



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

Recorrente : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS DOIS PINGUINS LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Centro de Documentação
RECURSO ESPECIAL
Nº RP/RD 201 - 111273

NORMAS PROCESSUAIS. PREVALÊNCIA DA ESFERA JUDICIAL SOBRE A ADMINISTRATIVA.

A propositura de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando definitiva, nesse âmbito, a exigência do crédito tributário em litígio, em virtude da preponderância da via judicial. Por outro lado, é legítima a formalização da exigência do crédito tributário quando o contribuinte tiver recorrido ao Judiciário para não pagar determinado tributo e/ou contribuição, ficando, no entanto, a mesma suspensa enquanto durar a medida judicial. No presente caso, tanto a exigência referente aos fatos geradores ocorridos a partir de março de 1996, inclusive, com base na MP nº 1.212/95, quanto a compensação pleiteada pelo recorrente ficarão no aguardo do trânsito em julgado das respectivas decisões judiciais, a quem caberá decidi-las em definitivo.

Recurso não conhecido nesta parte.

SEMESTRALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70.

A regra estabelecida no parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 07/70 diz respeito à base de cálculo e não a prazo de recolhimento, razão pela qual o PIS correspondente a um mês tem por base de cálculo o faturamento de seis meses atrás. Tal regra manteve-se incólume até a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.212/95 – março de 1996 -, a partir da qual a base de cálculo passou a ser o faturamento do mês.

TAXA SELIC – JUROS ACIMA DE 1% . O artigo 192, § 3º, da Constituição Federal depende de regulamentação para entrar em vigor, conforme decisão do STF. Nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, se a lei não dispuser de modo diverso, os juros serão calculados à taxa de um por cento ao mês. Tanto a Lei nº 8.218/91, que instituiu a TRD, quanto a Lei nº 9.430/96, que mandou aplicar a Taxa SELIC, dispuseram de forma diversa e estão de acordo com o CTN, não havendo reparos a fazer quanto aos juros cobrados no auto de infração.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS DOIS PINGUINS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, I) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, em relação à

[Assinatura]

[Assinatura]



Processo nº : 10480.005951/98-88

Recurso nº : 111.273

Acórdão nº : 201-75.962

matéria submetida à apreciação do Judiciário; e II) por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, quanto à matéria remanescente, nos termos do voto do Relator. Vencido, nesta parte, o Conselheiro José Roberto Vieira, que apresenta declaração de voto. O Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto declarou-se impedido de votar.

Sala das Sessões, em 19 de março de 2002.

josefa elMaria illBarques:

Josefa Maria Coelho Marques

Presidente

Serafim Fernandes Correa

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Roberto Velloso (Suplente), Gilberto Cassuli e Sérgio Gomes Velloso.

Eaal/cf



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

Recorrente : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS DOIS PINGUINS LTDA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório o de fls. 104/106, que leio em Sessão e acresço mais o seguinte.

A DRJ/RECIFE – PE manteve o lançamento na íntegra.

Foi, então, apresentado recurso a este Conselho sem o depósito de 30% por força de liminar em Mandado de Segurança.

A PFN-PE apresentou suas contra razões.

O processo foi, então, distribuído por sorteio ao Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto, que se julgou impedido, sendo, posteriormente, redistribuído a mim.

É o relatório.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
SERAFIM FERNANDES CORRÊA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Do exame do presente processo verifica-se que são cinco os pontos do litígio, a saber:

- 1 a base de cálculo constante do auto de infração incluiu os encargos financeiros que devem ser excluídos;
- 2 a base de cálculo do PIS é o faturamento do sexto mês anterior até o mês de fevereiro de 1996, inclusive, quando entrou em vigor a MP nº 1.212/95;
- 3 mesmo a partir de março de 1996, inclusive, a base de cálculo continua sendo o faturamento do sexto mês anterior por força de decisão judicial em favor da recorrente;
- 4 igualmente, por força de outra decisão judicial, a recorrente tem direito de compensar os valores recolhidos a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 quando comparados com os devidos com base na Lei Complementar nº 7/70; e
- 5 aplicabilidade da TAXA SELIC.

A seguir, aprecio cada um dos itens de per si.

1 A base de cálculo constante do auto de infração incluiu os encargos financeiros que devem ser excluídos.

No auto de infração não consta qualquer referência a que tenha sido incluído na base de cálculo o valor de encargos financeiros. A matéria foi trazida à baila na impugnação, em especial, na parte constante das fls. 64 a 69.

A decisão recorrida, às fls. 110/111, demonstrou fartamente que as bases de cálculo não incluíram tais encargos.

Quando do recurso, caberia à recorrente contraditar a decisão, mas, no entanto, limitou-se a repetir com todas as letras o que havia dito na impugnação, sem nenhuma contestação ao demonstrado na decisão.

Sendo assim, não lhe assiste razão.

2 A base de cálculo do PIS é o faturamento do sexto mês anterior até o mês de fevereiro de 1996, inclusive, quando entrou em vigor a MP nº 1212/95.

Sobre a matéria, a controvérsia gira em torno da interpretação do art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, a seguir transcrito:



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

"Art. 6º - A efetivação dos depósitos no Fundo correspondente à contribuição referida na alínea "b" do art. 3º será processada mensalmente a partir de 1º de julho de 1971.

Parágrafo único - A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente."

Profundas modificações foram introduzidas na legislação do PIS, inclusive em relação ao artigo citado e transcrito, pelos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88. E mais tarde pelas Leis nºs 7.691/88, 7.799/89, 8.218/91, 8.383/91, 8.850/91, 8.981/95 e 9.069/95. Por último, pela MP nº 1.212/95, suas reedições, e pela Lei nº 9.715, de 25/11/98, na qual foi convertida.

Ocorre que os referidos Decretos-Leis foram considerados inconstitucionais por decisão do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, retirados do mundo jurídico pela Resolução nº 49/95 do Senado Federal, como se vê pelas transcrições a seguir:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL ART. 55-II DA CARTA ANTERIOR CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445 E 2.449, DE 1988.

INCONSTITUCIONALIDADE.

I - Contribuição para o PIS: sua estraneidade ao domínio dos tributos e mesmo aquele, mais largo, das finanças públicas.

Entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da EC nº 8/77 (RTJ 120/1190).

II - Trato por meio de decreto-lei: impossibilidade ante a reserva qualificada das matérias que autorizavam a utilização desse instrumento normativo (art. 55 da Constituição de 1969).

Inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449, de 1988, declarada pelo Supremo Tribunal.

Recurso extraordinário conhecido e provido."

"Faço saber que o Senado Federal aprovou, e eu, José Sarney, Presidente, nos termos do art. 48, item 28 do Regimento Interno, promulgo a seguinte

RESOLUÇÃO N° 49, DE 1995

Suspende a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 148.754-2/210/Rio de Janeiro.

