



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.711 - SC (2007/0026871-8)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
REVISOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AUTOR : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
CLÁUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
RÉU : CLÍNICA DE DOENÇAS OSTEOARTICULARES
OSTEOCLÍNICA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS. SÚMULA 276/STJ. CANCELAMENTO. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/1991. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A Súmula 276/STJ foi cancelada pela Primeira Seção em 12.11.2008, por ocasião do julgamento da AR 3.761/PR.
2. Não se aplica a Súmula 343/STF às ações que versem sobre revogação da isenção da Cofins, tendo em vista a natureza constitucional da matéria discutida.
3. É legítimo revogar o benefício fiscal contido na Lei Complementar 70/1991 perpetrada pelo art. 56 da Lei 9.430/1996. Precedentes do STJ e do STF.
4. Ação Rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: " A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de maio de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.711 - SC (2007/0026871-8)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AUTOR : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
CLÁUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)
RÉU : CLÍNICA DE DOENÇAS OSTEOARTICULARES
OSTEOCLÍNICA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Ação Rescisória proposta com base no artigo 485, inciso V, do CPC, objetivando desconstituir acórdão da Primeira Turma, da relatoria do e. Ministro Teori Albino Zavascki, assim ementado (fl. 215):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS. ISENÇÃO. LC 70/91. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS. REVOGAÇÃO. LEI 9.430/96. SÚMULA 276/STJ.

1. A teor da Súmula 276/STJ, "as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado". Ressalva do ponto de vista pessoal do Relator, no sentido de que lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária, pode ser revogada por lei ordinária, sendo, portanto, legítima a revogação, operada pela Lei 9.430/96, da isenção prevista no art. 6º da LC 70/91.

2. Agravo regimental provido para, reconsiderando a decisão agravada, dar provimento ao recurso especial. (AgRg no REsp 644.238/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 04/04/2005).

A autora afirma que "o acórdão rescindendo contrariou os artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal ao reformar um acórdão com fundamentação exclusivamente constitucional, acarretando usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal" (fl. 10). Sustenta que houve violação dos arts. 97, 146, 150, § 6º, e 195, I, da Constituição Federal. Defende que não se aplica à espécie a Súmula 343/STF.

A Fazenda Nacional conclui a exordial com os pedidos seguintes (fls. 21-22):

(...) seja rescindindo o acórdão transitado em julgado proferido pela 1ª Turma do STJ no AgRg no REsp 644.238/SC em face da incompetência absoluta do STJ para processar e julgar o referido recurso especial, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos arts. 102, III e 105, III, da CF/88, para que seja proferido novo julgamento de não conhecimento do recurso em face da matéria possuir contornos nitidamente constitucionais;

(..) ou, subsidiariamente, seja rescindindo o julgado proferido pela 1ª Turma do STJ em face de sua incompetência absoluta para afastar a aplicação do art. 56 da Lei 9.430/96, com base no princípio constitucional da hierarquia das leis, diante do disposto no art. 97 da CF/88, proferindo-se um novo julgamento da causa com a submissão do incidente de inconstitucionalidade do referido dispositivo à Corte Especial deste E. Tribunal;

(...) ou, subsidiariamente, seja rescindido o julgado e proferido novo julgamento para que seja reconhecida a incidência da COFINS, nos termos do art. 56 da Lei 9.430/96, que revogou a isenção prevista no art. 6, II da Lei Complementar 70/91, em face da violação literal aos arts. 146; 195, I; e 150, § 6º, todos da CF/88, pelos quais se depreende que a referida Lei Complementar tem status de lei ordinária (ADC 1/DF).

Não foi apresentada contestação (certidão de fl. 297).

Razões finais da autora às fls. 302-303.

O Ministério Público opinou pela procedência da ação (fls. 307-311).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.711 - SC (2007/0026871-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cumpre ressaltar que a Súmula 276/STJ – "as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado" – foi cancelada pela Primeira Seção em 12.11.2008, por ocasião do julgamento da AR 3761/PR.

