



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

2º	RECORRI DESTA DECISÃO
C	EM 13 de 10 de 2001
C	Procurador Rep. da Faz. Nacional

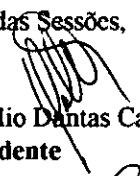
Sessão : 21 de junho de 2001
Recorrente : AUTO POSTO FARRAPO LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

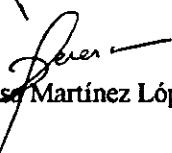
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PERÍCIA - DILIGÊNCIA – Desnecessária a perícia quando o processo contém todos os elementos para a formação da livre convicção do julgador, conforme o art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/72. **Preliminar rejeitada.** **PIS - INCIDÊNCIA NA VENDA DE MINERAIS DO PAÍS – CF/88, ART. 155, § 3º** – A partir da manifestação do STF na decisão plenária no REsp. n.º 227.832, julgado em 01/07/99, deve a mesma ser estendida ao julgados administrativos, conforme dispõe o Decreto n.º 2.346/97, em seu art. 1º, *caput*. **INCONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA EX TUNC** - A retirada do mundo jurídico de atos inquinados de ilegalidade e de inconstitucionalidade revigora as normas complementares, indevidamente alteradas, e a legislação não contaminada. **FALTA DE RECOLHIMENTO** - A falta do regular recolhimento da contribuição autoriza o lançamento de ofício para exigir o crédito tributário devido, com os seus consectários legais (Lei Complementar n.º 07/70). Ao analisar o disposto no artigo 6º, parágrafo único, da referida lei, 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 n.º 1.212/95, quando, a partir dos efeitos desta, para efeito da base de cálculo do PIS, passou a ser considerado o faturamento do mês anterior. **Recurso a que se dá provimento parcial.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **AUTO POSTO FARRAPO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes: **I) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de pedido de perícia; e II) no mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da Relatora.** Vencido o Conselheiro Otacilio Dantas Cartaxo. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2001


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antonio Augusto Borges Torres, Francisco Sérgio Nalini, Mauro Wasilewski e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Suplente).
lao/ovrs



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10855.001536/98-78

Acórdão : 203-07.459

Recurso : 111.535

Recorrente : AUTO POSTO FARRAPO LTDA.

RELATÓRIO

Contra a empresa, nos autos qualificada, foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, nos meses de março de 1993 a setembro de 1995.

Segundo consta dos autos, a empresa beneficiou-se de decisão judicial em Mandado de Segurança, que acatou como inconstitucional norma que determinava o recolhimento das Contribuições para o PIS, pelo regime de substituição tributária (distribuidoras), e, embora tendo levantado os respectivos depósitos judiciais, deixou de proceder ao recolhimento normal em obediência ao que determinou a sentença judicial, ou seja, após a venda de mercadorias.

Inconformada com a exigência imposta, a empresa apresentou a impugnação, alegando, em síntese:

1- a Portaria nº 238/84, bem com os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 seriam ilegais por afrontarem a Lei Complementar nº 07/70;

2 - a instituição de tributos, via Medida Provisória nº 1.212, de 28/11/95, não seria consentânea com o ordenamento jurídico atual, porquanto, na espécie tratada, é, a Contribuição para o PIS, o lapso de 90 dias previsto no art. 195, inciso 6º, da CF/88, jamais completar-se-ia (dito prazo só teria curso a partir da publicação da lei resultante da conversão da Medida Provisória em comento);

3 - "a responsabilidade pela antecipação de recolhimento do PIS - até o trânsito em julgado da sentença - era das empresas distribuidoras" (fl. 91); e que

4 - na condição de comerciante varejista de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, estaria amparada pela imunidade prevista no § 3º do art. 155 da Constituição Federal.

Diante disso, a requerente pugna pela "realização de perícias, vistorias, juntada de novos documentos e de tudo mais que se fizer útil ou necessário no curso da presente" (fl. 93) para, já que de direito, cancele-se o auto de infração.

