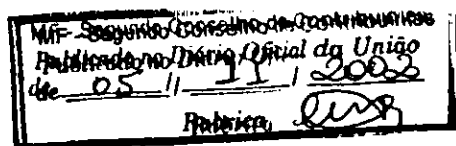




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES



Processo : 13889.000035/98-20

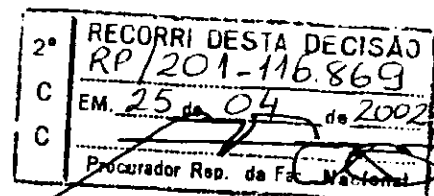
Acórdão : 201-75.711

Recurso : 116.869

Sessão : 05 de dezembro de 2001

Recorrente : PIRABLOCOS PIRASSUNUNGA LTDA.

Recorrida : DRJ em Campinas - SP



PIS – DECADÊNCIA - SEMESTRALIDADE - BASE DE CÁLCULO – A decadência do direito de pleitear a compensação/restituição tem como prazo inicial, na hipótese dos autos, a data da publicação da Resolução do Senado que retira a eficácia da lei declarada inconstitucional (Resolução do Senado Federal nº 49, de 09/10/95, publicada em 10/10/95). Assim, a partir de tal data, conta-se 05 (cinco) anos até a data do protocolo do pedido (termo final). *In casu*, não ocorreu a decadência do direito postulado. 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 (Primeira Seção STJ - REsp nº 144.708 - RS - e CSRF). Aplica-se este entendimento, com base na LC nº 07/70, aos fatos geradores ocorridos até 29 de fevereiro de 1996, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da IN SRF nº 06, de 19/01/2000. **Recurso parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: PIRABLOCOS PIRASSUNUNGA 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.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2001

Jorge Freire
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Luiza Helena Galante de Moraes, Rogério Gustavo Dreyer, Serafim Fernandes Corrêa, Gilberto Cassuli, Antonio Mário de Abreu Pinto e Sérgio Gomes Velloso.

Eaal/ovrs



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

dá ensejo ao faturamento. O art. 6º da Lei Complementar nº 7/70 não se refere à base de cálculo, eis que o faturamento de um mês não é grandeza hábil para medir a atividade empresarial de seis meses depois. A melhor exegese deste dispositivo é no sentido de a lei regular prazo de recolhimento de tributo". (Acórdão nº 202-10.761 da 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, de 08/12/98). REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. O prazo quinquenal a que alude o art. 165, I, do CTN, tem por termo inicial o recolhimento indevido, mesmo nos casos de lançamento por homologação. O prazo, também quinquenal, previsto para a homologação do lançamento (art. 150, § 4º) não interfere na contagem (fixação do termo inicial) do prazo de repetição, para ampliá-lo, porquanto destinado à administração para implementar a condição resolutiva (não-homologação) que condiciona a eficácia do ato jurídico, este a cargo do sujeito passivo, tendente a reconhecer a materialização da hipótese de incidência e, assim, antecipar o pagamento do tributo devido. INDEPENDÊNCIA DA DRJ. A autoridade monocrática não se encontra cingida em suas decisões à inteligência adotada pelo Conselho de Contribuintes quando, numa e noutra instância, é apreciada idêntica matéria. O mesmo se diga em relação a decisões judiciais em que o contribuinte não figure como um dos contendores.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Cientificada, em 30.10.00, a recorrente apresentou, em 28.11.00 (fls. 272/275), recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes, reafirmando e confirmando os pontos expendidos na peça impugnatória e contestando a decisão de primeira instância e discorrendo o seu entendimento, no sentido da aplicação da LC nº 07/70. Finaliza, requerendo que seja considerado o prazo de 10 anos para compensar o PIS.

É o relatório.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

Recorrente : PIRABLOCOS PIRASSUNUNGA LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação (fls.01/03) da Contribuição ao Programa de Integração Social – PIS, que a interessada alega ter recolhido a maior que o devido referente ao período de apuração de setembro/89 a dezembro/96.

