



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10805.001497/99-01
Recurso nº 126.496 Voluntário
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO
Acórdão nº 303-35.815
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente HOSPITAL E MATERNIDADE DR. CRISTOVÃO DA GAMA S/A
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/12/1991

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

Empresa exclusivamente prestadora de serviço. Impossibilidade da recorrente pleitear restituição/compensação de Finsocial unicamente com subsidio em decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade de tal cobrança apenas para empresas compradoras e vendedoras de mercadorias e mistas.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.


ANELISE DAÚDT PRIETO - Presidente


NANCI GAMA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nilton Luiz Bartoli, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto, Luis Marcelo Guerra de Castro, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Adoto o relatório da delegacia da receita federal de julgamento em Campinas/DF (fls.328 e 329), que passo a transcrever:

“Trata o presente processo de pedido de restituição protocolado em 20/07/1999, referente a valores recolhidos a título de Contribuição para o Fundo de Investimento Social — Finsocial, relativo à parcela acima da alíquota de meio por cento, referente ao período de apuração de setembro de 1989 a dezembro de 1991. A fl. 92, consta Pedido de Compensação protocolado em 30/07/1999, relativo à restituição pleiteada.

A autoridade fiscal indeferiu o pedido (fls. 93/94), sob a alegação de que o direito de o contribuinte pleitear a restituição ou compensação do indébito estaria decaído, pois o prazo para repetição de indébitos relativo a tributo ou contribuição pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis, seria de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, nos termos do disposto no Ato Declaratório SRF n.º 96, de 26 de novembro de 1999.

Cientificada do indeferimento em 24/03/2000 (fl. 95v), a contribuinte impugnou o despacho decisório em 24/04/2000 (fls. 96/100), alegando, em síntese, que:

- o prazo de cinco anos para a repetição de indébito de tributo inicia-se quando ele tornou-se indevido, pela declaração de inconstitucionalidade, pela edição de Resolução do Senado Federal ou ato do Poder Executivo ou Legislativo, dispensando a constituição do crédito tributário;*
- a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito a restituição de recolhimento indevido, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.*

A DRJ Campinas, ratificando o Despacho Decisório da DRF, indeferiu o pleito, por meio da Decisão DRJ/CPS n.º 920, de 26/06/2001 (fls. 102/109), cujas ementas abaixo se transcreve:

RESTITUIÇÃO DE INDEBITO. DECADENCIA. O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA. O crédito tributário extinto pelo pagamento, não influenciando, na contagem do prazo para pleitear a repetição de indébito, o fato de ter sido sob condição resolutória. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO. Não há falar em restituição do Finsocial quando recolhido pelas prestadoras de serviços, de acordo com as alíquotas consideradas constitucionais pelo

Supremo Tribunal Federal e não demonstrado o efetivo pagamento indevido ou maior que o devido.

Cientificada da decisão da DRJ em 16/07/2001 (fl. 114), a interessada apresentou recurso ao Conselho de Contribuintes em 09/08/2001 (11s. 115/120), alegando, em síntese, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito a restituição de recolhimento indevido.

Em 11/05/2004, a Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 303-31.394 (fls. 125/154), entendendo que o prazo prescricional tinha se iniciado na data em que a Administração reconheceu a inexigibilidade de recolhimento do Finsocial acima da alíquota de 0,5%, com a publicação da Medida Provisória nº 1.110, de 31 de agosto de 2005, rejeitou a arguição da extinção do direito de a interessada pleitear a restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente, remetendo o processo à primeira instância administrativa para análise dos demais aspectos.

Em 22/09/2004, a PGFN apresentou recurso especial a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao qual foi negado provimento, resultando no Acórdão CSRF/03-04.786 (fls. 200/205).