A controvérsia da presente rescisória foi dirimida pela Primeira Seção, na assentada de 12.11.2008, por ocasião do julgamento da AR 3719/MG, da relatoria do e. Ministro Benedito Gonçalves.

Concluiu-se que não se aplica a Súmula 343/STF às ações que versem sobre a revogação da isenção da COFINS, tendo em vista a natureza constitucional da matéria discutida.

No mérito, o Ministro Relator adotou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para reconhecer o pleito da Fazenda Nacional, consoante o excerto do seu voto-condutor:

Não obstante o Superior Tribunal de Justiça seja competente para uniformizar a interpretação acerca da aplicação da legislação infraconstitucional e os dispositivos legais em discussão (arts. 6º, II, da LC 70/91 e art. 56 da Lei 9.430/96) ostentarem essa condição, no caso concreto, tenho por evidenciado que o acórdão rescindendo extrapolou os limites da competência jurisdicional desta Corte, pois, como visto, a identificação sobre a espécie de determinada lei, se complementar ou ordinária, segundo o conteúdo material nela disciplinado e, por conseguinte, a possibilidade de ela vir a ser revogada por ulterior norma elaborada sob rito legislativo diferente encerra questão exclusivamente constitucional, que não está relacionada ao princípio da hierarquia das leis nos moldes sufragados pela jurisprudência desta Corte à época da prolação do acórdão rescindendo.

Frise-se que a questão constitucional acima, restrita à classificação de lei em virtude de seu conteúdo material, é prejudicial ao juízo de revogação propriamente dito, que exige a verificação sobre a compatibilidade das leis confrontadas (juízo baseado pelo teor normativo), nos termos do que dispõe o art. 2º, § 1º, da LICC, atribuição essa que não escapa da atuação desta Corte Superior.

Além disso, ao deixar de aplicar o art. 56 da Lei 9.430/96 sem que tal dispositivo legal tivesse sido previamente declarado inconstitucional pelo órgão especial deste Tribunal, o acórdão rescindendo, de acordo com a Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vinculante 10/STF, contrariou a cláusula da reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal).

(...)

No mérito, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 377.457-3/PR, decidiu que não existe relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária e que a possibilidade de revogação da isenção concedida pela LC 70/91 por meio da Lei 9.430/96 encerra questão exclusivamente constitucional concernente à distribuição material entre as espécies legais. Na mesma oportunidade, o Pretório Excelso, ponderando preceitos constitucionais relativos à matéria tributária (arts. 195, I, e 239), afirmou que a LC 70/91 é materialmente ordinária, **donde se concluiu ser legítima a revogação preconizada pela Lei 9.430/96, ante a manifesta incompatibilidade entre tais diplomas legais (art. 2º, § 1º, da LICC - *lex posterior derogat priori*)**.

(...)

Cabe registrar, por fim, que o julgamento de mérito ora prolatado, conforme já demonstrado, não invade a competência do Supremo Tribunal Federal; ao contrário, dá efetividade à decisão proferida por aquela Corte quanto à matéria exclusivamente constitucional acima identificada, que, repita-se, constituía questão prejudicial à análise de compatibilidade (art. 6º, II, da LC 70/91 e art. 56 da Lei 9.430/96) para fins de aplicação da Lei de Introdução do Código Civil ao caso concreto (art. 2º, § 1º, da LICC).

Transcrevo a ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS. ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/91 ÀS SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO PELA LEI 9.430/96. SÚMULA 343/STF: INAPLICABILIDADE. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA APRECIAR A QUESTÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF/88 (SÚMULA VINCULANTE 10/STF). AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

Admissibilidade da ação rescisória:

1. Na época em que foi prolatado o acórdão rescindendo (21/10/2003) que aplicou a Súmula 276/STJ para o deslinde da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça se orientava no sentido de que era inviável a revogação da isenção concedida pela LC 70/91 pela Lei 9.430/96 ante o princípio da hierarquia das leis.

