



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 20 / 05 / 2003
Rubrica *[Assinatura]*

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

Recorrente : INTERMED ALBATROZ FARMACÊUTICA LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Centro de Documentação

RECURSO ESPECIAL
Nº RP/RD 201-118076

PIS – SEMESTRALIDADE - BASE DE CÁLCULO – 1 – A base de cálculo do PIS, até o início da incidência da MP nº 1.212/95, em 01/03/1996, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária (Primeira Seção STJ - REsp nº 144.708 - RS - e CSRF), sem correção monetária.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: INTERMED ALBATROZ FARMACÊUTICA LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso** nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro José Roberto Vieira, que apresentou declaração de voto quanto à semestralidade.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002.

Josefa Maria Coelho Marques

Josefa Maria Coelho Marques

Presidente

Jorge Freire

Jorge Freire

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Mário de Abreu Pinto, Gilberto Cassuli, Antônio Carlos Atulim (Suplente), Adriene Maria de Miranda (Suplente) e Rogério Gustavo Dreyer.

Eaal/ovrs



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

Recorrente : INTERMED ALBATROZ FARMACÊUTICA LTDA.

RELATÓRIO

Informa o Relatório Fiscal de fls. 22/30 que a recorrente obteve sentença judicial no Processo nº 95.00.22053-0, tramitando na 13ª Vara da justiça federal em Belo Horizonte - MG, seção judiciária de Minas Gerais, onde teve sentença a seu favor na qual foi declarado seu direito de compensar-se com valores da Contribuição ao PIS, pagos indevidamente, em função da declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449. Em 14/12/99 foi publicado Acórdão (fls. 242/247) do TRF da 1ª Região, reformando parcialmente a sentença no concernente aos índices de atualização monetária, tendo transitado em julgado em 01/03/2000, como informado à fl. 445.

Com base na decisão judicial, a empresa apurou os créditos e efetuou as compensações com os valores devidos, a título de PIS, no período de fevereiro de 1997 a maio de 1999, conforme DCTF anexadas (fl. 61/105 e 258/262). Contudo, em seus cálculos, a recorrente considerou como base de cálculo da indigitada contribuição o faturamento referente ao sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem atualização monetária. O Fisco discordou de tal metodologia, e, considerando que o parágrafo único do art. 6º da LC 7/70 refere-se ao prazo de recolhimento e não à base de cálculo, refez os cálculos, conforme demonstra às fls. 31/34, encontrando saldo em favor da Fazenda Nacional, o qual foi lançado e formalizado nos presentes autos.

Instado pelo despacho da DRJ em Juiz de Fora/MG, de fls. 397/398, o Auditor retificou o lançamento somente em relação ao mês de maio/93, conforme Relatório de Diligência (fls. 445/448).

Tendo a decisão *a quo* mantido parcialmente o lançamento, somente exonerando os valores referentes aos fatos geradores ocorridos antes de 10/10/1995, que foram pagos na sistemática das leis vigentes à época (DL nºs 2.445 e 2.449), insurgiu-se contra ela o sujeito passivo, interpondo o recurso de fls. 499/526, onde, em síntese, alega que, preliminarmente, o lançamento seria nulo, eis que sem apresentação dos fundamentos legais embasadores da ação fiscal. No mérito, entende decaído o lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos após cinco anos do pagamento antecipado; sustenta a possibilidade da compensação efetuada; e entende que a base de cálculo do PIS refere-se ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, trazendo escólio jurisprudencial nesse sentido. E, alfim, irresigna-se quanto à multa de ofício aplicada, que teria natureza confiscatória, e, portanto, seria inconstitucional, e afirma ser ilegal a aplicação da Taxa SELIC como juros moratórios.

É o relatório.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JORGE FREIRE

Quanto à preliminar processual apontada, há de ser de pronto rechaçada. A fiscalização ao verificar a forma de apuração dos valores a serem compensados, reconhecidos por sentença judicial, nada mais fez do que aplicar a própria sentença. Esta reconheceu o direito à compensação dos créditos, mas ressaltou que a quantificação dos valores deveria ser aferido pela autoridade administrativa competente para a homologação do pagamento. E, com a peça fiscal de fls. 22 a 30, o Fisco bem motivou a razão que o levou a recalculer os valores e cobrar a diferença resultante. Nesse diapasão, não identifico o óbice a valia formal do lançamento, eis que, também, arrolado o fundamento legal (fl. 05).