A DRF em Santo Andre, reapreciando então o pleito da interessada, novamente indeferiu-o, conforme despacho decisório de fls. 232/244, cuja ementa abaixo se transcreve:

FINSOCIAL. RESTITUVO DE INDEBITO. EFICACIA DE DECISITO JUDICIAL. DECLARACA- O DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTARIA. SUSPENSÃO DA EXECUCO DE LEI. MAJORACOES DAS ALIQUOTAS DAS EMPRESAS DEDICADAS EXCLUSIVAMENTE A PRESTACJO DE SERVIÇOS.

Decisões judiciais tem eficácia inter pars.

Inocorrência de suspensão da execução dos artigos declarados inconstitucionais.

Interessado não foi parte legítima da lide.

Majorações da alíquota do Finsocial de empresas dedicadas exclusivamente a prestação de serviços são constitucionais.

Receitas do interessado provenientes exclusivamente de prestação de serviços."

Cientificada do indeferimento de seu pleito por meio desse novo despacho decisório, a interessada apresentou manifestação de inconformidade à DRJ de Campinas/SP, ao qual teve novamente indeferido seu pedido, segundo a ementa abaixo transcrita:

"ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/12/1991

EMPRESAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇO. ALÍQUOTAS. COMPENSAÇÃO.

Para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, as majorações da alíquota do Finsocial foram consideradas constitucionais, não gerando créditos a compensar os recolhimentos efetuados de acordo com a legislação que promoveu essas alterações.

Rest/Ress. Indeferido - Comp. não homologada”

Dessa decisão recorre a contribuinte, onde, além de reiterar suas razões de inconformidade, insiste novamente no fato de que, não obstante ao fato da decisão do STF deixar clara a constitucionalidade tanto da cobrança, quanto da majoração das alíquotas referentes ao Finsocial de empresas exclusivamente prestadoras de serviços, no caso em tela trata-se na verdade de uma empresa de natureza mista, isto é, cuja atividade não consiste apenas na prestação de serviços hospitalares, como também no fornecimento de medicamentos e alimentação.

É o Relatório.



Voto

Conselheira NANJI GAMA, Relatora

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal, portanto, dele tomo conhecimento.

Recorre a contribuinte da decisão proferida pela DRJ de origem que indeferiu seu pedido de restituição/compensação, objeto da presente lide.

A questão central versa sobre a natureza da atividade desenvolvida pela contribuinte, isto é, se de prestação de serviços ou mista, para o fim de saber se ela tem direito ou não à restituição/compensação requerida, com base em decisões do STF acerca da inconstitucionalidade da cobrança de Finsocial para empresas compradoras e vendedoras de mercadorias e mistas, eis que o próprio STF considerou constitucional a cobrança de Finsocial para as empresas apenas prestadoras de serviços.

A recorrente alega, com base em seu estatuto social, que não pode ser enquadrada como empresa exclusivamente prestadora de serviço, na medida em que sua atividade consiste na prestação de atividade hospitalar com fornecimento de medicamentos e alimentação.

Acontece que, apesar de tudo que foi apresentado em seu recurso, não fica clara a exploração ou possível exploração de atividade comercial de natureza mista pela Recorrente, pelo contrário, por ser tratar de atividade de prestação de serviços hospitalares, com internações, não resta dúvida de que é inerente e essencial ao bom exercício desta atividade ministrar medicamentos, assim como fornecer alimentação aos internos. Isso fica ainda mais claro com a fácil constatação de que o fornecimento de medicamentos e alimentação é cobrado inserido ao valor dos serviços prestados, o que caracteriza tal como parte da prestação.

Desta forma, o fornecimento de alimentação e medicamentos aos pacientes não podem ser dissociados da prestação dos serviços médicos-hospitalares, pois se assim fossem, descaracterizariam a prestação do serviço como um todo, tornando-o impraticável, o que permite concluir que tal fornecimento é parte integrante de todo o serviço, sem o qual não poderia ser realizado.