2. A jurisprudência desta Corte sobre a matéria em apreço, ao longo dos anos, sofreu significativa alteração, e passou a adotar o posicionamento de que a questão relativa ao conflito aparente entre lei complementar e lei ordinária é eminentemente constitucional, inatacável, portanto, pela via do recurso especial.

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, a Súmula 343/STF não se aplica aos casos em que a controvérsia travada diz respeito à interpretação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questão constitucional.

Desconstituição do acórdão impugnado:

5. Não obstante o Superior Tribunal de Justiça seja competente para uniformizar a interpretação acerca da aplicação da legislação infraconstitucional e os dispositivos legais em discussão (arts. 6º, II, da LC 70/91 e art. 56 da Lei 9.430/96) ostentarem essa condição, no caso concreto, o acórdão rescindendo extrapolou os limites da competência jurisdicional desta Corte, pois, como visto, a identificação sobre a espécie de determinada lei, se complementar ou ordinária, segundo o conteúdo material nela disciplinado e, por conseguinte, a possibilidade de ela vir a ser revogada por ulterior norma elaborada sob rito legislativo diferente encerra questão exclusivamente constitucional, que não está relacionada ao princípio da hierarquia das leis nos moldes sufragados pela jurisprudência desta Corte à época da prolação do acórdão rescindendo. Frise-se que a questão constitucional mencionada, restrita à classificação de lei em virtude de seu conteúdo material, é prejudicial ao juízo de revogação propriamente dito, que exige a verificação sobre a compatibilidade das leis confrontadas (juízo baseado pelo teor normativo), nos termos do que dispõe o art. 2º, § 1º, da LICC, atribuição essa que não escapa da atuação desta Corte Superior.

6. Além disso, ao deixar de aplicar o art. 56 da Lei 9.430/96 sem que tal dispositivo legal tivesse sido previamente declarado inconstitucional pelo órgão especial do STJ, o acórdão rescindendo, de acordo com a Súmula Vinculante 10/STF, contrariou a cláusula da reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal).

Rejulgamento da causa:

8. O escopo da ação rescisória é restabelecer a ordem jurídica arranhada por determinada sentença de mérito (art. 485 do CPC) manifestamente ilegal ou injusta. Para esse excepcional desiderato é necessário reconhecer que ao juízo de substituição devem ser concedidos poderes tais que possibilitem a modificação do direito de fundo, sob pena de se admitir ação rescisória inócua que não conserta a ofensa à ordem jurídica então perpetrada.

9. Pensar diferente, no sentido de proferir juízo de substituição para não conhecimento do recurso especial, implica, além de subversão à própria essência da ação rescisória, negativa de prestação jurisdicional, pois, naturalmente, já terá se escoado o prazo decadencial para que a parte prejudicada possa intentar nova ação rescisória contra o acórdão *a quo* que foi restabelecido pela inadmissão do recurso especial.

10. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 17/9/2008, ao concluir o julgamento do RE 377.457-3/PR, decidiu que não existe relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária e que a possibilidade de revogação da isenção concedida pela LC 70/91 por meio da Lei 9.430/96 encerra questão exclusivamente constitucional, concernentemente à distribuição material entre as espécies legais. Na mesma oportunidade, o STF, ponderando preceitos constitucionais referentemente à matéria tributária (arts. 195, I, e 239), afirmou que a LC 70/91 é materialmente ordinária, donde se concluiu ser legítima a revogação preconizada pela Lei 9.430/96 (art. 2º, § 1º, da LICC - *lex posterior derogat priori*).

11. O julgamento de mérito ora prolatado não invade a competência do Supremo Tribunal Federal; ao contrário, dá efetividade à decisão proferida por aquela Corte quanto à matéria exclusivamente constitucional acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

identificada, que constituía questão prejudicial à análise de compatibilidade (art. 6º, II, da LC 70/91 e art. 56 da Lei 9.430/96) para fins de aplicação da Lei de Introdução do Código Civil ao caso concreto (art. 2º, § 1º, da LICC).

12. Via de regra, a rescisão da sentença de mérito, embora ostente decisão de natureza desconstitutiva, tem efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage para atingir todas as situações decorrentes da relação jurídica discutida no processo original. Excepcionalmente, dada a efetividade da sentença transitada em julgado, que repercute no mundo jurídico desde logo, tenho que devem ser ressaltadas determinadas situações havidas sob a coisa julgada até então existente, sobretudo quando envolvem terceiros de boa-fé, o que não ocorre nos autos, porquanto aqui se discute, apenas, a exigibilidade de tributo, matéria restrita à relação jurídico-tributária travada entre fisco e contribuinte.

13. Ação rescisória procedente para rescindir o acórdão impugnado, com efeitos *ex tunc*; e, em sua substituição, reconhecer a legitimidade da revogação da isenção da Cofins disciplinada pelo art. 56 da Lei 9.430/96, reconhecendo a exigibilidade das exações discutidas na ação original. Honorários de 10% sobre o valor atribuído à ação rescisória (AR 3719/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 18.3.2010).

In casu, também deve ser admitida a Ação Rescisória para desconstituir o acórdão transitado em julgado proferido pela Primeira Turma, a fim de que haja novo julgamento da causa.

Sobre esse tema, colaciono ensinamento dos professores Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

O juízo "rescindens" está sempre presente em todas as hipóteses prevista no art. 485 do CPC, "porque caracteriza, em última análise, a ação rescisória como tal".

Pelo juízo "rescissorium", o tribunal, na ação rescisória, promove um novo julgamento da causa. O exercício do juízo "rescissorium", como se percebe, depende do prévio acolhimento do juízo "rescindens". O *iudicium rescindens* é preliminar ao *iudicium rescissorium*. É exemplo da cumulação sucessiva em que o primeiro pedido é preliminar ao segundo.

Assim, desconstituída a decisão trânsita em julgado, com o acolhimento do juízo "rescindens", passa o tribunal ao exame do juízo "rescissorium", procedendo a um novo julgamento da causa, para julgar *procedente* ou *improcedente* o pedido formulado na causa originária e renovado na petição inicial da ação rescisória. Percebe-se, então, que a vitória no juízo rescindente não é, em regram garantia de vitória no juízo rescisório – e é por isso que o primeiro é preliminar ao segundo. (Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Ed. Jus Podivm, Salvador - BA, 2007).

Assim, atendendo à função uniformizadora desta Corte, admito a Ação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rescisória para, julgando-a procedente, rescindir o acórdão impugnado e reconhecer a a incidência da COFINS, nos termos do art. 56 da Lei 9.430/1996, que revogou a isenção prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar 70/1991, nos moldes da jurisprudência firmada pelo STF.

Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa e de custas processuais.

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.711 - SC (2007/0026871-8) (f)

VOTO-REVISÃO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Fazenda Nacional contra o réu acima identificado, com o escopo de rescindir acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 644238/SC, de Relatoria do Ministro Teori Albino Zavadski, em sede de mandado de segurança no qual se discutiu se a isenção prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar n. 70/91 foi revogada, ou não, pelo art. 56 da Lei 9.430/96. O *decisum* em referência teve a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS. ISENÇÃO. LC 70/91. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS. REVOGAÇÃO. LEI 9.430/96. SÚMULA 276/STJ.

1. A teor da Súmula 276/STJ, "as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado". Ressalva do ponto de vista pessoal do Relator, no sentido de que lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária, pode ser revogada por lei ordinária, sendo, portanto, legítima a revogação, operada pela Lei 9.430/96, da isenção prevista no art. 6º da LC 70/91.

2. Agravo regimental provido para, reconsiderando a decisão agravada, dar provimento ao recurso especial.

A demanda se encontra respaldada nos incisos II e V do art. 485 do CPC, sob a alegação de que o STJ é absolutamente incompetente para apreciar questão decidida no Tribunal de Apelação com fundamento exclusivamente constitucional, e por ter ocorrido violação a literal disposição de lei.

Argumenta sobre a não-incidência do enunciado n. 343 da Súmula do STF em temas constitucionais.

Menciona que a querela a respeito de uma lei formalmente complementar ser materialmente ordinária ou de haver hierarquia entre uma lei complementar e uma lei ordinária é de índole constitucional.

Considera que o STJ, ao afastar a incidência do art. 56, da Lei 9.430/96, por força do art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91, estava obrigado, pelo disposto no art. 97 da Constituição Federal (reserva de Plenário), a submeter o tema à Corte Especial, o que terminou por inoportunizar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma que o acórdão que se intenta desconstituir violou o disposto nos arts. 146, 150, § 6º, e 195, I, da Constituição Federal, sob o argumento de que as normas que estatuem isenções tributárias, a teor do disposto no referido §6º do art. 150, são leis materialmente ordinárias e que a COFINS pode ser instituída por lei ordinária, como exigido pelo art. 195, I, "b", da CF/88. Cita diversos acórdãos do Supremo Tribunal Federal - STF nesse sentido.

Citado, o réu não ofereceu contestação no prazo legal.

Parecer do Ministério Público Federal pela procedência do pedido rescisório (fls. 307/311).

Com fulcro no art. 551, §2º, do CPC, e 37, III, do RISTJ, pedi dia para julgamento.

É o relatório. Passo a decidir.

O tema em apreço (ação rescisória proposta pela Fazenda Nacional objetivando rescindir acórdão proferido por esta Corte, em torno da isenção da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS das sociedades civis) já foi objeto de apreciação pela Primeira Seção, o que resultou nos precedentes AR nº 3.761 - PR, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12.11.2008; e AR nº 3.844 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12.11.2008. Pela identidade que possuem, transcrevo somente a ementa deste último, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AÇÃO RESCISÓRIA – CABIMENTO – VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF/88: SÚMULA VINCULANTE 10/STF – SÚMULA 343/STF: INAPLICABILIDADE – COFINS – ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/91 – REVOGAÇÃO PELA LEI 9.430/96 – RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO.

1. A ação rescisória não se presta a rever regra técnica relacionada com a admissibilidade de recurso especial.
2. Violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF.
3. À época em que prolatado o aresto rescindendo, era controvertida a interpretação desta Corte em relação à legitimidade da revogação da isenção da COFINS.
4. Orientação firmada neste Tribunal no sentido de que a incidência da Súmula 343/STF deve ser afastada nos casos em que a interpretação controvertida disser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeito a texto constitucional.

5. **O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária (Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91 não há de ser resolvido em âmbito infraconstitucional, segundo precedentes do STF.**

6. **Ação rescisória julgada procedente** (AR Nº 3.844 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12.11.2008).

Pela incrível semelhança entre os casos e tendo em vista a minha concordância com as razões elencadas pela Ministra Eliana Calmon, transcrevo trecho de seu voto por ocasião do recente julgamento da AR nº 3.898 - SP, Primeira Seção, julgado em 26.11.2008, *in verbis*:

[...] dois são os fundamentos do pedido rescisório da Fazenda: 1) violação ao princípio de reserva do plenário (artigo 97 da Constituição); 2) decisão proferida pelo STJ, Corte absolutamente incompetente para apreciar a constitucionalidade das leis, aspecto só passível de exame pelo STF.

Quanto ao primeiro fundamento, verifico que a decisão impugnada, de relatoria do Ministro José Delgado, afastou a incidência do artigo 56 da Lei 9.430/96, que revogou a isenção constante do artigo 6º da LC 70/91, por entender não poder o favor fiscal, instituído em lei complementar, sofrer alteração por lei ordinária. Veja-se, a propósito, o que diz o aresto rescindendo:

"6. A revogação da isenção pela Lei nº 9430/96 fere, frontalmente, o princípio da hierarquia das leis, visto que tal revogação só poderia ter sido veiculada por outra lei complementar".

