



Processo nº : 13656.000037/2003-26
Recurso nº : 123.750

Recorrente : MEDCALL PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

RESOLUÇÃO Nº 203-00.460

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MEDCALL PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 16 de fevereiro de 2004

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente e Relator

Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 13656.000037/2003-26

Recurso nº : 123.750

Recorrente : MEDCALL PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.

RELATÓRIO

Em 31/01/2003, a empresa MEDCALL PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA foi autuada, às fls. 304/306, pela falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, nos períodos de maio/1997 a dezembro/2001.

Exigiu-se no auto de infração lavrado a contribuição, juros de mora e multa agravada, perfazendo o crédito tributário o total de R\$5.815.142,26.

O Auto de Infração apontou a falta de recolhimento do PIS, em função de diferenças entre os débitos declarados/recolhidos e os valores efetivamente devidos, tomando-se por base a sua receita bruta escriturada/declarada, conforme explanado no Termo de Constatação de fls. 300/303. Em virtude da falta de atendimento às intimações efetivadas pelo Fisco, foi aplicada multa de ofício agravada no percentual de 112,50%.

Impugnando o feito, às fls. 326/339, a autuada alegou que:

- a contribuinte teve cerceado o seu direito ao contraditório e ampla defesa, inserido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pois não foi demonstrado pelo autuante o cálculo utilizado para chegar ao montante lançado;

- sua atividade de distribuidora de produtos farmacêuticos restringia-se à prestação de serviços de logística e distribuição dos laboratórios produtores e fornecedores, fazendo explanação detalhada dessa atividade;

- os distribuidores não eram formadores de preços, pois na compra estavam limitados aos descontos comerciais que os laboratórios e fornecedores concediam e fixavam unilateralmente, e na venda não podiam acrescentar a margem de lucro desejada, ficando sujeitos a tabelas de preços nacionais editada pela ABAFARMA;

- era inconstitucional a exigência do PIS, quando não respeitados os arts. 145, § 1º, e 150, inciso II, da CF/88, que tratavam de capacidade contributiva e igualdade tributária;

- sua capacidade contributiva devia ser estabelecida de acordo com a identificação de suas atividades econômicas;

- as Leis nºs 9.701 e 9.718/1998 modificaram os critérios de apuração da base de cálculo da Cofins e do PIS-Pasep para as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e a IN SRF nº 037/1999 e AD SRF nº 89/1999, discriminam as exclusões e deduções admitidas para definição da base de cálculo da



Processo nº : 13656.000037/2003-26
Recurso nº : 123.750

Cofins e do PIS-Pasep destas instituições, quais sejam, todos os gastos que as instituições financeiras tiveram para captar depósitos de terceiros para serem emprestados;

- ao admitir a dedução, pelas instituições financeiras e outras, para apuração da base de cálculo da Cofins e do PIS-Pasep, das despesas com captação de recursos de terceiros para serem emprestados, que nada mais são que o custo do produto que aquelas instituições irão emprestar aos tomadores, e não permitir que as empresas comerciais, como é o caso da impetrante, possam deduzir da base de cálculo da Cofins e do PIS-Pasep o custo das mercadorias revendidas, ocorreu ofensa ao princípio da isonomia, dando tratamento tributário diferenciado a contribuintes que se encontram em situação equivalente, ferindo o disposto nos artigos 5º e 150, inciso II, da CF;

- procurando ajustar a legislação da Cofins e do PIS à norma pragmática do § 1º do artigo 145 da CF, relativamente aos laboratórios produtores e importadores, bem como as pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou importador de produtos farmacêuticos, foi editada a Lei nº 10.147, de 21/12/2000. A citada lei reconheceu tacitamente que a tributação pelo PIS e pela Cofins das operações de serviços a distribuidores estava sendo exigida com ofensa ao disposto na Constituição Federal de 1988, artigo 145, § 1º;

- era inconstitucional a exigência do PIS, sem que lhe seja permitido abater da base de cálculo de recolhimento despesas de aquisição das mercadorias revendidas, configurando o denominado efeito cascata, contrário à nossa tradição jurídico-tributária;

- no caso específico, a exigência do PIS tinha efeito de confisco, o que era expressamente vedado pela Constituição Federal em seu artigo 150, inciso IV, posto que, para recolhê-la, teria que utilizar seu capital social;

- a contribuição ao PIS estava na contramão de toda técnica legislativa constitucional empregada pelo legislador constituinte ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional, onde se procurou evitar a incidência em cascata de impostos como o ICMS e o IPI;

- quando uma empresa realizava uma venda de mercadorias, no faturamento estava embutido o faturamento anterior, sobre o qual já incidiu a contribuição ao PIS. Não podia o Governo Federal exigir da empresa que realizava vendas de produtos farmacêuticos, nas condições estabelecidas na Portaria nº 37/92, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, o pagamento do PIS que, no caso, tinha efeito confiscatório,

