



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 25 / 03 / 2003
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10670.000739/00-83
Recurso nº : 117.662
Acórdão nº : 201-76.442

Recorrente : TRANSMOC - TRANSPORTE E TURISMO MONTES CLAROS LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

FINSOCIAL - PRESTADORA DE SERVIÇOS - RESTITUIÇÃO. 1 - Versando a hipótese caso em que a própria Administração reconhece a ilegalidade de determinada exação, é a partir da data em que se torna público tal entendimento é que começa a fluir o prazo decadencial, que é de cinco anos a partir de então. Portanto, decaído o direito à compensação do suposto indébito. 2 - Segundo entendimento do STF (Recurso Extraordinário nº 187.436-8), a Contribuição para o FINSOCIAL das empresas prestadoras de serviço é exigível pela alíquota de 2% (dois por cento) na forma do art. 28 da Lei nº 7.738/89. Precedentes. Assim, não há que falar-se em pagamento indevido a ensejar a restituição.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: TRANSMOC - TRANSPORTE E TURISMO MONTES CLAROS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2002.

Josefa Maria Coelho Marques

Josefa Maria Coelho Marques

Presidente

Jorge Freire

Jorge Freire

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Mário de Abreu Pinto, José Roberto Vieira, Gilberto Cassuli, Márcia Rosana Pinto Martins Tuma (Suplente), Roberto Velloso (Suplente) e Rogério Gustavo Dreyer.

Eaal/ovrs



Processo nº : 10670.000739/00-83

Recurso nº : 117.662

Acórdão nº : 201-76.442

Recorrente : TRANSMOC - TRANSPORTE E TURISMO MONTES CLAROS LTDA.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre pedido de compensação em função dos pagamentos a maior de FINSOCIAL com alíquota acima de meio por cento, abrangendo o período de nov/89 a jan/91, com fundamento na decisão do STF que considerou inconstitucional as leis que veicularam aumentos de alíquota acima desse patamar. O pedido foi protocolado em 19 de setembro de 2000.

O pedido foi negado pela autoridade local, DRF em Montes Claros/MG, sob o fundamento de que decaíra seu direito ao pedido de compensação/restituição, com base no Ato Declaratório SRF nº 96/99, de 26/11/99, e aduziu que, mesmo que tal não ocorresse, a peticionante não teria direito à compensação, posto que em relação às empresas exclusivamente prestadoras de serviços o STF considerou constitucional as majorações das alíquotas de FINSOCIAL.

Manifestando a empresa sua inconformidade com essa decisão à DRJ em Juiz de Fora - MG, esta indeferiu o pedido sob o argumento único de que decaíra o direito à repetição/compensação, por entender, com arrimo no Ato Declaratório SRF nº 96/99, que o termo inicial para a contagem do prazo para pleitear aquele direito dá-se a partir da data da extinção do crédito tributário, no caso a data do pagamento.

Insatisfeita com a r. decisão, a contribuinte interpôs recurso a este Colegiado onde, em síntese, alega que o prazo decadencial é de dez anos. Cinco a partir do fato gerador, mais cinco a contar do prazo homologatório, e que, com base nesse raciocínio, não estaria decaído seu direito. Também discorre sobre a possibilidade da compensação do valor que aduz ter recolhido a maior.

É o relatório.



Processo nº : 10670.000739/00-83
Recurso nº : 117.662
Acórdão nº : 201-76.442

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JORGE FREIRE

A questão acerca do termo *a quo* para contagem do prazo decadencial para o direito de pedir a restituição do FINSOCIAL pago acima da alíquota de meio por cento (0,5%) é questão já definida nesta Câmara. Exceto a opinião do ilustre Conselheiro José Roberto Vieira, que entende que o prazo é de dez anos a contar da data do indevido pagamento, os demais, dentre os quais me incluo, entendem que o prazo na questão versada nos autos tem como termo inicial a data em que da publicação da MP nº 1.110, qual seja, em 31 de agosto de 1995, contando-se a partir daí o prazo de cinco anos.

Bastante elucidativo é, nesse sentido, o entendimento constante do Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, que, em seu item 32, letra "c", assim enfrenta controvérsia:

"c) quando da análise dos pedidos de restituição cobrados com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, deve ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 168 do CTN, seja no caso de controle concentrado (o termo inicial é a data do trânsito em julgado da decisão do STF), seja no controle difuso (o termo inicial para o contribuinte que foi parte na relação processual é a data do trânsito em julgado da decisão judicial) e, para terceiros não participantes da lide, é a data da publicação do ato do Secretário da Receita Federal, a que se refere o Decreto 2.346/1997, art. 4º), bem assim nos casos permitidos pela MP nº 1.699-40/1998, onde o termo inicial é a data da publicação: 1 - da Resolução do Senado 11/1995, para o caso do inciso I; 2 - da MP nº 1.110/1995, para os casos dos incisos II a VII; 3 - da Resolução do Senado nº 49/1995, para o caso do inciso VIII; 4 - da MP nº 1.490-15/1996, para o caso do inciso IX."

Entendo ser plenamente aplicável o disposto em tal Parecer, tendo em vista o fato de que o Parecer PGFN/CAT nº 678/99, elaborado no intuito de modificar o Parecer COSIT nº 58/98, não enfrentou a questão referente ao reconhecimento da inconstitucionalidade do FINSOCIAL pela Medida Provisória nº 1.110/95, de modo que o primeiro documento continua vigente quanto a essa matéria.

A Medida provisória nº 1.110, de 30 de agosto de 1995, publicada no DOU de 31 de agosto de 1995, mencionada no trecho do Parecer COSIT nº 58/98 acima colacionado, tratou, em seu art. 17, inciso II, especificamente da contribuição para o FINSOCIAL recolhida na alíquota superior a 0,5%, cujos veículos normativos foram declarados inconstitucionais pelo STF em julgamento de Recurso Extraordinário pelo Tribunal Pleno.

Tal Medida Provisória, ao reconhecer como indevido o tributo em questão, autorizando inclusive serem revistos de ofício os lançamentos já realizados, deve servir como termo inicial do prazo de 05 (cinco) anos para se pleitear a restituição das parcelas indevidamente recolhidas.

Merece destaque, em relação à matéria, a Nota MF/SRF/COSIT nº 32, de 16 de julho de 1999, que busca resolver a controvérsia instaurada. Em seu item 10, dispõe:

"O entendimento aqui defendido, em resumo, toma por premissa o fato de que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição somente se iniciaria quando ele tivesse o efetivo direito de pleiteá-la, ou, em outras palavras, quando houvesse condições de a Administração poder efetivamente apreciá-la..." (grifamos)

Jorge Freire



Processo nº : 10670.000739/00-83
Recurso nº : 117.662
Acórdão nº : 201-76.442

O inclito Conselheiro Serafim Fernandes Corrêa, fundamentando tal posição com muita clareza e propriedade, em termos práticos, ensina que se assim não fosse, e se prevalecesse o entendimento adotado pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 "*teríamos a mais absoluta falta de compromisso com a moral, a lógica, a razão e o bom senso, princípios que devem nortear a relação fisco contribuinte*". E exemplifica:

"Imagine-se a situação em que dois contribuintes, ambos sujeitos a uma determinada contribuição, tendo um pago a contribuição relativa a um determinado mês na data do vencimento e o outro atrasado o pagamento em cinquenta e nove meses. Considerada tal contribuição inconstitucional após sessenta e um meses da data do vencimento teríamos uma situação singular: o contribuinte que pagou em dia não poderia mais pleitear a restituição porque passados mais de cinco anos da data do pagamento mas o outro que atrasou o pagamento em cinquenta e nove meses teria direito de pedir restituição por mais cinquenta e oito meses."

É dizer, o recolhimento foi efetuado a maior não por erro do contribuinte, mas por exigência legal, eis que devido em face da legislação tributária aplicável. Portanto, somente a partir do momento em que o Presidente da República, pela Medida Provisória nº 1.110, publicada em 31 de agosto de 1995, estendeu os efeitos jurídicos da decisão proferida em concreto, relativamente à declaração da inconstitucionalidade das leis que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, é que surgiu ao contribuinte o direito de restituir a diferença recolhida a maior, que a partir de então se tornou indevida, nos termos do inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional.

