

Acórdão nº 11.811

Sessão do dia 02 de dezembro de 2010.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO Nº 1.280

Requerente: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Requerido: **CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

Interessado: **ANANIAS & MIRANDA CLÍNICOS ASSOCIADOS LTDA.**

Relator: Conselheiro **ANDRÉ LUIZ FARIA MIRANDA**

Representante da Fazenda: **SÉRGIO DUBEUX**

***ISS – PRELIMINAR DE NULIDADE DE DECISÃO
UNÂNIME DO CONSELHO –
INADMISSIBILIDADE***

Conforme jurisprudência iterativa do Conselho de Contribuintes, descabe suscitar preliminar rejeitada por unanimidade ao tempo do julgamento do Recurso Voluntário. Preliminar não conhecida. Decisão unânime.

***ISS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO
DO RECURSO VOLUNTÁRIO***

No exame da admissibilidade de recurso voluntário há de ser acolhido o posicionamento da Procuradoria Geral do Município que entendeu não ter se verificado, “in casu”, a hipótese prevista no art. 109, § 1º, do Decreto Municipal nº 14.602/96. (Inteligência do art. 109, II, §§ 1º e 2º, do Decreto Municipal nº 14.602/96). Pedido de reconsideração da Fazenda indeferido. Decisão por maioria.

***ISS – AUTO DE INFRAÇÃO - AUSÊNCIA DE
IDENTIFICAÇÃO CIRCUNSTANCIADA DO
OBJETO***

A ausência de demonstração mínima acerca dos motivos que ensejaram a autuação fiscal acarreta a nulidade do auto de infração. Pedido de reconsideração da Fazenda indeferido. Decisão por maioria.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

Acórdão nº 11.811

R E L A T Ó R I O

Cuida-se de pedido de reconsideração formulado pela Representação da Fazenda (fl. 173/198) em face do Acórdão nº 11.492, de 15/04/2010, que ao reconhecer a uniprofissionalidade da sociedade recorrente, deu provimento ao recurso do ora Requerido, para efeito de recolhimento do ISS por valor fixo.

O Representante da Fazenda reitera, na íntegra, os termos da promoção apresentada quando do julgamento do recurso voluntário. Assevera ainda sua discordância com a manifestação da PGM, cujas conclusões foram acolhidas por este Órgão Colegiado na decisão ora guerreada. Às fl. 200/213, foram juntadas aos autos as contrarrazões apresentadas pelo contribuinte pugnando pela manutenção do acórdão.

É o relatório.

VOTO VENCEDOR
Conselheiro **RELATOR**

De imediato, convém salientar que a apreciação do pedido de reconsideração circunscreve-se aos pontos não unânimes do Acórdão nº 11.492, conforme dispõe o art. 104 do Decreto nº 14.602/96. Por conseguinte, descabe o reexame da preliminar de não conhecimento do recurso voluntário arguida pela Representação da Fazenda e rejeitada unanimemente por este E. Conselho de Contribuintes.

A propósito, este Órgão Colegiado já adotou a tese exposta acima, como se lê no Acórdão nº 10.806¹, cuja ementa foi a seguinte:

¹ Julgamento do Pedido de Reconsideração nº 1.223, constante dos autos do processo administrativo nº 04/352.244/2004.

Acórdão nº 11.811

ISS–PRELIMINAR NÃO CONHECIMENTO

Não há de ser conhecida, em Pedido de Reconsideração, preliminar já suscitada em Recurso Voluntário, quando a decisão anterior tenha se dado por unanimidade. Preliminar acolhida. Decisão unânime.

Ademais, cumpre assinalar que a peça de inconformismo manejada pela Representação da Fazenda não veiculou qualquer fato novo capaz de ensejar a reforma da decisão prolatada por este Conselho de Contribuintes. Na verdade, com a devida vênia, o pedido de reconsideração se limita a reiterar as alegações vertidas na promoção oferecida ao tempo do julgamento do recurso voluntário.

Desse modo, há de prevalecer o entendimento firmado acerca da inexistência de absoluta identidade entre a matéria discutida na via mandamental e aquela versada nestes autos, como bem frisou a Procuradoria Geral do Município em sua manifestação encartada à fl. 115/116.

Além disso, convém salientar que aquela ordem foi denegada em razão da caracterização dos impetrantes como sociedades uniprofissionais depender de dilação probatória, o que não se comporta na via estreita do mandado de segurança. Dessa forma, o trânsito em julgado da decisão judicial não atinge o cerne da matéria discutida nesta esfera administrativa.

Quanto à insurgência relativa à parte do acórdão que declarou a nulidade do auto de infração, embora a Representação da Fazenda com a sua habitual proficiência tenha buscado valer-se de institutos de direito processual civil (o pedido e suas causas remotas e próximas) para construir argumentos justificadores do lançamento efetuado, o fato é que o instrumento apresenta vício, uma vez que ao não apontar o motivo pelo qual o contribuinte não poderia ser enquadrado como sociedade uniprofissional prejudicou o regular exercício de direito fundamental.

Além disso, não se pode olvidar que o procedimento administrativo-fiscal é informado pelo princípio da verdade material. Em sua atividade, a autoridade fazendária deve pautar-se para que o lançamento retrate a realidade exata dos fatos. Nesse diapasão, se depende que autuação fiscal deve conter os elementos necessários para permitir que o contribuinte possa questionar todos os aspectos do lançamento que julgar excessivos ou equivocados.

Conforme deduzido pelo Conselheiro Relator, caberia à autoridade lançadora informar no auto de infração nº 101.130, quais dos requisitos previstos no art. 6º da Lei nº 3.720/2004 não foram atendidos pelo contribuinte para fazer jus ao tratamento tributário concedido às sociedades uniprofissionais. Ao deixar de fazê-lo, inobservou o disposto no inciso III do art. 68 do Decreto nº 14.602/96, o que acarretou a nulidade do instrumento de autuação com esteio no inciso II do art. 40 do referido Diploma normativo. Impende ressaltar que o entendimento firmado no acórdão guerreado vai ao encontro de diversos precedentes deste E. Conselho de Contribuintes acerca da questão.

Acórdão nº 11.811

Ante todo o exposto, uma vez que a Representação da Fazenda não apresentou novas alegações capazes de ensejar a reforma da decisão prolatada por esse E. Conselho de Contribuintes no Acórdão nº 11.492, voto pelo INDEFERIMENTO do pedido de reconsideração.

VOTO VENCIDO PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO Conselheira VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES

Reitero toda a argumentação expendida em meu voto vencido, quando do julgamento desta preliminar, suscitada pela Representação da Fazenda na promoção oferecida ao Recurso Voluntário nº 9.927, ocasião em que a mesma foi rejeitada pela maioria de votos deste Colegiado.

De fato a referida preliminar encontra seu fundamento no art. 184-A, do Regulamento do Processo Administrativo-Tributário, versando que a propositura pelo contribuinte de idêntica matéria concomitantemente nas esferas administrativa e judicial importará o prejuízo de sua apreciação na esfera administrativa, observado o disposto no § 1º do art. 109.

Portanto, existe a desistência tácita de qualquer recurso na esfera administrativa quando o sujeito passivo ingressa no Judiciário com pretensão sobre idêntica matéria, independentemente de ser antes ou depois da ação do Fisco, razão pela qual não comungo com o entendimento de que não deveria ser suscitada a desistência da esfera administrativa, vez que esta teve início com a lavratura do auto de infração, em 11/08/2004, ou seja, após a propositura da ação judicial, em 02/02/2004.

Ora, o que ocorreu nesta hipótese foi a denominada “opção pela via judicial”, que poderá ser efetuada preventivamente, motivo por que fica comprometida a apresentação de defesa no âmbito administrativo, com a renúncia ou a desistência tácita dos recursos.

Há de ser mais uma vez ressaltado que o intuito do legislador foi o de impedir a concomitância de litígio administrativo com litígio judicial, o que naturalmente aconteceria, mesmo na hipótese de a propositura judicial ser anterior a qualquer ação do Fisco. E, em assim sendo, poderia vir a causar embaraços ao cumprimento do princípio da eficiência processual, considerando que a verdade judiciária prevalece sobre a verdade administrativa.

Acórdão nº 11.811

No caso em tela, o mais importante ainda é o fato de que a decisão judicial em comento já transitou em julgado.

Na sentença, o juízo monocrático, entendendo não haver provas suficientes para conceder a ordem aos impetrantes, denegou a segurança, porém reconheceu que as sociedades médicas postulantes não figuram como sociedades de médicos, mas sim como clínicas na forma de sociedade empresária. O acórdão prolatado pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, por unanimidade, negou a segurança pretendida, com base na suposta uniprofissionalidade das apelantes.

Conforme salienta a Representação da Fazenda, entre os fundamentos, é mencionado que, observados os contratos sociais, verifica-se que, embora os sócios sejam médicos e tenham as sociedades a finalidade da prestação de serviços médicos, a responsabilidade dos sócios não é pessoal. E ainda: embora prestadores de serviços, as sociedades de profissionais, constituídas sob a forma empresarial, sem configurar trabalho pessoal do profissional habilitado, não se beneficiam das alíquotas fixas do ISS, sujeitando-se ao imposto calculado sobre o preço dos serviços, como as empresas em geral.

Indaga o ilustre Representante da Fazenda: poderá o ente administrativo, no caso o Município do Rio de Janeiro, dizer de matéria já apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como exaustivamente demonstrado ao longo destes autos?

É inegável que a causa de pedir da demanda judicial é a mesma deste processo administrativo, visto pretender a Recorrente ser enquadrada na condição de sociedade uniprofissional, o que já foi decidido pelo Poder Judiciário, por decisão transitada em julgado.

Improcede a alegação da sociedade de que a controvérsia procedida em âmbito judicial tenha sido feita de forma superficial, apenas levando em conta os contratos sociais dos autores constantes do processo. Ora, o enquadramento de uma sociedade como uniprofissional dá-se pelo exame de seu contrato social, mediante a verificação se a mesma atende aos requisitos impostos na lei de regência.

E, mesmo após o reconhecimento da sociedade como uniprofissional, seja no âmbito judicial ou no âmbito administrativo, para efeitos da aplicação do regime especial de pagamento do ISS, segundo o disposto em seu contrato social, ficará a mesma sempre sujeita à fiscalização, para verificação se mantém ou não as condições indispensáveis à permanência no enquadramento anterior, consoante o disposto nos artigos 194/200, combinados com o art. 142, todos do Código Tributário Nacional.

Ademais, há de ser levada em conta a impossibilidade de o sujeito passivo recorrer da decisão de primeira instância que declarou a extinção do litígio, com a desistência da impugnação, de conformidade com os §§ 1º e 2º, do art. 109, do Regulamento do PAT, não cabendo, ainda, o recurso voluntário interposto, como dispõe o § 3º, do referido artigo, por ter a decisão proferida pela instância singular tornado definitiva. Em consequência, versa o § 4º do mesmo artigo que qualquer decisão proferida após o encerramento do litígio estará eivada de nulidade.

Acórdão nº 11.811

Diante de todo o exposto, mantenho meu entendimento no sentido de não conhecer do recurso voluntário, razão pela qual DEFIRO este pedido de reconsideração, no tocante à preliminar de não conhecimento do recurso, a fim de ser reformada a decisão deste E. Conselho, proferida na sessão de 15/04/2010, consubstanciada no Acórdão nº 11.492, mediante o acolhimento da preliminar antes suscitada pela Representação da Fazenda.

VOTO VENCIDO
PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO
Conselheira **VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES**

Conforme minha manifestação anterior, constante do voto vencido quanto à preliminar arguida pela Recorrente de nulidade do auto de infração, continuo a propugnar por seu total incabimento, pela inocorrência de qualquer prejuízo a seu direito de defesa, amplamente exercido neste processo.

O Auto de Infração, em seu aspecto formal, não apresenta qualquer nulidade, vez que contém todos os elementos exigidos no art. 68, do Regulamento do PAT, aprovado pelo Decreto nº 14.602/1996.

No tocante à exigência da descrição circunstanciada dos fatos que justifiquem a exigência do tributo ou das multas, verifica-se que a mesma está totalmente contida na ocorrência de haver o autuado recolhido com insuficiência o ISS, no período considerado, por um valor fixo próprio das sociedades uniprofissionais, ao invés de uma alíquota incidente sobre o movimento econômico da empresa, identificando as operações tributadas, no caso em tela, concernentes à prestação de serviços médicos, de consultoria e coordenação de cursos.

Além da referida descrição, integra a autuação um quadro demonstrativo anexo, demonstrando, em números, mês a mês, a apuração do movimento econômico, do ISS devido, do ISS pago e do ISS a recolher. Consta também da exação fiscal o dispositivo legal concernente à penalidade aplicada, incidente na hipótese de erro na identificação da base de cálculo.

Portanto, não se pode concordar com a fundamentação do voto vencedor, acolhendo a preliminar de nulidade da autuação por cerceamento de defesa, de falta de identificação do objeto, muito menos com o conteúdo da ementa do Acórdão nº 11.492/2010, que ora se pretende reconsiderar, que assim se expressa:

Acórdão nº 11.811

ISS – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Sem a identificação precisa da causa de exclusão do regime de sociedade uniprofissional, a descrição do fato deixa de ser “circunstanciada”, prejudicando seriamente o exercício do direito de defesa e acarretando a nulidade do lançamento “*ex-vi*” do disposto no inciso II do art. 40, do Decreto nº 14.602/1996.

