



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11444.001128/2010-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-008.463 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de novembro de 2020
Recorrente HOSPITAL ESPÍRITA DE MARÍLIA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/11/2008

CONCOMITÂNCIA COM A VIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE MATÉRIA SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO JUDICIÁRIO.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, observada a apreciação das razões não submetidas ao crivo do judiciário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/11/2008

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. 75%. LEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. MULTA CONFISCATÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA CARF N.º 2. É cabível, por expressa disposição legal, a aplicação da multa de 75% decorrente do lançamento de ofício quando formalizada a exigência de crédito tributário pela Administração Tributária. Durante todo o curso do processo administrativo fiscal, é defeso apreciar arguições de aspectos da constitucionalidade da lei, como conceber que a multa aplicada com base na lei seja confiscatória. A Súmula CARF n.º 2 enuncia que o Egrégio Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA CARF Nº4A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Recurso Voluntário parcialmente procedente.

Crédito tributário parcialmente mantido.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso para afastar a multa de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Lázaro Antônio Souza Soares – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

João Paulo Mendes Neto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Lázaro Antônio Souza Soares (Presidente em exercício), Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Fernanda Vieira Kotzias, João Paulo Mendes Neto, Ronaldo Souza Dias, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (Vice-Presidente) e Luis Felipe de Barros Reche (suplente convocado) Ausente o Conselheiro Tom Pierre Fernandes da Silva.

Relatório

Para fins de relato do ocorrido até então nestes autos, reproduz-se o relatório produzido pela DRJ de origem:

Por meio de Auto de Infração, foi exigida da contribuinte acima qualificada, a quantia de R\$ 488.583,82, devida a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins (referente aos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de janeiro de 2005 a novembro de 2008), acrescida de multa de ofício de 75% e dos juros de mora devidos à época do lançamento.

Nos termos da "Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais", deu-se o lançamento de ofício, em razão de que a contribuinte, entidade imune às contribuições sociais, obteve receitas que não podem ficar ao abrigo de desoneração tributária, em face de que "as receitas que compõem as bases de cálculo apuradas, não se enquadram como receitas relativas às atividades próprias, isentas, de acordo com o inciso X, do artigo 14 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, tendo em vista que o § 2.º, do artigo 47, da IN SRF n.º 247/2002, dispôs o seguinte: '§ 2.º Consideram -se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembléia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.' [...] As receitas lançadas de ofício por esta fiscalização, são principalmente os valores auferidos em decorrência da prestação de serviços hospitalares, e portanto, de caráter contraprestacional direto, além de outras receitas, conforme demonstrativos anexos [...], e que não se encontram amparadas pela isenção da COFINS" (sic).

Informa a autoridade fiscal que "observamos que a fiscalizada impetrou o Mandado de Segurança n.º 2006.61.11.002830 - 5, perante a 2.a Vara da Justiça Federal de Marília-SP, em 23/05/2006, insurgindo -se contra o art. 47, §2.º, da IN SRF n.º 247/2002, o qual restringiu o conceito do que seriam as receitas das atividades próprias da entidade, pleiteando, conforme consta em sua petição, que a segurança seja concedida objetivando reconhecer o direito da impetrante em usufruir da ISENÇÃO concedida pelo art.14, X, da MPn.º 2.158 - 35/2001, inclusive em relação as receitas recebidas em caráter contraprestacional direto, afastando, assim, as restrições referidas no Instrução Normativa n.º 247/2002, em relação às prestações vencidas e vincendas" (sic). Em complemento, informa que a sentença de primeiro grau foi favorável à contribuinte e que em razão de a apelação interposta pela União Federal não ter sido ainda apreciada pelo TRF da 3.a Região, a questão remanesce pendente de decisão definitiva.

Irresignada com a exigência fiscal, a contribuinte interpôs impugnação, na qual declara, já de início (item 1, "Questão Prejudicial"), que "já antevendo que o Fisco Federal iria distorcer o conceito de receitas derivadas de atividades próprias para fins da isenção

permeada pela Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, por meio da Instrução Normativa n.º 147/2002, o Impugnante impetrou Mandado de Segurança visando proteger o seu direito líquido e certo de gozar de referida isenção, sem que seja compelido às inconstitucionais e ilegais restrições impostas pelo instrumento secundário de normas sob comentário. Trata-se do mandado de Segurança que recebeu o n.º 2006.61.11.002830-5. Note-se que a impetração remonta a 2006, ou seja, 4 anos antes do inícios da presente fiscalização."

