



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10280.904806/2012-75
Recurso nº 1 Embargos
Acórdão nº **1301-003.195 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de junho de 2018
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PER. REPETIÇÃO DE INDÉBITO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado PREV SAÚDE NÚCLEO DE PREVENÇÃO DA SAÚDE LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NOVA MANIFESTAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES.

Constatada omissão no acórdão embargado, prolata-se nova decisão para supri-la, implicando necessários efeitos infringentes quando, na nova decisão, conclui-se pela alteração no resultado do julgado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SUPERAÇÃO DE ÓBICES EM QUE SE BASEARAM AS DECISÕES ANTERIORES. IMPOSSIBILIDADE DE DECISÃO DE MÉRITO EM INSTÂNCIA ÚNICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

No julgamento de recurso voluntário em que se supera óbice que embasou tanto o despacho decisório da unidade de origem, quanto o acórdão de primeira instância, a conversão do julgamento em diligência para apreciação do mérito do pedido, com o posterior retorno dos autos ao CARF para nova decisão poderá implicar cerceamento do direito de defesa do contribuinte em razão da impossibilidade de apresentação de recurso em matéria probatória.

INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA.

A prova do indébito tributário, fato jurídico a dar fundamento ao direito de repetição ou à compensação, compete ao sujeito passivo que teria efetuado o pagamento indevido ou maior que o devido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração para suprir omissão na decisão embargada, com efeitos infringentes, e dar provimento parcial ao recurso voluntário para superar os óbices em que se basearam o despacho decisório e a decisão de primeira instância, determinando o retorno dos autos à unidade de origem para que analise o mérito do direito creditório pleiteado, retomando-se, a partir daí, o rito processual habitual.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, Jose Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente). Ausente, justificadamente, a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Os autos do processo tratam do pedido de repetição de indébito tributário.

Nesta instância recursal, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário contra o Acórdão da DRJ/Recife (3ª Turma) que julgara Manifestação de Inconformidade improcedente.

Na sessão de **23/02/2018**, esta Turma afastou o óbice que, até então, impedia a análise de mérito da lide e converteu o julgamento em diligência, conforme Resolução nº **1301-003.560- 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**, que transcrevo a parte dispositiva e voto condutor do Relator, *in verbis*:

(...)

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

(...)

Voto

(...)

As decisões, até agora proferidas nos autos, não enfrentaram o mérito da lide, se a contribuinte, de fato, teve receitas da atividade hospitalar, qual o percentual das receitas da atividade hospitalar (caso auferiu receitas de atividades outras, diversas da atividade hospitalar) e se realmente ocorreu o erro de fato na apuração e pagamento da exação fiscal no regime do lucro presumido, quanto ao (s) período (s) objeto (s) do PER.

O Despacho decisório, simplesmente, denegou o pleito, pois o valor do pagamento, restou alocado, consumido, inteiramente, pelo débito confessado na DCTF, do mesmo período de apuração.

Já a decisão recorrida, além desse fundamento citado, entendeu que a contribuinte não comprovou que exercera atividade de serviço hospitalar, no período considerado, à luz da legislação de regência.

A legislação tributária federal de regência de apuração do lucro presumido e pagamento dos tributos (IRPJ e CSLL), quanto à atividade serviços hospitalares estabeleceu condições, critérios, que devem ser observados pelos contribuintes para fazer jus à apuração e pagamento desses tributos com coeficientes reduzidos de presunção do lucro (Lei nº 9.249/1995, arts. 15 e 20; IN SRF nºs 306/2003, ADI 18/2003, IN SRF 480/2004, IN RFB 791/2007, ADI RFB 19/2007, Lei 11.727/08 e IN RFB 1.234/2012), ou seja, necessidade de comprovar:

a) serviço de natureza hospitalar, nos termos da legislação da ANVISA;

b) estrutura material/física e de pessoal;

c) forma de exploração/organização da atividade.

Entretanto, esses requisitos ou condições estabelecidos na legislação tributária citada, estão mitigados no seu rigor, na sua aplicação, conforme atual entendimento do STJ, ou seja: (...).

A contribuinte juntou, apenas, algumas cópias de notas fiscais de prestação de serviços hospitalares, cópias de instrumentos de contratos de prestação de serviços quanto ao PA em que teria efetuado pagamento indevido ou a maior do IRPJ e da CSLL, o que é insuficiente para formação da convicção do julgador de que suas receitas no período teriam decorrido somente de prestação de serviço hospitalar, para fazer jus à tratamento tributário diferenciado, coeficientes de reduzidos de presunção do lucro.

(...)

Por todas essas razões, entendo que nesta Sessão de Julgamento não há condições de julgar a lide, pois, como demonstrado, as provas carreadas aos autos são insuficientes para formação da convicção do julgador, quanto ao mérito.

Há necessidade de instrução processual complementar, em observância dos princípios do formalismo moderado e da verdade material.