Não há como negar o entendimento de que foi o dispositivo da lei ordinária, afastado por força do princípio da hierarquia das leis, argumento que, no âmbito do STJ, vinha sendo enfrentado sem submeter a questão à Corte Especial. Entretanto, a partir da posição do STF, não se pode afastar a incidência do artigo 97 da Constituição, na dicção vinculante do Supremo, entendimento estratificado na Súmula vinculante nº 10 do teor seguinte:

"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

Quanto ao segundo fundamento da demanda, ou seja a impossibilidade de examinar o STJ questão constitucional, entendo pertinente, antes de adentrar-me efetivamente sobre o tema, tecer algumas considerações sobre o que se passou no julgamento de questão que, nesta Corte foi enfrentada e decidida depois de acirrados debates nesta Primeira Seção, chegando à edição da Súmula 276/STJ.

1) A LC 70/91, com esteio no art. 195, I, da CF/88, instituiu a COFINS, contribuição social devida pelas pessoas jurídicas para financiamento da Seguridade Social;

2) a mesma LC 70/91, no art. 6º, II, conferiu isenção da COFINS às sociedades civis de prestação de serviços profissionais tratada no art. 1º do Dec. Lei 2.397/87;

3) muito se questionou sobre os requisitos que deveriam ser preenchidos pelas pessoas jurídicas para fazerem jus ao benefício fiscal da LC 70/91, tendo a jurisprudência desta Corte firmado posição no sentido de ser irrelevante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância de haverem optado pelo regime instituído pela Lei 8.541/92, quanto ao imposto de renda. Conferir AgRg no REsp 226.386/PR, DJ 09/09/2002 e AgRg no REsp 297.461/PR, DJ 03/09/2001;

4) a partir desse entendimento foi editada a Súmula 276 desta Corte, redigida nos seguintes termos:

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

5) a Lei 9.430/96, entretanto, revogou a isenção da COFINS estabelecida pela LC 70/91:

Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

5) (sic) surge então discussão em torno da viabilidade de revogar uma lei ordinária isenção concedida por lei complementar;

6) posicionou-se o STJ pela ilegalidade da revogação, ao argumento de violação ao princípio da hierarquia das leis. Muitas foram as decisões consagradoras da tese, até a estratificação em súmula;

7) a partir do posicionamento do STF, o STJ passou a não mais decidir a questão que a princípio foi tratada com base na Lei de Introdução ao Código Civil, diploma que também contempla, assim como a Constituição, o princípio da hierarquia das leis, principalmente porque o STF deu ao tema outra fundamentação:

TRIBUTÁRIO – COFINS – ISENÇÃO – SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS – LEI COMPLEMENTAR 70/91 – REVOGAÇÃO PELA LEI 9.430/96 – RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO – PRECEDENTE DA SEÇÃO NO REsp 728.754/SP.

1. O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária (Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91 não há de ser resolvido em âmbito infraconstitucional, segundo precedentes do STF.

2. **"O conflito entre lei complementar e lei ordinária não há de solver-se pelo princípio da hierarquia, mas sim em função de a matéria estar ou não reservada ao processo de legislação complementar"** (RE 419.629/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 23/05/06).

3. A Primeira Seção deste Sodalício, em 26/04/2006, enfrentou o problema posto para apreciação das Turmas de Direito Público reunidas, oportunidade em que concluiu pela manutenção da Súmula 276/STJ e determinou o exame do recurso especial caso a caso, observando se o enfoque foi exclusivamente infraconstitucional.

4. Entretanto, ficou estabelecido que o STJ não conheceria dos recursos quando o acórdão recorrido tivesse analisado tão-somente a tese de revogação da lei complementar por lei ordinária.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 638.853/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20.06.2006, DJ 29.06.2006 p. 173)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8) Entretanto a questão, à época, era de interpretação controvertida quanto à legitimidade da revogação da isenção da COFINS, o que pode ser visto pelo aresto cuja ementa transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA SUPERVENIENTE. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF.