SKM

AB



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, em 9 de outubro de 1995

SENADOR JOSÉ SARNEY

Presidente do Senado Federal."

Com isso, o PIS voltou a ser regido pela Lei Complementar nº 7/70, com destaque para o parágrafo único do artigo 6º, a respeito do qual surgiram duas interpretações.

Primeira, a de que o prazo de seis meses era prazo de recolhimento, ou seja, o fato gerador era em janeiro e o prazo de recolhimento era em julho. E tal prazo havia sido alterado pelas Leis anteriormente citadas (nºs 7.691/88, 7.799/89, 8.218/91, 8.383/91, 8.850/91, 8.981/95 e 9.069/95).

Segunda, a de que não se tratava de prazo de recolhimento, mas sim de base de cálculo, ou seja, o PIS correspondente a julho tinha como base de cálculo o faturamento de janeiro e o prazo de recolhimento era inicialmente 20 de agosto, conforme Norma de Serviço nº CEP-PIS nº 2, de 27/05/71. E o que as Leis nºs 7.691/88, 7.799/89, 8.218/91, 8.383/91, 8.850/91, 8.981/95 e 9.069/95 alteraram foi o prazo de recolhimento. A base de cálculo manteve-se incólume até a MP nº 1.212/95, quando deixou de ser a do faturamento do sexto mês anterior e passou a ter por base o faturamento do mês.

Depois de muita controvérsia, e principalmente após as manifestações do STJ (RECURSO ESPECIAL Nº 240.938/RS-1999/0110623-0) e da CSRF (RD/201-0.337 – ACÓRDÃO Nº 02-0.871), esta Câmara, seguindo o mesmo entendimento dos referidos julgados, optou pela segunda interpretação, qual seja, a de que o prazo previsto no parágrafo único da Lei Complementar nº 7/70 não era prazo de recolhimento, mas sim base de cálculo, que se manteve inalterada até a MP nº 1.212/95.

Cabe, para melhor ilustrar o presente voto, transcrever as Ementas dos Acórdãos do STJ e da CSRF, bem como o inteiro teor da MP nº 1.212/95, a seguir:

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC, QUE SE REPELE. CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - PIS. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 6º, DA LC 07/70. MENSALIDADE: MP 1.212/95.

1 - Se, em sede de embargos de declaração, o Tribunal aprecia todos os fundamentos que se apresentam nucleares para a decisão da causa e tempestivamente interpostos, não comete ato de entrega de prestação jurisdicional imperfeito, devendo ser mantido. In casu, não se omittiu o julgado, eis que emitiu pronunciamento sobre a aplicação das Leis nºs 8.218/91 e 8.383/91, asseverando que as mesmas dizem respeito ao prazo de recolhimento da contribuição e não à sua base de cálculo. Por ocasião do julgamento dos embargos, apenas se frisou que era prescindível a apreciação da legislação integral, reguladora do PIS, para o deslinde da controvérsia.



**Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962**

2 – Não há possibilidade de se reconhecer, por conseguinte, que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem contrariou o preceito legal inscrito no art. 535, II, do CPC, devendo tal alegativa ser repelida.

3 – A base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela LC 7/70, art. 6º, parágrafo único ('A contribuição de julho será calculada com base do faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente'), permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP 1.212/95, quando, a partir desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado 'o faturamento do mês anterior' (art. 2º).

PIS – LC 7/70 – Ao analisar o disposto no artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar 7/70, há de se concluir que 'faturamento' representa a base de cálculo do PIS (faturamento do sexto mês anterior), inerente ao fato gerador (de natureza eminentemente temporal, que ocorre mensalmente), relativo à realização de negócios jurídicos (venda de mercadorias e prestação de serviços). A base de cálculo da contribuição em comento permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP nº 1.212/95, quando, a partir dos efeitos desta, a base de cálculo do PIS passou a ser considerado o faturamento do mês anterior. Recurso a que se dá provimento.”

"MEDIDA PROVISÓRIA N° 1.212, DE 28 DE NOVEMBRO DE 1995.

Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, de que tratam o art. 239 da Constituição e as Leis Complementares nº 7 de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970.

Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente;

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

II - pelas entidades sem fins lucrativos definidas como empregadoras pela legislação trabalhista, inclusive as fundações, com base na folha de salários;

III – pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

Parágrafo único. As sociedades cooperativas, além da contribuição sobre a folha de pagamento mensal, pagarão, também, a contribuição calculada na forma do inciso I, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados.

Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas de bens e serviços canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias - ICMS, retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Art. 4º Observado o disposto na Lei nº 9.004, de 16 de março de 1995, na determinação da base de cálculo da contribuição serão também excluídas as receitas correspondentes:

I - aos serviços prestados a pessoa jurídica domiciliada no exterior, desde que não autorizada a funcionar no Brasil, cujo pagamento represente ingresso de divisas;

II - ao fornecimento de mercadorias ou serviços para uso ou consumo de bordo em embarcações e aeronaves em tráfego internacional, quando o pagamento for efetuado em moeda conversível;

III - ao transporte internacional de cargas ou passageiros.

Art. 5º A contribuição mensal devida pelos fabricantes de cigarros, na condição de contribuintes e de substitutos dos comerciantes varejistas, será calculada sobre o preço fixado para venda do produto no varejo, multiplicado por 1,38 (um inteiro e trinta e oito centésimos).

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá alterar o coeficiente a que se refere este artigo.

Art. 6º A contribuição mensal devida pelos distribuidores de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de substitutos dos comerciantes varejistas, será calculada sobre o menor valor, no País, constante da tabela de preços máximos fixados para venda a varejo, sem prejuízo da contribuição incidente sobre suas próprias vendas.

Art. 7º Para efeitos do inciso III do art. 2º, nas receitas correntes serão incluídas quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas, no todo ou em parte, por outra entidade da Administração Pública, e deduzidas as transferências efetuadas a outras entidades públicas.

JOM



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

Art. 8º A contribuição será calculada mediante a aplicação, conforme o caso, das seguintes alíquotas:

I - 0,65% sobre o faturamento;

II - um por cento sobre a folha de salários;

III - um por cento sobre o valor das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.

Art. 9º À contribuição para o PIS/PASEP aplicam-se as penalidades e demais acréscimos previstos na legislação do imposto sobre a renda.

Art. 10. A administração e fiscalização da contribuição para o PIS/PASEP compete à Secretaria da Receita Federal.

Art. 11. O processo administrativo de determinação e exigência das contribuições para o PIS/PASEP, bem como o de consulta sobre a aplicação da respectiva legislação, serão regidos pelas normas do processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União.

Art. 12. O disposto nesta Medida Provisória não se aplica às pessoas jurídicas de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que para fins de determinação da contribuição para o PIS/PASEP observarão legislação específica.