Já no concernente à preliminar de mérito, entendo prejudicada sua análise. Tendo a decisão recorrida excluído do lançamento o valor referente ao pagamento efetuado corretamente sob a égide de vigência dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, e considerando como termo final a data da publicação da Resolução do Senado, em 10/10/95, que lhes retirou a eficácia, o restante do período sob exação é inferior a cinco anos entre o pagamento e a ciência do lançamento, a própria tese da recorrente. Deixo, assim, por prejudicada sua análise, de manifestar-me acerca da decadência.

No que pertine à natureza confiscatória da multa de ofício, este não é o *forum* apropriado, pois análise de matéria de índole constitucional a ensejar o afastamento de vigência de lei ou ato normativo é restrito ao Poder Judiciário, através de seus órgãos majoritários

A ilegalidade da Taxa SELIC também há de ser espancada. Até porque foi esta taxa que a decisão judicial lhe deferiu como forma de manter atualizado o valor dos valores a compensar, na qual, como explicitado no Acórdão do TFR da 1ª Região transitado em julgado, estão embutidos não somente juros, mas também percentual correspondente à perda do valor de compra da moeda¹, aplicável a partir de 01/01/1996. E, com base no exarado na Norma de Execução Conjunta COSIT/COSAR 008/97, é esta a forma como a Administração Tributária procede nos valores a serem repetíveis ou compensáveis.

À Administração, em sua faceta controladora da legalidade dos atos por si emanados, os confronta unicamente com a lei, caso contrário estaria imiscuindo-se em área de competência do Poder Legislativo, o que é até mesmo despropositado com o sistema de independência dos poderes. Portanto, ao Fisco, no exercício de suas competências institucionais, é vedado perquerir se determinada lei padece de algum vício formal ou mesmo material. Sua obrigação é aplicar a lei vigente. E a Taxa SELIC, que tem natureza remuneratória para os créditos tributários pagos fora dos prazos legais de vencimento mas com reiteradas manifestações do STJ que, também compõe percentual para recompor a inflação, foi determinada pelo artigo 13 da Lei nº 9.065/95.

Por derradeiro, a outra questão restante a ser abordada é qual a base de cálculo que deve ser usada para o cálculo do PIS; se aquela correspondente ao sexto mês anterior ao da

¹ Taxa de inflação, nos termo do Acórdão (fl. 246).

² Ap. Cível 97.04.32566-5/SC, 1ª Turma, rel. Desemb. Dr. Fábio Bittecourt da Rosa.

³ Acórdão em Embargos de Divergência em Recurso Especial 54.380-9/PE, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 30/05/95, DJU 1 07/08/95, p. 23.004.

STJ

J



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

ocorrência do fato gerador, entendimento esposado pela recorrente, ou se ela é o faturamento do próprio mês do fato gerador, sendo, de seis meses o prazo de recolhimento do tributo, raciocínio aplicado e defendido na motivação do lançamento objurgado.

Em variadas oportunidades manifestei-me no sentido da forma do cálculo que sustenta a decisão recorrida⁴, entendendo, em *ultima ratio*, ser impossível dissociar-se base de cálculo e fato gerador. Entretanto, sempre averbei a precária redação dada à norma legal, ora sob discussão. E, em verdade, sopesava duas situações: uma de técnica impositiva, e outra no sentido da estrita legalidade que deve nortear a interpretação da lei impositiva.

E, neste último sentido, veio tornar-se consentânea a jurisprudência da CSRF⁵ e também do STJ. Assim, calcado nas decisões destas Cortes, dobrei-me à argumentação de que deve prevalecer a estrita legalidade, no sentido de resguardar a segurança jurídica do contribuinte, mesmo que para isso tenha-se como afrontada a melhor técnica tributária, a qual entende despropositada a disjunção de fato gerador e base de cálculo. É a aplicação do princípio da proporcionalidade, prevalecendo o direito que mais resguarde o ordenamento jurídico como um todo.

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua Primeira Seção,⁶ tornou pacífico o entendimento postulado pela recorrente, consoante depreende-se da ementa a seguir transcrita:

“TRIBUTÁRIO – PIS – SEMESTRALIDADE – BASE DE CÁLCULO – CORREÇÃO MONETÁRIA.