O Delegado da Receita Federal em Limeira - SP, através da Decisão de fls. 231/234, indeferiu o referido pleito por equívoco da contribuinte quanto à inteligência do parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 07/70 e suas alterações posteriores, restando, ainda, fulminado o direito ao pleito de repetição do possível indébito para pagamentos anteriores a 09 de fevereiro de 1993, isto à conta da data do protocolo do pedido original (09/02/98) e do que dispõe o inciso I do art. 168 do CTN.

Tempestivamente, a empresa apresentou sua manifestação de inconformidade contra a referida decisão, às fls. 238/240, alegando, em síntese, que houvera instruído o pleito segundo a legislação de regência à época dos fatos. Aduz que não seria legítima a alteração da LC nº 07/70 por meio de Leis Ordinárias e Medidas Provisórias, porque lhe são de inferior hierarquia. Acrescenta que, com fundamento no art. 10 do Decreto-Lei nº 2.052/83, uma contagem favorecida do prazo para a propositura de pedido de compensação/restituição de possível indébito tributário, porquanto, se o retrocitado dispositivo confere 10 (dez) anos para que a Fazenda Pública proponha ação de cobrança da respectiva contribuição a partir da data prevista para seu recolhimento, por uma questão de isonomia, teria, igualmente, 10 (dez) anos para deduzir sua pretensão à compensação/restituição e que provimentos administrativos, dos quais não é parte interessada, reconheceriam a intelecção acima referida.

A autoridade julgadora de primeira instância administrativa, através da Decisão de fls. 252/268, indeferiu a reclamação contra o indeferimento do pedido de compensação do PIS, resumindo seu entendimento nos termos da Ementa de fls. 252/253, que se transcreve:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/12/1996

Ementa: BASE DE CÁLCULO E PRAZO DE RECOLHIMENTO. “O fato gerador da Contribuição para o PIS é conjunto de negócios ou operações que



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JORGE FREIRE

No que pertine à questão preliminar, quanto ao prazo decadencial para pleitear repetição/compensação de indébito, o *termo a quo* irá variar conforme a circunstância.

No caso concreto, uma vez tratar-se de declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, foi editada a Resolução do Senado Federal de nº 49, de 09/09/95, retirando a eficácia das aludidas normas legais que foram acoimadas de inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Assim, havendo manifestação senatorial, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, é a partir da publicação da aludida Resolução que o entendimento da Egrégia Corte espraia-se *erga omnes*.

Portanto, tenho para mim que o direito subjetivo de o contribuinte postular a repetição de indébito, pago com arrimo em norma declarada inconstitucional, nasceu a partir da publicação da Resolução nº 49¹ o que se operou em 10/10/95. Não discrepa tal entendimento, do disposto no item 27 do Parecer COSIT nº 58, de 27 de outubro de 1998. E, conforme, já é do conhecimento desta Câmara, o prazo para tal flui ao longo de cinco anos.

Dessarte, tendo a contribuinte ingressado com o seu pedido em 09/02/98, não identifico óbice a que seu pedido de compensação/restituição seja apreciado, como a seguir analisado.

O que resta analisar é qual a base de cálculo que deva ser usada para o cálculo do PIS: se aquela correspondente ao sexto mês anterior ao da 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 recorrida², 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.

¹ No mesmo sentido Acórdão nº 202-11.846, de 23 de fevereiro de 2000.

² Acórdãos nºs 210-72.229, votado por maioria em 11/11/98, e 201-72.362, votado à unanimidade em 10/12/98.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

E, neste último sentido, veio tornar-se consentânea a jurisprudência da CSRF³ 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.

E agora o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Primeira Seção,⁴ veio tornar pacífico o entendimento postulado pela recorrente, consoante depreende-se da Ementa, a seguir transcrita:

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

1. 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.

2. 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.

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

4. 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.”

Portanto, até a edição da MP nº 1.212/95, convertida na Lei nº 9.715/98, é de ser dado provimento ao recurso para que os cálculos sejam feitos 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. Desta forma, deverá ser excluído o

³ O Acórdão nº CSRF/02-0.871³ também adotou o mesmo entendimento firmado pelo STJ. Também nos RD nºs 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.

⁴ Resp nº 144.708, rel. Ministra Eliane Calmon, j. em 29/05/2001, acórdão não formalizado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

período de apuração de março/96 a dezembro/96, aplicando-se, quanto a este período, as normas vigentes da Lei nº 9.715/98.