Art. 13. Às pessoas jurídicas que auferiram receita bruta exclusivamente da prestação de serviços, o disposto no inciso I do art. 2º somente se aplica a partir de 1º de março de 1996.

Art. 14. O disposto no inciso III do art. 8º aplica-se às autarquias somente a partir de 1º de março de 1996.

Art. 15. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995.

Brasília, 28 de novembro de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

*FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Pedro Malan".*

Na mesma linha de raciocínio adotada por esta Câmara em outros julgados, pela CSRF (RD/201-0.337 – ACÓRDÃO Nº 02-0.871) e pelo STJ (RECURSO ESPECIAL Nº 240.938/RS-1999/0110623-0), entendo deva o lançamento ser ajustado aos ditames da Lei Complementar nº 7/70 considerando-se como base de cálculo o faturamento do 6º anterior para os fatos geradores ocorridos até fevereiro de 1996, inclusive, quando entrou em vigor a MP nº 1.212/95.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

1 Mesmo a partir de março de 1996, inclusive, a base de cálculo continua sendo o faturamento do sexto mês anterior por força de decisão judicial em favor da recorrente.

A contribuinte juntou, à fl. 152, extrato de Acórdão do TRF-5ª Região no qual a MP nº 1.212/95 é considerada inconstitucional, razão pela qual pretende que os cálculos continuem sendo feitos com base no sexto mês anterior.

Não consta do processo se tal decisão transitou em julgado ou não.

De qualquer forma, tendo havido recurso ao Judiciário e por ser tal esfera superior à administrativa, ao final, prevalecerá.

Sendo assim, em relação aos fatos geradores a partir de março de 1996, inclusive, prevalecerá o que vier a ser decidido na ação judicial, ou seja, o crédito tributário está definitivamente constituído mas só poderá ser cobrado após o trânsito em julgado da decisão judicial, cabendo a esta definir a aplicabilidade ao presente caso da MP nº 1.212/95 ou da Lei Complementar nº 7/70.

Por tal razão, não se conhece do recurso em relação a este tópico.

1 Igualmente, por força de outra decisão judicial (fl. 138), a recorrente tem direito de compensar os valores recolhidos a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 quando comparados com os devidos com base na Lei Complementar nº 7/70.

Aplica-se à questão da compensação o mesmo entendimento esposado no item anterior.

2 Aplicabilidade da TAXA SELIC.

Ataca a recorrente os juros cobrados, em especial a TAXA SELIC. Pleiteia que os juros sejam de 1%. Alega ainda que os juros estão limitados por força do art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Por oportuno, transcreve-se o § 1º do artigo 161 do CTN (Lei nº 5.172/66) e o § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, a seguir:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

"Art. 192 – (...)

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar."

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária." 



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."

São inteiramente improcedentes as alegações da recorrente.

Em relação à Constituição, porque, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, o § 3º do art. 192 depende de regulamentação, o que até hoje não ocorreu.

Por outro lado, o art. 161, § 1º, do CTN, é muito claro. Se a lei não dispuser de modo diverso, a taxa de juros será de 1%. No presente caso, no entanto, a lei dispôs de forma diversa. Todas as leis citadas à fl. 23, que servem de enquadramento legal para a cobrança dos juros, dispuseram de forma diversa e estão de acordo com o CTN.

Dessa forma, em relação à Taxa SELIC, nenhum reparo cabe à decisão recorrida.

CONCLUSÃO

Isto posto, não conheço do recurso quanto às matérias submetidas à apreciação do Poder Judiciário (semestralidade, inclusive a partir de março de 1996 quando entrou em vigor a MP nº 1.212/95, e compensação) e conheço e dou provimento parcial ao recurso, a fim de determinar a adequação do lançamento aos termos da Lei Complementar nº 7/70 tomando-se por base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior, relativamente aos fatos geradores ocorridos até fevereiro de 1996, inclusive.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 19 de março de 2002

SERAFIM FERNANDES CORRÊA



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ ROBERTO VIEIRA

SEMESTRALIDADE DO PIS

Muito embora já tenhamos aceito a tese, em decisões anteriores desta câmara, no ano de 2001, de que a questão da semestralidade do PIS se resolve pela inteligência de “*base de cálculo*”, não é mais esse o nosso entendimento, pois nos inclinamos hoje pela inteligência de “*prazo de recolhimento*”, pelas razões que passamos abaixo a explicitar.

1. A Questão

Toda a discussão parte do texto do **parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 7, de 07.09.70**, que, tratando da parcela calculada com base no faturamento da empresa (artigo 3º, b), determina: “*A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente*”.

Estaria aqui o legislador a eleger claramente o faturamento de seis meses atrás como **base de cálculo** da contribuição? Ou estaria, de forma um tanto velada, a fixar um **prazo de recolhimento** de seis meses?

Eis a questão, que a doutrina, justificadamente, tem adjetivado de “*procelosa*”¹.

2. A Tese Majoritária da Base de Cálculo

É nessa direção que caminha o nosso Judiciário.

Veja-se, à guisa de ilustração, decisão do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, publicada em 1998, e fazendo menção a entendimento firmado em 1997: “*A base de cálculo deve corresponder ao faturamento de seis meses antes do vencimento da contribuição para o PIS...*” Extraindo-se o seguinte do voto do relator: “*A discussão, portanto, diz respeito à definição da base de cálculo da contribuição... o fato gerador da contribuição é o faturamento, e a base de cálculo, o faturamento do sexto mês anterior... Neste sentido, aliás, é o entendimento desta Turma (AI nº 96.04.62109-3/RS, Rel. Juiz Gilson Dipp, julg. 25-02-97)*”².

Tal visão parece hoje consolidar-se no **Superior Tribunal de Justiça**. Da lavra do Ministro JOSÉ DELGADO, como relator, a decisão de 13.04.2000: “*...PIS. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE... 3. A base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela*

sa

¹ Confira-se, por exemplo, AROLD GOMES DE MATTOS, Um Novo Enfoque sobre a Questão da Semestralidade do PIS, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 67, abr. 2001, p. 7.

² Agravo de Instrumento nº 97.04.30592-3/RS, 1ª Turma, Rel. Juiz VLADIMIR FREITAS, unânime, DJ, seção 2, de 18.03.98 – *Apud* AROLD GOMES DE MATTOS, A Semestralidade do PIS, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 34, jul. 1998, p. 16.



Processo nº : 10480.005951/98-88

Recurso nº : 111.273

Acórdão nº : 201-75.962

LC 7/70, art. 6º, parágrafo único... permaneceu incólume e em pleno vigor até a edição da MP 1.212/95..."; de cujo voto se extrai: "Constata-se, portanto, que, sob o regime da LC 07/70, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador da contribuição constitui a base de cálculo da incidência"³. Do mesmo relator, a decisão de 05.06.2001: "TRIBUTÁRIO. PIS. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE... 3. A opção do legislador de fixar a base de cálculo do PIS como sendo o valor do faturamento ocorrido no sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador é uma opção política que visa, com absoluta clareza, beneficiar o contribuinte, especialmente, em regime inflacionário"⁴. Confluente é a decisão que teve por relatora a Ministra ELIANE CALMON, de 29.05.2001: "TRIBUTÁRIO – PIS – SEMESTRALIDADE – BASE DE CÁLCULO... 2. Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo... o faturamento, de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador..."⁵.

Também é nesse sentido que se orienta a jurisprudência administrativa.

Registre-se decisão de 1995, do **Primeiro Conselho de Contribuintes**, Primeira Câmara: "Na forma do disposto na Lei Complementar nº 07, de 07.09.70, e Lei Complementar nº 17, de 12-12-73, a contribuição para o PIS/Faturamento tem como fato gerador o faturamento e como base de cálculo o faturamento de seis meses atrás..."⁶. Registre-se, ainda, que essa mesma posição foi recentemente firmada na **Câmara Superior de Recursos Fiscais**, segundo depõe JORGE FREIRE: "O Acórdão nº CSRF/02-0.871... também adotou o mesmo entendimento firmado pelo STJ. Também nos RD/203-0.293 e 203-0.334, j. em 09/02/2001, em sua maioria, a CSRF esposou o entendimento de que a base de cálculo do PIS refere-se ao faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador (Acórdãos ainda não formalizados). E o RD 203-0.3000 (processo 11080.001223/96-38), votado em Sessões de junho do corrente ano, teve votação unânime nesse sentido"⁷. E registre-se, por fim, a tendência estabelecida nesta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: "PIS... SEMESTRALIDADE – BASE DE CÁLCULO – ...2 – A base de cálculo do PIS, até a edição da MP nº 1.212/95, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador..."⁸.

Confluente é a doutrina predominante, da qual destacamos algumas manifestações, a título exemplificativo.

AM

³ Recurso Especial nº 240.938/RS, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, unânime, DJ de 15.05.2000 – Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>, acesso em: 02 dez. 2001, p. 14 e 7.

⁴ Recurso Especial nº 306.965-SC, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, unânime, DJ de 27.08.2001 – Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>, acesso em: 02 dez. 2001, p. 1.

⁵ Recurso Especial nº 144.708, Rel. Min. ELIANA CALMON – *Apud* JORGE FREIRE, Voto do Conselheiro-Relator, Recurso Voluntário nº 115.788, Processo nº 10480.010177/98-54, 2º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, julgamento em set. 2001, p. 5.

⁶ Acórdão nº 101-88.442, Rel. FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, unânime, DO, Seção I, de 19.10.95, p. 16.532 – *Apud* AROLDO GOMES DE MATTOS, A Semestralidade..., *op. cit.*, p. 15-16; e *apud* EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, Contribuição ao Programa de Integração Social – Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, nº 4, jan. 1996, p. 19-20.

⁷ Voto..., *op. cit.*, p. 4-5, nota nº 3.

⁸ Decisão no Recurso Voluntário nº 115.788, *op. cit.*, p. 1.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

Já de 1995 é o posicionamento de ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE, que se refere à "...*falsa noção de que a contribuição ao PIS tinha 'prazo de vencimento' de seis meses...*", para logo afirmar que "...*no regime da Lei Complementar nº 7/70, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador da contribuição constitui a base de cálculo da incidência*"⁹. Posicionamento esse confirmado em outra publicação, pouco posterior, ainda do mesmo ano¹⁰. De 1996, é a visão de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, que igualmente principia sua análise esclarecendo: "*Não se trata, como pode parecer à primeira vista, que o prazo de recolhimento da contribuição seja de 180 dias*"; para terminar asseverando: "*Assim, em conclusão, o recolhimento da contribuição ao PIS deve ser feito com base no faturamento do sexto mês anterior...*"¹¹. E de 1998, para encerrar a amostragem doutrinária, a palavra enfática de AROLDO GOMES DE MATTOS: "*A LC 7/70 estabeleceu, com clareza solar e até ofuscante, que a base de cálculo da contribuição para o PIS é o valor do faturamento do sexto mês anterior, ao assim dispor no seu art. 6º, parágrafo único...*"¹², palavra reafirmada anos depois, em 2001, também com ênfase: "...*é inconcusso que a LC nº 7/70, art. 6º, parágrafo único, elegeu como base de cálculo do PIS o faturamento de seis meses atrás, sem sequer cogitar de correção monetária...*"¹³

Todos os autores citados buscaram apoio na opinião do Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, do Supremo Tribunal Federal, revelada por ocasião do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, em setembro de 1994: "...*parece-me que o correto é considerar o faturamento ocorrido seis meses anteriores ao cálculo que vai ser pago. Exemplo, calcula-se hoje o que se vai pagar em outubro. Então, vamos apanhar o faturamento ocorrido seis meses anteriores a esta data*" (sic)¹⁴.

Conquanto majoritária, essa tese não assume ares de unanimidade, como demonstraremos abaixo.

3. A Tese Minoritária do Prazo de Recolhimento

Principie-se por sublinhar a redação deficiente do dispositivo legal que constitui o pomo da discórdia das interpretações. É a idéia que vem sendo defendida, por exemplo, por JORGE FREIRE, desta Câmara do Conselho de Contribuintes: "...*sempre averbei a precária*

sol

⁹ A Base de Cálculo da Contribuição ao PIS, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 1, out. 1995, p. 12.

¹⁰ PIS: os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 3, dez. 1995, p. 10: "...*alíquota de 0,75%... sobre o faturamento do sexto mês anterior... A sistemática de cálculo com base no faturamento do sexto mês anterior...*"

¹¹ Contribuição..., op. cit., p. 19-20.

¹² A Semestralidade..., op. cit., p. 11 e 16.

¹³ Um Novo Enfoque..., op. cit., p. 15. Interessante que, ao confirmar sua palavra sobre o assunto, o jurista recapitula os pontos mais relevantes do trabalho anterior, acrescentando que o tema foi "...*objeto de um acurado estudo de nossa autoria intitulado 'A Semestralidade do PIS'...*" (sic) (p. 7).

¹⁴ CARLOS MÁRIO VELLOSO, Mesa de Debates: Inovações no Sistema Tributário, Revista de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, nº 64, [1995?], p. 149; ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE, PIS..., op. cit., p. 10; EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, op. cit., p. 19; AROLDO GOMES DE MATTOS, A Semestralidade..., op. cit., p. 15.



Processo nº : 10480.005951/98-88

Recurso nº : 111.273

Acórdão nº : 201-75.962

redação dada a norma legal ora sob discussão” (sic)¹⁵; na esteira, aliás, do reconhecimento expresso da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional: “Não há dúvida de que a norma sob exame está pessimamente redigida”¹⁶.

É essa deficiência redacional que nos conduz, cautelosamente, no sentido de uma interpretação não só isenta de precipitações, mas também ampla, disposta a tomar em consideração os argumentos da tese oposta, de modo a sopesá-los ponderadamente; e sobretudo sistemática, de sorte a ter olhos não apenas para o dispositivo sob exame, mas para o todo do ordenamento em que ele se insere, especialmente para os diplomas que lhe ficam hierarquicamente sobrepostos.

Daí a tese defendida pelo Ministério da Fazenda, no Parecer MF/SRF/COSIT/DIPAC nº 56, de 07.05.96, da lavra de JOSEFA MARIA COELHO MARQUES e de ALCINDO SARDINHA BRAZ: “...Pela Lei Complementar 7/70 o vencimento do PIS ocorria 6 meses após ocorrido o fato gerador” (sic)¹⁷.

Tal entendimento se nos afigura revestido de lógica e consistência. Não “...por razões de ordem contábil...”, como débil e simplificadoramente tenta explicar ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE¹⁸, mas por motivos “...de técnica impositiva...”, uma vez “...impossível dissociar-se base de cálculo e fato gerador”, como alega com acerto JORGE FREIRE, o que fatalmente ocorreria se se admitisse localizar a ocorrência do fato que corresponde à hipótese de incidência num mês, buscando a base de cálculo no sexto mês anterior¹⁹. Mais adequado ainda invocar motivos de ordem constitucional para justificar essa tese, pois são constitucionais, no Brasil, as razões da aproximação desses fatores – hipótese de incidência tributária e base de cálculo – como trataremos de fazer devidamente explícito no item seguinte.

É dessa mesma perspectiva sistemático-constitucional que se coloca OCTAVIO CAMPOS FISCHER, aqui citado como digno representante da melhor doutrina, em obra específica acerca desse tributo, abraçando essa tese e assim deixando lavrada sua conclusão: “Deste modo, também propugnando uma leitura harmonizante do texto da LC nº 07/70 com a Constituição de 1988, a única interpretação viável para aquela é a de que a semestralidade se refere à data do recolhimento/prazo de pagamento e não à base de cálculo”²⁰.

Também os tribunais administrativos já encamparam esse entendimento, inclusive esta mesma Câmara deste mesmo 2º Conselho de Contribuintes, como se vê, a título exemplificativo, do Acórdão nº 210-72.229, votado por maioria em 11.11.1998, e do Acórdão nº 201-72.362, votado por unanimidade em 10.12.1998²¹.

SOU

¹⁵ Voto..., *op. cit.*, p. 4

¹⁶ Parecer PGFN/CAT nº 437/98, *apud* AROLDO GOMES DE MATTOS, A Semestralidade..., *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ PIS – Questões Objetivas (Coordenação-Geral do Sistema de Tributação), Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 12, set. 1996, p. 137 e 141.

¹⁸ A Base de Cálculo..., *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ Voto..., *op. cit.*, p. 4.

²⁰ Item 5.3.7 – Semestralidade: base de cálculo x prazo de pagamento, *in* A Contribuição ao PIS, São Paulo, Dialética, 1999, p. 173.

²¹ JORGE FREIRE, Voto..., *op. cit.*, p. 4, nota nº 2.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

4. A Tese da Semestralidade como Base de Cálculo compromete a Regra-Matriz de Incidência do PIS

Há muito já foi ultrapassada, pela Ciência do Direito Tributário, a afirmativa do nosso Direito Tributário Positivo de que a natureza jurídica de um tributo é revelada pela sua hipótese de incidência²²; assertiva que, embora correta, é insuficiente, se não aliada a hipótese de incidência à base de cálculo, constituindo um binômio identificador do tributo. Já tivemos, aliás, no passado, a oportunidade de registrar que “*A tese desse binômio para determinar a tipologia tributária já houvera sido esboçada laconicamente em AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO e em ALIOMAR BALEIRO...*”, mas “...sem a mesma convicção encontrada em PAULO DE BARROS...”²³.

Com efeito, é com PAULO DE BARROS CARVALHO que tivemos a construção acabada desse binômio como apto a “...revelar a natureza própria do tributo...”, individualizando-o em face dos demais, e como apto a permitir-nos “...ingressar na intimidade estrutural da figura tributária...”²⁴. E isso, basicamente, por superiores razões constitucionais, como também já sublinhamos alhures: “...atribuindo ao binômio hipótese de incidência e base de cálculo a virtude de identificar o tributo, com supedâneo constitucional no artigo 145, parágrafo 2º, que elege a base de cálculo como um critério diferenciador entre impostos e taxas, e no artigo 154, I, que, ao atribuir à União a competência tributária residual, exige que os novos impostos satisfaçam a esse binômio, quanto à novidade, além de atender a outros requisitos (lei complementar e não cumulatividade)”²⁵.

Por essa razão, ao considerar esses fatores, MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ, o catedrático da Universidade Autônoma de Madri, fala de “...una precisa relación lógica...”²⁶, por isso PAULO DE BARROS cogita de uma “...associação lógica e harmônica da hipótese de incidência e da base de cálculo”²⁷. A relação ideal entre esses componentes do binômio identificador do tributo é descrita pela doutrina como uma “perfeita sintonia”, uma “perfeita conexão”, um “perfeito ajuste” (PAULO DE BARROS CARVALHO²⁸); uma relação “vinculada directamente” (ERNEST BLUMENSTEIN e DINO JARACH²⁹); uma relação “estrechamente entroncada” (FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA³⁰); uma relação “estrechamente identificada” (FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA e JOSÉ JUAN FERREIRO

SM

²² Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25.10.66, artigo 4º: “*A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação...*”

²³ JOSE ROBERTO VIEIRA, **A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto**, Curitiba, Juruá, 1993, p. 67.

²⁴ Curso de Direito Tributário, 13.ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 27-29.

²⁵ A Regra-Matriz..., p. 67.

²⁶ *Ordenamiento Tributario Español*, 4.ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 449.

²⁷ Curso..., op. cit., p. 29.

²⁸ Curso..., op. cit., p. 328; Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência, 2.ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 178.

²⁹ Apud JUAN RAMALLO MASSANET, *Hecho Imponible y Cuantificación de la Prestación Tributaria, Revista de Direito Tributário*, São Paulo, RT, nº 11/12, jan./jun. 1980, p. 31.

³⁰ Apud idem, ibidem, loc cit.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

LAPATZA³¹); uma relação de "congruencia" (JUAN RAMALLO MASSANET³²); "...uma relação de pertinência ou inerência..." (AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO³³).