Acontece que o motivo de a sociedade não configurar como uniprofissional não deve integrar a autuação, visto não ser exigido que o lançamento de ofício contenha a causa da exigência tributária. Esta seria de mérito, a ser discutida na fase de apreciação e julgamento do aspecto material da autuação, não tendo o autuante, de maneira alguma, a obrigação de examinar o mérito da questão, a fim de justificar qual o requisito que encontrou não preenchido.

Ora, se a sociedade conhece os requisitos exigidos em lei para o seu enquadramento como uniprofissional, basta que justifique o seu cumprimento, mesmo porque, obviamente, tem a sociedade pleno conhecimento da exigência que deixou de preencher, no que resultou na insuficiência de pagamento do imposto.

Esclarece a Representação da Fazenda que o voto vencedor defende a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, mas, no entanto, conclui que houve falta de identificação do objeto, o que, segundo seu entendimento, acarreta a nulidade da própria decisão, “pois a conclusão não decorre da parte dispositiva da sentença”.

Desse modo, inexistindo prejuízo ao direito de defesa da sociedade, não vislumbro qualquer justificativa capaz de inquinar de nulidade a autuação, razão por que DEFIRO o presente pedido de reconsideração, no tocante à preliminar de nulidade do auto de infração, a fim de ser reformada a decisão deste colegiado, consubstanciada no acórdão nº 11.492, mediante a rejeição da preliminar antes suscitada pela Recorrente.

Acórdão nº 11.811

DECLARAÇÃO DE VOTO
Conselheiro **ROBERTO LIRA DE PAULA**

Acompanho integralmente os votos do i. Conselheiro André Luiz Faria Miranda, relator deste Pedido de Reconsideração, posto que emitidos na mesma linha por mim adotada quando do julgamento do original Recurso Voluntário.

A presente Declaração se faz necessária para que se esclareça não ter nenhuma conotação pejorativa a referência feita em meu voto, quando relator do Recurso Voluntário que deu origem ao presente Pedido de Reconsideração, relativa a atitudes do i. representante da Fazenda, como fruto de *jus esperneandi*.

Aliás, este próprio Pedido de Reconsideração, de autoria da ilustre e ilustrada autoridade fazendária, justifica a minha afirmação, ao insistir na revisão de preliminar decidida por unanimidade, contrariando, assim, o art. 105 do Decreto nº 14.602/96.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Requerente: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**, Requerido: **CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** e Interessado: **ANANIAS & MIRANDA CLÍNICOS ASSOCIADOS LTDA**.

Acorda o Conselho de Contribuintes:

1) Por unanimidade, não conhecer a preliminar, suscitada pelo Representante da Fazenda, de nulidade da decisão unânime proferida pelo Conselho de Contribuintes, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

Acórdão nº 11.811

2) Por maioria, indeferir o pedido de reconsideração da Fazenda, quanto à preliminar de não conhecimento do recurso voluntário, suscitada pelo Representante da Fazenda, nos termos do voto vencedor do Conselheiro Relator.

Vencida a Conselheira VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES, que deferia o pedido, nesta parte, nos termos do seu voto.

3) Por maioria, indeferir o pedido de reconsideração da Fazenda, quanto à preliminar de nulidade do auto de infração, suscitada pelo Contribuinte, nos termos do voto vencedor do Conselheiro Relator.

Vencidas as Conselheiras VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES e DENISE CAMOLEZ, que deferiam o pedido, nesta parte, nos termos do voto da primeira.

O Conselheiro ROBERTO LIRA DE PAULA apresentou declaração de voto.

Ausente das votações o Conselheiro NEWTON SILVEIRA PALHANO DE JESUS, substituído pelo Suplente PEDRO CLÁUDIO NOEL RIBEIRO.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 2010.

DENISE CAMOLEZ
PRESIDENTE

FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES
CONSELHEIRO

(Designado para assinar o voto do Conselheiro ANDRÉ LUIZ FARIA MIRANDA, por aplicação do art. 9º, inciso XXXV, do Regimento Interno deste Conselho)

VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES
CONSELHEIRA

ROBERTO LIRA DE PAULA
CONSELHEIRO