Por isso, sendo este o momento em que a Administração Pública reconheceu ser indevido o aludido recolhimento, é também este o termo inicial do prazo para que o contribuinte exerça seu direito, buscando a restituição do tributo recolhido indevidamente a maior.

Destarte, tendo a recorrente protocolado seu pedido de compensação em 19/09/2000 (fl. 01), verifico ter ocorrido a decadência do direito de pleitear seus pretensos créditos, porquanto decorridos menos de 05 (cinco) anos da data da publicação da MP nº 1.110.

Mas, nada obstante tal preliminar a denegar seu pedido, também no mérito o mesmo é improcedente, vez tratar-se de empresa exclusivamente prestadora de serviços.

Esse é o entendimento do Excelso Pretório, conforme Recurso Extraordinário nº 187.436-8/RS, em decisão plenária proferida em 13/03/96, onde o relator, Ministro Marco Aurélio, reportou-se ao decidido no Recurso Extraordinário nº 150.755/PE para perfeitamente delimitar a *quaestio*, ao comentar que o FINSOCIAL das prestadoras de serviço não fora recepcionado pelo art. 56 do ADCT, como suas outras espécies. O referido Ministro, em certo momento de seu voto, averbou:

"...Pois bem, diante deste contexto e considerada a legislação subsequente é que esta Corte julgou o recurso extraordinário 150.755/PE, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Na oportunidade, delimitou-se o tema a ser objeto de abordagem da seguinte forma:

"" consequente limitação temática do RE, na espécie, a questão da constitucionalidade do artigo 28 da lei 7.738/89, única, das diversas normas jurídicas atinentes ao FINSOCIAL, referida no precedente em que fundado o acórdão recorrido, que é prejudicial na solução deste mandado de segurança, mediante o qual a impetrante -



Processo nº : 10670.000739/00-83
Recurso nº : 117.662
Acórdão nº : 201-76.442

empresa dedicada exclusivamente a prestação de serviço -, pretende ser subtraída a sua incidência””.

Então, restou assim sintetizada a decisão:

“” II - FINSOCIAL: Contribuição devida pelas empresas dedicadas exclusivamente a prestação de serviços: evolução normativa

3 . Sob a Carta de 1969, quando instituída (Decreto-lei 1.940/82, artigo 1º, § 2º) a contribuição para o FINSOCIAL devida pelas empresas de prestação de serviços - ao contrário das outras modalidades de tributo afetado à mesma destinação - não constituía imposto novo da competência residual da União, mas, sim, adicional de imposto de renda da sua competência tributária discriminada (STF, RE 103.778 de 19.9.95, Guerra, RTJ 116/1.138).

4. Como imposto de renda, que sempre fora, é que dita a modalidade de FINSOCIAL - que não incidia sobre o faturamento e portanto não foi objeto do artigo 56, ADCT/88 - foi recebida pela Constituição e vigeu como tal até que a Lei 7.689/88 a substituiu pela contribuição social sobre o lucro líquido, desde então incidente também sobre todas as demais pessoas jurídicas domiciliadas no país.

5. O artigo 28 da Lei 7.738 visou a abolir a situação anti-isonômica de privilégio, em que a Lei 7.689/88 situara ditas empresas de serviço, quando, de um lado, universalizou a incidência da contribuição sobre o lucro, que antes só a elas onerava, mas de outro, não as incluiu no raio de incidência da contribuição sobre o faturamento, exigível de todas as demais categorias empresariais.

III - contribuição para o FINSOCIAL exigível das empresas prestadoras de serviços segundo o artigo 28, Lei 7.738/89:

Constitucionalidade, porque compreensível no art. 195, I, CF, mediante interpretação conforme a Constituição.

6. O tributo instituído pelo artigo 28 da lei 7.738/89 - como resulta de sua estrita subordinação ao regime de anterioridade mitigada do artigo 195, § 6, CF, que delas é exclusivo - é modalidade das contribuições para o financiamento da seguridade social e não, imposto novo de competência residual.

7. Conforme já assentou o STF (recursos extraordinários 146.733 e 138.284), as contribuições para a seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária, quando compreendidas na hipótese do artigo 195, I, CF, só se exigindo lei complementar quando se cuida de criar novas fontes de financiamento do sistema (CF, artigo 195, § 4º).

8. A contribuição social questionada se insere entre as previstas no artigo 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar: no artigo 28 da Lei 7.738/89, a alusão à receita-bruta, como base do tributo, para conformar-se ao artigo 195, I da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do Decreto-Lei 2.397/87 que é equiparável a noção corrente de faturamento das empresas de serviços (RTJ 149/259)””.

A seguir, concluiu o relator:

“Da decisão do Plenário é possível assentar as seguintes premissas:

a) o julgamento anterior ficou restrito à constitucionalidade do artigo 28 da Lei 7.738/89;



Processo nº : 10670.000739/00-83
Recurso nº : 117.662
Acórdão nº : 201-76.442

b) o artigo 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não englobou o denominado adicional do imposto sobre a Renda previsto no Decreto-Lei 1.940/82, artigo 1º, § 2º, conforme, aliás, é dado depreender da referência apenas à percentagem de 0,6%, não havendo alusão à prevista no aludido § 2º;

c) o Plenário assentou que a contribuição, tal como prevista no artigo 28 da lei 7.738/89, coaduna-se com o artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, emprestando-se à referência à receita bruta a noção corrente de faturamento prevista no Decreto-Lei 2.397/87". (grifei)

Orientação essa que foi pacificada pelo Excelso Pretório, conforme denota-se da ementa do Acórdão abaixo transcrito, em decisão unânime da 1ª Turma, de 26/08/97, relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence¹:

"FINSOCIAL: empresa dedicada exclusivamente à venda de serviços.

Firmou-se jurisprudência do STF no sentido da constitucionalidade, não apenas do art. 28 da Lei 7.738/89 - que instituiu a contribuição social sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços -, como das normas posteriores que elevaram em até 2% a alíquota da contribuição devida por essas empresas. Precedente: RE 187.436 (Pleno, 25/06/97)."

Decisão unânime mais recente da Primeira Turma do STF no Recurso Extraordinário nº 247.556-4/SP, julgado em 08/06/99 (DJU nº 150-E, de 06.08.99, p. 55), relator Ministro Moreira Alves, foi ratificado tal entendimento, consoante depreende-se da ementa desse julgado abaixo transcrita.

"FINSOCIAL. Empresas exclusivamente prestadoras de serviços. Constitucionalidade das majorações da alíquota.

- Ao terminar o julgamento do RE 187.436, o Plenário desta Corte, por maioria de votos, se manifestou pela constitucionalidade, no tocante às empresas exclusivamente prestadoras de serviços, das majorações de alíquota do FINSOCIAL determinadas pelo artigo 7º da Lei 7.787/89, pelo artigo 1º da Lei nº 7.894/89 e pelo artigo 1º da Lei nº 8.147/90, sob o fundamento de que o artigo 56 do ADCT não alcançou essas empresas, conforme assentado no RE 150.755, mostrando-se assim, a contribuição do artigo 28 da Lei nº 7.738/89 harmônica com o previsto no artigo 195, I, da Constituição Federal, e decorrendo daí a legitimidade das majorações da alíquota que se seguiram.

- Ademais, ao julgar os embargos de declaração opostos a esse acórdão, este Tribunal explicitou que, nele, a maioria rejeitou a alegação de que, com tal decisão, teria sido ofendido o princípio do tratamento isonômico (artigo 150, II, da Constituição).

- Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido."

Diante da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal (RE nº 187.436), e as demais respaldadas por aquela, não resta a menor dúvida quanto à legalidade das alíquotas aplicadas referente às empresas prestadoras de serviços, como *in casu*. Portanto, não sendo o pagamento a maior, despropositado o pedido de restituição.

¹ D.J. 196, Seção 1, 10/10/97, p. 50901



Processo nº : 10670.000739/00-83
Recurso nº : 117.662
Acórdão nº : 201-76.442

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO PELA OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA AO DIREITO DE REPETIÇÃO E PORQUE A MAJORAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DE FINSOCIAL DAS EMPRESAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇO FOI DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO STF, NÃO HAVENDO, PORTANTO, DIREITO A RESPALDAR SEU PEDIDO.

Sala das sessões, em 19 de setembro de 2002.

JORGE FREIRE