



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10882.001339/2002-79
SESSÃO DE : 25 de fevereiro de 2005
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675
RECURSO Nº : 128.470
RECORRENTE : TV STÚDIOS DE BRASÍLIA S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

FINSOCIAL.

INDÉBITO TRIBUTÁRIO. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. IMPROCEDÊNCIA.

O art. 28 da Lei nº 7.738/89 que instituiu a contribuição social sobre a receita bruta das empresas prestadoras de serviços, bem como as normas que elevaram em até 2% a alíquota da contribuição devida por essas empresas, teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo STF (STJ, REsp. 158.454/SP, 2ª Turma).

RESTITUIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

A lei que trata de dispensa de constituição de créditos pela Fazenda Nacional oriundos do recolhimento da Contribuição para o FINSOCIAL superior a 0,5%, contempla exclusivamente as empresas vendedoras de mercadorias e mistas, não amparando as empresas prestadoras de serviços.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 25 de fevereiro de 2005

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSECA DE MENEZES e LISA MARINI FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional LEANDRO FELIPE BUENO. Fez sustentação oral o Dr. Albert Limoeiro OAB/DF nº 4.176/E.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675
RECORRENTE : TV STÚDIOS DE BRASÍLIA S/C. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

RELATÓRIO

A recorrente já identificada formalizou junto a Delegacia da Receita Federal em Osasco-SP, em 04/04/02 (fls. 01/02), pedido de restituição no valor de R\$ 593.577,56, concernente a valores recolhidos à alíquota excedente a 0,5% de FINSOCIAL no período de set/89 a mar/92, conforme planilhas de fl. 03 e 42, e DARF's de fls. 25/40, com fundamento nas IN/SRF Nº 21/97, posteriormente alterada pela IN 73/97 e Lei 9.430/96, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88 pelo STF. Em apoio à sua tese colaciona nos autos cópia do Ac. CSRF/01-03.329, de 19/03/01, que trata de decadência e do termo inicial da contagem em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária.

O Serviço de Orientação e Análise Tributária – SEORT - da referida Delegacia, através do Parecer DRF/OSA/SEORT nº 041/2202 (fl. 83), considerando o Ato Declaratório/SRF nº 96/99 e o Parecer PGFN/CAT 1538/99, consubstanciados nos arts. 165-I e 168-I do CTN, PUGNA pelo indeferimento da solicitação apresentada, sendo o mesmo indeferido por meio de Despacho Decisório, argüindo a extinção do prazo para o atendimento do pleito formulado às fls. 01/02.

Manifestando o seu inconformismo a postulante (fls. 85/91) contestou o entendimento firmado no referido despacho, argüindo sucintamente:

- A Requerente é pessoa jurídica que exerce atividade mista e a partir do reconhecimento expresso pela Administração Pública, por intermédio do art. 1º - III, da IN/SRF 31/97, de que a contribuição do Finsocial exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei 7.689/88, que majorou a alíquota da referida contribuição, não mais poderia ser cobrada, em razão de sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, em controle difuso, requereu a restituição daqueles valores recolhidos que excederam a alíquota de 0,5%, sendo indeferido o pedido sob o argumento de que decaíra o seu direito à postulação.
- Que nos termos do art. 2º do mesmo ato normativo, as autoridades competentes ficaram autorizados a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria, para fins de alterar total

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675

ou parcialmente os respectivos créditos da Fazenda Nacional, tornando assim o efeito da decisão do STF *erga omnes* e exercitável o direito de o contribuinte requerer os valores recolhidos a maior, eis que a decisão proferida pelo STF gerou efeito incidental, portanto, sendo ilegal até então a satisfação do direito ora postulado.

- Assim, a partir desse momento, da edição da IN/SRF 31/97 é que se iniciou o prazo de contagem de cinco anos, previsto no art. 168-I do CTN, para que a Recorrente pudesse pleitear a restituição deste crédito.
- A edição dessa norma caracteriza-se como uma decisão administrativa irreformável, nos termos do art. 156 IX do CTN. Nesse sentido a edição da IN/SRF 32, posteriormente, veio a autorizar a compensação dos valores recolhidos à título de contribuição ao FINSOCIAL à alíquota excedente a 0,5%, com os valores de COFINS, entendimento esse pacificado pela jurisprudência administrativa a exemplo do Ac. CSRF/01-03.239, que entende que a publicação
- de ato administrativo reconhece o caráter indevido da exação tributária. Que pela simples análise do objeto social constante da Cláusula II do Contrato Social da Requerente, ela também exerce a atividade de exploração de propaganda comercial em toda a sua plenitude, assim, definitivamente, a requerente não é empresa exclusivamente prestadora de serviços.
- Finalmente, caso essa E. Turma de julgamento assim não entenda, o que se admite somente a título de argumentação, resta a jurisprudência pacífica dos Conselhos de Contribuintes, que em tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso da contribuição ao FINSOCIAL), tem se pronunciado no sentido de que a contagem do prazo para o pedido de restituição, nos termos do art. 168-I do CTN, se inicia somente após a homologação do pagamento, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, em se tratando de tributo cujo recolhimento é efetuado antes do exame, pela autoridade administrativa, dos elementos fáticos que ensejaram o pagamento, o crédito tributário somente se considera extinto com a homologação, portanto é da homologação que se conta o prazo extintivo do direito à restituição (REsp. 44.221-4/PR (94.0004856-4), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Recorrente - Fazenda Nacional e recorrido - Édison Santos

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675

Machado e outros; RESp. 12.139-2/RS (970013978-6), Rel. Min. Peçanha Martins, recorrente – Fazenda Nacional e recorrida - Construtiva Engenharia Ltda; Acórdão 102-44.486.

