

RECURSO ESPECIAL Nº 1.376.021 - RS (2013/0084399-5)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : SAPE SERVIÇO DE ANESTESIOLOGIA PEDIÁTRICA
SOCIEDADE SIMPLES LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : PAULO LEOPOLDO DAHMER - RS006326
ADVOGADOS : ANDRÉIA MINUZZI FACCIN - RS036414
MARIELE CAROLINE LAPOLLI E OUTRO(S) - RS074992
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por SAPE – SERVIÇO DE ANESTESIOLOGIA PEDIÁTRICA SOCIEDADE SIMPLES LTDA. contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

TRIBUTÁRIO - CSLL - IRPJ - PRESCRIÇÃO - BASE DE CÁLCULO - SERVIÇOS HOSPITALARES - ABRANGÊNCIA - ART. 15, § 1º, III, 'A', E ARTIGO 20 DA LEI Nº 9.249/95 - LEI Nº 11.727/08. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

1. Nos termos do restou decidido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621 (sessão de 04/08/2011), recurso que teve reconhecida a sua repercussão geral, as ações de repetição de indébito ajuizadas anteriormente à vigência da LC 118/05, têm prazo prescricional de 10 (dez) anos (tese dos cinco + cinco). Já as ações ajuizadas posteriormente a entrada em vigor da LC 118/05, a partir de 09/06/2005, têm o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

2. Entende-se por serviços hospitalares aqueles que estão relacionados às atividades desenvolvidas nos hospitais, ligados diretamente à promoção da saúde, essencial à população, nos termos do art. 6º da Constituição Federal, podendo ser prestados no interior do estabelecimento hospitalar, mas não havendo esta obrigatoriedade. Precedentes da Primeira Seção do STJ.

3. As empresas que prestam serviços de análises clínicas têm direito de recolher o IRPJ e a CSLL, respectivamente, no percentual de 8% e 12% sobre a receita bruta.

4. Hipótese em que a autora não comprovou se inserir na categoria das sociedades empresárias, descumprido, pois, um dos pressupostos legais para o acolhimento do pedido no ponto.

5. A União foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, atualizados pelo IPCA-E.

A parte recorrente alega ter havido contrariedade ao disposto nos arts. 150, § 4º, e 168 do CTN; 2.028 do Código Civil; e 3º da Lei Complementar 118/2005, ao argumento de que "o prazo de prescrição aplicável no caso é de 10 anos e não de 05 anos, como entendeu o acórdão recorrido" (e-STF fl. 392).

Defende, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 15, §1º, III, "a", da Lei n. 9.249/1995; do art. 966 do Código Civil e do art. 20 da Lei 10.684/2003, por entender que possui direito ao benefício de redução de base de cálculo do IRPJ e da CSLL, inclusive após a entrada em vigor da Lei 11.718/2008, mesmo sendo constituída sob a forma de sociedade simples para prestar serviços de natureza hospitalar.

Aduz que "o STJ já definiu que o benefício fiscal de redução da base de cálculo foi concedido de modo objetivo, pois em consideração o serviço prestado e não a natureza ou estrutura do prestador" (e-STJ fl. 403).

Contrarrrazões apresentadas pela FAZENDA NACIONAL, nas quais pede, preliminarmente, o não conhecimento do recurso e, no mérito, seu desprovemento (e-STJ fls. 445/449).

Passo a decidir.

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2 do Plenário do STJ).

Considerado isso, importa mencionar que o recurso especial origina-se de ação ordinária proposta pela recorrente para se ver autorizada a recolher o IRPJ e a CSLL como sociedade prestadora de serviços hospitalares.

No tocante à prescrição, o Tribunal de origem, ao exercer o juízo de admissibilidade, assentou que o acórdão recorrido apresenta-se em harmonia com a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (REsp 1.269.570/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgada em 23/05/2012, DJe de 04/06/2012). Desse modo, não cabe o reexame da irrisignação nesse ponto.

Do que se observa, o recurso igualmente não pode ser conhecido, tendo em vista encontrar óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ.

1. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 15, §1º, III, "A", DA LEI N. 9.249/1995; 966 DO CÓDIGO CIVIL; E 20 DA LEI 10.684/2003.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.116.399/BA, submetido ao regime de recursos repetitivos, firmou o entendimento, no tocante à aplicação das alíquotas reduzidas de IRPJ (8%) e CSLL (12%) – art. 15, § 1º, III, "a", da Lei n. 9.249/1995, de que: (a) "devem ser considerados serviços hospitalares 'aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde', de sorte que, 'em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos'; (b) a expressão 'serviços hospitalares' deve ser interpretada de forma objetiva (ou seja, sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte), porquanto a lei, ao conceder o benefício fiscal, não considerou o contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do próprio serviço prestado (assistência à saúde), que é, inclusive, alçado à condição de direito fundamental". Transcreve-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. LEI 9.249/95.

IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a forma de interpretação da expressão "serviços hospitalares" prevista na Lei 9.429/95, para fins de obtenção da redução de alíquota do IRPJ e da CSLL. Discute-se a possibilidade de, a despeito da generalidade da expressão contida na lei, poder-se restringir o benefício fiscal, incluindo no conceito de "serviços hospitalares" apenas aqueles estabelecimentos destinados ao atendimento global ao paciente, mediante internação e assistência médica integral.

2. Por ocasião do julgamento do RESP 951.251-PR, da relatoria do eminente Ministro Castro Meira, a 1ª Seção, modificando a orientação anterior, decidiu que, para fins do pagamento dos tributos com as alíquotas reduzidas, a expressão "serviços hospitalares", constante do artigo 15, § 1º, inciso III, da Lei 9.249/95, deve ser interpretada de forma objetiva (ou seja, sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte), porquanto a lei, ao conceder o benefício fiscal, não considerou a característica ou a estrutura do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do próprio serviço prestado (assistência à saúde). Na mesma oportunidade, ficou consignado que os regulamentos emanados da Receita Federal referentes aos dispositivos legais acima mencionados não poderiam exigir que os contribuintes cumprissem requisitos não previstos em lei (a exemplo da necessidade de manter estrutura que permita a internação de pacientes) para a obtenção do benefício. Daí a conclusão de que "a dispensa da capacidade de internação hospitalar tem supedâneo diretamente na Lei 9.249/95, pelo que se mostra irrelevante para tal

3. Assim, devem ser considerados serviços hospitalares "aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde", de sorte que, "em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos".

4. Ressalva de que as modificações introduzidas pela Lei 11.727/08 não se aplicam às demandas decididas anteriormente à sua vigência, bem como de que a redução de alíquota prevista na Lei 9.249/95 não se refere a toda a receita bruta da empresa contribuinte genericamente considerada, mas sim àquela parcela da receita proveniente unicamente da atividade específica sujeita ao benefício fiscal, desenvolvida pelo contribuinte, nos exatos termos do § 2º do artigo 15 da Lei 9.249/95.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que a empresa recorrida presta serviços médicos laboratoriais (fl. 389), atividade diretamente ligada à promoção da saúde, que demanda maquinário específico, podendo ser realizada em ambientes hospitalares ou similares, não se assemelhando a simples consultas médicas, motivo pelo qual, segundo o novel entendimento desta Corte, faz jus ao benefício em discussão (incidência dos percentuais de 8% (oito por cento), no caso do IRPJ, e de 12% (doze por cento), no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela atividade específica de prestação de serviços médicos laboratoriais).

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1.116.399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 24/02/2010). (Grifos acrescidos).

Por sua vez, a Lei n. 11.727/2008, que passou a vigor em 1º/01/2009, alterou o art. 15, §1º, III, "a", da Lei n. 9.249/1995. Além do enquadramento da atividade como de natureza hospitalar, outros dois requisitos passaram a ser exigidos para a concessão do benefício: estar o contribuinte constituído como sociedade empresária e atender às normas da ANVISA.

O Código Civil de 2002 distingue a sociedade simples da empresária. Esta é a que exerce atividade econômica organizada e habitual, para a produção ou a circulação de bens ou serviços, enquanto aquela é a que desenvolve atividade econômica de natureza intelectual, científica, literária ou artística (arts. 966 e 982). As sociedades empresárias se vinculam ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, ao passo que as sociedades simples, ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 1.150 do CC/2002).

Assim, o reconhecimento de que a contribuinte não é sociedade empresária impede a obtenção do benefício pretendido após a vigência da Lei n. 11.727/2008. Nesse sentido: REsp 1.367.864/RS, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 14/02/2017; REsp 1.424.953/SC, Min. Benedito Gonçalves, DJe 10/05/2016; REsp 1.481.675/RS, Min. Assutete Magalhães, Segunda Turma, DJe 10/10/2016; REsp 1.433.563/RS, Min. Og Fernandes, DJe 20/08/2015.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. BASE DE CÁLCULO. REDUZIDA. CONDIÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS HOSPITALARES APÓS O ADVENTO DA ART. 29 DA LEI N. 11.727/2008. NECESSIDADE LEGAL DE CONSTITUIÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS SOB A FORMA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. PRECEDENTES.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.116.399/BA, submetido ao regime de recursos repetitivos, consolidou entendimento, relativamente à aplicação das alíquotas diferenciadas de 8% e 12% para o IRPJ e a CSLL (art. 15, § 1º, III, da Lei 9.249/95), no sentido de que "devem ser considerados serviços hospitalares 'aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde', de sorte que, 'em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos'".

2. Para os fatos geradores ocorridos após a entrada em vigor da Lei 11.727/2008, deve-se prestigiar, contudo, as alterações promovidas no art. 15, §1º, III, "a", da Lei 9.249/95, relativamente à exigência de constituição da prestadora de serviços sob a forma de sociedade empresária. Reconhecendo o Tribunal de origem ser a recorrente uma sociedade simples, visto que não comprovou estar inserida na categoria das sociedades empresárias, é de ser mantido o acórdão recorrido por estar em conformidade com o entendimento desta Corte. Precedentes: REsp 1.449.067/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/05/2014; AgRg no REsp 1482235/SC, Rel. Ministro Herman

Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/03/2015.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1383586/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 01/10/2015). (Grifos acrescidos).

TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. SERVIÇOS HOSPITALARES. LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. LEI 11.727/2008. REQUISITO SUBJETIVO. ORGANIZAÇÃO SOB A FORMA DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. FATOS GERADORES POSTERIORES.

1. O Tribunal a quo deu provimento à Apelação para conceder a Segurança pleiteada, de modo a permitir que a parte autora, prestadora de serviços, apure imposto de renda e CSLL sobre o lucro presumido, respectivamente, na base de cálculo reduzida de 8% e de 12% sobre a receita bruta.

2. O Tribunal a quo concluiu que a recorrida presta serviços hospitalares e, por conseguinte, faz jus à redução da base de cálculo, tendo como referência a análise do material probatório produzido, de modo que a reforma desse entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Por outro lado, o acórdão recorrido deixou consignado que, "Compulsando os autos, verifica-se que a apelante 'é sociedade simples, tendo como objeto social a prestação de serviços de Cardiologia, Cirurgia Geral (...), serviços diretamente ligados à promoção da saúde humana, não restringindo suas atividades a simples consultas médicas (...)" (fl. 292, destacou-se).

4. De acordo com a inovação instituída pela Lei 11.727/2008, os prestadores de serviços hospitalares devem ser organizados sob a forma de sociedade empresária para que possam apurar o IRPJ e a CSLL, na sistemática do lucro presumido, com base no percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente.

5. A jurisprudência do STJ reconhece a plena aplicabilidade desse requisito subjetivo aos fatos geradores ocorridos após o início da produção dos efeitos da norma em questão (REsp 1.449.067/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, REPDJe 22.8.2014, DJe 26.5.2014; AgRg no REsp 1.475.062/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17.11.2014).

6. Logo, para os fatos geradores posteriores ao início da produção dos efeitos da Lei 11.727/2008, não há falar na tributação com base de cálculo reduzida, uma vez mantida a recorrida sob a forma de sociedade simples, como atestado no acórdão recorrido.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte.

(REsp 1648156/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 19/04/2017). (Grifos acrescidos).

No caso, o Tribunal de origem afirmou que a recorrente está constituída na forma de sociedade simples, não fazendo jus ao benefício. Dessarte, considerado o delineamento fático realizado pelo órgão judicial *a quo*, deve-se reconhecer que o recurso especial encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ, porquanto, além de o acórdão recorrido estar em conformidade com a orientação jurisprudencial deste Tribunal, não há como revisar a sua conclusão sem o reexame de fatos e provas.

Por petição protocolizada em 19/11/2019, a parte recorrente informa que procedeu à alteração de seu contrato social na Junta Comercial como sociedade empresária. A propósito, cabe registrar que sequer se pode admitir essa modificação

Superior Tribunal de Justiça

societária como fato novo a influir no julgamento da lide, porquanto "não se pode, em Recurso Especial, aplicar direito superveniente, com fundamento no art. 462 do CPC, cujo reconhecimento dê ensejo à alteração da causa de pedir ou dos pedidos deduzidos da demanda" (AgRg no REsp 1.562.891/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/05/2016). Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1.343.195/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013.

Por fim, deixo consignado não ser o caso para arbitramento de honorários recursais, porque se origina de recurso especial interposto na vigência do CPC/1973.

Ante o exposto, com base no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator