



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

Processo nº 13971.002346/2004-49
Recurso nº 173.450 Voluntário
Acórdão nº **1301-00.401 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de novembro de 2010
Matéria IRPJ
Recorrente CLÍNICA DE RINS VALE DO ITAJAÍ S/C LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2000, 2001, 2003, 2004

MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA NÃO ALCANÇADA PELA DECISÃO. CONCOMITÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

Demonstrado que a decisão em mandado de segurança somente alcançou as receitas auferidas mediante a prestação de serviços de hemodiálise, e prescreveu para as demais receitas, em tese, a aplicação dos percentuais de lei, os argumentos de defesa concernentes ao percentual aplicável a essas “demais receitas” devem ser apreciados pelo julgador administrativo.

FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DE DEFESA. CERCEAMENTO DO DIREITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NULIDADE.

Demonstrada a inoccorrência de concomitância entre a ação judicial proposta e a presente lide administrativa, ao menos em parte, o não conhecimento dos argumentos de defesa acerca dessa matéria pela autoridade julgadora em primeira instância é causa de nulidade da decisão recorrida, por cercear o direito da interessada à ampla defesa e ao contraditório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, anular a decisão de primeira instância para que outra seja proferida com apreciação das razões de mérito relativamente às receitas decorrentes de serviços distintos da hemodiálise.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Ricardo Luiz Leal de Melo, Paulo Jakson da Silva Lucas, André Ricardo Lemes da Silva, Valmir Sandri e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

CLÍNICA DE RINS VALE DO ITAJAÍ S/C LTDA, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 02-18.172, de 24/06/2008, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do minucioso relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância:

Contra a sociedade acima qualificada foi lavrado o Auto de Infração (AI.) de fls. 192 a 204, exigindo-lhe o pagamento de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), no montante de R\$ 727.093,47 (setecentos e vinte e sete mil, noventa e três reais e quarenta e sete centavos), aí incluídos multa por lançamento de ofício e juros moratórios.

Tal lançamento originou-se da verificação do cumprimento das obrigações tributárias por parte da interessada, verificação esta que resultou na constatação da prática de infração assim descrita:

Aplicação incorreta do coeficiente de 8% sobre as receitas da atividade de prestação de serviços médicos, quando o correto seria 32% conforme descrito no Termo de Verificação e de Encerramento da Ação Fiscal, parte integrante deste auto. Assim, resta a diferença de coeficiente de 24% a ser aplicada sobre as receitas de prestação de serviços, para apuração da base de cálculo do imposto de renda não declarado.

O referido termo (fls. 176 a 191) detalha o lançamento da forma seguinte:

A empresa fiscalizada tem por objeto a prestação de serviços em clínica médica, desenvolvendo procedimentos de diálise, especialmente hemodiálise, diálise peritoneal intermitente, diálise peritoneal ambulatorial contínua, acompanhamento de receptores de transplante renal e acompanhamento clínico em pacientes internados, conforme extraído da resposta apresentada em atendimento ao Termo de Início de Fiscalização (fl. 118).

No período examinado a contribuinte optou pela tributação de seus resultados pela apuração do lucro presumido, conforme teor das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica apresentadas (doravante citadas simplesmente pela sigla DIPJ), cujas partes de interesse se encontram às fls. 03 a 25.

Nos trimestres dos anos de 1999 e 2000, a empresa apurou o lucro presumido aplicando o percentual de 8% sobre a totalidade da receita bruta auferida. 1..1 no primeiro trimestre de 2002, a empresa utilizou o percentual de 32%, também sobre a totalidade da receita bruta. Já nos trimestres seguintes, até o final do período fiscalizado, a empresa adotou ambos os percentuais, porém utilizando o percentual de 32% apenas sobre ínfima parcela de suas receitas [...].

[...]

Após tecer diversas considerações, os Autuantes manifestaram seu entendimento de que a interessada, para poder valer-se do percentual de 8% para cálculo do lucro estimado como base de cálculo de IRPJ, deveria, dentre outras condições, não auferir receita de serviços prestados exclusivamente por seus sócios e que estes, bem como os profissionais por ela contratados, não se dedicassem exclusivamente ao exercício de atividade intelectual, de natureza científica, havendo ou não o concurso de auxiliares e colaboradores.