Não se duvida, hoje, de que a base de cálculo, na sua função comparativa, deve confirmar o comportamento descrito no núcleo da hipótese de incidência do tributo, ou mesmo infirmá-lo, estabelecendo então o comportamento adequado à hipótese. Daí a força da observação de GERALDO ATALIBA: "*Onde estiver a base imponível, ai estará a materialidade da hipótese de incidência...*"³⁴. E não se duvida de que, sendo uma a hipótese, uma será a melhor alternativa de base de cálculo: exatamente aquela que se mostrar plenamente de acordo com a hipótese. Daí o vigor da observação de ALFREDO AUGUSTO BECKER, para quem o tributo "...só poderá ter uma única base de cálculo"³⁵.

Conquanto mereça algum desconto a radicalidade da visão de BECKER, se é verdade que existe alguma chance de manobra para o legislador tributário, no que diz respeito à determinação da base de cálculo, é certo que, como leciona PAULO DE BARROS, "*O espaço de liberdade do legislador...*" esbarra no "...obstáculo lógico de não extrapassar as fronteiras do fato, indo à caça de propriedades estranhas à sua contextura" (grifamos)³⁶.

Exemplo clássico de legislador que desrespeitou os contornos do fato descrito na hipótese, ao fixar a base de cálculo, é o trazido à colação pelo mesmo BECKER, quanto ao antigo IPTU do município de Porto Alegre-RS; imposto cuja hipótese de incidência – ser proprietário de imóvel urbano – rima perfeitamente com a sua base de cálculo tradicional – valor venal do imóvel urbano; deixando de fazê-lo, contudo, no caso concreto, quando, tendo sido alugado o imóvel, elegeu-se como base de cálculo o valor do aluguel percebido; situação em que a base de cálculo passou a corresponder a outra hipótese diversa da do IPTU: "*auférir rendimento de aluguel do imóvel urbano*"³⁷.

Ora, um exemplo mais atual desse descompasso seria exatamente o PIS, se tomada a semestralidade como base de cálculo: admitindo-se que a sua hipótese de incidência correspondesse ao "*obter faturamento no mês de julho*"³⁸, por exemplo, sua base de cálculo, aceita essa tese, seria, surpreendentemente: "*o faturamento obtido no mês de janeiro*"! Ou, numa analogia com o Imposto de Renda³⁹, diante da hipótese de incidência "*adquirir renda em 2002*", a base de cálculo seria, espantosamente, "*a renda adquirida em 1996*"!

slm

³¹ *Apud idem, ibidem, loc cit.*

³² *Hecho Imponible..., op. cit., p. 31.*

³³ *Fato Gerador da Obrigaçāo Tributária*, 6.ed., atualiz. FLÁVIO BAUER NOVELLI, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 79.

³⁴ *IPI – Hipótese de Incidência, Estudos e Pareceres de Direito Tributário*, v. 1, São Paulo, RT, 1978, p. 6.

³⁵ *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2.ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 339.

³⁶ *Curso..., op. cit., p. 326.*

³⁷ *Apud MARÇAL JUSTEN FILHO, Sujeição Passiva Tributária*, Belém, CEJUP, 1986, p. 250-251.

³⁸ É a proposta consistente de OCTAVIO CAMPOS FISCHER – *A Contribuição..., op. cit., p. 141-142.*

³⁹ Similar é a analogia imaginada por FISCHER, *ibidem*, p. 173.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

Tal disparate constituiria irrecusável "...desnexo entre o recorte da hipótese tributária e o da base de cálculo..." (PAULO DE BARROS CARVALHO⁴⁰), resultando inevitavelmente na inadmissibilidade da incidência original (RUBENS GOMES DE SOUSA⁴¹), na "...desfiguração da incidência..." (grifamos) (PAULO DE BARROS CARVALHO⁴²), na "...distorção do fato gerador..." (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO⁴³), na desnaturação do tributo (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO e MARÇAL JUSTEN FILHO⁴⁴), na descaracterização e no desvirtuamento do tributo (ALFREDO AUGUSTO BECKER, ROQUE ANTONIO CARRAZZA e OCTAVIO CAMPOS FISCHER⁴⁵); obstando definitivamente sua exigibilidade, como registra convicta e procedentemente ROQUE ANTONIO CARRAZZA: "...podemos tranquilamente reafirmar que, havendo um descompasso entre a hipótese de incidência e a base de cálculo, o tributo não foi corretamente criado e, de conseqüente, não pode ser exigido"⁴⁶.

E qual seria a razão dessa inexigibilidade? Invocamos, atrás, com JORGE FREIRE, motivos de técnica impositiva, mas logo acrescentamos ser mais adequado falar de razões constitucionais (item anterior). De fato, se a imposição da base de cálculo, ao lado e sintonizada com a hipótese de incidência, para estabelecer a identidade de um tributo, deriva de comandos constitucionais (artigos 145, § 2º; e 154, I), a ausência da base de cálculo devida, por si só, representa nítida **inconstitucionalidade**. Mais ainda: entre nós, o núcleo da hipótese de incidência da maioria dos tributos (seu critério material) encontra-se já delineado no próprio texto constitucional – quanto ao PIS, a materialidade "*obter faturamento*" encontra supedâneo nos artigos 195, I, b, e 239 – donde mais do que evidente que a eleição de uma base de cálculo indevida, opondo-se ao núcleo do suposto constitucional, **consustancia** outra irrecusável **inconstitucionalidade**.

Eis que, por duplo motivo, a adoção da tese da semestralidade da Contribuição ao PIS como base de cálculo compromete a Regra-Matriz de Incidência dessa contribuição, redundando em absoluta e inaceitável **insubmissão do legislador infraconstitucional às determinações do Texto Supremo**; pecado que OCTAVIO CAMPOS FISCHER adjetiva como

JOU

⁴⁰ Direito Tributário: Fundamentos..., *op. cit.*, p. 180.

⁴¹ Veja-se o comentário de RUBENS: "Se um tributo, formalmente instituído como incidindo sobre determinado pressuposto de fato ou de direito, é calculado com base em uma circunstância estranha a esse pressuposto, é evidente que não se poderá admitir que a natureza jurídica desse tributo seja a que normalmente corresponderia à definição de sua incidência" – Apud ROQUE ANTONIO CARRAZZA, ICMS – Inconstitucionalidade da Inclusão de seu Valor, em sua Própria Base de Cálculo (*sic*), Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 23, ago. 1997, p. 98.

⁴² Direito Tributário: Fundamentos..., *op. cit.*, p. 179.

⁴³ Fato Gerador..., *op. cit.*, p. 79.

⁴⁴ AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *ibidem*, *loc. cit.*; MARÇAL JUSTEN FILHO, Sujeição..., *op. cit.*, p. 248 e 250.

⁴⁵ ALFREDO AUGUSTO BECKER, Teoria..., *op. cit.*, p. 339; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, ICMS..., *op. cit.*, p. 98; OCTAVIO CAMPOS FISCHER, A Contribuição..., *op. cit.*, p. 172.