O PIS semestral, estabelecido na LC 07/70, diferentemente do PIS REPIQUE – art. 3º, letra “a” da mesma lei – tem como fato gerador o faturamento mensal.

Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo, entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo, o faturamento, de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador – art. 6º, parágrafo único da LC 07/70.

A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador.

Corrigir-se a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência.

Recurso Especial improvido.”

Com efeito, rendo-me ao ensinamento do Professor Paulo de Barros Carvalho, em Parecer não publicado, quando, referindo-se à sua conclusão de que a base de cálculo do PIS, até 28 de fevereiro de 1996, era o faturamento do sexto mês anterior ao do fato jurídico tributário, sem aplicação de qualquer índice de correção monetária, nos termos do artigo 6º, *caput*, e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70, assim averbou:

sta

⁴ Acórdãos nºs 210-72.229, votado por maioria em 11/11/1998, e 201-72.362, votado à unanimidade em 10/12/98.

⁵ O Acórdão nº CSRF/02-0.871⁵ 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 nº 203-0.3000 (Processo nº 11080.001223/96-38), votado em Sessões de junho do corrente ano, teve votação unânime nesse sentido.

⁶ Resp nº 144.708, rel. Ministra Eliane Calmon, j. 29/05/2001.

J



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

“Trata-se de ficção jurídica construída pelo legislador complementar, no exercício de sua competência impositiva, mas que não afronta os princípios constitucionais que tolhem a iniciativa legislativa, pois o factum colhido pelos enunciados da base de cálculo coincide com a porção recolhida pelas proposições da hipótese tributária, de sorte que a base impositiva confirma o suposto normativo, mantendo a integridade lógico-semântica da regra-matriz de incidência.”

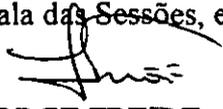
Portanto, até a edição da MP nº 1.212/95, é de ser dado provimento ao recurso para o fim de que o auto de infração seja retificado, considerando como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, tendo como prazo de recolhimento aquele da lei (Leis nºs 7.691/88, 8.019/90, 8.218/91, 8.383/91, 8.850/94, 9.069/95 e a MP nº 812/94) do momento da ocorrência do fato gerador.

Tendo a IN SRF nº 006, de 19 de janeiro de 2000, no parágrafo único do art. 1º, com base no decidido julgamento do Recurso Extraordinário nº 232.896-3-PA, aduzido que “aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 1º de outubro de 1995 e 29 de fevereiro de 1996 aplica-se o disposto na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e nº 8, de 3 de dezembro de 1970”, o provimento do recurso alcança até o fato gerador ocorrido em fevereiro de 1996, quando passou a incidir a MP nº 1.212/95.

Forte em todo exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, PARA DECLARAR QUE A CONTRIBUINTE TEM DIREITO A COMPENSAR-SE DE EVENTUAIS CRÉDITOS DECORRENTE DE VALOR PAGO A MAIOR DE PIS, COM DÉBITOS VENCIDOS E VINCENDOS DO MESMO TRIBUTU OU DE OUTRA CONTRIBUIÇÃO DE NATUREZA SOCIAL. A BASE DE CÁLCULO DA INDIGITADA CONTRIBUIÇÃO DEVE SER CALCULADA COM ARRIMO NO FATURAMENTO DO SEXTO MÊS ANTERIOR AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, EXCLUINDO-SE OS FATOS GERADORES OCORRIDOS A PARTIR DE MARÇO DE 1996, SEM CORREÇÃO MONETÁRIA, À ALÍQUOTA DE 0,75 %. CONTUDO, A AVERIGUAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DOS CRÉDITOS E DÉBITOS É DA COMPETÊNCIA DA SRF, QUE FISCALIZARÁ AS CONTAS EFETUADAS PELA CONTRIBUINTE, ATENDENDO, NA FEITURA DOS CÁLCULOS, A FORMA ORA DECLARADA.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002.


JORGE FREIRE





Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

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*”.

Estará 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*”⁷.

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 ...*”. Extraíndo-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)*”⁸.

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*

⁷ Confira-se, por exemplo, AROLDÓ 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. 07.

⁸ Agravo de Instrumento nº 97.04.30592-3/RS, 1ª Turma, Rel. Juiz VLADIMIR FREITAS, unânime, DJ, seção 2, de 18.03.98 – Apud AROLDÓ GOMES DE MATTOS, A Semestralidade do PIS, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 34, jul. 1998, p. 16.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

CÁLCULO. SEMESTRALIDADE ... 3. A base de cálculo da contribuição em comento, eleita pela 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”⁹. 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”¹⁰. 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 ...”¹¹.

Também é nesse sentido que se orienta a jurisprudência administrativa.

Registre-se a 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 ...”¹². Registre-se, ainda, que essa mesma posição foi recentemente firmada na Câmara Superior de Recursos Fiscais, segundo depõe JORGE FREIRE: “O Acórdão 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 Sessão de junho do corrente ano, teve votação unânime nesse sentido”¹³. 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 ...”¹⁴.

⁹ 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 07.

¹⁰ 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. 01.

¹¹ 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, Segundo Conselho de Contribuintes, Primeira Câmara, julgamento em set. 2001, p. 05.

¹² 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 04, jan. 1996, p. 19-20.

¹³ Voto..., *op. cit.*, p. 04-05, nota nº 03.

¹⁴ Decisão no Recurso Voluntário nº 115.788, *op. cit.*, p. 01.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

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

É de 1995 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" ¹⁵; posicionamento esse confirmado em outra publicação, pouco posterior, ainda do mesmo ano ¹⁶. 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 ..." ¹⁷. 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 ..." ¹⁸; 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 ..." ¹⁹

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) ²⁰.

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

¹⁵ A Base de Cálculo da Contribuição ao PIS, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Dialética, nº 1, out. 1995, p. 12.

¹⁶ 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 03, dez. 1995, p. 10: "... aliquota de 0,75%... sobre o faturamento do sexto mês anterior... A sistemática de cálculo com base no faturamento do sexto mês anterior..."

¹⁷ Contribuição..., op. cit., p. 19-20.

¹⁸ A Semestralidade..., op. cit., p. 11 e 16.

¹⁹ 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. 07).

²⁰ 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 : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

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 Segundo Conselho de Contribuintes: "... *sempre averbei a precária redação dada a norma legal ora sob discussão*" (sic)²¹; na esteira, aliás, do reconhecimento expresso da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: "*Não há dúvida de que a norma sob exame está pessimamente redigida*"²².

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.

Dai 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 ALZINDO SARDINHA BRAZ: "... *Pela Lei Complementar 7/70 o vencimento do PIS ocorria 6 meses após ocorrido o fato gerador*" (sic)²³.

Tal entendimento se nos afigura **revestido de lógica e consistência**. Não "... *por razões de ordem contábil ...*", como débil e simplificadamente tenta explicar ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE²⁴, 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 anterior²⁵. 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*

²¹ Voto..., *op. cit.*, p. 04

²² Parecer PGFN/CAT nº 437/98, *apud* AROLDO GOMES DE MATTOS, A Semestralidade..., *op. cit.*, p. 11.

²³ 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.

²⁴ A Base de Cálculo..., *op. cit.*, p. 12.

²⁵ Voto..., *op. cit.*, p. 04.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

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”²⁶.

Também os tribunais administrativos já encamparam esse entendimento, inclusive esta mesma Câmara deste mesmo Segundo Conselho de Contribuintes, como se vê, a título exemplificativo, do Acórdão nº 201-72.229, votado, por maioria, em 11.11.98, e do Acórdão nº 201-72.362, votado, por unanimidade, em 10.12.98²⁷.

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 incidência²⁸; 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 BALEEIRO ...”, mas “... sem a mesma convicção encontrada em PAULO DE BARROS ...”²⁹.

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 ...”³⁰. 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)”³¹.

Por essa razão, ao considerar esses fatores, MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ, o catedrático da Universidade Autônoma de Madri, fala de “... una precisa relación lógica ...”³²; por isso PAULO DE BARROS cogita de uma “... associação lógica e harmônica da hipótese de incidência e da base de cálculo”³³. A relação ideal entre esses componentes do binômio identificador do tributo é descrita pela doutrina como uma “perfeita sintonia”, uma “perfeita

²⁶ Item 5.3.7 – Semestralidade: base de cálculo x prazo de pagamento, in *A Contribuição ao PIS*, São Paulo, Dialética, 1999, p. 173.

