que a questão da natureza jurídica da Lei Complementar nº 70/91 foi expressamente tratada nos votos dos Ministros Moreira Alves (Relator), Ministro Carlos Velloso (fls. 140-141) e Ministro Sydney Sanches (fl. 149). Os demais ministros não enfrentaram expressamente a questão, silenciando-se a seu respeito, mas, genericamente, acompanharam o voto do Relator.

O Min. Moreira Alves assim se posicionou sobre a questão, *verbis*:

"Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar - a Lei Complementar nº 70/91 - não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída - que são o objeto desta ação -, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresse da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 - e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária." (fls. 123-124)

O Min. Carlos Velloso também afirma, *verbis*:

"Sustenta-se que a COFINS seria um imposto. Não procede a sustentação. Explico: o FINSOCIAL, tal como recepcionado pelo art. 56 do ADCT, é que seria um imposto. No voto que proferi nos RREE 150.755 e 150.764, deixei expresso o entendimento no sentido de que o velho FINSOCIAL, que é justamente o FINSOCIAL do D.L. 1940, de 1982, fora recepcionado pelo art. 56 do ADCT tal como ele se apresentava, vale dizer, um imposto inominado. Existiria, entretanto, como imposto, até que, segundo está no art. 56, ADCT, a lei dispusesse sobre o art. 195, I, da Constituição, vale dizer criasse a contribuição com base no art. 195, I, da Constituição. Foi exatamente isto o que ocorreu com a Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. Esclareça-se, aliás, que esta lei é, no ponto, materialmente ordinária, quer dizer, não é, materialmente, lei complementar, dado que o art. 56 do ADCT não exige lei complementar para a instituição dessa contribuição. Reporto-me, também aqui, ao voto que proferi no RE 138.284-CE (RTJ 143/313)". (fls. 140-141)

Por fim, o Min. Sydney Sanches enfrentou a questão, nos seguintes termos:

"A contribuição questionada foi instituída por lei complementar, quando poderia ter sido por lei ordinária. Na verdade, a lei formalmente é complementar mas substancialmente ordinária. Demonstrou, também, S. Exa. que não há violação ao princípio da bitributação. A contribuição é autorizada pelo inciso I do art. 195 da Constituição Federal. Também não ocorre ofensa ao princípio que coíbe a cumulatividade de impostos. Por outro lado, a contribuição pode ser arrecadada e fiscalizada pela Receita Federal, desde que, é óbvio, encaminhado, depois, o produto da arrecadação à seguridade social. Também não se caracteriza afronta ao princípio da anterioridade, porque se rege a contribuição em foco pelo § 6º do art. 195, segundo o qual:

'as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se aplicando o disposto no art. 153, III, 'b'." (fl. 149)

Dessa forma, não se pode deixar de admitir que a decisão proferida na ADC nº 1/DF foi enfática ao reconhecer, como um de seus



fundamentos determinantes, que não se exige lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional, de forma que, por razões lógicas, a Lei Complementar nº 70/91 é, materialmente, uma lei ordinária, muito embora seja, à evidência, lei formalmente complementar.

E não prevalece o argumento de que tal assertiva não constitui fundamento determinante, mas apenas complementação (ou *obiter dictum*) ao fundamento principal (que segundo se alega seria a existência de previsões constitucionais distintas para a COFINS e o PIS), pois resta claro do voto do Ministro Moreira Alves que esta é premissa essencial, a qual conduziu à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão, *in verbis*:

"(...) a jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 - e a Constituição atual não alterou esse sistema-, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplina por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.

Não estando, portanto, a COFINS, sujeita às proibições do inciso I do artigo 154 pela remissão que a ele faz o §4º do artigo 195, ambos da Constituição Federal, não há que se pretender que seja ela inconstitucional por ter base de cálculo própria de impostos discriminados na Carta Magna ou igual à do PIS/PASEP (que, por força da destinação previdenciária que lhe deu o artigo 239 da Constituição, lhe atribuiu a natureza de contribuição), nem por não atender ela eventualmente à técnica da não-cumulatividade." (fl. 124)

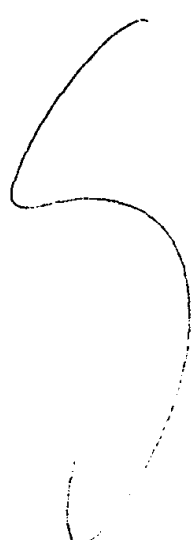
Assim sendo, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, na decisão do AgrG no Resp nº 429.610/MG, não observou fundamento determinante de decisão desta Corte Suprema proferida na

ADC nº 1/DF, de modo que o pedido da presente reclamação, ao que parece, deve ser julgado procedente.

6) Conclusão

Ante o exposto, pedindo vênia ao excelentíssimo Ministro Relator e àqueles que o acompanharam, divirjo para dar provimento ao agravo regimental, concedendo a medida liminar requerida com a finalidade de suspender os efeitos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg-Resp nº 429.610/MG.

É esse o meu voto.



02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 2.475

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente,
peço vênha aos que votaram com o Relator, negando provimento, e
acompanho o voto do Ministro Gilmar Mendes *pl*

02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

DEBATE

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Ministro Gilmar Mendes, temos uma dificuldade. É que a reclamação normalmente vai pautada, mas, aqui, só temos o agravo regimental, então damos só pela procedência do agravo.



O Senhor Ministro Gilmar Mendes – É para conceder a liminar postulada.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia – Porque teria de ser processada e aparelhada a ação.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Perfeito, para dar, porque era o agravo regimental.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Vossa Excelência concede liminar?



O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Perfeito.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Ministra Cármen Lúcia acompanha também?



A Senhora Ministra Cármen Lúcia – Acompanho exatamente nesse sentido.

02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Vou pedir vênia ao Ministro Gilmar Mendes, até por coerência com os meus votos nos RES 377.457 e 381.964, para acompanhar o Relator.



02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Acompanho o Ministro Gilmar Mendes, a exemplo do que já fiz em duas outras oportunidades, uma delas na Reclamação 3.620, da minha relatoria.



02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente,
peço vênua ao Ministro Gilmar Mendes para acompanhar o Relator.

* * * * *

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name 'C. Britto', is located in the lower right quadrant of the page.

02/08/2007

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0 MINAS GERAIS

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Vou pedir
vênia e acompanhar o voto do eminente Relator para negar provimento ao
agravo regimental.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 2.475-0

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS VELLOSO

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. MARCO AURÉLIO (ART.38,IV, b, DO RISTF)

AGTE. (S): UNIÃO

ADV. (A/S): PFN - FABRÍCIO DA SOLLER E OUTRO(A/S)

AGDO. (A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTDO. (A/S): CAMARGOS PEDROSA SERVIÇOS MÉDICOS LTDA E OUTRO(A/S)

ADV. (A/S): ADRIANO CAMPOS CALDEIRA E OUTRO(A/S)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso, Relator, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, negando provimento ao agravo, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 05.02.2004.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, negou provimento ao agravo regimental. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, neste julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não participou da votação o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator. Plenário, 02.08.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes,

Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau,
Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr.
Roberto Monteiro Gurgel Santos.


b1 Luiz Tomimatsu
Secretário