E 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, aduz 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”*.

Forte em todo o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA O FIM DE DECLARAR QUE A BASE DE CÁLCULO DO PIS, ATÉ 29/02/96, INCLUSIVE, DEVE SER CALCULADA COM BASE NO FATURAMENTO DO SEXTO MÊS ANTERIOR AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SEM CORREÇÃO MONETÁRIA. APÓS ESTE PRAZO, APLICAM-SE AS NORMAS VIGENTES DA LEI Nº 9.715, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. CONTUDO, A AVERIGUAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DOS CRÉDITOS E DÉBITOS COMPENSÁVEIS É DA COMPETÊNCIA DA SRF, QUE FISCALIZARÁ O ENCONTRO DE CONTAS EFETUADO PELA CONTRIBUINTE, ATENDENDO, NA FEITURA DO CÁLCULOS, A FORMA DECLARADA.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2001

JORGE FREIRE



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ ROBERTO VIEIRA

SEMESTRALIDADE DO PIS

Muito embora já tenhamos aceito a tese, em decisões anteriores desta Câmara, neste 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 07, 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"⁵.

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*

⁵ Confira-se, por exemplo, AROLDO 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.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

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) ”⁶.

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 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*”⁷. 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*”⁸. Confluyente 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 ...*”⁹.

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 ...*”¹⁰. Registre-se, ainda, que essa

⁶ Agravo de Instrumento nº 97.04.30592-3/RS, 1ª Turma, Rel. Juiz VLADIMIR FREITAS, unânime, DJ, seção 2, de 18.03.98 – *Apud* AROLDO GOMES DE MATTOS, A Semestralidade do PIS, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, nº 34, jul. 1998, p. 16.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ Recurso Especial nº 144.708, Rel. Min. ELIANE 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.

¹⁰ 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.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

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"*¹¹. 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 ..."*¹².

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

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"*¹³; posicionamento esse confirmado em outra publicação, pouco posterior, ainda do mesmo ano¹⁴. 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 ..."*¹⁵. 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 ..."*¹⁶; palavra reafirmada anos depois, em 2001, também com ênfase: *"... é inconcusso que a LC nº 7/70, art. 6º, parágrafo*

¹¹ Voto..., *op. cit.*, p. 04-05, nota nº 03.

¹² Decisão no Recurso Voluntário nº 115.788, *op. cit.*, p. 01.

¹³ A Base de Cálculo da Contribuição ao PIS, **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, Dialética, nº 1, out. 1995, p. 12.

¹⁴ 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: *"...alíquota de 0,75%... sobre o faturamento do sexto mês anterior... A sistemática de cálculo com base no faturamento do sexto mês anterior..."*

¹⁵ Contribuição..., *op. cit.*, p. 19-20.

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



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

único, elegeu como base de cálculo do PIS o faturamento de seis meses atrás, sem sequer cogitar de correção monetária ..."¹⁷

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)¹⁸.

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 Segundo Conselho de Contribuintes: *"... sempre averbei a precária redação dada a norma legal ora sob discussão"* (sic)¹⁹; na esteira, aliás, do reconhecimento expresso da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: *"Não há dúvida de que a norma sob exame está pessimamente redigida"*²⁰.

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.

¹⁷ 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).

¹⁸ 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.

¹⁹ Voto..., *op. cit.*, p. 04

²⁰ Parecer PGFN/CAT nº 437/98, *apud* AROLDO GOMES DE MATTOS, A Semestralidade..., *op. cit.*, p. 11.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

Dá 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)²¹.

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 ANDRADE²², 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 anterior²³. 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”²⁴.

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 10.12.98²⁵.

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

²¹ 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.

²² A Base de Cálculo..., op. cit., p. 12.

²³ Voto..., op. cit., p. 04.

²⁴ Item 5.3.7 – Semestralidade: base de cálculo x prazo de pagamento, in A Contribuição ao PIS, São Paulo, Dialética, 1999, p. 173.

²⁵ JORGE FREIRE, Voto..., op. cit., p. 04, nota nº 2.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

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 incidência²⁶, 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 ..."*²⁷.

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 ..."*²⁸. 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)"*²⁹.

