



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

Processo n° 10665.000107/2011-59
Recurso n° Embargos
Acórdão n° **1001-001.186 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 10 de abril de 2019
Matéria SIMPLES NACIONAL
Embargante COOPERATIVA EDUCACIONAL E CULTURAL DE ITAU DE MINAS - CECI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. CABIMENTO.

São cabíveis embargos inominados de declaração para suprir inexatidão material. Os embargos são acolhidos para integrar os fundamentos da decisão, concedendo efeitos infringentes ao recurso, posto que a inexatidão constatada teve o condão de alterar a decisão embargada.

SIMPLES NACIONAL

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos, com efeitos infringentes para, sanando a inexatidão apontada, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Sergio Abelson - Presidente

(Assinado digitalmente)

Jose Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sergio Abelson (presidente), Andrea Machado Millan e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de exame de admissibilidade dos embargos declaratórios opostos pelo sujeito passivo em epígrafe.

Afirma a embargante que a 1ª Turma Extraordinária da 1ª Seção do CARF, ao prolatar o acórdão 1001-000.596, incorreu em obscuridade, conforme trechos de seus embargos a seguir reproduzidos:

- Do Envio do Recurso Dentro do Prazo:

Nobres Julgadores, compulsando-se o v. acórdão guerreado, denota-se que o recurso aviado pela ora Embargada não foi conhecido por Vossas Senhorias, sob a justificativa que o mesmo estaria intempestivo.

Da análise da própria decisão ora guerreada, denota-se que o prazo de interposição para o recurso seria de 30 (trinta) dias, sendo que, tendo tomado ciência da decisão que julgou a manifestação de inconformismo na data de 31/03/2014, o prazo para interposição do recurso voluntário seria até a data limite de 30/04/2014.

No v. acórdão ora guerreado, sustentam Vossas Senhorias que a Recorrente, ora Embargante teria apresentado seu recurso voluntário na data de 02/05/2014, portanto, 32 (trinta e dois) dias após a data em que tomou conhecimento da decisão, motivo pelo qual julgou tal recurso intempestivo.

Ocorre que tal decisão se mostra totalmente obscura, haja vista que a Recorrente, ora Embargante, protocolou seu recurso voluntário tempestivamente na data de 30/04/2014.

Conforme cópia Aviso de Recebimento que fora enviado juntamente com o recurso voluntário, denota-se que a petição fora devidamente protocolada nas agências dos correios, agência de Itau de Minas/MG na data de 30/04/2014, porém, fora recebida nesta agência da Receita Federal na data de 02/05/2014.

Em que pese à data do recebimento do recurso por Vossas Senhorias, segundo o que determina a legislação pátria, é reconhecido como dia de protocolo de qualquer petição a data em que efetivamente a mesma fora posta nos correios, e não a data em que o órgão julgador recebeu o recurso interposto.

Em se admitindo que a data de protocolo seja a do recebimento da petição no órgão julgador, as partes ficam sujeitas a morosidade dos serviços de correios, o que foge à justiça tanto buscada em processos administrativos e/ou judiciais.

Nesse contexto, encontra-se pacificado o entendimento jurisprudencial exarado pelos tribunais pátrios, conforme se denota dos arestos abaixo colacionados:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO -RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO CORREIO - O PRAZO DEVE SER CONTADO PELA POSTAGEM E NÃO PELA DATA DO PROTOCOLO NO TRIBUNAL - RECURSO DE AGRAVO TEMPESTIVO - EMBARGOS PROVIDOS PARA SANEAR CONTRADIÇÃO.

(TJ-MA - ED: 133602000 MA, Relator: MILITÃO VASCONCELOS GOMES, Data de Julgamento: 26/12/2000, Não informada)

(...)

Vejam, Vossas Senhorias, o v. acórdão, da maneira com que se encontra proferido, está imputando à Embargante o não conhecimento de um recurso voluntário aviado, por julgá-lo intempestivo, ao passo que, a cópia do Aviso de Recebimento da correspondência de protocolo do mesmo recurso, e que se encontra em anexo, comprova sua total tempestividade, haja vista o protocolo se dar da data da postagem do recurso, e a mesma estar dentro do prazo recursal.

Sendo assim, o v. acórdão ora combatido encontra-se obscuro, pelas razões anteriormente aduzidas, motivo pelo qual tal vício merece ser analisado e sanado. É o que se requer.

Os embargos foram admitidos, nos termos do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, que assim estabelece:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

Entretanto, a sua admissão não se dá por obscuridade, mas, sim como embargos inominados (art. 66 do Regimento Interno do CARF), em razão de possível inexatidão material devido a lapso manifesto no que concerne à data em que foi apresentado o recurso voluntário.

Realmente, conforme aviso de recebimento (AR), ora anexado pela embargante (fl. 111), o recurso voluntário teria sido apresentado no dia 30/04/2014 (data da postagem da correspondência contendo o referido recurso), e não no dia 02/05/2014, portanto, dentro do prazo de 30 dias, previsto no art. 33, do Decreto 70.235/72.

Isto posto, passa-se a análise do mérito.

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 01-28.629, da 2ª Turma da DRJ/BEL. que indeferiu a manifestação de inconformidade da ora recorrente contra o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/DIV nº 5, de 22 de fevereiro de 2011, fl nº 34, que a excluiu do Regime do Simples Nacional

Transcrevo, a seguir, parte do relatório:

3. Encontra-se no processo tela emitida na data de 22/02/2011, referente consulta CNPJ, que indica a situação das Declarações apresentadas para os anos-calendário de 2004 até 2008, que as duas primeiras foram apresentadas como INATIVAS e as três últimas como ISENTAS, fl nº 33.

4. Inconformado, o sujeito passivo protocolou Manifestação de Inconformidade, protocolada na data de 01/04/2011, através de seu bastante procurador, conforme Instrumento de Procuração, fl nº 45, com as seguintes argumentações, em resumo, em seu favor, fls nºs 36 a 43:

a) Questionou a constitucionalidade do art. 3º, § 4º, inciso VI da LC 123/2006, e fez citação doutrinária;

b) Transcreveu o § 5º B, e o inciso I do art. 18 da LC 123/2006, que trata de que creche, pré-escola e estabelecimento do ensino fundamental,,,,,

c) Discordou que não possa ser tributada pelo Simples Nacional em virtude de sua forma de constituição; d) Questionou sobre segurança jurídica e sobre ato jurídico perfeito e transcreveu o inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988;

e) Alegou que desde a inclusão da Recorrente no Simples Nacional, todas as obrigações tributárias acessórias foram devidamente cumpridas, havendo lançamento e homologação pertinentes em relação aos tributos recolhidos;

f) Finalmente requereu a reforma da decisão, ou subsidiariamente, ao menos seja reconhecida a impossibilidade da retroação dos efeitos da exclusão

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jose Roberto Adelino da Silva - Relator

Os embargos foram opostos antes de decorrido o prazo regimental de 5 (cinco) dias contados da ciência do acórdão embargado, logo, são tempestivos. Ademais, foram opostos por parte legítima, qual seja, o próprio sujeito passivo, por meio de representante regularmente constituído.

O recurso apresentado, como acima comentado, é tempestivo e apresenta os demais requisitos para admissibilidade e, portanto, dele eu conheço.

Em seu recurso, a recorrente alega:

- inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 4º, inciso VI, da LC 123/2006, cita doutrina;
- princípio da isonomia tributária, cita doutrina;
- segurança jurídica: Cabe aqui destacar, durante todo o período em que se encontra sob o Regime do Simples Nacional, a Recorrente exerceu atividades abrangidas pela norma reguladora do regime, bem como teve seu faturamento sempre em montante adequado ao enquadramento para participação no regime;
- que se o estabelecimento continua em situação fiscal regular, desde sua inscrição no regime até o presente momento, não pode agora a Receita Federal "geral modificação" (sic) em situação que já havia convalidado. Deste modo, não pode agora, ainda mais de modo retroativo, a Administração proceder à exclusão da Recorrente do Regime, sob pena de grave afronta ao Princípio da Segurança Jurídica (cita doutrina)
- DO ATO JURÍDICO PERFEITO: Importante salientar, se mesmo à Lei é vedado prejudicar o ato jurídico perfeito, evidente que este também não poderá ser atacado por ato administrativo, eis que se trata de ato obrigatoriamente vinculado à Lei, em obediência ao Princípio da Legalidade Administrativa;

- Desta feita, subsidiariamente, caso não sejam aceitos os pedidos anteriores, no sentido de revogar o ato administrativo de exclusão da Recorrente, é evidente que os efeitos da exclusão apenas podem ter início no momento do conhecimento do ato de exclusão.
- Do contrário, prevalecerá grave ofensa ao ato jurídico perfeito, bem como à irretroatividade do Direito Tributário.

A DRJ proferiu o seu voto, a meu ver, de maneira correta, por indeferir a manifestação de inconformidade.

Por concordar com este voto, peço a devida vênia para a ela aderir, com base no artigo 50, da Lei 9.784/99 e parágrafo 3º, ao artigo 57, do RICARF, o qual transcrevo, parcialmente:

Do Mérito

7. A questão em foco pauta-se no reconhecimento, ou não, da possibilidade de manutenção de tributação em apreço (Simples Nacional), a partir de 01.01.2009, em razão do Ato Declaratório Executivo acima citado, que descreveu que o sujeito passivo foi constituído e se mantém sob a forma de Cooperativa.

8. Diante das provas anexadas no processo que se constitui do Estatuto Social e das Atas das Assembléias, realizadas pela Cooperativa, não resta dúvida quanto a sua forma de constituição, tanto que nem foi questionada na impugnação.

9. Cabe esclarecer ao sujeito passivo, que independe o objeto da atividade ser possível ou não ser tributada pelo Simples Nacional, a forma de constituição está vedada literalmente no inciso VI, § 4º, do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, a seguir transcrito:

“Art 3º. (...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo”

10. Quanto à constitucionalidade do mesmo artigo questionada pelo sujeito passivo, cabe esclarecer que esta Delegacia de Julgamento não tem competência para julgar questões de constitucionalidade.

Conclusão

11. Pelo exposto, encaminho o meu voto, no sentido de considerar a Manifestação de Inconformidade como IMPROCEDENTE, por entender que o Ato Declaratório Executivo não merece reparos

Acrescento ao voto de mérito, acima, a súmula 2 do CARF:

Súmula CARF n° 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O artigo 3º, parágrafo 4º, inciso VI, da LC 123/2006 é muito claro (acima transcrito) a respeito da vedação.

É evidente que, se não havia o direito à opção, esta não poderia ter sido exercida, razão da emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 5, de 22 de fevereiro de 2011.

Desta forma, voto por acolher os embargos com efeitos infringentes para, sanando a inexatidão apontada, no mérito, negar provimento ao recurso.

Assinado digitalmente.

José Roberto Adelino da Silva - Relator