Requer a reforma do despacho decisório pela Delegacia de Julgamento.

A Decisão da DRJ/CPS nº 3.792/03, de 10/04/03 (fls. 93/99) prolatou o acórdão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

“FINSOCIAL. PRESTADORA DE SERVIÇOS. CONSTITUCIONALIDADE.

Não há falar em restituição do Finsocial quando recolhido pelas empresas exclusivamente prestadoras de serviços, de acordo com as alíquotas consideradas constitucionais pelo supremo Tribunal Federal.

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de prescrição da repetição de indébito do Finsocial extingue-se com o transcurso do quinquênio legal a partir de 02/04/93, data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal – RE 150.764 – que julgou inconstitucional a majoração da alíquota. Pedidos apresentados após essa data não podem ser atendidos. Tanto pela interpretação do STJ, quanto pela posição da Administração, que, seguindo precedentes do STF sobre o prazo de extinção do direito de pleitear restituição, considera-o como sendo de cinco anos a contar do pagamento, inclusive para os tributos sujeitos à homologação.

Solicitação indeferida.”

Defende a decisão que:

1. Após mais de 09 (nove) anos do último recolhimento, a contribuinte entendeu por bem solicitar restituição e ou compensação (04/04/02) de parte daqueles valores, que teriam sido efetuados em montante superior ao devido, sob os auspícios da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, da alíquota do Finsocial excedente a 0,5%, de acordo com o art. 9º da Lei 9.317/96.
2. Que a jurisprudência tanto administrativa quanto jurídica é pacífica no sentido de que apenas para as empresas comerciais

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675

seria inconstitucional a majoração da alíquota do Finsocial, não sendo esta a hipótese da requerente, que é empresa exclusivamente prestadora de serviços, caso em que a cobrança do Finsocial foi considerada constitucional.

3. Que laboram de acordo com esse entendimento os Acs. 201-73021 e 203-07917 do Segundo Conselho de Contribuintes e REsp. 158454/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.
4. Que o simples fato de constar do objeto social da sociedade, cláusula II do contrato social, expressamente que “na execução dos serviços, explorará a propaganda comercial” não a convola para empresa comercial, pois a propaganda também é prestação de serviços. Outrossim, demonstra, portanto que essa atividade é complementar aos serviços prestados pela sociedade.
5. Afora isso, as Declarações de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica juntadas aos autos, relativas aos anos de 1991 e 1992, comprovam que a empresa somente possuía receitas de prestação de serviços pela sociedade.
6. Que tratando-se a contribuinte de empresa exclusivamente prestadora de serviços, não tem ela direito à restituição do Finsocial, em virtude de o STF Ter julgado constitucional tal exação.
7. Ainda que houvesse, entre aqueles recolhimentos listados pela interessada, algum pagamento maior que o devido, seu pedido não teria nenhuma possibilidade de prosperar, em face da extinção do direito à restituição.
8. Que o Parecer PGFN/CAT 1538/99 se pronunciou no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF não faz nascer um novo prazo de repetição e de que tal prazo, para efeito de restituição de tributos, finda com o decurso de cinco anos contados da data do pagamento, havendo a SRF já se pronunciado nesse sentido.

Notificada da decisão de primeira instância mediante oposição de assinatura em Aviso de Recebimento – AR, em 12/05/03 (fl. 100), a postulante avia o seu recurso voluntário em 10/06/03 (fls. 101/108), portanto, tempestivamente, reiterando os termos contidos na exordial, para argüir sucintamente:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675

- Que da leitura sobre o objeto social da recorrente depreende-se que esta possui duas atividades primordiais, quais sejam: a execução de serviços de radiodifusão de sons e imagens (atividade de prestação de serviços) e exploração de propaganda comercial (atividade comercial).
- Portanto, tendo em seu contrato social expressamente como objeto tanto a prestação de serviços como a exploração de propaganda comercial, resta cristalino que a Recorrente possui atividade mista.
- No que pese a arguição do acórdão recorrido, não se pode admitir que propaganda comercial é prestação de serviços, tampouco que sua exploração é "atividade complementar aos serviços prestados pela sociedade".
- Que o fato de a empresa não haver contabilizado nas declarações de imposto de renda apresentadas suas receitas com vendas de propaganda, não constitui tal fato prova de que a atividade exercida pela Recorrente é exclusivamente de prestação de serviços.
- Que relativamente ao prazo para pleitear a restituição, o reconhecimento pela Administração Tributária deu-se somente em 10/04/97, com a publicação da IN/SRF 31/97, já que foi essa edição que reconheceu administrativamente, com efeito *erga omnes*, o pagamento indevido ou a maior, extinguindo definitivamente o crédito tributário.
- Assim, somente a partir desse momento, se inicia o prazo de contagem de 5 anos, previsto no art. 168-I do CTN, para que a Recorrente pudesse pleitear a restituição.
- Nesse sentido o art. 2º do mesmo ato normativo autorizou os Delegados e Inspetores da Receita Federal a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria, para fins de alterar total ou parcialmente os respectivos créditos da Fazenda Nacional.
- Que não se alegue que o reconhecimento pela Administração Pública do caráter indevido do Finsocial deu-se com a publicação da MP 1.110/95, posto que, medida provisória não convertida em lei, perde sua eficácia desde o início (efeito *extinctio*).

107

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675

- Que somente com esse entendimento é que se garante a segurança jurídica tanto do contribuinte como do próprio Fisco, eis que não se corre o risco de adotar um procedimento de compensação de créditos com débitos que futuramente podem ser considerados devidos pelo Fisco, que tem a certeza de quais tributos pode exigir.
- Caso não se admita o exposto, que seja considerado o marco inicial do prazo para que a Recorrente pudesse pleitear o pedido de restituição de créditos tributários contido no presente processo, o de publicação da Lei 10.522/02 (lei originária da MP 1.110/95 e suas reedições).

Requer a reforma da decisão de primeira instância.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675

VOTO

A matéria versa sobre o reconhecimento do direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, em 02/04/93; sobre o marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito; bem como quanto ao posicionamento deste juízo sobre a efetiva realização pela ora recorrente de atividade de venda de mercadorias no período objeto de questionamento.

Assinale-se, por oportuno, que o juízo *a quo* consubstanciou o seu entendimento no Parecer PGFN/CAT nº 1538/99 e AD/SRF nº 96/99, que se manifesta sobre o direito creditório do contribuinte nos termos do art. 165-I e 168-I, além do art. 156-I, todos do CTN, tratando da extinção do direito à restituição a partir da data do pagamento efetuado a maior ou indevido de tributo pelo contribuinte e do lapso temporal para que o pedido de ressarcimento seja formulado, respectivamente.

Entretanto, esse mesmo Juízo ao verificar o lapso temporal transcorrido entre a data dos recolhimentos efetuados e a data em que a ora recorrente formulou o pedido de restituição, ultrapassara de cinco anos, pronunciou-se quanto à decadência do lapso temporal no que concerne à formulação do pedido. No que concerne ao direito da contribuinte à restituição, indeferiu o pleito sob o argumento de que sendo a sociedade exclusivamente prestadora de serviço, a contribuição era devida, portanto, não fazendo jus a contribuinte à restituição requerida.

De outra parte, a contribuinte argúi que a sociedade além de desenvolver atividades de prestação de serviços, também o faz relativamente à venda de propaganda comercial, constituindo esta última uma atividade de comércio, uma vez que se utiliza dos mais variados recursos para propalar as vantagens, as utilidades e os méritos de um produto, induzindo os compradores a preferi-lo. Portanto, mais do que um serviço, é um produto que a empresa oferece a seus clientes.

De antemão, no caso sob exame, observa-se que a contribuinte, sociedade prestadora de serviços, além dos argumentos oferecidos e constantes dos autos, não apresentou nenhum documento hábil que de fato comprovasse que, à época do período questionado, promoveu atividade de venda de mercadoria, qual seja a propaganda comercial. Nem mesmo as DIRPJ juntadas nos autos na fase de instrução processual (fls. 46 e 56), relativas aos exercícios de 1991 e 1992, atestam que a empresa possuía receitas de venda, além das receitas de prestação de serviços.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.470
ACÓRDÃO Nº : 301-31.675

Outrossim, nova oportunidade foi concedida à recorrente para se manifestar a respeito da matéria objeto da decisão de primeira instância que indeferiu a sua solicitação, por ocasião da interposição do seu recurso voluntário. Destarte, nenhum fato novo ou superveniente que ensejasse a alteração do julgado *a quo* foi acostado nos autos.

De sorte que em homenagem aos princípios da legalidade e da verdade material, este Julgador solidariza-se com o entendimento contido no Acórdão DRJ/CPS de fls. 93/99, de que não há que se falar em restituição do FINSOCIAL recolhido por pessoa jurídica exclusivamente prestadora de serviços, posto que a dispensa dos atos administrativos concernentes à exação dessa contribuição em alíquota superior a 0,5%, dá-se somente em relação as empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, nos termos do art. 17-III da MP 1.110/95, com redação dada pelo art. 18-III da Lei 10.522/02.

Constatado que a ora recorrente não se insere no universo das pessoas jurídicas que fazem jus à restituição pleiteada, não há que se falar em prazo prescricional.

Ante o exposto, conheço do recurso por tratar de matéria de competência deste Conselho e por preencher os demais requisitos necessários à sua admissibilidade para, no mérito, negar-lhe provimento.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 25 de fevereiro de 2005


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Relator