1. Não viola os artigos 458 e 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcl no AgRg no EREsp 254949/SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS 9213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

2. A controvérsia a respeito da incompatibilidade de lei ordinária em face de lei complementar é de natureza constitucional, já que a invasão, por lei ordinária, da esfera de competência reservada constitucionalmente à lei complementar, acarreta a sua inconstitucionalidade, e não a sua ilegalidade. Precedentes do STF.

3. Assim, a discussão sobre a Lei Complementar nº 70/91 ser materialmente ordinária, bem como a respeito da revogação de seu art. 6º, II, pela Lei nº 9.430/96, tem índole constitucional, sendo vedada sua apreciação em recurso especial.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 775.273/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01.06.2006, DJ 12.06.2006 p. 447)

9) A questão foi enfrentada e decidida pelo STF de forma clara e objetiva, posteriormente à tomada de posição pelo STJ, sendo oportuno trazer à colação trecho do voto do Ministro Celso de Mello quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 476.227/MG:

Mostra-se importante registrar que esta Corte já assinalou, a propósito das contribuições a que se refere o art. 195 da Constituição (RTJ 143/313-314 - RTJ 143/684), que **a lei ordinária revela-se tipo normativo juridicamente adequado à veiculação dessa modalidade de tributo**, o que permite reconhecer que a regulação de tais espécies tributárias - notadamente dos elementos estruturais que lhes compõem a hipótese de incidência - **não se acha incluída no domínio normativo da lei complementar**.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento concernente à própria COFINS, deixou assentado - como tive o ensejo de destacar em diversas decisões proferidas nesta Corte (RE 480.156/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 481.779, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - que **a Lei Complementar nº 70/91**, a despeito de seu caráter formalmente complementar, **veiculou matéria não submetida à reserva constitucional de lei complementar, a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitir, por isso mesmo, que eventuais alterações no texto desse diploma legislativo pudessem ser introduzidas mediante simples lei ordinária (RTJ 156/721-722).

À luz de julgados semelhantes, proferidos pelo Pretório Excelso, **entendo que o STJ não detinha competência para analisar matéria de índole exclusivamente constitucional**, o que leva ao acolhimento do segundo fundamento da ação proposta, ou seja, incompetência do STJ para decidir questão eminentemente constitucional.

Como pode ser visto, na espécie, mostra-se **inaplicável o teor da Súmula 343/STF** (*não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*).

Primeiro porque a fundamentação da rescisória não é de violação a literal disposição de lei, e sim por ter sido proferida pelo STJ decisão embasada em texto constitucional, em clara usurpação de competência do STF (inciso II do art. 485 - *proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente*). Segundo porque o tema a decidir não pode ter duas soluções distintas, um constitucional e outro infraconstitucional, o que, em última análise, acabaria por tornar o STJ intérprete da Constituição, sendo bastante a controvertida interpretação do tema constitucional.

O STF já decidiu que as sociedades civis são contribuintes da COFINS, realidade que somente o STF pode afastar, sendo inviável as considerações em sentido contrário, para apegar-se o intérprete a questionamentos processuais e assim afastar a posição da Corte Maior. A propósito, trago à colação precedente do STF, o qual vem ao encontro da afirmação:

"Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode, com a manutenção de decisões divergentes, diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio de controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes sobre o mesmo tema, em instâncias inferiores, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.

Lembro-me aqui da lição de Konrad Hesse:

"(...) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

singularmente.

(...)

A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal."

(AgRg no AG 460.439-9/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes)

A posição encontra apoio na doutrina, como se pode constatar pelo texto que transcrevo da publicação indicada de autoria do Ministro Teori Zavascki:

"Bem se vê, portanto, que em situações desse jaez fica difícil contestar, ainda que se trate de questão constitucional, o sentido lógico e prático da Súmula 343. O que se quer afirmar, por isso mesmo, é que, em se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja "literal violação" a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele, associado aos princípios da supremacia da Constituição e da igualdade perante a lei, é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 (negativo porquanto indica que, sendo controvertida a matéria nos tribunais, não há violação literal a preceito normativo a ensejar rescisão) por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF.

(Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: RT, 2001. P. 134)

Entendo pertinente lembrar que a hipótese aqui questionada em nada se assemelha ao que foi discutido na Primeira Seção, na oportunidade em que aplicou-se o teor da Súmula 343/STF, agora repudiada. No precedente a discussão travou-se da seguinte forma:

AR. SÚM. N. 343-STF. SEGURANÇA JURÍDICA.

Cuida-se de ação rescisória em que os autores manifestam seu inconformismo com o julgamento que proclamou a incidência do imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de resgate das contribuições recolhidas à previdência privada no período de vigência da Lei n. 7.713/1988 (1º/1/1989 a 31/12/1995). No período, os contribuintes estavam autorizados a descontar do IR os valores pagos a título de contribuição à previdência privada, alterando-se a situação com a vigência da Lei n. 9.250/1995. Para a Min. Relatora, não houve a alegada violação à literal disposição de lei. A Primeira Seção deste Superior Tribunal, em uma única oportunidade (EREsp 946.771-DF, DJ 25/4/2008), entendeu pertinente afastar a aplicação da Súm. n. 343-STF. A posição adotada, entretanto, se por um lado privilegia o princípio da equidade, deixa sem segurança centenas de julgados, os quais podem ser atacados na via da ação rescisória, o que é de absoluta inconveniência. Adotar ação rescisória para alinhar a jurisprudência antiga à nova, mais recente, é inserir mais um inciso ao art. 485 do CPC, criando, assim, uma modalidade de impugnação à decisão transitada em julgado. Assim, em nome da segurança jurídica, entende a Min. Relatora que deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantido o julgado. Diante disso, a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, inadmitiu a ação rescisória com base no enunciado da Súm. n. 343-STF, extinguindo o processo sem resolução de mérito.

AR 3.525-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgada em 8/10/2008.

(Julgado em 08/10/2008, acórdão pendente de publicação. V. Informativo nº 371)

Observa-se que a discussão quando do julgamento do precedente deu-se sem que a tese jurídica tenha sido enfrentada pelo STF, o que muda inteiramente o conteúdo interpretativo.

Ante o exposto, adoto as razões de decidir suso transcritas e ADMITO e JULGO PROCEDENTE a presente ação rescisória para rescindir o acórdão deste STJ.

Efetuada o juízo rescindendo. Passo ao juízo rescisório.

Com efeito, um novo julgamento da causa não pode descurar do fato de que a rescisória fundamentou-se em dois pontos principais: a não observância da reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e a incompetência do STJ para tratar do tema, visto ser de ordem constitucional.

Quanto a ambos, entendo que não constituem óbice ao julgamento do mérito do recurso especial, pois o assunto já foi apreciado pelo Pleno do STF (v.g. RE 377.457 / PR, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.9.2008), o que afasta, já agora neste Tribunal, a necessidade da observância do art. 97, da Constituição Federal, razão pela qual o julgamento poderia ser proferido pela Seção.

Pelas considerações expostas, acompanho o relator para julgar PROCEDENTE a Ação Rescisória para rescindir o acórdão impugnado com efeitos *ex tunc* e reconhecer a legitimidade da revogação da isenção da Cofins disciplinada pelo art. 56, da Lei n. 9.430/96, nos termos do citado precedente do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2007/0026871-8

AR 3.711 / SC

Números Origem: 200172000057768 200400310343

PAUTA: 25/05/2011

JULGADO: 25/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Revisor

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

AUTOR : FAZENDA NACIONAL

PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

CLÁUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S)

RÉU : CLÍNICA DE DOENÇAS OSTEOARTICULARES OSTEOCLÍNICA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

" A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.