Sendo assim voto pela conversão do julgamento em diligência, determinando o retorno dos autos unidade de origem da RFB, no caso à Fiscalização da DRF/Belém, para:

- intimar a contribuinte a fazer a comprovação das receitas escrituradas decorrentes da atividade de prestação serviço hospitalar quanto ao (s) trimestre (s) objeto (s) dos autos, em que teria ocorrido pagamento indevido ou a maior do IRPJ e/ou CSLL, excluídas as receitas de consultas médicas e de atividades ou prestação de serviços não relacionadas à promoção da saúde humana, consoante entendimento atual do STJ -Acórdão do REsp 1.116.399/BA, da 1ª Seção do STJ, Recurso submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Sessão de Julgamento de 28/10/2009, já transcrito anteriormente;

- determinar, em relação à receita total escriturada no (s) trimestre (s) considerado (s) (faturamento), qual o percentual que corresponde à receita efetiva de prestação de serviço hospitalar;

- determinar o valor do crédito do IRPJ e/ou da CSLL, caso exista pagamento indevido ou maior no (s) trimestre (s) considerado (s) objeto (s) dos autos, e informar se o valor do crédito apurado (original), se está disponível ou não para restituição.

Encerrados os trabalhos de diligência fiscal, a Fiscalização deverá produzir relatório circunstanciado, com demonstrativos, e conclusivo, apresentando os resultados, e do qual a contribuinte deverá ser intimada, abrindo-se prazo de trinta dias para se manifestar nos autos, caso queira.

Transcorrido referido prazo, com ou sem manifestação da contribuinte, que retornem os autos a este CARF para julgamento da lide.

(...)

Entretanto, o Presidente do próprio Colegiado apresentou Embargos de Declaração ao que restara decidido, conforme **Despacho nº s/nº – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**, de **24/04/2018**, que transcrevo , *in verbis*:

(...)

No julgamento do recurso do processo em epígrafe, entendeu o colegiado em superar os óbices de direito, elencados preliminarmente, pela unidade de origem para não reconhecer o direito creditório pleiteado.

Ato contínuo, entendeu-se por bem converter julgamento em diligência a fim de que a unidade de origem, superadas as questões de direito, procedesse às análises de fato a fim de verificar a liquidez e a certeza do crédito pleiteado. Ao final, deveria elaborar relatório circunstanciado, abrindo-se vista ao contribuinte para que esse, querendo, se manifestasse a respeito das conclusões da autoridade fiscal, e a seguir encaminhasse os autos novamente ao CARF para que pudesse, enfim, decidir sobre o mérito da exigência.

Pois bem, assim deliberando, o colegiado deixou de se manifestar sobre eventual prejuízo do contribuinte, em tese, ao direito de recurso em caso de não reconhecimento integral do crédito pleiteado, uma vez que o mérito da exigência poderia não vir a ser examinado não examinado pela DRJ, acarretando, repita-se, em tese, supressão de instância.

Por essas razões, nos termos do inciso I, do art. 65, do Anexo II do RICARF, oponho os presentes embargos de declaração em razão de omissão, no acórdão embargado, de ponto sobre qual deveria pronunciar-se a turma.

*E, a fim de se evitar burocracia absolutamente desnecessária, tendo em vista que compete ao Presidente do colegiado analisar a admissibilidade dos embargos, **já o admito de plano**, determinando-se o encaminhamento dos autos ao relator do acórdão embargado para relato e inclusão em pauta de julgamento.*

(...)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

O julgamento deste processo segue a sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º, 2º e 3º, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Portanto, ao presente litígio aplica-se o decidido no **Acórdão nº 1301-003.183, de 14/06/2018**, proferido no julgamento do **Processo nº 10280.904791/2012-45**, paradigma ao qual o presente processo fica vinculado.

Transcreve-se, como solução deste litígio, nos termos regimentais, o entendimento que prevaleceu naquela decisão (**Acórdão nº 1301-003.183**):

"Conheço dos Embargos de Declaração, pois tempestivos e atendem aos pressupostos de admissibilidade.

Conforme já relatado, a Resolução desta Turma, ao afastar os óbices que - até então - impediram análise de mérito da lide pelas decisões anteriores neste processo, deixou de se manifestar sobre eventual prejuízo, em tese, da contribuinte ao direito de recurso, na hipótese de não reconhecimento ou reconhecimento parcial do direito creditório no mérito pela decisão que seria proferida após o retorno dos autos contendo o relatório - resultado da diligência. Por isso, dos Embargos de Declaração manejados pelo Presidente desta própria Turma.

De fato, na Resolução embargada o colegiado entendeu por bem superar os óbices em que se basearam o despacho decisório e a decisão de primeira instância.

Contudo, ao se determinar, superados os óbices, a conversão do julgamento em diligência para apreciação do mérito do pedido, com o posterior retorno dos autos ao CARF para nova decisão poderia implicar, em tese, cerceamento do direito de defesa da contribuinte em razão da impossibilidade de apresentação de recurso em matéria probatória.

Por essas razões, entendo que o encaminhamento mais adequado, no caso, deve ser: "dar provimento parcial ao recurso voluntário (afastar os óbices) e determinar o retorno dos autos à unidade de origem para analisar o mérito do crédito pleiteado" e, assim, ficam restabelecidas as instâncias de julgamento de que trata o Decreto nº 70.235/72.

Cabe à unidade de origem, DRF/Belém, analisar o mérito do crédito pleiteado.

Portanto, voto para acolher os embargos com efeitos infringentes."

Aplicando-se a decisão do paradigma ao presente processo, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 47, do Anexo II, do RICARF, voto por acolher os embargos de declaração para suprir omissão na decisão embargada, com efeitos infringentes, e dar provimento parcial ao recurso voluntário para superar os óbices em que se basearam o despacho decisório e a decisão de primeira instância, determinando o retorno dos autos à unidade de origem para que analise o mérito do direito creditório pleiteado, retomando-se, a partir daí, o rito processual habitual.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto