**CAUTELAR INOMINADA** Inconstitucionalidade da Lei nº 8.147/90 em relação ao art. 154 da CF, que deixa claro que a majoração da alíquota para 2% só poderia ser realizada mediante Lei Complementar. Apesar da L. C. nº 70/91 que institui a "Contribuição Social sobre o Faturamento", constituir-se-á exigência **indevida ou bitributação**, uma vez que já existe tributação incidente sobre o faturamento mensal, que é o PIS.

**EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA .... VARA - SECÇÃO JUDICIÁRIA DO ....**

.............................................., pessoa jurídica de direito privado, sediada a Rua .... nº ...., inscrita no CGC/MF nº ...., por seus procuradores, infra assinados (mandato incluso) com escritório na Rua .... nº ...., onde recebe intimações e notificações, vem respeitosamente a presença de V. Exa., propor à presente

**MEDIDA CAUTELAR INOMINADA**

contra a UNIÃO FEDERAL, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

**RESENHA FÁTICA**

A Suplicante é empresa privada que realiza suas atividades segundo previsto em seus atos societários, com o fito de lucro, auferindo receitas mensais decorrentes da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços.

Em .... de .... de .... sucedeu a edição do Decreto-Lei nº 1.940 de 25/05/82, instituindo o que ele próprio chama de "CONTRIBUIÇÃO SOCIAL", para formar o já conhecido "FINSOCIAL" (art. 1º), cobrado mensalmente, cujo valor se exprime pela alíquota de 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadoria (art. 1º, § 1º) ou, para as que realizam, exclusivamente, venda de serviços, de 5% (cinco por cento) sobre o valor do imposto.

Com o advento da Medida Provisória nº 38/89, publicada no DOU de 08/02/89, posteriormente transformada na Lei nº 7.738/89, de 09/03/89, o "Finsocial" passou a incidir sobre a receita bruta.

Por força da Medida Provisória nº 279 de 13/12/90, transformada na Lei nº 8.147 de 28/12/90, ficou alterada, a partir do exercício de 1991, alíquota de contribuição de "Finsocial" que passou a ser exigida à razão da alíquota de 2% (dois por cento) sobre o faturamento das empresas.

Notória é a inconstitucionalidade da Lei nº 8.147, pois o art. 154 da Constituição Federal nos deixa claro que a majoração da alíquota para 2% só poderia ser realizada mediante Lei Complementar. Com o objetivo de sanar esta inconstitucionalidade, foi editada a Lei Complementar nº 70/91, de 30/12/91, que institui a "Contribuição Social sobre o Faturamento", que nada mais é do que uma nova roupagem do antigo Finsocial.

Ocorre, contudo, que a Lei Complementar nº 70/91 também é ilegal, uma vez que oferece elementares princípios constitucionais tributários, que levam à sua inexigibilidade, pois:

- a nova contribuição tem a mesma base de cálculo do PIS;

- sua arrecadação encontra-se desvinculada da Seguridade Social, mostrando-se como um novo imposto disfarçado.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA AÇÃO**

**IDENTIDADE COM O PIS**

A Lei Complementar nº 70, de 30/12/91, que institui a Contribuição Social sobre o Faturamento, que nada mais é do que a recriação do "Finsocial", determina:

"Art. 1 - Sem prejuízo da cobrança das contribuições, para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas, inclusive a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades das áreas de saúde, previdência e assistência social."

"Art. 2 - A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza."

Estando tal norma jurídica veiculada através da Lei Complementar, imaginou-se ter contornado o problema ocorrido com o Finsocial, cuja nova contribuição é a própria semelhança. No entanto, ao analisarmos os dispositivos constitucionais que tratam das contribuições sociais, notamos que a exação pretendida de 2% sobre o faturamento mensal está eivada de inconstitucionalidade.

O artigo 194 da Constituição Federal nos fornece normas gerais sobre a seguridade social, ficando as formas de financiamento da seguridade social, ao encargo do art. 195 da Constituição Federal:

"Art. 194 - A seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à previdência e à assistência social.

Parágrafo Único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distribuidade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equivalência na forma de participação e custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial dos trabalhos, empresários, aposentados."

"Art. 195 - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

...."

De acordo com o art. 195, I, as contribuições a cargo dos empregadores, a fim de que se assegurem os direitos relativos à saúde, à previdência e assistência social (art. 194), são incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Desta forma, qualquer imposição para recolhimento de contribuição social sobre a mesma base de cálculo ou fato gerador, constituir-se-á exigência indevida ou bitributação, sem qualquer condições para prosperar, uma vez que já existe contribuição, a cargo das empresas, incidente sobre o faturamento mensal, que é o PIS. Pretender-se arrecadar nova contribuição sobre a mesma base de cálculo e mesma natureza, constitui-se uma violação aos artigos 195 e 154, I, da Carta Magna:

"Art. 154 - A União poderá instituir:

I - mediante Lei Complementar, impostos não previstos no artigo anterior, DESDE QUE sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios discriminados nesta Constituição."

Em decisão do Pleno do C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, apelação em mandado de segurança nº 90.03.42053-0, sobre o FINSOCIAL, foi afirmada a impossibilidade de coexistência do PIS e do FINSOCIAL como contribuições incidente sobre o faturamento; em virtude de possuírem a mesma base de cálculo;

"O FINSOCIAL, portanto, não compõe parcela da implantação direta da seguridade social, mesmo porque estas já estão totalmente preenchidas. Específico. O art. 195 admite que a contribuição dos empregados para a seguridade social incidirá sobre a folha de salários, sobre o faturamento e sobre o lucro. Pois bem, sobre a folha de salários recolhem-se as contribuições com base na antiga legislação previdenciária, recepcionada pela Carta de 1988 e expressamente referida no art. 9º da Lei nº 7.689, que neste ponto é constitucional; sobre o faturamento já existe a contribuição para o PIS, instituída pela Lei Complementar nº 7/70, combinada com o art. 239, da Constituição atual.

Não há lugar, portanto, sob pena de "bis in idem" para o FINSOCIAL, salvo se houver adequação ao art. 154, I, da Lei Maior, como expressamente determina o § 4º do art. 195, da mesma."

Não obstante a nova lei (LC 70/91) tenha sido editada sob a forma de Lei Complementar, a assim atendendo a um dos requisitos do inciso I, do art. 154 da CF, não atende aos demais, pois existe a condicionante "desde que" que não foi cumprida, trazendo como conseqüência a ilegalidade da cobrança que será exigida a partir do dia 02 de maio de 1992, sobre o faturamento do mês de abril.

Ainda, confirmando a bitributação, o artigo 1º da Lei Complementar determina que a cobrança dar-se-á sem prejuízo da cobrança do PIS e PASEP, reconhecendo-se com isso a duplicidade de encargos incidentes sobre o faturamento, tornando-se inequívoca a pretensão ora deduzida.

Conclusão é de que, determinando a Constituição Federal que as contribuições incidirão sobre o faturamento, o lucro e a folha de salários, ou seja, estabelecendo as hipóteses sobre as quais é possível a cobrança, e já existindo tais bases de cálculo gravadas respectivamente com o PIS, a contribuição social e a contribuição para previdência, a incidência de mais uma contribuição (Social sobre o Faturamento) acarretaria, como já exposto, violação ao próprio artigo 195, I, que somente as admite contribuições sobre as hipóteses que enumera.

**ARRECADAÇÃO DESVINCULADA**

Outro aspecto inconstitucional da Lei Complementar 70/91 se refere à arrecadação e fiscalização da contribuição, acarretando violação ao artigo 194, VII da Constituição federal, que determina:

"Art. 194 - ....

Parágrafo Único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

....

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, como a participação da comunidade, em especial de trabalhadores empresários e aposentados."

Desta maneira, a arrecadação e fiscalização deveria ser executada pelo INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social, no entanto, por força do art. 10 da Lei Complementar 70/91, será exercida pela Receita Federal, diz o artigo:

"Art. 10 - O produto da arrecadação da contribuição social sobre o faturamento, instituída por esta Lei Complementar, observando o disposto na segunda parte do art. 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, integrará o Orçamento da Seguridade Social."

E complementa o artigo 33 da Lei nº 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social):

"Art. 33 - Ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normalizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do artigo 11; e ao Departamento da Receita Federal (DRF), compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normalizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" da parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente."

Segundo o artigo 119 do CTN, sujeito ativo da obrigação tributária "é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento." No caso analisado, quem exercerá a arrecadação e fiscalização da contribuição instituída será o Departamento de Receita Federal, e não a autarquia (INSS), como deveria ser. Tal fato, além de revelar um desvio de função, demonstra que a nova contribuição social sobre o faturamento nada mais seria do que um imposto, igualmente inconstitucional, porque seria cumulativo (não permitiria o direito de crédito na entrada), tendo a mesma base de cálculo do ICMS, uma vez que faturamento é a mesma coisa que operações de venda.

Com relação à arrecadação desvinculada, convém transcrever o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região quando em questão o antigo Finsocial (Boletim IOB de Jurisprudência 1991, nº 1/4.322); que bem demonstra a necessidade da proteção reclamada:

"Tributário. Finsocial. Natureza jurídica.