⁴⁶ ICMS..., *op. cit.*, p. 98.



Processo nº : 10480.005951/98-88

Recurso nº : 111.273

Acórdão nº : 201-75.962

“...incontornável...”⁴⁷, e que ROQUE ANTONIO CARRAZZA, com maior rigor, classifica como “...irremissível...”⁴⁸.

5. A Tese da Semestralidade como Base de Cálculo afronta Princípios Constitucionais Tributários

Recorde-se que a base de cálculo também desempenha a chamada função mensuradora, “...que se cumpre medindo as proporções reais do fato típico, dimensionando-o economicamente...”⁴⁹; e ao fazê-lo, permite, no ensinamento de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI e de AIRES FERNANDINO BARRETO, que seja determinada a capacidade contributiva⁵⁰.

A noção do dever de pagar os tributos conforme a capacidade contributiva de cada um está vinculada a um dever de solidariedade social, na lição clássica de FRANCESCO MOSCHETTI, o professor italiano da Universidade de Pádua, que propõe um critério formal para a verificação concreta da positividade desse vínculo num determinado ordenamento: a existência de uma declaração constitucional nesse sentido⁵¹. No Brasil, o dever genérico de solidariedade social, consagrado como um dos objetivos fundamentais de nossa república (artigo 3º, I), encontra vinculação constitucional expressa com as contribuições sociais para a seguridade social, entre as quais está a Contribuição para o PIS. É o que se verifica quando o legislador constitucional elege como objetivos da seguridade social a “universalidade da cobertura e do atendimento” e a “equidade na forma de participação no custeio” (artigo 194, parágrafo único, I e V); e quando declara que “A seguridade social será financiada por toda a sociedade...” (artigo 195). Nesse sentido, a reflexão competente de CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA⁵².

Hoje expressamente enunciado no diploma constitucional vigente (artigo 145, § 1º), o Princípio da Capacidade Contributiva poderia continuar implícito, tal como o estava no sistema constitucional imediatamente anterior, sem prejuízo da sua efetividade, uma vez que inegável corolário do Princípio da Igualdade em matéria tributária. Não existem aqui discepções doutrinárias: ele sempre esteve “...implícito nas dobras do primado da igualdade” (PAULO DE BARROS CARVALHO⁵³), ainda hoje “...hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade” (ROQUE ANTONIO CARRAZZA⁵⁴), constitui “...uma derivação do princípio

SMU

⁴⁷ A Contribuição..., op. cit., p. 172.

⁴⁸ ICMS..., op. cit., p. 98.

⁴⁹ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, A Regra-Matriz..., op. cit., p. 67.

⁵⁰ MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI, Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 255-256; AIRES FERNANDINO BARRETO, Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais, São Paulo, RT, 1986, p. 83-84.

⁵¹ Il Principio della Capacità Contributiva, Padova, CEDAM, 1973, p. 73-79.

⁵² Ela é Tributária e Função Administrativa, São Paulo, Dialética, 2001, p. 168-172.

⁵³ Curso..., op. cit., p. 332.

⁵⁴ Curso de Direito Constitucional Tributário, 16.ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 74.



Processo nº : 10480.005951/98-88

Recurso nº : 111.273

Acórdão nº : 201-75.962

maior da igualdade" (REGINA HELENA COSTA⁵⁵), "...representa um desdobramento do princípio da igualdade" (JOSÉ MAURÍCIO CONTI⁵⁶). Mesmo a forte corrente doutrinária que defende a existência de outros princípios a concorrer com o da capacidade contributiva na realização da igualdade tributária, reconhece-lhe não só a condição de um subprincípio deste (REGINA HELENA COSTA⁵⁷), mas sobretudo a condição de "...subprincípio principal que especifica, em uma ampla gama de situações, o princípio da igualdade tributária..." (MARCIANO SEABRA DE GODOI⁵⁸).

Estabelecida essa íntima relação entre capacidade contributiva e igualdade, convém sublinhar a relevância do tema, para o quê fazemos recurso a dois grandes juristas nacionais contemporâneos: a CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – "...a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais"⁵⁹ - e a JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, que, inspirado em FRANCISCO CAMPOS, define a isonomia como "...o protoprincípio...", "...o outro nome da Justiça", a própria síntese da Constituição Brasileira⁶⁰! Não se admire, pois, que MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ se preocupe com o que ele chama a "...transcendencia dogmática..." da capacidade contributiva, concluindo que ela "...es la verdadera estrella polar del tributarista"⁶¹.

Trazendo agora essas noções para a questão sob exame, no que diz respeito à Contribuição para o PIS, e tomando-se a semestralidade como base de cálculo, "o faturamento obtido no mês de janeiro" obviamente consiste em base de cálculo que não mede as proporções do fato descrito na hipótese "obter faturamento no mês de julho", constituindo, a toda evidência, o que PAULO DE BARROS CARVALHO denuncia como uma base de cálculo "...viciada ou defeituosa..."⁶², um defeito, identifica MARÇAL JUSTEN FILHO, de caráter sintático⁶³, que desnatura a hipótese de incidência, e uma vez desnaturada a hipótese, "...estará consequentemente frustrada a aplicação da capacidade contributiva..."⁶⁴. De acordo PAULO DE BARROS, para quem tal "...desvio representa incisivo desrespeito ao princípio da capacidade contributiva" (grifamos)⁶⁵, e, por decorrência, idêntica ofensa ao princípio da igualdade, de que aquele representa o subprincípio primordial.

Se registramos antes que a liberdade do legislador para escolher a base de cálculo não pode exceder os contornos do fato hipotético, completemos agora essa reflexão, tomando

solu

⁵⁵ Princípio da Capacidade Contributiva, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 35-40 e 101.

⁵⁶ Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade, São Paulo, Dialética, 1996, p. 29-33 e 97.

⁵⁷ Princípio..., op. cit., p. 38-40 e 101.

⁵⁸ Justiça, Igualdade e Direito Tributário, São Paulo, Dialética, 1999, p. 211-215, 256-259, e especificamente p. 215 e 257.

⁵⁹ O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo, RT, 1978, p. 58.

⁶⁰ A Ionomia Tributária na Constituição Federal de 1988, Revista de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, nº 64, [1995?], p. 11 e 14.

⁶¹ Ordenamiento..., op. cit., p. 81.

⁶² Direito Tributário: Fundamentos..., op. cit., p. 180.

⁶³ Sujeição..., op. cit., p. 247.

⁶⁴ Ibidem, p. 253.