A seguir, depois de destacar os desdobramentos da ação judicial, que coincidem com as informações postas pela autoridade lançadora no relatório fiscal, pleiteia a contribuinte a suspensão do curso do processo administrativo, até o deslinde final da questão em sede jurisdicional. Entende que em razão de ter impetrado o mandado de segurança antes do procedimento de ofício, isso importaria não a desistência ao uso da via administrativa, mas sim a caracterização de que se estaria diante de uma questão prejudicial que precisaria ser primeiro dirimida definitivamente na esfera judicial, para fins de que o processo administrativo pudesse ter seu curso regular reinstaurado. Pede, portanto, a suspensão do julgamento administrativo, até a decisão judicial transitada em julgado.

Na sequência, traz a contribuinte alegações de variada ordem destinadas a, justamente, discutir a legalidade e constitucionalidade das restrições impostas pela Instrução Normativa SRF n.º 247/2002 à caracterização de todas as suas receitas como receitas decorrentes de atividade própria. Na confrontação dos termos da impugnação com os da petição inicial do mandado de segurança, evidenciada fica, como a própria contribuinte também menciona, a identidade de objeto e causa de pedir nas duas instâncias. Por conta disso e em face das razões que se exporá no voto deste Acórdão, é que não se relatoriará aqui, de forma minudente, tais alegações constantes, concomitantemente, dos recursos às vias administrativa e judicial.

Em dois itens finais de sua impugnação, traz a contribuinte novas alegações, destinadas agora à contestação da imposição da multa de ofício de 75% e da exigência dos juros de mora calculados com base na taxa Selic.

No caso da multa de ofício, entende que seu percentual afronta o princípio constitucional do não confisco (artigo 150, IV, da CF). Pleiteia, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato legal que prevê a imposição da penalidade.

Já no que se refere à aplicação da taxa Selic, entende que tal medida afronta vários dispositivos constitucionais, dentre os quais os que positivam os princípios da legalidade tributária, da anterioridade e da indelegabilidade da competência tributária.

A DRJ, ao decidir a impugnação, deixou de apreciar o argumento da imunidade da entidade recorrente pela existência de concomitância entre o processo administrativo fiscal e o judicial, julgando pela procedência, em parte, da impugnação. Assim ficou ementada a decisão:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/11/2008

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO POR PARTE DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte protocolou Recurso Voluntário aduzindo, em apertada síntese: a nulidade da decisão recorrida, a impossibilidade do lançamento por desobediência à decisão judicial, a existência de trânsito em julgado em desfavor da União Federal, a impossibilidade de aplicação dos juros quando do lançamento para evitar a decadência e a ilegitimidade da aplicação da Taxa Selic para fins tributários.

Posteriormente, protocolou às fls. 1594/1609, 1613/1615 e 1618/1619, requerimentos de extinção do crédito tributário pela existência de decisão judicial transitada em julgado que conferiu ao recorrente o direito à imunidade ao PIS. Na ocasião, juntou cópia não autenticada de certidão de trânsito em julgado à fl. 1602.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Paulo Mendes Neto, Relator.

Preliminar

O Recurso Voluntário é tempestivo.

Há preliminar de existência de processo judicial e decisão transitada em julgado, preliminar esta prejudicial à análise do mérito, em parte, motivo pelo qual passo à sua análise.

Caminhou bem a decisão da DRJ que, com base no Parecer Normativo COSIT n.º 07/2014 e Portaria MF n.º 341/2011, identificou haver concomitância entre o processo judicial e administrativo:

Não há, à evidência, previsão de suspensão do processo administrativo, mas mera declaração de definitividade da exigência, na parte relativa à concomitância. No caso que aqui se tem, não há qualquer controvérsia acerca do fato de que o que fundamentou especificamente o lançamento tributário (as restrições postas pela Instrução Normativa SRF n.º 247/2002) é, justamente, o que foi levado à apreciação judicial. Assim, o reconhecimento da desistência tácita à via administrativa se impõe (especialmente tendo-se em conta que, em consulta ao andamento processual da ação judicial na internet, efetuada em 13/06/2018, constatou-se que ainda não há decisão judicial transitada em julgado - é que se houvesse, aí sim, em face de se ter uma decisão que faria lei inter partes, se poderia dar prosseguimento ao julgamento administrativo, agora com base no marco normativo definitivamente firmado; mas não é aqui o caso).

Importante igualmente ressaltar que, in casu, mesmo que nas duas vias fossem diferentes as razões/causas de pedir associadas ao objeto "invalidação das restrições postas pela Instrução Normativa SRF n.º

247/2002", verdade é que, mesmo assim, haveria a inadmitida concomitância. É que se o Poder Judiciário vier a afastar a aplicação da Instrução Normativa SRF n.º 247/2002, essa declaração de invalidade se sobreporá a qualquer decisão administrativa, mesmo que prolatada em face de causas de pedir diversas. O objeto mais amplo se sobreporá às distinções de alegações.

O contribuinte, em suas razões recursais, trouxe o dispositivo da sentença, prolatada ainda no ano de 2006, no *writ*:

ISSO POSTO, rejeito as preliminares suscitadas e, quanto ao mérito, julgo procedente o pedido deduzido na inicial, motivo pelo qual CONCEDO A SEGURANÇA para reconhecer o direito da impetrante de usufruir da isenção concedida pelo art. 14, inciso X, da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 e afastando as restrições referidas no 2º do artigo 47 da Instrução Normativa IN-SRF n.º 247- 2002 e para o fim de determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir a COFINS e, como consequência, declaro extinto o feito com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem honorários advocatícios (Súmula 512 do STF e 105 do STJ). Custas "ex lege". Esgotado o prazo para recurso voluntário, remetam-se os autos ao e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para o reexame necessário, nos termos do artigo 12, parágrafo único, da Lei n.º 1.533/51. Remeta-se cópia desta sentença à autoridade impetrada, nos termos do artigo 11 da Lei n.º 1.533/51. PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. INTIMEM-SE

Da leitura da autuação, verifica-se que esta se deu justamente sob a égide do §2º do art. 47 da IN SRF n.º 247/2002, o qual restringiu o conceito do que seriam as receitas das atividades próprias da entidade, fundamentando-se no caráter contraprestacional das atividades desenvolvidas pela recorrente, conforme planilhas às fls. 23/26 do PAF.

Não se faz necessário que a renúncia à via administrativa se dê posteriormente ao início do procedimento de fiscalização e do processo administrativo, podendo o contribuinte previamente ajuizar demanda judicial e, mesmo assim, renunciar à esfera administrativa, a teor do que dispõe a Súmula CARF n.º 1:

Súmula CARF n.º 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. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Análise de mérito

Da incompetência para pronunciamento de inconstitucionalidade de lei tributária.

Dentre as alegações do contribuinte, arguiu que este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pode afastar a aplicação de lei com fundamento em interpretação constitucional, o que é expressamente vedado pelo entendimento pacífico deste Conselho.

É o teor da Súmula CARF n.º 02:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No mesmo sentido, o art. 62 do Regimento Interno do CARF dispõe:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF **afastar a aplicação** ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, **sob fundamento de inconstitucionalidade**.

Da multa de ofício em setenta e cinco por cento do valor originário do crédito

Inexistindo efeito suspensivo ao crédito tributário, pois não concedida liminar no mandado de segurança e a apelação pela União se deu com efeitos suspensivos, não cabe afastar a incidência da multa de ofício com base no art. 63 da Lei n.º 9.430/96. Vejamos:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

Mutatis mutandis, não configurado o efeito confiscatório da multa em setenta e cinco por cento do valor originário do crédito, tendo em vista a disposição legal e a sua subsunção aos fatos expostos no presente processo administrativo.

Legalidade da Taxa Selic.

O Código Tributário Nacional autoriza a fixação de percentual de juros de mora diverso daquele previsto no §1º do art. 161 do mesmo diploma.

Não obstante, pacífico o entendimento jurisprudencial pela legalidade e constitucionalidade da incidência da taxa Selic, previstos no art. 39, §4º da Lei n.º 9.250/95.

TRIBUTÁRIO – RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - TAXA SELIC -
INCIDÊNCIA (ERESP. 162.914/PR) - ART. 39, § 4º, DA LEI Nº 9.250/95 -
INCONSTITUCIONALIDADE - NÃO-CABIMENTO - RESP 215.881/PR -
PRECEDENTES STJ. - A Corte Especial do STJ, julgando incidente de

inconstitucionalidade argüido no REsp. 215.881-PR, acolheu, por maioria, a preliminar de não-cabimento da instauração do incidente suscitado, em acórdão publicado "in" DJ de 19.06.2000. - A eg. Primeira Seção assentou o entendimento no sentido de que incidem na compensação/repetição de tributos indevidos, recolhidos em consequência de lançamento por homologação, os juros equivalentes à taxa Selic, previstos no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, a partir de 1º de janeiro/96. - Ressalva do ponto de vista do relator. - Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 728640 SP 2005/0031837-8, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 15/09/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.10.2005 p. 289)

Este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem Súmula de nº 04, versando sobre a incidência da SELIC sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal:

Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Estando o período de apuração abarcado pela vigência da Lei nº 9.250/95, impõe-se a incidência de juros moratórios pela taxa referencial SELIC.

Conclusão

Com base em todas as razões anteriormente expostas, voto pelo parcial provimento ao recurso para afastar a multa de ofício.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

João Paulo Mendes Neto - Relator