....

2. O Sistema Tributário instituído pela Carta Magna atual não agasalha, em suas disposições permanentes, a possibilidade de o FINSOCIAL ter sido recepcionado, por, sendo de imposto a sua estrutura, há a impossibilidade de enquadramento no círculo do art. 195, I, da Constituição Federal. Outrossim, mesmo que, como contribuição social fosse caracterizado, o fato de ser arrecadado pela Secretaria da Receita Federal, passando seus valores a compor o orçamento geral da União, provoca aberrante desvirtuamento, por fuga do critério posto pela Constituição, que elegeu, com sujeito ativo dos recursos para assegurar a seguridade social, às entidades responsáveis. 3 - Em conclusão, o sujeito ativo da contribuição social só pode ser a autarquia gestora do orçamento veiculado pelo artigo 165, § 5º, item II da Constituição Federal; a lei ordinária não pode modificar a identificação do sujeito ativo de determinada contribuição social, quando tal é feito pela Constituição Federal; ..." (DJU II, de 07/06/91, pág. 13.081)

Assim, sob qualquer dos dois aspectos apresentados, a Contribuição Social sobre o Faturamento é de exação totalmente indevida, razão pela qual cabe a presente medida acautelatória.

**PRESSUPOSTOS CAUTELARES**

Pela análise dos tópicos anteriores, ficou cabalmente demonstrado que a Lei Complementar 70/91 é inexigível, uma vez que a nova contribuição tem a mesma base de cálculo do PIS; e a sua arrecadação encontra-se desvinculada da Seguridade Social, configurando-se como novo imposto disfarçado, estando por conseqüência demonstrado o "Fumus boni iuris".

Acaso a Autora abstenha-se voluntariamente do recolhimento no prazo estabelecido pela legislação, sobre elas incidirão multas, juros, correção monetária, além de outras sanções de natureza administrativa, demonstrando-se então a existência de "Periculum in mora".

A concessão da medida é, portanto, medida de justiça, para que a Suplicante efetue o depósito em Juízo, em conta vinculada, das importâncias relativas ao "Finsocial", até o julgamento definitivo da ação principal a ser proposta.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento da Ap. Cível 90.01.052738-MG, julg. 17/02/92, Rel. Juiz VICENTE LEAL, "in" Gazeta Mercantil 05/05/92, pág. 35, assentou a viabilidade da medida cautelar para suspender a exigibilidade de crédito tributário:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DISCUSSÃO EM JUÍZO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DEPÓSITO. MEDIDA CAUTELAR.

Ao contribuinte é assegurado, por expressa disposição legal, a faculdade de efetuar o depósito do crédito tributário em discussão, em sede de processo administrativo ou judicial, para fins de suspensão da exigibilidade (CTN, art. 151, II).

O depósito pode ser requerido por via de medida cautelar, de procedência inconteste, em face da presença do "fumus boni juris" e do "periculum in mora."

O depósito em Juízo, além de autorizado pelo art. 151 do CTN, tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito e é feito em garantia das partes e da rápida e eficaz execução do julgamento definitivo, evitando-se, ainda, caso a requerente logre êxito na ação principal, que tenha que recorrer novamente ao Judiciário através de uma morosa ação de repetição do indébito, sujeita ainda ao recebimento dos valores através de precatório requisitório, que nunca expressa o valor real.

Cabe salientar que o deferimento da medida não causará prejuízo algum, em face dos depósitos em Juízo dos valores controvertidos, a serem efetuados conforme exigência legal.

Diante do exposto, demonstrado o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora" requer a Suplicante, "inaudita altera parte" se digne V. Exa,

**LIMINARMENTE**

determinar:

a) o depósito dos valores monetários correspondentes ao "FINSOCIAL", mês a mês, nas datas de seus respectivos vencimentos e para os fins do Decreto-Lei nº 1.737/79, em conta poupança que renda juros e correção monetária, para acautelar os interesses de ambas as partes e, como garantia do crédito da Fazenda Nacional;

b) a suspensão da exigibilidade do crédito, bem como a inscrição em dívida ativa de tal lançamento;

c) a citação da Suplicada, na pessoa do seu representante legal, para contestar a medida caso queira;

d) a procedência do pedido, para confirmar definitivamente os depósitos, condenando a Suplicada nas cominações de direito.

Por derradeiro, informa que ajuizará, no prazo estipulado em Lei, a competente Ação Declaratória de Inexistência de Crédito Fiscal.

Protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas, dá-se à causa o valor de R$ .... (....), para os efeitos fiscais.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

...., .... de .... de ....

..................

Advogado OAB/...