- a incidência do PIS sobre faturamento de terceiros conduzia à ocorrência do bis in idem. Nesse sentido trouxe ementa de acórdão do 2º CC, tratando de tributação incidente em concessionária de veículos. O PIS devia ter como base de cálculo a diferença entre o valor recebido de seus clientes e o valor pago aos laboratórios;

- de acordo com o Termo de Constatação, anexo ao auto de infração, a base de cálculo utilizada pela autuada para lançar o crédito tributário corresponde aos valores consignados na DIPJ da autuada. De acordo com o art. 3º, parágrafo único, da MP nº 1.212/95, o ICMS-ST não compunha a base de cálculo da Cofins. Nesse sentido, tinha-se também o art. 3º da Lei nº 9.715/1998. O valor do ICMS cobrado no regime de substituição tributária não



Processo nº : 13656.000037/2003-26

Recurso nº : 123.750

integrava a base de cálculo, porque o montante do referido imposto não compunha o valor da receita auferida na operação, constituindo seu destaque em documentos fiscais, mera indicação para efeitos de cobrança e recolhimento daquele imposto pelo contribuinte substituto (PN CST nº 77/1986). Ao utilizar a receita bruta declarada como base de cálculo da contribuição, o autuante considerou o ICMS-ST como componente da base de cálculo do PIS, o que é ilegal. Na DIPJ entregue à SRF não havia valores excluídos a título de ICMS-ST, ficha 19 A – linha 6, o que não coadunava com a realidade e contrariava a legislação. Nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2001 houve recolhimento de ICMS-ST, assim como no período de abril de 1997 até dezembro de 2000, conforme se comprovou pela escrituração no livro Diário dos pagamentos a este título, que não foram considerados pelo autuante e, por força de disposição legal, devia ser excluído da base de cálculo do PIS.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra o lançamento, em decisão assim ementada (doc. fls. 396/409):

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/05/1997 a 31/12/2001

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO. Deve ser mantido o lançamento quando restar comprovada insuficiência no recolhimento da contribuição.

LANÇAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. A alegação de que o lançamento viola princípios constitucionais não pode ser analisada nesta instância, em face do princípio da vinculação à lei a que está submetido o julgador administrativo.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/05/1997 a 31/12/2001

Ementa: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Só ocorre cerceamento do direito à ampla defesa em relação a despachos ou decisões prolatadas por autoridade competente.

Lançamento Procedente”.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a autuada, às fls. 417/438, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, onde reiterou as razões da peça impugnatória.

Às fls. 526 o órgão local informou sobre a efetivação de arrolamento de bens (Processo nº 13656.000363/00-83) para segmento do recurso da contribuinte.

É o relatório.



Processo nº : 13656.000037/2003-26
Recurso nº : 123.750

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

Como relatado, em 31/01/2003, a empresa MEDCALL PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. foi autuada, às fls. 304/306, pela falta de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, nos períodos de maio/1997 a dezembro/2001.

No apelo apresentado a este Conselho, a recorrente, preliminarmente, alega a nulidade do auto de infração, por cerceamento do seu direito de defesa, pois o lançamento está elaborado a partir de dados e cálculos que não foram demonstrados no auto de infração.

No mérito, argúi a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, por ferir o princípio da capacidade contributiva, da igualdade/isonomia tributária e da não-cumulatividade dos tributos, protestando contra a base de cálculo adotada no feito.

Por fim, pede a exclusão da base imputável do ICMS recebido na condição de substituta tributária e defende que o PIS deve ter como base de cálculo a diferença entre o valor recebido de seus clientes e o valor pago aos laboratórios.

No tocante à base de cálculo do PIS, o art. 2º da Lei nº 9.718/98 preceitua que será o faturamento mensal, entendendo-se como tal a receita bruta da pessoa jurídica (art. 3º da Lei nº 9.718/98).

Já o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 define receita bruta como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

O § 2º do mesmo artigo art. 3º determina os valores que não integram a base de cálculo, os quais são: o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Pelo exposto, em respeito ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, voto no sentido de converter o julgamento do recurso da contribuinte em diligência para que o órgão local:

- verifique a veracidade e a autenticidade dos registros contábeis e das notas fiscais trazidas aos autos às fls. 445/520; e



Processo nº : 13656.000037/2003-26
Recurso nº : 123.750

- com base nos documentos de fls. 445/420, elabore planilha demonstrativa dos valores recebidos pela autuada a título de ICMS na condição de substituta tributária, informando se os mesmos estão ou não inclusos nas bases de cálculo da presente exação.

Sala das Sessões, em 16 de fevereiro de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO