



Acórdão nº 11.333

Sessão do dia 26 de novembro de 2009.

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 10.371

Recorrente: **MED-RIO ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR DO RIO DE JANEIRO S/C LTDA.**

Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Relator: Conselheiro **NEWTON SILVEIRA PALHANO DE JESUS**

Representante da Fazenda: **MARIO MOREIRA PADRÃO NETO**

Designada para redigir o voto: Conselheira **VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES**

ISS – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

Há de ser convertido o julgamento em diligência sempre que se justifique a busca de novas informações, necessárias ao perfeito convencimento do Colegiado, para que, com segurança, possa decidir o litígio tributário. Proposta acolhida. Decisão unânime.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

R E L A T Ó R I O

Versa o presente recurso voluntário sobre exigência de recolhimento de diferenças do ISSQN incidente sobre serviços de clínica e assistência médica prestados pela recorrente, a que se referem o artigo 8º, inciso II da Lei nº 691/84 (período de outubro de 2002 a novembro de 2003) e o item 4, subitem 4.03 do mesmo artigo (período de dezembro de 2003 a dezembro de 2004), imposto este que havia sido recolhido como se sociedade uniprofissional o fosse, com os consequentes acréscimos moratórios e multa.



Acórdão nº 11.333

O histórico apresentado pela Fazenda relata com clareza todo o trâmite processual, o que nos leva a subscrevê-lo. Registre-se que, iniciada a sessão de julgamento, foi deferido requerimento verbal do patrono do contribuinte para anexar documentos complementares à sua defesa. Os documentos foram examinados por este Relator e sua apreciação integra o voto proferido.

“Trata-se da análise de recurso voluntário referente ao Auto de Infração Nº 100.966 de 21 de fevereiro de 2005.

DOS FATOS

O Auto de Infração Nº 100.966 de 21 de fevereiro de 2005 corresponde à verificação de que a Contribuinte recolheu com insuficiência, na forma de sociedade uniprofissional, o ISS devido pela prestação de serviços de clínica e assistência médica, previstos no inciso II do art.8º, da Lei nº 691/84, com a redação dada pelo art.1º da Lei nº 1.194/87, no período de OUT/02 a NOV/03, e no item 4, subitem 4.03, do art.8º da Lei nº 691/84, com a redação dada pelo art.1º da Lei nº 3.691/03, no período de DEZ/03 a DEZ/04. Conforme decisão de 31/05/04, do Diretor da F/CET-1, exarada no processo 04/351.305/03, tais serviços não são alcançados pela forma de cálculo prevista no art.29 da Lei nº 691/84, com redação dada pela Lei nº 3.018/00, e no art.5º da Lei nº 3.720/04. Crédito tributário apurado no valor histórico de R\$85.187,68, calculado à alíquota de 5% prevista no §2º do art.33 da Lei nº 691/84, com a redação dada pelo art.1º da Lei nº 1.513/89 (período de OUT/02 a NOV/03), e alíquota de 5% prevista no inciso I do art.33 da Lei nº 691/84, com a redação dada pelo art.1º da Lei nº 3.691/03 (período de DEZ/03 a DEZ/04), conforme quadro demonstrativo integrante do auto de infração. Infringência: art.44, observado o art.178, ambos da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 2, alínea “d”, da Lei nº 691/84 (multa de 60% do valor do tributo). Constam do auto de infração as informações de que a apuração foi feita com base no Livro Registro de Apuração do ISS – Modelo 3, nºs de ordem 3 e 4, nas guias de recolhimento do ISS, bem como de que a escrita fiscal se encontrava em dia.

A Recorrente apresentou impugnação ao lançamento, em 08/03/05, às fls.09/12, alegando em resumo:

- Não tendo sido colocada a hora da lavratura do auto de infração (art.68, inciso II, do Decreto nº 14.602/96) e a discriminação do débito (não aparece a mora nem a multa), que pode ser feita através de demonstrativo em separado, um de seus elementos do auto encontra-se incompleto, devendo o mesmo ser anulado por vício formal;
- A penalidade imposta pelo fiscal é ilegal e não possui previsão, pois a lei estabelece a multa de 50%;
- Segundo o art.124, I, do Decreto nº 14.602/96, a consulta regularmente formulada impede a ocorrência de mora em relação à matéria sobre a qual se pede a interpretação da norma aplicável. Em nenhum momento do auto há referência a este dispositivo legal e, por lei, entre 11/07/01 (data do protocolo da consulta) e, pelo menos, 21/11/03 (data da decisão da 1ª instância), não incidem acréscimos moratórios;



Acórdão nº 11.333

- O Município não tem competência legislativa para definir base de cálculo do ISS de forma contrária à fixada no DL nº 406/68. A regência da base de cálculo do imposto é a prestação de serviços que ocorre sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, pouco importando que se faça a reunião destes mediante sociedade;
- Não cabe à municipalidade negar o enquadramento no inciso I do art.8º para fazer jus ao prescrito no art.29 à Impugnante. A razão social Clínica não tem impedido o STJ de reconhecer o caráter uniprofissional da sociedade, como se pode verificar na jurisprudência trazida à colação;
- Todas as sociedades têm caráter empresarial, inclusive a chamada empresa individual. Todas visam ao lucro. A pessoa jurídica de direito privado que não visa ao lucro é a fundação (art.62, parágrafo único do CC). A presente sociedade utiliza-se do serviço pessoal de seus próprios componentes cotistas, que são profissionais respondendo por seus próprios serviços. O que a lei beneficia e não pode ser mudado é sociedade de profissionais, que empregam seus próprios serviços em benefício social, e sob sua responsabilidade, como no caso das sociedades civis integradas por médicos (Resp 34.326-8-MG, em 14/06/95, 2ª T do STJ).

Ao final, a Contribuinte requereu fosse provida sua impugnação, através da anulação do auto de infração.

Em 09/05/05, às fls.26/28, o Fiscal de Rendas atuante opinou pela manutenção integral do lançamento, informando, em resumo:

- Constam do auto de infração a hora da lavratura e a discriminação do débito;
- Apesar de os valores da mora e da multa não serem obrigatórios, de acordo com o art.68 do Decreto nº14.602/96, eles constam do quadro demonstrativo integrante da autuação;
- A possibilidade de enquadramento da Contribuinte como sociedade uniprofissional já foi discutida no processo de consulta 04/351.305/03, sendo definitiva a solução dada (cópia às fls.29/33);
- Como a Contribuinte não adotou o procedimento determinado no citado processo de consulta, no prazo nele determinado, há incidência de acréscimos moratórios.

Em 15/09/06, à fl.39, o Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, com base no parecer de fls.35/38, rejeitou a preliminar de nulidade, por falta de caracterização de qualquer das hipóteses previstas no art.40 do Decreto nº 14.602/96, frisou não ter ficado comprovado o descumprimento do disposto em qualquer dos incisos do art.68 do mencionado decreto e, no mérito, julgou improcedente a impugnação e manteve o Auto de Infração Nº 100.966/05.

Em 19/12/06, às fls.44/47, a Recorrente apresentou recurso voluntário no qual ratifica suas alegações anteriores.



Acórdão nº 11.333

Tendo em vista a impetração do Mandado de Segurança 2007.001.005691-1, conforme cópia de Mandado de Notificação juntada à fl.55, a Representação da Fazenda requereu o envio do presente processo à Procuradoria Geral do Município, a fim de que o referido órgão informasse se estava configurada, *in casu*, a hipótese prevista no art.109, §1º, do Decreto nº 14.602/96.

Em 29/02/08, às fls.58/59, a Dra. Ana Maria da Silva Brito, Procuradora do Município do Rio de Janeiro, exarou despacho, abaixo parcialmente transcrito:

O mandado de segurança nº 2007.001.005691-1 foi impetrado em 17 de janeiro de 2007, com o escopo, dentre outros objetivos, de desconstituir o crédito tributário constituído pelo referido Auto de Infração nº 100966. (Veicula pedido mais amplo, com a pretensão de ver reconhecida a condição de sociedade uniprofissional para usufruir da tributação por alíquota fixa.) O processo foi julgado extinto, por **sentença ora transitada em julgado**, na qual entendeu o Magistrado não estar provado nos autos que a Impetrante “não atue como clínica, empresa, onde o caráter pessoal da prestação ceda vez à atividade de serviços economicamente organizada...” Sentença junta por cópia.

Referida sentença, proferida no mandado de segurança, **não** impede a Impetrante de renovar a discussão do tema e seu pedido, por meio de ação ordinária, com fase instrutória mais ampla.

Assim, entendo que o decidido no mandado de segurança 2007.001.005691-1 **não** obsta o prosseguimento deste processo administrativo, visto que lá decidiu-se apenas não se ter prova de ser a Impetrante sociedade uniprofissional. Porém, tal decisum não se equipara a uma declaração de não ser a Impetrante uma sociedade uniprofissional. A possibilidade de tal exame persiste aberta, também, na esfera administrativa.

Portanto, concluo pela não extinção deste processo administrativo em função da impetração e do decidido no citado mandado de segurança nº 2007.001.005691-1.

A Representação da Fazenda opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.



Acórdão nº 11.333

VOTO

Conselheira **VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES**
(Subscrito pelo Conselheiro **RELATOR**)

Na sessão do dia 26/11/2009, quando do julgamento do presente recurso, algumas dúvidas foram suscitadas pelos Conselheiros, no tocante à verificação da existência de decisão definitiva proferida em processo de consulta (Processo nº 04/351.305/2003), cópia às fls. 29/22, decisão em mandado de segurança impetrado pela Recorrente (Processo nº 2007.001.005691-1) – fls 55, com pronunciamento da douta Procuradoria do Município – fls. 58/59, acerca da não aplicação do art. 109, § 1º, do Decreto nº 14.602/96, por entender que o decidido no *mandamus* não obsta o prosseguimento deste processo administrativo e, principalmente, o conhecimento verificado em Plenário, quanto à existência de ação declaratória proposta pela sociedade (Processo nº 2005.001.083729-0), com decisão transitada em julgado em 13/10/2008, conforme se verifica das informações via Internet que acompanham este voto.

Há de ser ressaltado que a autuação, datada de 21/02/2005, por insuficiência de pagamento do ISS, recolhido na forma de sociedade uniprofissional, ao invés de ser calculado com a aplicação da alíquota de 5% sobre a base de cálculo genérica, alcançou o período de outubro de 2002 a dezembro de 2004, com fundamento no Código Tributário Municipal (Lei nº 691/84), com a redação das Leis nºs 1.194/87 e 3.691/2003 e, também, da Lei nº 3.720/2004.

Relativamente à consulta anteriormente apresentada pela Recorrente, esta Relatora não vê qualquer impedimento quanto à apreciação deste recurso, por entender que a resposta proferida não é vinculante para a administração, em sua função atípica de julgar os litígios tributários instaurados, sendo certo, contudo, poder ratificar toda sua fundamentação, porém somente após a devida apreciação e julgamento do feito.

No entanto, é sabido que, em havendo concomitância de processo judicial com processo administrativo e, levando-se em conta que a verdade judiciária prevalece sobre a verdade administrativa, encerra-se o litígio na área administrativa, por renúncia ou desistência da impugnação ou do recurso, independentemente de ter havido a opção pela via judicial antes da ação do Fisco, como é o caso da citada ação declaratória.



Acórdão nº 11.333

Como no Mandado de Segurança, que, por iniciativa da Representação da Fazenda, a douta Procuradoria já se manifestou pela não extinção deste processo, em função da impetração e do decidido, restou a necessidade dos esclarecimentos quanto à ação declaratória, proposta em nome da Recorrente e antes mesmo da autuação – Processo nº 2005.001.083729-0 – 12ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, pretendendo ser reconhecida como sociedade civil uniprofissional para efeitos do regime especial de pagamento do ISS, julgada improcedente, com recurso de Apelação Cível nº 2006.001.50567 – 16ª. Câmara Cível do TJ/RJ, negando provimento ao recurso, e culminando com o seu trânsito em julgado, em virtude de decisão do STJ, proferida no Ag.Reg. no Agravo de Instrumento nº 1.061.901 – RJ (2008/0138718-7), cujo acórdão foi publicado em 13/10/2008.

Eis a razão que me faz propor a **CONVERSÃO DESTE JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA**, com a finalidade de solicitar à Procuradoria as informações a seguir transcritas, bem como seu pronunciamento a respeito, com relação aos efeitos previstos no art. 109, parágrafo 1º, do Regulamento do Processo-Administrativo, aprovado pelo Decreto nº 14.602/96.

1. conteúdo da petição inicial do Mandado de Segurança impetrado pela Recorrente, e a data de seu trânsito em julgado; e
2. conteúdo da petição inicial da referida ação declaratória, bem como da decisão monocrática; e
3. os esclarecimentos desta douta Procuradoria acerca da identidade ou não dos litígios judicial e administrativo, capaz de impedir o julgamento deste recurso voluntário, pela circunstância de já ter havido o encerramento do litígio no âmbito da Administração, de conformidade com a legislação de regência.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **MED-RIO ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR DO RIO DE JANEIRO S/C LTDA.** e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS.**



Acórdão nº 11.333

Acorda o Conselho de Contribuintes, por unanimidade, acolher a proposta, formulada pela Conselheira VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES, de conversão do julgamento do recurso em diligência, nos termos do seu voto, subscrito pelo Conselheiro Relator.

Ausente da votação o Conselheiro ANDRÉ LUIZ FARIA MIRANDA, substituído pelo Suplente DOMINGOS TRAVAGLIA.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 03 de dezembro de 2009.

DENISE CAMOLEZ
PRESIDENTE

NEWTON SILVEIRA PALHANO DE JESUS
CONSELHEIRO RELATOR

VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES
CONSELHEIRA