⁶⁵ Direito Tributário: Fundamentos..., op. cit., p. 181.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

emprestado o verbo preciso de MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ, que adverte: "...*el legislador no es omnipotente para definir la base imponible...* ", não somente no sentido de que "...*la base debe referirse necesariamente a la actividad, situación o estado tomado en cuenta por el legislador en el momento de la redacción del hecho imponible...* ", como também no sentido de que "...*tal base no puede ser contraria o ajena al principio de capacidad económica...*" (grifamos)⁶⁶

Indubitável, portanto, que a adoção da tese da semestralidade do PIS como base de cálculo, além de comprometer constitucionalmente a Regra-Matriz de Incidência do PIS, dá margem a imperdoáveis atentados contra algumas das mais categorizadas normas constitucionais tributárias.

6. Consideração Adicional acerca dos Fundamentos Doutrinários

As reflexões desenvolvidas estão amparadas em diversos subsídios científicos, mas certamente entre os mais relevantes se encontram aqueles devidos a PAULO DE BARROS CARVALHO, ilustre titular de Direito Tributário da PUC/SP e da USP.

Por isso nossa surpresa quando o Ministro JOSÉ DELGADO, relator de decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 05.06.2001, faz menção a parecer desse eminente jurista, em que ele teria assumido posicionamento diverso sobre essa questão daquele ao qual os argumentos jurídicos considerados, especialmente os desse mesmo cientista, nos conduziram: "*O enunciado inserto no artigo 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, ao dispor que a base imponível terá a grandeza aritmética da receita operacional líquida do sexto mês anterior ao do fato jurídico tributário, utiliza-se de ficção jurídica que não compromete o perfil estrutural da regra matriz de incidência nem afronta os princípios constitucionais plasmados na Carta Magna*"⁶⁷.

Tão surpresos quanto consternados, mantemos, contudo, nosso entendimento, de vez que convictos, como esperamos ter deixado claro e patente ao longo dos raciocínios até aqui empreendidos.

E com todo o respeito devido pelo orientado ao orientador⁶⁸, consideremos às rápidas a opinião do mestre nesse parecer não publicado que nos causa estranheza.

Primeiro, a eleição de uma base de cálculo do sexto mês anterior ao do fato jurídico tributário a que corresponde não constitui em absoluto uma ficção jurídica possível. Uma ficção jurídica consiste na "...admissão pela lei de ser verdadeira coisa que de fato, ou provavelmente, não o é. Cuida-se, pois, de uma verdade artificial, contrária à verdade

Stall

⁶⁶ Ordenamiento..., op. cit., p. 449.

⁶⁷ Recurso Especial nº 306.965-SC..., op. cit., p. 15.

⁶⁸ O Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO, para nosso privilégio e orgulho, foi nosso orientador tanto na dissertação de mestrado quanto na tese de doutorado, ambas defendidas e aprovadas na PUC/SP, respectivamente em 1992 e em 1999.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

real" (ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA⁶⁹). Trata-se aqui do conceito proposto por JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA, o teórico espanhol das ficções no Direito Tributário: "*La ficción jurídica... Lo que hace es crear una verdad jurídica distinta de la real*"⁷⁰. Se é verdade que o Direito "...tem o condão de construir suas próprias realidades...", como já defendemos no passado⁷¹, também é verdade que há limites para tal criatividade jurídica: só se pode fazê-lo em plena consonância com os altos ditames constitucionais, esses, limites hierárquicos superiores intransponíveis. Decididamente, não foi assim que agiu o legislador da Lei Complementar nº 7/70 em relação ao PIS.

Segundo, a eleição de uma base de cálculo que não se compagina com o fato descrito na hipótese de incidência, cujo núcleo tem amparo constitucional, compromete o perfil estrutural da regra-matriz de incidência do PIS. Foi com a intenção de demonstrar a veracidade dessa assertiva que redigimos o longo item 4, atrás, da presente declaração de voto. E acreditamos tê-lo demonstrado.

Terceiro e derradeiro, a eleição de uma base de cálculo que não mede as dimensões econômicas do fato descrito na hipótese de incidência afronta os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da igualdade. Foi também para justificar tal afirmação que oferecemos as considerações do extenso item 5, retro, desta declaração de voto. E pensamos tê-lo justificado.

Terminemos por lembrar que **as decisões judiciais têm salientado a intenção política do legislador do PIS de beneficiar o seu sujeito passivo**. Assim a relatada pelo Ministro JOSÉ DELGADO: "...3 – *A opção do legislador de fixar a base de cálculo do PIS como sendo o valor do faturamento ocorrido no sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador é uma opção política que visa, com absoluta clareza, beneficiar o contribuinte, especialmente, em regime inflacionário*"⁷²; bem como a de relato da Ministra ELIANE CALMON: "...2. Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo... o faturamento, de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador – art. 6º, parágrafo único da LC 07/70"⁷³.

Que seja: admitamos tratar-se de **opção política do legislador de beneficiar o contribuinte do PIS, não porém quanto à base de cálculo**, em face das incoerências e inconstitucionalidades largamente demonstradas, **mas, isso sim, no que tange ao prazo de**

⁶⁹ Apud PAULO DE BARROS CARVALHO, Hipótese de Incidência e Base de Cálculo do ICM, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **O Fato Gerador do ICM**, São Paulo, Resenha Tributária e CEEU, 1978, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 3), p. 336. Registre-se que nos afastamos, aqui, daquelas que julgamos serem hoje as melhores explicações quanto à ficção jurídica – as de DIEGO MARÍN-BARNUEVO FABO, *Presunciones y Técnicas Presuntivas en Derecho Tributario*, Madrid, McGraw-Hill, 1996; e as de LEONARDO SPERB DE PAOLA, *Presunções e Ficções no Direito Tributário*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997 – justamente para ficarmos com a idéia de ficção citada e, presume-se, adotada por PAULO DE BARROS CARVALHO.

⁷⁰ *Las Ficciones en el Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1970, p. 15-16 e 32.

⁷¹ A Regra-Matriz..., op. cit., p. 80.

⁷² Recurso Especial nº 306.965-SC..., op. cit., p. 1.

⁷³ Recurso Especial nº 144.708 – Apud JORGE FREIRE, Voto..., op. cit., p. 5.



Processo nº : 10480.005951/98-88
Recurso nº : 111.273
Acórdão nº : 201-75.962

recolhimento. O entendimento oposto, tantos e tão assustadores são os pecados jurídicos que ele implica, significa, no correto diagnóstico de OCTAVIO CAMPOS FISCHER, "...um perigoso passo rumo à destruição do edifício jurídico-tributário brasileiro"⁷⁴.

Conclusão

Essas as razões pelas quais, a partir de hoje, abandonamos a inteligência da semestralidade da Contribuição para o PIS como base de cálculo, passando decididamente a entendê-la como prazo de recolhimento.

É o nosso voto.

Sala das Sessões, em 19 de março de 2002.

JOSE ROBERTO VIEIRA

for

⁷⁴ A Contribuição..., *op. cit.*, p. 173.