Tanto são imprescindíveis para a prestação de serviços hospitalares, que a ordenamento tributário desconsidera o fornecimento de alimentação e de medicamentos, nele inserido, para fins de tributação pelo ICMS e apenas o considera como serviço, sujeito a incidência de ISS, sendo tal entendimento oriundo de uma interpretação sistemática do ordenamento tributário pátrio, e não apenas por uma atribuição de competência tributária constitucional, como argüi a recorrente.

Portanto, fica bem claro que, sendo o objeto da sociedade em questão a exploração do ramo hospitalar mediante internação com fornecimento de medicamentos e alimentos, a Contribuinte somente pode ser enquadrada como empresa puramente prestadora de serviços.

 5

O entendimento acima pode ser verificado nas seguintes ementas abaixo transcritas:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA EXTINTIVA SEM MÉRITO. CPC, ARTIGO 515, §§ 2º E 3º. CONTRIBUIÇÃO AO FINSOCIAL. ARTS. 195, I DA CF/88 E 56 DO ADCT.

MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA PELAS LEIS NºS 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 E 8.147/90. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA EM PARTE.

IV - O C. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88 e das majorações de alíquotas pelo art. 7º da Lei nº 7.787/89; o art. 1º da Lei nº 7.894/89 e o art. 1º da Lei nº 8.147/90, em relação às quais a exigência deve seguir as regras do Decreto-Lei nº 1.940/82 e suas alterações anteriores à Constituição Federal de 1988, normas estas recepcionadas pelo art. 56 do ADCT, assim seguindo-se até a vigência das regras da Lei Complementar nº 70/91 (diploma que substituiu a FINSOCIAL pela COFINS), entendimento este, porém, restrito às empresas comerciais, instituições financeiras e sociedades seguradoras (que eram referidas no art. 1º, § 1º, do Dec-Lei nº 1.940/82).

V - Em relação às pessoas jurídicas públicas e privadas exclusivamente prestadoras de serviços, cuja exigência do FINSOCIAL foi estabelecida pelo art. 28 da Lei nº 7.738/89, a Suprema Corte firmou posicionamento pela constitucionalidade da exigência da contribuição, inclusive com as alíquotas majoradas pelas Leis nº 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90. Súmula nº 658 do C. STF e precedentes desta Corte.

VI - A autora CLINICA DE REPOUSO DE ITAPIRA S/C LTDA, tem por objeto social a exploração de um hospital neuro-psiquiátrico, tratando-se, portanto, de pessoa jurídica de direito privado exclusivamente prestadora de serviços, estando sujeita ao recolhimento do FINSOCIAL inclusive pelas alíquotas majoradas.

(TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO - APELAÇÃO CÍVEL – 345814.
Decisão de 17/05/2007. Grifou-se)

ISS - SERVIÇOS DE ASSISTENCIA MÉDICA - MEDICAMENTOS E REFEIÇÕES SERVIDOS NOS HOSPITAIS - INCIDENCIA.

COMO OS SERVIÇOS DE ASSISTENCIA MÉDICA PRESTADOS PELOS HOSPITAIS SÃO INCLUIDOS NA LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 E ENVOLVEM O FORNECIMENTO DE MERCADORIAS (REMÉDIOS E ALIMENTAÇÃO) ESTÃO ELES SUJEITOS APENAS AO ISS.

NÃO SE PODE DESTACAR DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTENCIA MÉDICA, COMO UM TODO, A PARTE DELA INTEGRANTE REFERENTE AO FORNECIMENTO DE REMÉDIOS E ALIMENTAÇÃO AOS PACIENTES.

RECURSO PROVIDO.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL –
40161. Decisão: 15/12/1993. Grifou-se)”

Sendo assim, não há como deferir o pleito da Recorrente de ser restituída, mediante compensação, do valores recolhidos acima de 0,5% a título de Finsocial, em razão da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade de tal cobrança apenas para empresas compradoras e vendedoras de mercadorias e mistas.

Por todo exposto, conheço do recurso, mas NEGÓ PROVIMENTO, mantendo integralmente a r. decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2008


NANCI GAMA - Relatora