Intimada a esclarecer se os serviços por ela prestados seriam, no todo ou em parte, executados por seus sócios, a interessada respondeu afirmativamente; indagada se haveria outros profissionais, alheios a seu quadro societário, que também executassem tais serviços, nada respondeu. Assim, entenderam os Autores do feito que a contribuinte não poderia utilizar "o percentual de 8% sobre as receitas auferidas para a obtenção do lucro presumido"; ademais, os Autores assinalam que a interessada impetrou, em 2 de julho de 2002, Mandado de Segurança junto à 1ª Vara Federal de Blumenau (processo 2002.72.05.003454-9 — cópia da inicial de fls. 119 a 133), com vistas ao emprego do percentual de 8% para tal fim. A interessada obteve sucesso parcial em seu intento, uma vez que a sentença proferida nos autos daquele processo a beneficiou com percentual reduzido apenas os serviços de diálise por ela prestados. Uma vez que, à vista dos documentos constantes dos autos, constatou-se a prestação de serviços de natureza diversa da diálise, aplicou-se o percentual de 32% à receita oriunda destes últimos, sendo oportuno ressaltar que eles, conforme destacaram os Autores, compunham a quase totalidade da receita da interessada. À vista disso, assim se manifestaram os Autuantes:

Neste processo estão contemplados os fatos geradores anteriores à propositura da ação judicial (até o segundo trimestre de 2002), sendo apurado o imposto de renda que deixou de ser declarado pela aplicação indevida do percentual de 8% sobre as receitas da contribuinte. São contemplados ainda fatos geradores posteriores à propositura da ação judicial, mas especificamente relacionados aos serviços prestados diversos dos de diálise, para os quais a sentença não excepcionou a aplicação do percentual de 32%.

Nos anos de 1999, 2000, e no segundo trimestre de 2002, a empresa submeteu a totalidade de suas receitas ao percentual de 8%, quando o correto seria 32% deixando de tributar, portanto, 24% das receitas auferidas.

Para os fatos geradores posteriores à data de propositura da ação (02/07/2002), neste processo só foram tratadas as receitas que não sejam oriundas de prestação de serviços de diálise, sendo apurado o imposto com base no lucro presumido a 32%

Releva considerar que a partir do 4º trimestre de 2002 a contribuinte passou a submeter pequena parcela de suas receitas ao percentual de 32%, porém em valores insuficientes sequer para abrigar a totalidade dos serviços que não foram de diálise [...].

Ciente em 14 de dezembro de 2004 (fl. 192), a interessada apresentou, em 11 de janeiro de 2005, a impugnação de fls. 210 a 240, a seguir resumida.

Principia por descrever os serviços por ela prestados e recordar, em linhas gerais, o Auto de Infração ora em exame. A seguir, argúi a decadência do direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento de crédito tributário decorrente de fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1999, ao argumento de que seria entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em havendo algum pagamento antecipado do tributo, o Fisco disporia de prazo de cinco anos, contados diretamente da ocorrência do respectivo fato gerador, para verificar a correção deste pagamento, à luz do artigo 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional — CTN). Diz haver antecipado os valores que entendia devidos e que o Erário da União não se haveria manifestado no devido tempo.

A seguir, atribui ao lançamento o vício da nulidade, por entender-se cerceada em seu direito de defesa, alegando *"falta de individualização dos valores referentes aos demais serviços prestados, além dos de diálise"*. A tal respeito, afirma que tais valores individualizados não foram consignados no Auto de Infração, invocando o disposto no artigo 50, inciso LV, Constituição da República.

Tece longas considerações sobre o mérito da autuação, dizendo ser

mais do que pacífico que as clínicas de hemodiálise sujeitam-se à aplicação do percentual de 8% (oito por cento), para fins de determinação do lucro presumido, desde que a pessoa jurídica seja constituída por empresários ou sociedades empresárias [...].

Afirma que o Ato Declaratório Interpretativo nº 18, de 23 de outubro de 2003, haveria distorcido o conceito de *"serviços hospitalares, atribuindo-lhe menor abrangência apenas para fins tributários"*, em *"descompasso com o art. 110" do CTN*. Precisando mais seu ponto de vista, diz que *"o tipo de atividade desenvolvida por uma empresa não pode decorrer da circunstância do serviço ser prestado pelo sócio ou por outra pessoa qualquer"*, por *"ferir o princípio da isonomia"*.

Menciona e comenta Portarias Ministeriais, dizendo prestar serviços que *"em nada diferem daqueles adotados por uma Unidade Hospitalar"*.

Relembra o teor da sentença proferido no Mandado de Segurança 2002.72.05.003454-9.

Sob o título *"DOS DEMAIS SERVIÇOS PRESTADOS, ALÉM DOS DE DIÁLISE E O ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL"*, assim enfatiza que a diálise exigiria a prestação dos demais serviços (fl. 225):

Não pode a Impugnante se conformar com tal autuação, posto que não se coaduna com os melhores princípios de direito. As diferenças apontadas pelo Auditor [...] estão em desconformidade com a realidade da empresa impugnante, que, ressalte-se, justamente pelo pouco fluxo de outros serviços além da diálise, voluntariamente, optara por não recorrer desta parte na ação mandamental proposta pela mesma. [...] É que apesar de não ser exatamente de diálise, são serviços que, obviamente se interligam. [...] Ora, está por demais claro que tais serviços

têm natureza hospitalar, sendo incongruente qualquer autuação neste sentido, além disso, vale frisar que a sentença não exclui tais serviços do percentual de 8%.

Relembra o teor do inciso V do artigo 23 da Instrução Normativa nº 306, de 12 de março de 2003, dizendo-se enquadrada na hipótese nele prevista.

À fl. 229, reafirma que

[..] em relação aos serviços de consultas e os de clínica médica, ainda que não tenham sido objeto de recurso na esfera judicial, nada impede que a impugnante, aqui, rebele-se contra tal argumento. Como se viu, o processo de diálise é muito complexo. Tal complexidade abrange, logicamente, as consultas e os demais passos da clínica médica, os quais foram individuados acima.

Em relação aos acréscimos legais de multa por lançamento de ofício, diz ser "inconcebível que um fato já discutido pelo judiciário com ganho de causa à Impugnante seja passível de multa". Aduz não haver agido com dolo e não ter praticado fraude ou evasão fiscal. Diz que os juros moratórios feririam "o conceito da legalidade, já que se baseiam em meros atos administrativos e não em leis propriamente ditas".

Menciona e transcreve jurisprudência e doutrina.

Tece considerações sobre a autuação formulada no processo 13971.002347/2004-93.

A 4ª Turma da DRJ em Belo Horizonte/MG analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 02-18.172, de 24/06/2008 (fls. 322/325v), decidiu não conhecer da impugnação naquilo que coincide com a matéria deduzida na ação mandamental de nº 2002.72.05.003454-9 e, no mais, considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Exercício: 2000, 2001, 2003, 2004

DECADÊNCIA

O direito da Fazenda Pública à constituição de ofício do crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DIREITO DE DEFESA

Não existe cerceamento de direito de defesa quando o lançamento se funda em informações prestadas pelo próprio contribuinte.

AÇÃO JUDICIAL

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou

posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

ACRÉSCIMOS LEGAIS – MULTA

A atividade administrativa de exigência de multa é vinculada e obrigatória, e, salvo disposição de lei em contrário, sua cobrança independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS DE MORA

A utilização das taxas SELIC como parâmetro dos juros moratórios deriva de expresso ditame legal.

Ciente da decisão de primeira instância em 11/07/2008, conforme Aviso de Recebimento à fl. 328, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 01/08/2008 conforme carimbo de recepção à folha 330.

No recurso interposto (fls. 330/364), a recorrente separa seus argumentos de acordo com os tipos de serviços por ela prestados e com o tempo em que ocorreram, dos quais segue apertada síntese:

1) DOS SERVIÇOS DE DIÁLISE PRATICADOS ANTERIORMENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO MANDAMENTAL, OU SEJA, DOS SERVIÇOS DE DIÁLISE PRESTADOS ANTERIORMENTE AO DIA 02 DE JULHO DE 2002.

A recorrente requer, preliminarmente, a anulação da decisão recorrida, em face da infringência do princípio do sistema do juízo monocrático. Afirma que a Constituição e o Código de Processo Civil prevêm que o juízo de primeiro grau deva ser monocrático, o que não teria sido observado no caso concreto, acarretando a nulidade da decisão.

A seguir, insurge-se contra o não conhecimento da impugnação na parte que estaria coincidindo com o mandado de segurança em relação aos serviços de diálise anteriores a 2 de julho de 2002. Sustenta que a matéria tratada no MS não seria a mesma aqui discutida: “[...] lá o pedido mediato foi o de declaração pelo juiz do direito da Impetrante em não recolher o IRPJ na base de 32% e sim de 8% a partir de 02 de julho de 2002 enquanto que aqui, a autuação se refere a serviços de diálise anteriores a este período não havendo, portanto, identidade de objeto, já que nem o pedido inicial e nem a sentença a ele se referiram, não tendo havido, inclusive, nem mesmo pedido de compensação o que, em tese, até poderia ensejar a negativa da discussão na esfera administrativa”. Na sequência, sustenta que a ação judicial já teria transitado em julgado em seu favor. E que, embora se referindo a período diverso do aqui tratado, a decisão judicial deveria ser aplicada pela autoridade administrativa, “simplesmente porque não há mais conflito”.

Informa, ainda, que propôs ação de repetição de indébito contra a União, em relação ao período não compreendido pelo auto de infração ora discutido. Tal ação estaria, no momento, no STJ, com decisões que lhe seriam favoráveis.

A recorrente insiste em que teria ocorrido a decadência do direito de constituir créditos tributários por fatos geradores ocorridos no ano-calendário 1999, forte na aplicabilidade, ao caso, das disposições do art. 150, § 4º, do CTN.

No mérito, reitera seus argumentos de que as clínicas de hemodiálise sujeitam-se à aplicação do percentual de 8%, para fins de determinação do lucro presumido, nos mesmos termos anteriormente aduzidos, por ocasião da impugnação.

A interessada reclama contra a multa aplicada, por agredir frontalmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Quanto aos juros, afirma que sua metodologia de cálculo fere o preceito da legalidade, por se basear em meros atos administrativos e não em leis.

2) DOS SERVIÇOS INDICADOS NO AUTO DE INFRAÇÃO ALÉM DOS DE DIÁLISE PRATICADOS ANTERIORMENTE E POSTERIORMENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO MANDAMENTAL, OU SEJA, DOS SERVIÇOS COMPLEMENTARES AOS DE DIÁLISE PRESTADOS ANTERIORMENTE E POSTERIORMENTE AO DIA 02 DE JULHO DE 2002.

A recorrente requer, preliminarmente, a nulidade do auto de infração, por cerceamento ao seu direito à ampla defesa. Tal teria ocorrido, por sua ótica, pela falta de individualização dos valores referentes aos demais serviços prestados, além dos de diálise.

Sobre os serviços complementares aos de diálise, prestados anteriormente a 2 de julho de 2002, reitera suas reclamações acerca do não conhecimento de seus argumentos em primeira instância, nos mesmos termos anteriormente expostos. Lembra, ainda, que *“em juízo, em nenhum momento se tratara dos serviços indicados pelo Senhor Auditor Fiscal na notificação fiscal, não se podendo falar, portanto, em identidade de objeto, com exceção dos serviços de consulta e clínica médica”*.

Sobre os serviços complementares aos de diálise, prestados posteriormente a 2 de julho de 2002, alega que o não conhecimento de seus argumentos seria igualmente insustentável. Afirma que a autuação teria incidido sobre valores referentes a serviços diversos dos de consultas e clínica médica, mas que na ação judicial não teria havido qualquer menção a outros serviços que não fossem os de diálise, consultas e clínica médica.

A recorrente insiste em que teria ocorrido a decadência do direito de constituir créditos tributários por fatos geradores ocorridos no ano-calendário 1999, forte na aplicabilidade, ao caso, das disposições do art. 150, § 4º, do CTN.

No mérito, sustenta que a hemodiálise é um procedimento complexo e envolve uma série de serviços, os quais fazem parte do processo como um todo, não havendo como separá-los. Diante disso, afirma que *“é óbvio que são necessárias visitas aos pacientes do nefrologista, transplantes renais e, finalmente, serviços de nutrição”* e que *“a sentença não exclui tais serviços, fazendo-o, tão-somente, com os serviços de consultas e os serviços de clínica médica”*. Invoca a Solução de Consulta nº 25, de 06/05/2004, da SRRF05, e o art. 23 da IN SRF 306, de 12/03/2003.

Quanto aos serviços de consultas e os de clínica médica, embora não tendo sido objeto de recurso na esfera judicial, sustenta que nada impede que seus argumentos sejam aqui apreciados, pois a complexidade do procedimento de diálise faria com que também esses serviços pudessem ser abrangidos naquele conceito.

A interessada reclama contra a multa aplicada, por agredir frontalmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Quanto aos juros, afirma que sua

metodologia de cálculo fere o preceito da legalidade, por se basear em meros atos administrativos e não em leis.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

A recorrente requer, preliminarmente, a anulação da decisão recorrida, em face da infringência do princípio do sistema do juízo monocrático. Afirma que a Constituição e o Código de Processo Civil prevêm que o juízo de primeiro grau deva ser monocrático, o que não teria sido observado no caso concreto, acarretando a nulidade da decisão.

Não lhe assiste razão. Diga-se, a propósito, que inexistente o “*princípio do sistema do juízo monocrático*”, invocado pela recorrente. A garantia constitucional mais próxima diz respeito ao devido processo legal e ao direito à ampla defesa. Quando a legislação de regência do processo administrativo fiscal passou a determinar que a decisão de primeira instância administrativa fosse proferida por um colegiado, em substituição à pretérita decisão monocrática, tenho que preservou e até mesmo alargou o direito do contribuinte à ampla defesa, garantido maior isenção e correta apreciação dos fatos e direitos em discussão, sem, por outro lado, causar qualquer lesão ao devido processo legal. Inexiste a nulidade requerida pela recorrente.

Cabe, a seguir, apreciar a alegação de nulidade da decisão recorrida, por não ter conhecido da impugnação na parte que estaria coincidindo com o mandado de segurança nº 2002.72.05.003454-9.

Compulsando os autos, constato que a alegação na peça inicial do mandado de segurança era de que as receitas da interessada seriam decorrentes da prestação de serviços de hemodiálise, serviços esses que teriam natureza de serviços hospitalares. O pedido daí decorrente foi a aplicação do percentual de 8%, para fins de determinação do lucro presumido, à totalidade da receita bruta auferida, vide fls. 370 e 377.

A sentença proferida pelo Poder Judiciário reconheceu a natureza hospitalar dos serviços de diálise, pelo que deferiu o pedido de que as receitas auferidas mediante a prestação desses serviços se sujeitassem ao percentual de 8% (fl. 398). No entanto, ao identificar, mediante a análise do contrato social, a possibilidade da prestação de outros tipos de serviços, diversos daqueles de diálise, estabeleceu que atividades diversificadas estariam sujeitas ao percentual aplicável a cada atividade, nos termos da Lei nº 9.249/1995. O seguinte excerto, transcrito da sentença que consta às fls. 394/395 e 398 é elucidativo:

As impetrantes alegam que prestam serviços na área médico-hospitalar, realizando procedimentos complexos de hemodiálise em hospitais e também em clínicas particulares.

Como se vê dos contratos sociais as impetrantes não desenvolvem apenas "serviços de hemodiálise":

[...]

Desta forma, não podem simplesmente serem tributadas pela alíquota de 8% como querem as impetrantes, pois a Lei nº 9.249/95 determina que *"No caso de atividades diversificadas será aplicado o percentual correspondente a cada atividade"* (art. 15, §2º).

[...]

Com efeito, do contido nas Portarias nº 2.042/1996 e 82/2000 vê-se claramente que os serviços de diálise possuem natureza de hospitalares.

E, se possuem natureza hospitalar, enquadram-se na hipótese de "serviços hospitalares" contida na letra *a* do inciso III do art. 15 da Lei nº 9.249/95, pelo que a alíquota do imposto de renda, em relação a referidos serviços, é de 8%, conforme o disposto no *caput* do art. 15 da Lei nº 9.249/95.

Isto posto, e nos termos da fundamentação, concedo parcialmente a segurança para reconhecer o direito das impetrantes de recolherem o imposto de renda na alíquota de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta, relativamente aos serviços de diálise, nos termos do art. 15, *caput*, da Lei 9.249, de 26-12-1995.

Observo que a decisão judicial não se aprofundou sobre a natureza desses "outros serviços", e igualmente não se manifestou sobre qual percentual seria a eles aplicável.

A autuação ora sob discussão fez incidir a diferença de percentuais ($32\%^1 - 8\%^2 = 24\%$) sobre a totalidade das receitas auferidas, incluindo as decorrentes da prestação de serviços de hemodiálise e aquelas auferidas mediante a prestação de outros serviços, para fatos geradores até o segundo trimestre de 2002. Para os períodos de apuração a partir do terceiro trimestre de 2002, a diferença de percentuais referida somente incidiu sobre as "outras receitas", diversas da prestação de serviços de hemodiálise.

No que toca às receitas decorrentes da prestação de serviços de hemodiálise, não se há de fazer qualquer reparo à decisão recorrida. Com efeito, tendo o contribuinte optado por discutir a matéria junto ao Poder Judiciário, descabe qualquer apreciação por parte da Administração Tributária, entendimento assente no âmbito administrativo a ponto de resultar na edição da súmula CARF nº 1, publicada na Portaria CARF nº 106, de 21/12/2009 (DOU de 22/12/2009).

