



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

Processo nº 11065.002706/2009-14
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1103-001.164 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de fevereiro de 2015
Matéria Autos de infração de IRPJ e CSLL. Percentual de presunção. Serviços hospitalares
Embargante ECOCLÍNICA ECOGRAFIA CLÍNICA S/S LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

Os embargos de declaração apenas são cabíveis em face de obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma (art.65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF), hipóteses não presentes no caso concreto.

PEDIDO DE PARCELAMENTO. DESISTÊNCIA RECURSAL.

O pedido de parcelamento relativamente a determinados créditos tributários exigidos configura desistência do recurso em tramitação e renúncia ao direito sobre o qual se funda (art.78 do Anexo II do Regimento Interno do CARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, conhecer parcialmente dos embargos, apenas quanto aos fatos geradores ocorridos a partir do 2º trimestre de 2006, para rejeitá-los, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)
Aloysio José Percínio da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fábio Nieves Barreira, André Mendes de Moura, Breno Ferreira Martins Vasconcelos, Marcos Shigueo Takata e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos pelo contribuinte em 23/4/14 (fls.1.483/1.492) em face do acórdão nº 1103-000.988, de 11/2/14, que recebeu a seguinte ementa (fls.1.425/1.445):

IRPJ. LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL DE PRESUNÇÃO. SERVIÇOS HOSPITALARES. A base de cálculo do imposto será determinada mediante a aplicação do percentual de trinta e dois por cento sobre a receita bruta auferida, para as atividades de prestação de serviços hospitalares (art.15, §1º, III, a, da Lei nº 9.249, de 26/12/95). No caso concreto, o fato de haver decisão transitada em julgado em tal sentido, quanto às receitas decorrentes da execução de exames de ecografia e prestação de serviços de clínica médica, afasta a aplicação da nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça, adotada sob a sistemática do art.543C do Código de Processo Civil (REsp nº 1.116.399/BA).

LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL DE PRESUNÇÃO. SERVIÇOS HOSPITALARES. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido será determinada mediante a aplicação do percentual de trinta e dois por cento sobre a receita bruta auferida, para as atividades de prestação de serviços hospitalares (art.20 c/c art.15, §1º, III, a, da Lei nº 9.249, de 26/12/95). No caso concreto, o fato de haver decisão transitada em julgado em tal sentido, quanto às receitas decorrentes da execução de exames de ecografia e prestação de serviços de clínica médica, afasta a aplicação da nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça, adotada sob a sistemática do art.543C do Código de Processo Civil (REsp nº 1.116.399/BA).

MULTA DE OFÍCIO.CABIMENTO. Comprovado nos autos que o trânsito em julgado das decisões judiciais desfavoráveis ao contribuinte foi certificado anteriormente à ciência dos autos de infração, não há se falar em suspensão de exigibilidade dos créditos tributários quando da autuação, sendo cabível a multa de ofício.

A ciência formal do contribuinte efetivou-se em 26/8/14 (fl.1.454).

O Embargante sustenta, em síntese, que o acórdão embargado teria contrariado expressamente a decisão da DRJ, reformando-a em seu prejuízo. Além do mais, teria sido omissa "...ao se preocupar somente em justificar o limite da coisa julgada em face do acórdão do TRF-4, que reformou a sentença favorável ao EMBARGANTE".

Às fls.1.455/1.456, noticia a inclusão de parte dos créditos tributários exigidos neste processo (4º trimestre de 2004 a 1º trimestre de 2006) no parcelamento especial instituído pela Lei nº 12.996, de 18/6/14.

Os embargos de declaração foram distribuídos com base no art.65, §2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (“O presidente da Turma poderá designar conselheiro para se pronunciar sobre a admissibilidade dos embargos de declaração”).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator.

Do juízo de admissibilidade

Os embargos de declaração são tempestivos.

Nos termos do Regimento Interno do CARF (Anexo II), os embargos de declaração são cabíveis para sanar obscuridade, omissão ou contradição existentes no acórdão:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

O Embargante inicialmente sustenta que para os fatos geradores ocorridos **até o primeiro trimestre de 2006**, período em que a Quinta Turma da DRJ – Porto Alegre (RS) não conheceu do litígio em razão da concomitância, o colegiado, ao prestigiar as decisões judiciais transitadas em julgado que determinaram a aplicação do percentual de 32% sobre as receitas advindas da realização de exames de ecografia e clínica médica, teria proferido julgamento *ultra petita*.

Com a informação de “...*que parte dos débitos tributários envolvidos na presente autuação – 4º trimestre de 2004 a 1º trimestre de 2006 – foi incluída no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS*”, **não se conhece dos embargos de declaração quanto a estes períodos**. De acordo com o Anexo II do Regimento Interno do CARF, o pedido de parcelamento configura renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto:

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

§3º No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o

recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente, descabendo recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional por falta de interesse.

Acrescente-se que sequer se poderia falar em *reformatio in pejus* decorrente da aplicação das decisões judiciais transitadas em julgado, pois caso se confirmasse a concomitância decidida em primeira instância, o efeito imediato seria a manutenção das autuações **com o percentual de presunção majorado**, pois o recurso voluntário quanto aos fatos geradores até o 1º trimestre de 2006 sequer teria sido conhecido. Ao revés, restou decidido no acórdão embargado a *‘incidência dos percentuais reduzidos de presunção (8% para o IRPJ; 12% para a CSLL) sobre as receitas consideradas, à exceção daquelas decorrentes da execução de exames de ecografia e prestação de serviços de clínica médica para as quais deve ser aplicado o percentual de 32% (trinta e dois por cento)’*.

Uma segunda omissão diria respeito aos limites da coisa julgada do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que sob as lentes do Embargante estaria assim caracterizada, *verbis*:

“15. A omissão que se pretende demonstrar tem justificativa no fato do acórdão embargado ter se preocupado somente em justificar o limite da coisa julgada em face do acórdão do TRF-4, que reformou a sentença favorável ao EMBARGANTE.

16. Vejamos algumas falhas técnico-jurídicas desse raciocínio:

a) o MM juiz de 1ª instância concordou com o lucro presumido de 8% mas explicitou que o limite da sentença eram as notas fiscais juntadas aos autos, para futura compensação dos tributos pagos a maior, pelo lucro presumido de 32%;

b) Em EMBARGOS DECLARATÓRIOS da Impetrante, o MM juiz reforçou esse ponto, negando-os;

c) a PFN apelou da sentença sem mencionar esse aspecto, que é fundamental, porquanto o MS é um processo cuja prova tem que ser pré-constituída, não tem os efeitos da ação declaratória;

d) O Acórdão do TRF-4 inverteu a tese da sentença do ponto de vista estritamente do lucro presumido de 8% x 32%.

17. Omitiu-se sobre a abrangência de período tributável.

18. Portanto, o acórdão do TRF-4 transitou em julgado com os limites das notas fiscais da sentença!

19. Ou seja, apenas ‘inverteu o sinal’ da sentença, sem se ater às provas documentais;

20. Basta fazer um raciocínio inverso para se comprovar a assertiva: se a EMBARGANTE tivesse logrado sucesso no TRF-4 e essa questão não fosse pré-questionada, ela só teria direito à compensação dos tributos pagos indevidamente das notas fiscais acostadas ao MS, pois a sentença assim estabeleceu.

21. Com a coisa julgada pode ser diferente, conforme o resultado da análise da tese aventada no processo?”

Da fundamentação dos embargos de declaração quanto ao ponto, nota-se que o contribuinte pretende, na realidade, rediscutir a matéria, o que, como sabido por todos, **não** é possível na estreita via dos embargos de declaração.

Ao enfrentar a alegação de defesa, de que a coisa julgada diria respeito apenas às notas fiscais acostadas à petição inicial, o acórdão a afastou sob o argumento de que as decisões proferidas pelo TRF – 4ª Região basearam-se no contrato social. Vejamos:

*“[...] no voto do Relator, Des. Federal Joel Ilam Paciornik, restou evidente que aquele colegiado **também decidiu sobre os serviços de clínica médica**, como não poderia ser diferente, pois o acórdão baseou-se no contrato social acostado à petição inicial, sem a ampliação do objeto outrora mencionada.*

.....

No contrato social (fls.70/74), consta como objeto social ‘...a prestação de serviços de ecografia e clínica médica’, e exatamente esta informação é a que foi considerada pela Primeira Turma do TRF – 4ª Região. A folha 84 mencionada pelo Relator contempla a Cláusula Segunda do contrato social, o que confirma que não apenas as atividades de ecografia foram excluídas do conceito de ‘serviços médicos’.

Na realidade, desde a sentença (fls.923/931), vê-se com clareza que a decisão não restringiu a análise aos exames de ecografia, conforme se extrai do seguinte excerto:

‘[...] Cabe analisar se os serviços de ecografia e clínica médica, prestados pela impetrante, se enquadram na categoria de ‘serviços hospitalares’ para fins de gozar do regime diferenciado

...

Assim, uma vez que os serviços de diagnóstico são considerados serviços hospitalares, é de ser reconhecido o direito da impetrante ao recolhimento do IRPJ com base de cálculo reduzida’. (destaquei)

Com o Mandado de Segurança nº 2005.71.08.0044775, referente à CSLL, impetrado em 17/5/05 (fl.1.077), os acontecimentos não ocorreram diferentemente. O Impetrante reafirmou ser ‘...explorador do ramo serviços de ecografia e clínica médica’. Na sentença, igualmente se assentou ‘...Cabe analisar se os serviços de ecografia e clínica médica, prestados pela impetrante, se enquadram na categoria de ‘serviços hospitalares’ para fins de gozar do regime diferenciado’ (fls.1.166/1.173). A ementa do acórdão da Primeira Turma do TRF – 4ª Região restou assim redigida (fl.1.205/1.209):

‘TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IRPJ. CSLL. SERVIÇOS HOSPITALARES. ARTS. 20 E 15, § 1º, III, ‘A’ DA LEI 9.249/95. NATUREZA DAS ATIVIDADES. ENQUADRAMENTO. RECEITA BRUTA. REDUÇÃO DE PERCENTUAL.

1. A atividade desenvolvida pela impetrante não encontra enquadramento no conceito de serviço hospitalar, para o

fim de incidência do IRPJ e a CSLL com percentuais de 8% e 12%, respectivamente, sobre a renda bruta, para a formação da base de cálculo destes tributos.

2. No caso do autos, as atividades da empresa não se enquadram no conceito de serviços hospitalares, para efeito de incidência da Lei nº 9.249/95, remanescendo aqueles concernentes à hemodiálise.

3. Posicionamento pessoal destronado em virtude do julgamento da 1ª Seção desta Corte, em 10 de junho de 2006, nos Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 2003.71.00.0311590.

4. Apelação da União e remessa oficial providas para julgar improcedente o pedido, e apelação da impetrante improvida.”

Nota-se, do respectivo voto condutor (fls.1.206/1.209), que também a decisão foi baseada no contrato social:

.....

Feitas tais considerações, não se sustentam, portanto, as alegações do Recorrente no sentido de que a discussão judicial limitara-se ao percentual de presunção aplicável aos serviços de ecografia, ainda que, como afirma, tenham sido anexadas aos Mandados de Segurança ‘algumas notas fiscais de ecografia’.

*Em suma, as decisões judiciais transitadas em julgado **fixaram que os serviços de ecografia e clínica médica não se enquadram no conceito de ‘serviços hospitalares’ para fins de aplicação do percentual de presunção na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.** Tal norma, estabelecida definitivamente pelo Judiciário para o caso concreto, deve ser prestigiada, aplicada pela Administração tributária.*

*Assim, **somente sobre as receitas advindas da realização de exames de ecografia e serviços de clínica médica deve, necessariamente, incidir o percentual de 32% (trinta e dois por cento), em todo o período autuado.***

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE dos embargos de declaração, apenas quanto aos fatos geradores ocorridos a partir do 2º trimestre de 2006, para REJEITÁ-LOS.

(assinado digitalmente)

Eduardo Martins Neiva Monteiro

Processo nº 11065.002706/2009-14
Acórdão n.º **1103-001.164**

S1-C1T3
Fl. 1.503

CÓPIA