A autoridade singular, através da Decisão nº 11.175/01/GD/00590/99 manifestou-se pela procedência da exigência fiscal. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

“PIS - Programa de Integração Social

Período: 03/93 a 07/95.

Perícia. Diligência. O recebimento de pedido de diligência ou perícia, para ser apreciado, requer a exposição dos motivos em que se fundamenta, bem como a formulação do quesitos referentes aos exames desejados.

Universalidade do financiamento à Seguridade Social. Dentro do princípio da universalidade do financiamento à Seguridade Social, as empresas que se dedicam à comercialização de derivados de petróleo e álcool carburante, diferentemente daquelas que industrializam referidos produtos, são contribuintes do PIS.

Prova. Deve ser apresentada na impugnação.

Exigência Fiscal Procedente.”

Inconformada, a contribuinte apresenta recurso, onde, além de reiterar os argumentos expostos quando da impugnação, aduz ter havido ofensa ao item IV do artigo 5º da CF/88 ao não permitir a realização de diligência.

Às fls. 218/220, liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.10.002182-4, permitindo a subida dos autos ao Segundo Conselho de Contribuintes sem o depósito administrativo de 30% do valor da exação

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

As questões levantadas pela recorrente, em síntese, podem ser assim agrupadas: da necessidade de diligência; da ilegalidade da Portaria nº 238/84 e dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449/88; da ilegalidade do uso das Medidas Provisórias em matéria tributária; e da aplicabilidade do § 3º do artigo 155 da CF. Por outro lado, de ofício, examino a questão da semestralidade da base de cálculo.

Dos fatos:

Em primeiro lugar, há de se observar que o lançamento tomou a Lei Complementar nº 07/70 como enquadramento legal. Dessa forma, descabida qualquer alegação de ilegalidade da Portaria nº 234/84, bem como dos famigerados Decretos-Leis nº 2.445 e 2.447, ambos de 1988, não objetos de discussão no processo administrativo. Também, sem propósito, a alegação do uso indevido das Medidas Provisórias, eis que a MP nº 1.212 é de data posterior ao período questionado nos autos.

No mais, consta dos autos que a recorrente, comerciante varejista de produtos derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, juntamente com outras empresas do mesmo ramo de negócio, impetrou Mandado de Segurança com a finalidade de obter a inconstitucionalidade da Portaria nº 238/84, e dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88.

Dispõe o inciso I da Portaria nº 238/84, considerada inconstitucional:

“I – A contribuição para o Programa de Integração Social – PIS -, prevista na letra “b” do artigo 3º da Lei Complementar n. 17, de 12 de dezembro de 1.973, devida pelos comerciantes varejistas, relativamente a derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, será calculado sobre o valor estabelecido para a venda a varejo e devida na saída dos referidos produtos do respectivo estabelecimento fornecedor cabendo a este escolher o montante apurado, como substituto do comerciante varejista.”

A recorrente, ao obter sucesso na via judicial, ficou dispensada de sofrer a retenção do PIS no momento da aquisição dos combustíveis derivados de petróleo e de álcool



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

etílico carburante, obrigando-se, porém, a efetuar o recolhimento do PIS nos moldes que solicitou, qual seja, após a venda dos produtos referidos naquele ato ministerial.

Consta dos autos que o Juiz de primeira instância, provocado por um Embargo de Declaração, permitiu o levantamento, pelos comerciantes (postos revendedores de combustíveis, inclusive a pessoa jurídica sujeito da ação fiscal), de todos os depósitos judiciais efetuados pelas empresas distribuidoras (Mandado de Segurança nº 9072217). Ocorre que, apesar de ter levantado os depósitos que foram efetuados em seu nome pela empresa distribuidora, a contribuinte sob fiscalização e as outras, não realizaram a apuração e recolhimento do PIS em obediência ao que determinou a sentença judicial, ou seja, após a venda de mercadorias.

Dessa forma, ficou a Fazenda Nacional sem receber o valor das contribuições, tanto da distribuidora quanto do comerciante varejista, embora nas respectivas ações judiciais não se tenha discutido a possibilidade de não contribuir, isto é, pleiteou-se tão-somente sobre o momento em que o recolhimento deveria ser efetuado.

De acordo com a mencionada decisão judicial, os recolhimentos devidos a título de PIS sobre o Faturamento deveriam ter sido efetuados sob a égide da Lei Complementar nº 07/70.

Assim, em não tendo sido efetuados os recolhimentos, quer sob a forma de substituição tributária (como prévia a Portaria nº 238/84), julgada inconstitucional, quer após o faturamento dos postos (como assim determinou o Poder Judiciário) e, finalmente, quer pela inexistência de depósitos judiciais (postos que foram levantados), devido foi a lavratura do auto de infração em tela.

Do pedido de perícia:

Em relação ao pedido de perícia solicitado pela contribuinte, entendo desnecessária, eis que o processo contém todos os elementos para a formação da livre convicção do julgador. Tal assertiva pautada está no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, a seguir transcrito:

“Art. 18 – A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferido as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, *in fine*. (Redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93).”



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

Por outro lado, como bem exposto pela autoridade singular, há de se observar que, além disso, o pedido formulado não atende ao disposto no art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235, com a nova redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748/93, assim redigido:

“Art. 16 A impugnação mencionará:

(...)

IV – as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, endereço e qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16 (Parágrafo acrescido pela art. 1º da Lei nº 8.748/93).”

Assim, por considerar desnecessário o esclarecimento de qualquer outro fato, mantenho a decisão de primeira instância no que pertine à solicitação de perícia ou diligência.

Quanto à cobrança pela Legislação anterior:

O Senado Federal, no uso de sua competência constitucional (art. 52, inciso X), editou a Resolução nº 49, de 1995, suspendendo a execução dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1998, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo jurisprudência da Suprema Corte, tais declarações de inconstitucionalidade encerram efeitos *ex tunc*, contendo caráter eminentemente declaratório. É o que se depreende da decisão exarada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 652-5-MA¹, a seguir transcrita :

“A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive atos pretéritos, com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquinar de total nulidade os atos emanados pelo Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua

¹ IOB/Jurisprudência, edição 09/93, caderno 1, p. 177, texto 1/6166



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

inaptidão para produzir efeitos jurídicos - a possibilidade de invocação de qualquer direito."

Nesta mesma linha de pensamento, a Administração Pública Federal também encampou a teoria do efeito *ex tunc* das resoluções senatoriais suspensivas da execução da lei, como se verifica no disposto no Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, assim ordenado:

"Art. 1º - As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal indireta, obedecidos aos procedimentos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma jurídica declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não for mais suscetível de revisão administrativa ou judicial."

Tal ineficácia *ex tunc* da legislação declarada inconstitucional não se equipara à revogação dessa legislação. A consequência jurídica é, ao revés, a inexistência da norma desde a sua origem, revertendo-se os efeitos produzidos ao longo do período em que foi eficaz, amparada pela premissa da constitucionalidade da ordem vigente. Assim, tem sido o posicionamento do Pretório Excelso, como por exemplo no RE nº 148.754-2/RJ, em que se entendeu procedente a cobrança da parcela do PIS proporcional ao Imposto de Renda (PIS/Dedução e PIS/Repique), prevista na Lei Complementar nº 07, mesmo tendo sido esta imposição revogada pelo artigo 10 do Decreto-Lei nº 2.445/88.

Declarada, portanto, inconstitucional uma Portaria ou uma norma, deve-se aplicar integralmente a lei anterior vigente, sem falar em repristinação, em princípio afastada em nosso ordenamento (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Daí decorre que o sistema de cálculo do PIS, consagrado na Lei Complementar nº 07/70, art. 3º, "b"; Lei Complementar nº 17/73, art. 1º, parágrafo único, encontram-se plenamente em vigor e a Administração está obrigada a exigir a contribuição, nos termos deste diploma.

Assim, a exigência do tributo, pela legislação anterior somente é pertinente, porque foi demonstrado nos autos que a contribuinte nada recolheu no período em tela.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

Aplicabilidade do § 3º do artigo 155 da CF:

Discutiu-se, nos presentes autos, a incidência do PIS sobre operações relativas a minerais, nos termos do artigo 155, § 3º, da Constituição Federal.

A questão já não mais comporta dissídio, uma vez pacificado pelo Plenário do STF no Recurso Extraordinário nº 227.832, julgado em 01/07/99, que não há imunidade em relação à COFINS e ao PIS quanto ao faturamento produto da venda de minerais do país, considerando legítima, em consequência, sua exigência. O referido Aresto, relatado pelo Ministro Carlos Mário Velloso, foi assim ementado:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. DISTRIBUIDORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO, MINERADORAS, DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA E EXECUTORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CF. , art. 155, § 3º, Lei Complementar nº 70, de 1991.

I - Legítima a incidência da COFINS sobre o faturamento da empresa. Inteligência do disposto no § 3º do art. 155, CF., em harmonia com a disposição do art. 195, caput, da mesma Carta. Precedente do STF: RE 144.971-DF, Velloso, 2ª Turma, RTJ 162/1075.

II - R. E. conhecido e provido."

Assim, considerando a interpretação dada ao mencionado dispositivo constitucional pela mais alta Corte do país, responsável pela palavra final quanto ao alcance das normas constitucionais, e diante do disposto no Decreto nº 2.346/97, deve tal interpretação ser estendida ao litígios administrativos. Em razão do exposto, legítima a exação fiscal sob esse argumento.

Faturamento do sexto mês anterior:

Muito embora não tenha a recorrente se insurgido com a questão da semestralidade, de ofício, analiso a questão. A matéria diz respeito ao próprio lançamento – ato privativo da autoridade pública. Assim, pode e deve o julgador examiná-la a qualquer tempo, ao dever de não ocasionar, **em contrariedade à lei**, prejuízos a direitos e interesses do contribuinte. **A razão disto está na circunstância de que o Segundo Conselho de Contribuintes funciona como órgão de revisão dos atos administrativos.** Se o ato administrativo não está conforme a



Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

lei, como não está, deve o julgador manifestar-se, independentemente de ter sido alegado pela parte. É, na verdade, o poder de tutela jurídica dos direitos e interesses públicos e privados. Esse poder de tutela do direito e o **poder-dever** de observar as normas legais e de atuá-las, efetivando direitos e obrigações - quer públicos quer privados, porque resulta de obrigação jurídica e que se efetiva mediante atos administrativos. Assim, na obrigação de aplicar o bom direito, é que passo a examinar a matéria.

Uma vez restaurada a sistemática da Lei Complementar nº 07/70, pela declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/98, pelo Supremo Tribunal Federal, e Resolução do Senado Federal nº 49 (DOU de 10/10/95), no cálculo do PIS das empresas mercantis, a base de cálculo é a do sexto mês anterior, sem a atualização monetária. A questão já foi por diversas vezes analisada pela CSRF, de forma que, reitero o que lá já foi definido. Nesse sentido, reproduzo o meu entendimento já expresso, quando relatora naquela instância, no Acórdão nº CSRF/02-0.871, em Sessão de 05 de junho de 2000.

Tenho comigo que a Lei Complementar nº 07/70 estabeleceu, com clareza (muito embora admita que o conceito de clareza é relativo, dependendo do intérprete), que a base de cálculo da Contribuição para o PIS é o valor do faturamento do sexto mês anterior, ao assim dispor, no seu artigo 6º, parágrafo único:

“A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente.”

Assim, a empresa, com respaldo no texto acima transcrito, não recolhe a contribuição de seis meses atrás. Recolhe, isto sim, a contribuição do próprio mês. A base de cálculo é que se reporta ao faturamento de seis meses atrás. Logo, o fato gerador ocorre no próprio mês em que o encargo deve ser recolhido. Dessa forma, claro está que uma empresa, ao iniciar suas atividades, nada deve ao PIS, durante os seis primeiros meses, ainda que já tenha formado a sua base de cálculo, como também é verdade que, quando da sua extinção, nada deverá recolher sobre o faturamento ocorrido nos últimos seis meses, pois não terá ocorrido o fato gerador. Como bem lembrado pelo respeitável Antônio da Silva Cabral (Processo Administrativo Fiscal – Ed. Saraiva – 1993 – pág. 487/488) “... os juristas, são unânimes em afirmar que o trabalho do intérprete não está mais em decifrar o que o legislador quis dizer, mas o que realmente está contido na lei. O importante não é o que quis dizer o legislador, mas o que realmente disse.”

A situação acima permaneceu até a edição da Medida Provisória nº 1.212, de 28/11/95, que conferiu novo tratamento ao PIS. Observa-se que a referida Medida Provisória foi editada e renumerada inúmeras vezes (MP nº 1.249; 1.286; 1.325; 1.365; 1.407; 1.447; 1.495;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

1.546; 1.623 e 1.676-38) até ser convertida na Lei nº 9.715, de 25/11/98. A redação, que vige atualmente, até o presente estudo, é a seguinte:

"Art. 2º - A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhe 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." (MP nº 1676-36)

O problema, portanto, passou a residir, no período de outubro de 1988 a fevereiro de 1996 (ADIN 1417-0) no que se refere se é devido ou não a respectiva atualização quando da utilização da base de cálculo do sexto mês anterior.

Ao analisar o disposto no artigo 6º, parágrafo único, 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). Não há, neste caso, como dissociar os dois elementos (base de cálculo e fato gerador) quando se analisa o disposto no referido artigo.

E nesse entendimento vieram sucessivas decisões deste Colegiado, todas do Primeiro Conselho, no sentido de que essa base de cálculo é, de fato, o valor do faturamento do sexto mês anterior (Acórdãos nºs 107-05.089; 101-87.950; 107-04.102; 101-89.249; 107-04.721; 107-05.105; dentre outros).

O Judiciário já teve oportunidade de analisar a questão, decidindo o seguinte:

"3. O indébito decorrente do recolhimento do PIS deve ser calculado com base nas disposições da Lei Complementar 7/70, que prevê a incidência da exação sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem atualização da sua base de cálculo."

(AC. nº 97.04.44974-7/SC – Rel. Juíza Tânia Escobar – TRF da 4ª Região).

Ainda, a respeitável Juíza assim se justifica:

" ...



Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

e.) Da Correção Monetária da Base de Cálculo do PIS

Assiste razão à empresa apelante.

Com efeito, julgados inconstitucionais os Decretos-Leis nº ..., o mesmo passou a ser regulado inteiramente pela Lei Complementar nº 7/70, que nem mesmo implicitamente faz alusão à correção monetária da base de cálculo da exação. E se a referida norma, editada em decorrência do exercício da competência tributária conferida a União pela Carta Constitucional, determinou a incidência do PIS sobre uma grande base antiga, ou seja, o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem qualquer preocupação com a eventual defasagem desse período, não pode o Fisco pretender corrigir essa diferença, e exigir o que a própria lei não previu.

Não se trata de obstar a reposição da moeda. Uma coisa é trazer para os dias atuais, sem perdas, valores recolhidos indevidamente em tempos pretéritos, para efeito de devolução. Para evitar o enriquecimento ilícito, o credor deve receber, quando da devolução do indébito, o mesmo que lhe custou, no passado, pagar. Outra, bem diversa, é o cômputo, para efeitos meramente contábeis, como é o caso, de uma correção monetária que não foi exigida ao tempo do recolhimento. Isso implicaria indevido aumento de tributo, com a consequente diminuição da parcela referente ao indébito que o contribuinte pretende ver ressarcido. Diante dessas razões, deve o indébito decorrente do recolhimento do PIS ser calculado com base nas disposições da Lei Complementar nº 7/70, que prevê incidência da exação sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem atualização monetária da base de cálculo."