Por essa razão, ao considerar esses fatores, **MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ**, o catedrático da Universidade Autônoma de Madri, fala de *"... una precisa relación lógica ..."*³⁰, por isso **PAULO DE BARROS** cogita de uma *"... associação lógica e harmônica da hipótese de incidência e da base de cálculo"*³¹. **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 CARVALHO**³²); uma relação *"vinculada directamente"* (**ERNEST BLUMENSTEIN e DINO JARACH**³³); uma relação

²⁶ 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..."*

²⁷ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto**, Curitiba, Juruá, 1993, p. 67.

²⁸ **Curso de Direito Tributário**, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 27-29.

²⁹ **A Regra-Matriz**..., p. 67.

³⁰ **Ordenamiento Tributario Español**, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 449.

³¹ **Curso**..., *op. cit.*, p. 29.

³² **Curso**..., *op. cit.*, p. 328; **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**, 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 178.

³³ *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.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

"estrechamente entroncada" (FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA³⁴); uma relação *"estrechamente identificada"* (FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA e JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA³⁵); uma relação de *"congruencia"* (JUAN RAMALLO MASSANET³⁶); *"... uma relação de pertinência ou inerência ..."* (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO³⁷).

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, aí estará a materialidade da hipótese de incidência ..."*³⁸. 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"*³⁹.

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)⁴⁰.

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"*⁴¹.

³⁴ *Apud idem, ibidem, loc cit.*

³⁵ *Apud idem, ibidem, loc cit.*

³⁶ *Hecho Imponible..., op. cit., p. 31.*

³⁷ *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 6ª. ed., atualiz. FLÁVIO BAUER NOVELLI, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 79.

³⁸ IPI – Hipótese de Incidência, *Estudos e Pareceres de Direito Tributário*, v. 1, São Paulo, RT, 1978, p. 06.

³⁹ *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2ª.ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 339.

⁴⁰ *Curso..., op. cit., p. 326.*

⁴¹ *Apud MARÇAL JUSTEN FILHO, Sujeição Passiva Tributária*, Belém, CEJUP, 1986, p. 250-251.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

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"*⁴², 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 Renda⁴³, 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 CARVALHO⁴⁴), resultando inevitavelmente na inadmissibilidade da incidência original (RUBENS GOMES DE SOUSA⁴⁵), na *"... desfiguração da incidência ..."* (grifamos) (PAULO DE BARROS CARVALHO⁴⁶), na *"... distorção do fato gerador ..."* (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO⁴⁷), na desnaturação do tributo (AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO e MARÇAL JUSTEN FILHO⁴⁸), na descaracterização e no desvirtuamento do tributo (ALFREDO AUGUSTO BECKER, ROQUE ANTONIO CARRAZZA e OCTAVIO CAMPOS FISCHER⁴⁹); obstando, definitivamente, sua exigibilidade, como registra convicta e precedentemente 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 conseguinte, não pode ser exigido"*⁵⁰.

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

⁴² É a proposta consistente de OCTAVIO CAMPOS FISCHER – *A Contribuição...*, op. cit., p. 141-142.

⁴³ Similar é a analogia imaginada por FISCHER, *ibidem*, p. 173.

⁴⁴ *Direito Tributário: Fundamentos...*, op. cit., p. 180.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *Direito Tributário: Fundamentos...*, p. 179.

⁴⁷ *Fato Gerador...*, op. cit., p. 79.

⁴⁸ AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *ibidem*, loc. cit.; MARÇAL JUSTEN FILHO, *Sujeição...*, op. cit., p. 248 e 250.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ ICMS..., op. cit., p. 98.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

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, redundando em absoluta e inaceitável **insubmissão do legislador infraconstitucional às determinações do Texto Supremo; pecado** que OCTAVIO CAMPOS FISCHER adjectiva como “... *incontornável* ...”⁵¹, e que ROQUE ANTONIO CARRAZZA, com maior rigor, classifica como “... *irremissível* ...”⁵².

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* ...”⁵³; e ao fazê-lo, permite, no ensinamento de MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI e de AIRES FERNANDINO BARRETO, que seja determinada a **capacidade contributiva**⁵⁴.

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 sentido⁵⁵. 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

⁵¹ A Contribuição..., *op. cit.*, p. 172.

⁵² ICMS..., *op. cit.*, p. 98.

⁵³ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, A Regra-Matriz..., *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ *Il Principio della Capacità Contributiva*, Padova, CEDAM, 1973, p. 73-79.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

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. GUTMARÃES PEREIRA⁵⁶.

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 CARVALHO⁵⁷), ainda hoje, “... *hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade*” (ROQUE ANTONIO CARRAZZA⁵⁸), constitui “... *uma derivação do princípio maior da igualdade*” (REGINA HELENA COSTA⁵⁹), “... *representa um desdobramento do princípio da igualdade*” (JOSÉ MAURÍCIO CONTI⁶⁰). 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 COSTA⁶¹), mas, sobretudo, a condição de “... *subprincípio principal que especifica, em uma ampla gama de situações, o princípio da igualdade tributária ...*” (MARCiano SEABRA DE GODOI⁶²).

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*”⁶³ - 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 Brasileira⁶⁴! Não se admire, pois, que MATÍAS CORTÉS DOMÍNGUEZ se preocupe com o que

⁵⁶ *Elisão Tributária e Função Administrativa*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 168-172.

⁵⁷ *Curso...*, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁸ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 74.

⁵⁹ *Princípio da Capacidade Contributiva*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 35-40 e 101.

⁶⁰ *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*, São Paulo, Dialética, 1996, p. 29-33 e 97.

⁶¹ *Princípio...*, *op. cit.*, p. 38-40 e 101.

⁶² *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 1999, p. 211-215, 256-259, e especificamente p. 215 e 257.

⁶³ *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, RT, 1978, p. 58.

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



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

ele chama a "... *transcendencia dogmática* ..." da capacidade contributiva, concluindo que ela "... *es la verdadera estrella polar del tributarista* ..." ⁶⁵.

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* ..." ⁶⁶; um defeito, identifica MARÇAL JUSTEN FILHO, de caráter sintático⁶⁷, que desnatura a hipótese de incidência, e, uma vez desnaturada a hipótese, "... *estará conseqüentemente frustrada a aplicação da capacidade contributiva* ..." ⁶⁸. De acordo PAULO DE BARROS, para quem tal "... *desvio representa incisivo desrespeito ao princípio da capacidade contributiva*" (grifamos)⁶⁹, 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 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)⁷⁰.

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.

5. Consideração Adicional acerca dos Fundamentos Doutrinários

⁶⁵ *Ordenamiento...*, op. cit., p. 81.

⁶⁶ *Direito Tributário: Fundamentos...*, op. cit., p. 180.

⁶⁷ *Sujeição...*, op. cit., p. 247.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 253.

⁶⁹ *Direito Tributário: Fundamentos...*, op. cit., p. 181.

⁷⁰ *Ordenamiento...*, op. cit., p. 449.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

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"*⁷¹.

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 orientador⁷², 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 DÓRIA⁷³). Trata-se aqui do conceito proposto por JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA, o teórico espanhol das ficções no Direito Tributário: *"La ficción*

⁷¹ Recurso Especial nº 306.965-SC..., *op. cit.*, p. 15.

⁷² 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.

⁷³ *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.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

jurídica... Lo que hace es crear una verdad jurídica distinta de la real" ⁷⁴. Se é verdade que o Direito "... tem o condão de construir suas próprias realidades ...", como já defendemos no passado ⁷⁵, 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 07/70 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" ⁷⁶; 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" ⁷⁷.

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

⁷⁴ *Las Ficciones en el Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1970, p. 15-16 e 32.

⁷⁵ *A Regra-Matriz...*, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁶ Recurso Especial nº 306.965-SC..., *op. cit.*, p. 01.

⁷⁷ Recurso Especial nº 144.708 – *Apud* JORGE FREIRE, Voto..., *op. cit.*, p. 05.



Processo : 13889.000035/98-20
Acórdão : 201-75.711
Recurso : 116.869

implica, significa, no correto diagnóstico de OCTAVIO CAMPOS FISCHER, "*... um perigoso passo rumo à destruição do edifício jurídico-tributário brasileiro*"⁷⁸.

6. 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 como voto.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2001


JOSÉ ROBERTO VIEIRA

⁷⁸ A Contribuição..., *op. cit.*, p. 173.