²⁷ JORGE FREIRE, Voto..., *op. cit.*, p. 04, nota nº 2.

²⁸ 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...”

²⁹ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto*, Curitiba, Juruá, 1993, p. 67.

³⁰ *Curso de Direito Tributário*, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 27-29.

³¹ *A Regra-Matriz...*, p. 67.

³² *Ordenamiento Tributario Español*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 449.

³³ *Curso...*, *op. cit.*, p. 29.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

conexão”, um “perfeito ajuste” (PAULO DE BARROS CARVALHO³⁴); uma relação “vinculada directamente” (ERNEST BLUMENSTEIN e DINO JARACH³⁵); uma relação “estrechamente entroncada” (FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA³⁶); uma relação “estrechamente identificada” (FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA e JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA³⁷); uma relação de “congruencia” (JUAN RAMALLO MASSANET³⁸); “... uma relação de pertinência ou inerência ...” (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO³⁹).

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 impositiva, aí estará a materialidade da hipótese de incidência ...”⁴⁰. 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”⁴¹.

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)⁴².

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: “auferir rendimento de aluguel do imóvel urbano”⁴³.

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

³⁴ Curso..., op. cit., p. 328; Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência, 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 178.

³⁵ 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.

³⁶ Apud idem, ibidem, loc cit.

³⁷ Apud idem, ibidem, loc cit.

³⁸ Hecho Imponible..., op. cit., p. 31.

³⁹ Fato Gerador da Obrigação Tributária, 6ª. ed., atualiz. FLÁVIO BAUER NOVELLI, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 79.

⁴⁰ IPI – Hipótese de Incidência, Estudos e Pareceres de Direito Tributário, v. 1, São Paulo, RT, 1978, p. 06.

⁴¹ Teoria Geral do Direito Tributário, 2ª.ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 339.

⁴² Curso..., op. cit., p. 326.

⁴³ Apud MARÇAL JUSTEN FILHO, Sujeição Passiva Tributária, Belém, CEJUP, 1986, p. 250-251.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

correspondesse ao “*obter faturamento no mês de julho*”⁴⁴, 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 Renda⁴⁵, diante da hipótese de incidência “*adquirir renda em 2002*”, a base de cálculo seria, espantosamente, “*a renda adquirida em 1996*”!

Tal disparate constituiria irrecusável “... *desnexo entre o recorte da hipótese tributária e o da base de cálculo* ...” (PAULO DE BARROS CARVALHO⁴⁶), resultando inevitavelmente na inadmissibilidade da incidência original (RUBENS GOMES DE SOUSA⁴⁷), na “... *desfiguração da incidência* ...” (grifamos) (PAULO DE BARROS CARVALHO⁴⁸), na “... *distorção do fato gerador* ...” (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO⁴⁹), na desnaturação do tributo (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO e MARÇAL JUSTEN FILHO⁵⁰), na descaracterização e no desvirtuamento do tributo (ALFREDO AUGUSTO BECKER, ROQUE ANTONIO CARRAZZA e OCTAVIO CAMPOS FISCHER⁵¹); obstando, definitivamente, sua exigibilidade, como registra convicta e precedentemente ROQUE ANTONIO CARRAZZA: “... *podemos tranqüilamente reafirmar que, havendo um descompasso entre a hipótese de incidência e a base de cálculo, o tributo não foi corretamente criado e, de conseguinte, não pode ser exigido*”⁵².

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, consubstancia 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,

⁴⁴ É a proposta consistente de OCTAVIO CAMPOS FISCHER – A Contribuição..., *op. cit.*, p. 141-142.

⁴⁵ Similar é a analogia imaginada por FISCHER, *ibidem*, p. 173.

⁴⁶ **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ **Direito Tributário: Fundamentos...**, p. 179.

⁴⁹ **Fato Gerador...**, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁰ AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *ibidem*, *loc. cit.*, MARÇAL JUSTEN FILHO, **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 248 e 250.

⁵¹ 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.

⁵² **ICMS...**, *op. cit.*, p. 98.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

redundando em absoluta e inaceitável insubmissão do legislador infraconstitucional às determinações do Texto Supremo; pecado que OCTAVIO CAMPOS FISCHER adjetiva como "... incontornável ..." ⁵³, e que ROQUE ANTONIO CARRAZZA, com maior rigor, classifica como "... irremissível ..." ⁵⁴.

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 ..." ⁵⁵; e ao fazê-lo, permite, no ensinamento de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI e de AIRES FERNANDINO BARRETO, que seja determinada a capacidade contributiva ⁵⁶.

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 sentido ⁵⁷. 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 PEREIRA ⁵⁸.

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 disceptações doutrinárias: ele sempre esteve "... implícito nas dobras do primado da igualdade" (PAULO DE BARROS CARVALHO ⁵⁹), ainda hoje, "... hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade" (ROQUE ANTONIO CARRAZZA ⁶⁰), constitui "... uma derivação do princípio maior da igualdade" (REGINA HELENA COSTA ⁶¹), "... representa um desdobramento do

⁵³ A Contribuição..., *op. cit.*, p. 172.

⁵⁴ ICMS..., *op. cit.*, p. 98.

⁵⁵ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *A Regra-Matriz...*, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ *Il Principio della Capacità Contributiva*, Padova, CEDAM, 1973, p. 73-79.

⁵⁸ *Elisão Tributária e Função Administrativa*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 168-172.

⁵⁹ *Curso...*, *op. cit.*, p. 332.

⁶⁰ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16ª.ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 74.

⁶¹ *Princípio da Capacidade Contributiva*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 35-40 e 101.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

principio da igualdade" (JOSÉ MAURÍCIO CONTI⁶²). 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 COSTA⁶³), mas, sobretudo, a condição de "... *subprincípio principal que especifica, em uma ampla gama de situações, o princípio da igualdade tributária ...*" (MARCIANO SEABRA DE GODOI⁶⁴).

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*"⁶⁵ - 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 Brasileira⁶⁶! Não se admire, pois, que MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ se preocupe com o que ele chama a "... *transcendência dogmática ...*" da capacidade contributiva, concluindo que ela "... *es la verdadera estrella polar del tributarista*"⁶⁷.

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 ...*"⁶⁸; um defeito, identifica MARÇAL JUSTEN FILHO, de caráter sintático⁶⁹, que desnatura a hipótese de incidência, e, uma vez desnaturada a hipótese, "... *estará conseqüentemente frustrada a aplicação da capacidade contributiva ...*"⁷⁰. De acordo PAULO DE BARROS, para quem tal "... *desvio representa incisivo desrespeito ao princípio da capacidade contributiva*" (grifamos)⁷¹, 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 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*"

⁶² **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**, São Paulo, Dialética, 1996, p. 29-33 e 97.

⁶³ **Princípio...**, *op. cit.*, p. 38-40 e 101.

⁶⁴ **Justiça, Igualdade e Direito Tributário**, São Paulo, Dialética, 1999, p. 211-215, 256-259, e especificamente p. 215 e 257.

⁶⁵ **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, São Paulo, RT, 1978, p. 58.

⁶⁶ **A Isonomia Tributária na Constituição Federal de 1988**, **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, nº 64, [1995?], p. 11 e 14.

⁶⁷ **Ordenamiento...**, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁸ **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁹ **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 247.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 253.

⁷¹ **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 181.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

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)⁷².

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 impositiva 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”⁷³.*

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 orientador⁷⁴, 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 real”* (ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA⁷⁵). Trata-se aqui do conceito proposto por

⁷² *Ordenamiento...*, op. cit., p. 449.

⁷³ Recurso Especial nº 306.965-SC..., op. cit., p. 15.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ *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,



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

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*"⁷⁶. Se é verdade que o Direito "... *tem o condão de construir suas próprias realidades ...*", como já defendemos no passado⁷⁷, 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*"⁷⁸; 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*"⁷⁹.

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 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*"⁸⁰.

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.

⁷⁶ *Las Ficciones en el Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1970, p. 15-16 e 32.

⁷⁷ *A Regra-Matriz...*, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁸ Recurso Especial nº 306.965-SC..., *op. cit.*, p. 01.

⁷⁹ Recurso Especial nº 144.708 – *Apud* JORGE FREIRE, Voto..., *op. cit.*, p. 05.

⁸⁰ *A Contribuição...*, *op. cit.*, p. 173.



Processo nº : 10640.000758/00-21
Recurso nº : 118.076
Acórdão nº : 201-76.128

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 como voto.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2002.


JOSÉ ROBERTO VIEIRA 