Também, oportuno repetir o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal – Carlos Mário Velloso (Mesa de Debates do VIII – Congresso Brasileiro de Direito Tributário nº 64, pág. 149 – Malheiros Editores):

"... com a declaração de inconstitucionalidade desses dois decretos-leis, 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."



Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

O assunto também foi objeto do Parecer PGFN nº 1.185/95, posteriormente modificado pelo Parecer PGFN/CAT nº 437/98, assim concluído na época:

"III – Terceiro Aspecto: a vigência da Lei Complementar nº 7/70

10. A suspensão da execução dos decretos-leis em pauta em nada afeta a permanência do vigor pleno da Lei Complementar nº 7/70. (...)

12. Descendo ao caso vertente, o que jurisprudência e doutrina entendem, sem divergência, é que as alterações inconstitucionais trazidas pelos dois decretos-leis examinados deixaram de ser aplicados inter partes, com a decisão do STF: e, desde a Resolução, deverão deixar de ser aplicadas erga omnes. Com isso voltam a ser aplicados, em toda a sua integralidade, o texto constitucional infringido e, com ele, o restante do ordenamento jurídico afetado, com a Lei Complementar nº 7/70 que o legislador intentara modificar.

13. Mas há outro argumento que põe pá de cal em qualquer discussão. Se os dois decretos-leis revogaram a Lei-Complementar nº 7/70, o art. 239, caput, da Constituição, que lhes foi posterior, repristinou inteiramente a Lei Complementar. Assim, entender que o PIS não é devido na forma da Lei Complementar nº 7/70 é afrontar o art. 239 da CRFB.

14. Em suma: o sistema de cálculo do PIS consagrado na Lei Complementar nº 7/70 encontra-se plenamente em vigor e a Administração está obrigada a exigir a contribuição nos termos desse diploma."

Posteriormente, a mesma respeitável Procuradoria vem, no reexame da mesma matéria, através do citado Parecer nº 437/98, modificando entendimento anterior, assim se manifestar:

"7. É certo que o art. 239 da Constituição de 1988 restaurou a vigência da Lei Complementar nº 7/70, mas, quando da elaboração do Parecer PGFN/Nº 1185/95 (novembro de 1995), o sistema de cálculo da contribuição para o PIS, disposto no parágrafo único do art. 6º da citada Lei Complementar, já fora alterado, primeiramente pela Lei nº 7691, de 15/12/88, e depois, sucessivamente, pelas Leis nºs. 7799, de 10/07/89, 8218, de 29/08/91, e 8383, de 30/12/91. Portanto, a cobrança da contribuição deve obedecer à legislação vigente na época da ocorrência do respectivo fato gerador e não mais ao disposto na L.C. nº 7/70. (...)



Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

46. Por todo o exposto, podemos concluir que:

I - a Lei 7691/88 revogou o parágrafo único do art. 6º da L.C. nº 7/70; não sobreviveu portanto, a partir daí, o prazo de seis meses, entre o fato gerador e o pagamento da contribuição, como originalmente determinara o referido dispositivo;

II - não havia, e não há, impedimento constitucional à alteração da matéria por lei ordinária, porque o PIS, contribuição para a seguridade social que é, prevista na própria Constituição, não se enquadra na exigência do § 4º do art. 195 da C.F., e assim, dispensa lei complementar para sua regulamentação; (...)

VI - em decorrência de todo o exposto, impõe-se tornar sem efeito o Parecer PGFN/Nº 1185/95."

Com o máximo de respeito, ousou discordar do Parecerista quando conclui, de forma equivocada, que "a Lei 7.691/88 revogou o parágrafo único do artigo 6º da LC nº 7/70" e, desta forma, continua, "não sobreviveu, portanto, a partir de aí, o prazo de seis meses, entre o fato gerador e o pagamento da contribuição, como originalmente determinara o referido dispositivo". Em primeiro lugar, ao analisar a citada Lei nº 7.691/88, verifico a inexistência de qualquer preceito legal dispondo sobre a mencionada revogação. Em segundo lugar, a Lei nº 7.691/88 tratou de matéria referente à correção monetária, bem distinta da que supostamente teria revogado, ou seja, "base de cálculo" da contribuição. Além do que, em terceiro lugar, quando da publicação da Lei nº 7.691/88, de 15/12/88, estavam vigente, sem nenhuma suspeita de ilegalidade, os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, não havendo como se pretender que estaria sendo revogado o dispositivo da lei complementar que cuidava da base de cálculo da exação, até porque, à época, se tinha por inteiramente revogada a referida lei complementar, por força dos famigerados decretos-leis, somente posteriormente julgados inconstitucionais. O mesmo aconteceu com as Leis que vieram após, citadas pela respeitável Procuradoria (nºs 7.799/89, 8.218/91 e 8.383/91), ao estabelecerem novos prazos de recolhimento, não guardando correspondência com os valores de suas bases de cálculo. A bem da única verdade, tenho comigo que a base de cálculo do PIS somente foi alterada, passando a ser o faturamento do mês anterior, quando da vigência da Medida Provisória nº 1.212/95, retromencionada.

Com efeito, verifica-se, pela leitura do parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 07/70, anteriormente reproduzido, que o mesmo não está cuidando do prazo de recolhimento e, sim, da base de cálculo. Aliás, tanto é verdade que o prazo de recolhimento da contribuição só veio a ser fixado com o advento da Norma de Serviço CEF – PIS nº 2, de 27 de maio de 1971, a qual, em seu artigo 3º, expressamente dispunha o seguinte:



Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

“3 – Para fins da contribuição prevista na alínea “b”, do § 1º, do artigo 4º, do Regulamento anexo à Resolução nº 174 do Banco Central do Brasil, entende-se por faturamento o valor definido na legislação do imposto de renda, como receita bruta operacional (artigo 157, do Regulamento do Imposto de Renda), sobre o qual incidam ou não impostos de qualquer natureza.

3.2 – As contribuições previstas neste item serão efetuadas de acordo com o § 1º do artigo 7º, do Regulamento anexo à Resolução nº 174, do Banco Central do Brasil, isto é, a contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro e assim sucessivamente.

3.3 - As contribuições de que trata este item deverão ser recolhidas à rede bancária autorizada até o dia 10 (dez) de cada mês” (grifei)

Claro está, pelo acima exposto, que, enquanto o item 3.2 da Norma de Serviço cuidou da base de cálculo da exação, nos exatos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 07/70, o item 3.3 cuidou, ele sim, especificamente do prazo para seu recolhimento.

A corroborar tal entendimento, basta verificar que, posteriormente, com a edição da Norma de Serviço nº 568 (CEF/PIS nº 77/82), o prazo de recolhimento foi alterado para o dia 20 (vinte) de cada mês. Vale dizer, a Lei Complementar nº 07/70 jamais tratou do prazo de recolhimento como induz a Fazenda Nacional, e sim, de fato gerador e base de cálculo.

Por outro lado, se o legislador tivesse tratado no artigo 6º, parágrafo único, de “regra de prazo”, como querem alguns, usaria a expressão: “o prazo de recolhimento da contribuição sobre o faturamento, devido mensalmente, será o dia 10 (dez) do sexto mês posterior.” Mas não, disse com todas as letras que: *“a contribuição de julho será calculada com base no faturamento de fevereiro, e assim sucessivamente.”*

Registre-se que, em Sessão Ordinária de 18 de março de 1998, a Primeira Câmara do Segundo Conselho, apreciando Recurso Voluntário relatado pela ilustre Conselheira Luíza Helena Galante de Moraes, enfrentou igual matéria (parágrafo único do artigo 6º da Lei Complementar nº 07/70 na vigência da Resolução do Senado Federal nº 49/95), conforme Acórdão nº 201-71.545 (decisão unânime), assim ementado:

“PIS – Na forma das Leis Complementares nºs 07, de 07.09.70, e 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, sendo apurado mediante aplicação da alíquota de 0,75%. Alterações introduzidas



Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

*pelos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, não acolhidas pelo STF.
Recurso provido."*

No voto condutor do referido Acórdão, é transcrito parte de um parecer sobre essa matéria, do respeitável Geraldo Ataliba, de inesquecível memória, e J. A. Lima Gonçalves, que, por oportuno reproduzo:

"O PIS é obrigação tributária cujo nascimento ocorre mensalmente. O fato "faturar" é instantâneo e renova-se a cada mês, enquanto operante a empresa.

.....
A materialidade de sua hipótese de incidência é o ato de 'faturar', e a perspectiva dimensível desta materialidade – vale dizer, a base de cálculo do tributo – é o volume do faturamento.

O período a ser considerado – por expressa disposição legal – para 'medir' o referido faturamento, conforme já assinalado, é mensal. Mas não é – e nem poderia ser – aleatoriamente escolhido pela intérprete ou aplicador da lei.

A própria lei complementar nº 7/70 determina que o faturamento a ser considerado, para a quantificação da obrigação tributária em questão, é o do sexto mês anterior ao da ocorrência do respectivo fato impositivo.

Dispõe o transcrito parágrafo único do artigo 6º:

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

Não há como tergiversar diante da clareza da previsão.

Este é um caso em que – ex vi de explícita disposição legal – o auto-lançamento deve tomar em consideração não a base do próprio momento do nascimento da obrigação, mas, sim, a base de um momento diverso (e anterior).

Ordinariamente, há coincidência entre os aspectos temporal (momento do nascimento da obrigação) e aspecto material. No caso, porém, o artigo 6º da Lei Complementar nº 7/70 é explícito: a aplicação da alíquota legal (essência substancial do lançamento) far-se-á sobre base seis meses anterior, isso configura exceção (só possível porque legalmente estabelecida) à regra geral mencionada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

A análise da sequência de atos normativos editados à partir da Lei Complementar nº 07/70, evidencia que nenhum deles (...) com exceção dos já declarados inconstitucionais decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 – trata da definição da base de cálculo do PIS e respectivo lançamento (no caso, auto-lançamento).

Deveras, há disposições acerca (I) do prazo de recolhimento do tributo e (II) da correção monetária do débito tributário. Nada foi disposto, todavia, sobre a correção monetária da base de cálculo do tributo (faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do respectivo fato impositivo).

Conseqüentemente, esse é o único critério juridicamente aplicável.”

No caso em tela, defendo o argumento de que se trata de inexistência de lei instituidora de correção da base da contribuição antes do fato gerador, e não de contestação à correção monetária como tal. Não pode, ao meu ver, existir correção de base de cálculo sem previsão de lei que a institua. Na época, os contribuintes não atualizavam a base de cálculo por ocasião de seus recolhimentos, não o podendo agora igualmente.

Portanto, verifica-se que o Parecer PGFN/CAT nº 437/98 não logrou contraditar os sólidos fundamentos que lastrearam as diversas manifestações doutrinárias e decisões do Judiciário e Segundo Conselho de Contribuintes no sentido de que a base de cálculo da Contribuição ao PIS, na forma da Lei Complementar nº 07/70, ou seja, faturamento do sexto mês anterior deve permanecer em valores históricos.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 240.938/RS (1999/0110623-0), publicado no DJ de 15 de maio de 2000, também se manifestou no sentido acima expressado, cuja ementa dessa decisão está assim parcialmente reproduzida:

“... 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 no 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)...”



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.001536/98-78
Acórdão : 203-07.459
Recurso : 111.535

Dessa forma, diante de tudo o mais retro exposto², impõe-se o deferimento do recurso apenas para admitir a exigência do PIS a ser calculado mediante as regras estabelecidas pela Lei Complementar nº 07/70, e, portanto, sobre o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem a atualização monetária da sua base de cálculo.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2001


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

² Em tempo, oportuno trazer a conhecimento, o julgamento ocorrido em 29/05/01, pela qual a Primeira Seção do STJ, no Processo REsp nº 144708, concluiu julgamento afirmando a semestralidade do PIS, sem qualquer atualização monetária.