



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



AUTOS nº 1999.61.00.026317-2

Aceito a conclusão.

Segue sentença em separado.

São Paulo, 21 de julho de 2003.


Tami Maria Wurster
Juíza Federal Substituta



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



Mandado de Segurança nº 1999.61.00.026317-2

Impetrante: Federação de Serviços do Estado de São Paulo – FESESP

Impetrada: Delegado da Receita Federal em São Paulo

Trata-se de mandado de segurança em que pretende a impetrante assegurar o não pagamento de COFINS e PIS, incidentes sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, segundo a redação da Lei 9.718/98./

Afirma que, até o advento da Lei nº 9.718/98, a impetrante e as entidades a ela filiadas não estavam sujeitas ao recolhimento da COFINS em razão da ausência de faturamento mensal, consubstanciado em receitas advindas de venda de produtos e serviços.

Alega, em síntese, a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS, abrangendo a receita bruta, tomada como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, e não somente faturamento, o que exigiria, por consequência, lei complementar. Sustenta que a alteração da base de cálculo afronta o artigo 110, do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, não torna constitucional a Lei nº 9.718/98.

Pede a procedência da ação para que lhe seja reconhecido o direito de não recolher a COFINS nos moldes fixados pela Lei nº 9.718/98.

A liminar foi concedida às fls. 41/42.

Notificada, a autoridade coatora apresentou informações sustentando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*. No mérito alega, em síntese que faturamento e receita bruta têm o mesmo significado para fins tributários; a recepção da Lei nº 9.718/98 pela Emenda Constitucional nº 20/98; e, relativamente aos requisitos formais de validade, a inexistência de qualquer imperfeição na Lei nº 9.718/98.

1



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



O Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança.

É o relatório. Decido.

1. Da ilegitimidade ativa da Federação/Impetrante

Quanto à alegação de ilegitimidade ativa da Federação/Impetrante em razão da ausência de autorização expressa dos associados, suscitada pela Autoridade coatora, tenho que não lhe assiste razão.

Com efeito a Impetrante atua na condição de substituto processual, nos termos do artigo 8º, III, da Constituição Federal, não sendo necessário a autorização expressa de seus associados. Contudo, alguns requisitos são necessários: a) cláusula no estatuto do sindicato que o autorize a representar seus associados em juízo; b) regularmente constituído e c) em funcionamento há, pelo menos, um ano.

Neste sentido o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PENSIONISTAS DOS POLICIAIS CIVIS DO EXTINTO TERRITÓRIO FEDERAL DE RONDÔNIA. ISONOMIA DE VENCIMENTOS. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. PRECEDENTES.

I - Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o sindicato regularmente constituído e em normal funcionamento tem legitimidade para, na qualidade de substituto processual, postular em juízo em nome da categoria, independentemente de autorização expressa, bastando a existência de cláusula específica no respectivo estatuto. Nesta hipótese, trata-se de legitimação extraordinária, nos termos do art. 5º, LXX, "b" da Constituição Federal. Precedentes.

II - In casu, não há a legitimidade ativa, tendo em vista que o sindicato impetrante não está expressamente autorizado pelo seu estatuto a representar judicialmente os pensionistas dos policiais civis do extinto



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Território Federal de Rondônia, não existindo qualquer cláusula relativa à referida substituição processual.

III - Mandado de segurança julgado extinto, sem julgamento do mérito." (g.n.)

(STJ - 3ª Seção, MS nº 200700266959, UF: DF, j. em: 14.05.2003, DJ: 09.06.2003, PG: 168, Relator(a): Ministro GILSON DIPP)

Observo que, no caso em tela, existe a autorização para o Sindicato representar em juízo seus associados no artigo 5º de seu Estatuto (fl. 21) e, à época da propositura desta ação, já estava regularmente constituído há mais de um ano.

Não procede, portanto, a alegação.

2. Da ilegitimidade passiva da Autoridade coatora.

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva da autoridade coatora, em razão da base territorial da Impetrante, que extrapola a sua área de atuação, tenho que não lhe assiste razão.

É que, consoante bem observado pelo Digno Representante do Ministério Público Federal, tanto a Federação, quanto seus associados possuem domicílio na cidade de São Paulo (fls.37/38) e, portanto, área da atuação da Impetrada.

Posso, pois, à análise do mérito.

Para o deslinde da questão é necessário fazer uma análise dos argumentos apresentados pela impetrante.

3. Da alteração da base de cálculo

Alega a impetrante que a Lei nº 9.718/98 alargou o conceito de faturamento, estabelecido pela redação original do art. 195, I da Constituição Federal então vigente quando da publicação da lei. Por conseqüência, tal fato acarretaria na criação de nova contribuição, o que demandaria, obrigatoriamente, a edição de Lei Complementar.



O art. 195, I, da CF, em sua redação original, estabelecia:

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

I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

(...)

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes de custeio destinadas a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no artigo 154, I”

Primeiramente, é preciso esclarecer que o conceito de faturamento, para fins tributários, não guarda semelhança com o conceito restrito advindo do direito comercial, como já fixado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, para fins tributários, faturamento e receita bruta são equiparáveis. Tal assertiva já foi afirmada pelo Ministro Moreira Alves quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, *in verbis*:

“Note-se que a Lei Complementar nº70/91, ao considerar o faturamento como ‘a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza’ nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro Ilmar Galvão, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e serviços coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36)”

Aliás, a redação do art. 2º, da Lei Complementar nº 70/91, considerada constitucional pela decisão do Supremo Tribunal Federal acima citada,

4
fai



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



já considerava o conceito de faturamento equivalente ao de receita bruta proveniente de vendas de mercadorias e serviços:

“Art. 2º. A contribuição de que trata o artigo anterior será de 2% (dois por cento) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadoria, de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza.” (Grifado)

Ocorre, porém, que a Lei 9.718/98 deu nova conceituação àquilo que a Constituição Federal chamou de faturamento e àquilo que a Lei Complementar nº 70/91 denominou de receita bruta, ampliando a incidência do imposto, senão vejamos:

“Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.” (Grifado).

Do cotejo entre os artigos acima, verifica-se que a Lei impugnada passou a entender como faturamento não só a receita bruta da **venda de mercadoria e serviços**, mas **toda e qualquer receita** auferida pela pessoa jurídica.

Ou seja, a partir da conceituação, por lei, de um termo pré-fixado na Constituição Federal, a hipótese de incidência da COFINS foi alargada.

A questão a ser resolvida é saber se aquilo que se tem por *toda e qualquer receita auferida pela pessoa jurídica* está contido no conceito de *faturamento*, tomado pela Constituição Federal na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98.

Sobre o tema, necessário ressaltar que à lei ordinária é dado explicitar os conceitos fixados constitucionalmente, para o fim de instrumentalizar os comandos constitucionais, mas jamais, sob o pretexto de regulamentá-la, transbordar o conteúdo conceitual que se extrai da natureza do próprio instituto, sob pena de se permitir uma afronta ao texto constitucional.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

No caso, tenho que foi exatamente o que ocorreu com a edição da Lei 9.718/98. No conceito de faturamento não está contido o que se tem por **toda e qualquer receita**. A jurisprudência pátria, na ADC nº 1/DF, já fixou o entendimento que faturamento não se restringe às hipóteses de venda a prazo, acompanhadas de fatura, mas tal não significa dizer que seria permitido ao legislador ordinário fixar os seus contornos livremente.

Quando da análise pelo Pretório Excelso do que se tem por faturamento, entendeu-se que este seria a receita bruta proveniente da **venda de mercadorias ou prestação serviços**, tal como definido no Decreto-Lei nº 2.397/87 (segundo voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RE 150.755-1/PE). Há, no conceito de faturamento, a idéia inerente de atividade comercial, como aquela em que o comerciante vende o produto do seu trabalho agregado ao capital. Receita, a seu turno, representa todo e qualquer ingresso de capital ao patrimônio da pessoa jurídica, a qualquer título, no que se compreende, mas não se esgota, o conceito de faturamento.

Não fosse assim, seria despicienda a previsão da Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu a receita como base de cálculo das contribuições sociais, no artigo 195, I, o que não se admite diante dos modernos princípios de interpretação das normas.

Neste sentido, traga-se à colação trecho de artigo de autoria de Geraldo Bemfica Teixeira:

“Ou seja, receita bruta só se equipara a faturamento quando se entende que o faturamento equivale à receita bruta resultante de venda de mercadorias, de mercadorias e serviços, e de serviço de qualquer natureza”. (in: Revista de Assuntos Tributários nº 08, Jul-Ago/99)

Dessa forma, ultrapassados os limites impostos pelo art. 195, I da Constituição Federal, a incidência de contribuição social sobre *toda e qualquer receita* deveria ter obedecido ao disposto no art. 195, §4º/CF, que exige edição de lei complementar.

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 20/98, que prevê a receita como base de cálculo de contribuição social, foi promulgada posteriormente à Lei nº 9.718/98, e a superveniência de norma constitucional não



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



tem o condão de ressuscitar normas eivadas de vício perante o ordenamento constitucional anterior, salvo disposição expressa.

Assim, reconheço a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS, abrangendo a receita bruta tomada como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, e não somente como faturamento.

4. Dispositivo

Pelo exposto, **julgo procedente o pedido inicial**, concedendo a segurança pleiteada e extinguindo o processo com julgamento do mérito, para reconhecer o direito da impetrante e dos sindicatos a ela filiados de não recolherem a COFINS, em razão da ausência de faturamento, decorrente de operações de venda de mercadorias, mercadorias e serviços e prestação de serviços.

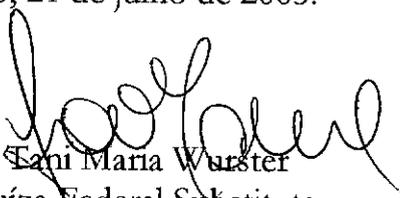
Incabível a condenação em honorários advocatícios, em conformidade com entendimento sumulado pelo STF e STJ.

Custas na forma de lei.

Independente de qualquer recurso voluntário das partes, remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região para reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se e officie-se.

São Paulo, 21 de julho de 2003.


Tani Maria Wurster
Juíza Federal Substituta