Súmula CARF Nº 1 - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Sustenta a recorrente (fls. 352/353) que os efeitos da decisão judicial, em sede de Mandado de Segurança, somente se dariam a partir da data da propositura da ação, ou

¹ 32%: percentual que o Autuante entende aplicável.

² 8%: percentual utilizado pelo contribuinte em sua DIPJ.

seja, a partir de 2 de julho de 2002. Em apoio de sua tese, invoca a Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula STF nº 271 - CONCESSÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO PRODUZ EFEITOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO A PERÍODO PRETÉRITO, OS QUAIS DEVEM SER RECLAMADOS ADMINISTRATIVAMENTE OU PELA VIA JUDICIAL PRÓPRIA.

Vale ressaltar, ainda, a seguinte ementa de julgado do STJ:

[...] 5 - O direito ora declarado abrange o período da impetração em diante, em face do entendimento jurisprudencial de que o mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais para o período anterior à sua propositura. Súmula 271/STF. [...] (1ª Turma do STJ, REsp nº 309.759-SP, de 08/05/2001, publicado no DJ de 13/08/2001, Relator Min. José Delgado

Entretanto, o alcance do entendimento da Suprema Corte não é aquele que lhe pretende emprestar a recorrente. Ao dizer que os “efeitos patrimoniais” não se produzem em períodos pretéritos à propositura do Mandato de Segurança, deve-se entender que essa ação não é substitutiva de ação de cobrança, ou seja, não pode a autora pretender a cobrança de valores eventualmente pagos a maior em sede de Mandado de Segurança. Para tanto, lhe são franqueadas a via judicial, mediante a ação adequada, ou a via administrativa. No entanto, o direito que venha a ser reconhecido no Mandado de Segurança não é diferente em se tratando de períodos anteriores ou posteriores à propositura da ação, a menos de modificação legislativa superveniente, o que não ocorreu no presente caso.

Isto posto, tenho por correta a decisão recorrida, a qual não conheceu dos argumentos de mérito acerca de qual seria o percentual aplicável às receitas auferidas pela interessada mediante a prestação de serviços de hemodiálise, por concomitância de objetos entre os processos administrativo e judicial. Irrelevante tratar-se de período anterior à data da propositura da ação judicial. Não vislumbro, aqui, qualquer nulidade.

Por outra vertente, no que tange às “outras receitas”, auferidas pela prestação de serviços diversos da hemodiálise, considero inexistir a concomitância afirmada pela decisão recorrida, pelos motivos que passo a expor.

Conforme anteriormente ressaltado, a decisão judicial não se aprofundou sobre a natureza desses “outros serviços”, e igualmente não se manifestou sobre qual percentual seria a eles aplicável. Compreende-se que assim tenha sido, já que o assunto somente foi trazido à baila, na ação judicial, de forma incidental e com base na apreciação em abstrato dos objetos societários que constam do contrato social da interessada. Desta forma, inexistente aqui decisão judicial sobre a matéria a obstar sua apreciação pelo julgador administrativo.

Considero então demonstrada a inexistência de concomitância entre a ação judicial e a presente lide administrativa, porque a manifestação do Poder Judiciário somente alcançou receitas auferidas mediante a prestação de serviços de hemodiálise, prescrevendo para as “demais receitas” os percentuais correspondentes nos termos da lei.

Durante o procedimento de fiscalização, o Auditor-Fiscal investigou a existência dessas “outras receitas” e sua natureza, concluindo que a elas se aplicaria o percentual de 32%. Ao final, lavrou auto de infração para constituição do crédito tributário correspondente à diferença de percentual. Ao impugnar a exigência e aduzir as razões pelas

quais entende que seu procedimento estaria correto, a contribuinte tem direito a que seus argumentos sejam apreciados.

A Turma Julgadora *a quo* assim não entendeu e, ao deixar de conhecer os argumentos da interessada, quanto a esta matéria, cerceou seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Trata-se de vício que não pode ser suprido por este colegiado, sob pena de supressão de instância e, mais uma vez, embora por outra via, cerceamento do mesmo direito.

Por todo o exposto, voto pelo acolhimento da preliminar de nulidade da decisão recorrida para declarar nulo o acórdão nº 02-18.172, de 24/06/2008, devendo nova decisão ser prolatada, com a indispensável apreciação dos argumentos de mérito que deixaram de ser conhecidos na decisão anterior, acerca do percentual incidente sobre as “*outras receitas*”, auferidas mediante a prestação de serviços diversos da hemodiálise.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha