



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 13707.000249/2005-22
Recurso nº 135.642 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.336
Sessão de 29 de fevereiro de 2008
Recorrente VIDAFIT BRASIL ACADAMIA DE GINÁSTICA LTDA. ME.
Recorrida DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

SIMPLES. ATIVIDADE IMPEDITIVA EXCETUADA PELA NOVA LEI. O artigo 17 §1º, inciso XIII da lei complementar nº 123 de 14.12.2006 excetuou as restrições impostas pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/1996 com as alterações introduzidas pela Lei 10.684/2003.

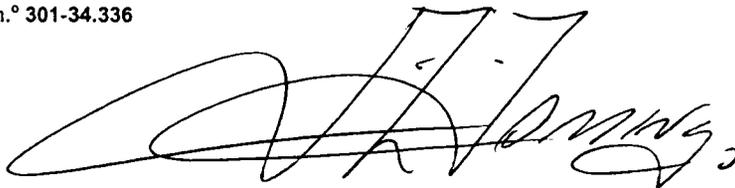
RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES. O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106º, do Código Tributário Nacional.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente



LUIZ ROBERTO DOMINGO – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Valdete Aparecida Marinheiro e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva (Suplente). Ausente a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

A contribuinte protocolou, em 17/01/2005, perante a Secretaria da Receita Federal, pedido de inclusão no Simples, tendo em vista decisão judicial favorável obtida nos autos do Mandado de Segurança de nº. 990009406-9 proposto pelo sindicato Sindelivre.

O pedido de inclusão foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária – DERAT/RJ sob o fundamento de que o Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindelivre significa na verdade uma ação em que os efeitos da coisa julgada afetam seus substitutos processuais, e que só aqueles substituídos no momento da impetração do Mandado é que podem se valer da decisão favorável, não se aplicando a contribuinte que não era afiliada ao sindicato no momento da impetração do *Mandamus*.

Diante do indeferimento a contribuinte protocolou pedido de revisão da não inclusão no Simples em 23/03/05, alegando que a decisão proferida no Mandado de Segurança impetrado contemplou todos os filiados da categoria econômica representada pelo Sindelivre devendo ser deferida sua inclusão no Regime.

A 4ª Turma da DRJ – Rio de Janeiro/RJ indeferiu a solicitação da interessada de inclusão no regime do SIMPLES, pelas razões consubstanciadas na seguinte Ementa:

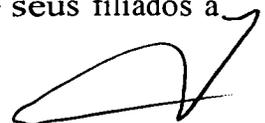
MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ALCANCE DA DECISÃO CONCESSIVA DE SEGURANÇA. A sentença proferida em mandado de segurança coletivo proposto por entidade sindical só produz efeitos em relação aos membros da entidade que se encontravam filiados à época do ajuizamento da ação.

SIMPLES. ATIVIDADES ECONÔMICAS VEDADAS. CURSOS LIVRES. Os cursos livres estão impedidos de optar pelo regime do Simples, em razão de exercer atividade de professor ou a ela assemelhada (art. 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317/1996).

Solicitação Indeferida.

Intimada da decisão supra em 16/05/2006 a contribuinte protocolou Recurso Voluntário em 09/06/2006, alegando que:

- a) deve ser incluída no SIMPLES tendo em vista que recentemente o Tribunal Regional Federal proferiu acórdão em sede de Agravo de Instrumento firmando o entendimento de que todos os filiados ao Sindicato Sindelivre tem direito a aderir ao Regime do Simples sem limitação temporal;
- b) anteriormente ao Agravo interposto já havia sido concedida a segurança nos autos do mandado de segurança nº. 99.0009406-9 interposto pelo Sindicato Sindelivre, para declarar direito líquido e certo do impetrante e seus filiados à opção pelo SIMPLES;



- c) a sentença concessiva de segurança produz efeitos em relação a todos os filiados do Sindelivre;
- d) para que não restassem dúvidas foram opostos e acolhidos embargos de declaração para esclarecer que a segurança concedida beneficia os filiados ao Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro sem restrições;
- e) a Receita Federal apelou da referida sentença, a qual o Tribunal Regional Federal veio a confirmar em acórdão proferido nos autos da Apelação de nº.: 2000.02.01.005782-8;
- f) não pode ser penalizada em relação à retroatividade do Direito, que deve retroagir até a data do seu pedido de inclusão no Simples que se deu em Janeiro de 2005;

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Sendo o Recurso tempestivo e preenchendo os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

Verifica-se, inicialmente, que o motivo da não inclusão da recorrente no Simples se deu em razão de a contribuinte ser sociedade empresária que tem por objeto ensino de idiomas, e que por prestar serviços assemelhados ao de professor, estaria impedida de optar pelo SIMPLES, de acordo com entendimento da Secretaria da Receita Federal sobre o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº.: 9.317/96.

Posteriormente, a contribuinte na condição de filiada do SINDELIVRE protocolou pedido de Revisão de Exclusão do Simples amparada em decisão judicial proferida em mandado de segurança coletivo que conferia o direito aos filiados do SINDELIVRE de optarem pelo regime do Simples.

O pedido de revisão foi indeferido sob o fundamento de que a decisão judicial não se aplica aos entes que não eram filiados ao Sindicato no momento da impetração do Mandado de Segurança.

Entendo que, em verdade, a questão a ser decidida diz respeito à validade da decisão judicial concedida ao SINDELIVRE ser extensiva a todos os seus filiados ou se somente seria extensiva aos seus substituídos processualmente na data da impetração do referido mandado de segurança.

O mandado de segurança coletivo é instrumento de defesa dos mesmos direitos que, em tese, poderiam ser tutelados em um mandado de segurança individual, mas que pode ser manejado por substituição processual, por pessoa distinta do titular do direito correspondente, legitimada a fazê-lo por disposição expressa na Constituição.

A previsão constitucional para o mandado de segurança coletivo vem expressa no inciso LXX do art. 5º, “b”, que assim estabelece:

“Art 5º:

(...)

LXX – O Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por:

(...)

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Pela leitura e interpretação do artigo supra, percebemos que não há no texto constitucional nenhuma limitação temporal à impetração do mandado de segurança coletivo,

desde que a associação impetrante **tenha sido constituída e esteja em funcionamento há mais de um ano e que defenda o interesse de seus membros ou associados.**

Como o mandado de segurança coletivo é um caso de substituição processual, e não de representação, não se faz **necessária procuração dos associados** para a impetração, de onde infiro que, **não sendo necessária procuração dos associados, não há razão para se limitar o alcance da decisão judicial à apenas aqueles que eram afiliados no momento da impetração do mandado.** Sobre o assunto há, inclusive, **Súmula do Supremo Tribunal Federal:**

Súmula 629 STF: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes"

Limitar a decisão judicial à **apenas aqueles afiliados** quando da impetração do mandado significa negar o direito à **igualdade de tratamento** prevista na Constituição, posto que, não é o fato de serem filiados ou não quando da propositura de ação judicial que faz com que os membros de um sindicato **estejam em condições iguais ou diferentes, e que mereçam tratamento tributário distinto ou igualitário.**

O fato de um contribuinte, **pertencente a uma mesma categoria econômica, não estar filiado ao sindicato em momento anterior à propositura de mandado de segurança coletivo, não significa que esse contribuinte não tenha as mesmas condições e requisitos necessários para ter o direito de optar pelo Regime do SIMPLES.**

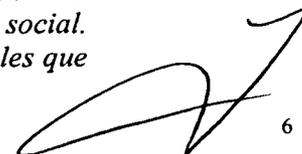
Aliás, como já dito, o **mandado coletivo é instrumento de defesa dos mesmos direitos que, em tese, poderiam ser tutelados em um mandado de segurança individual, o que significa dizer que os contribuintes em condições semelhantes e pertencentes ao mesmo sindicato poderiam impetrar diversos mandados de segurança individuais pleiteando seus direitos e reclamando por igualdade no tratamento tributário, o que só viria a abarrotar ainda mais o Judiciário.**

Frise-se que o **princípio da segurança jurídica** deve ser preservado dentro do nosso ordenamento jurídico, de tal sorte que a **interposição de vários Mandados de Segurança Individuais pelas empresas que se associaram ao sindicato posteriormente à impetração do mandamus coletivo poderia fazer surgir decisões judiciais diferenciadas e conflitantes em relação a pessoas que se encontram na mesma condição jurídica.**

Há inclusive acórdão do STF, em julgamento de questão análoga a dos presentes autos, que trata do interesse exigido para que seja **provido o mandado de segurança coletivo em prol de seus associados:**

"EMENTA: MANDADO DE SEGURANCA COLETIVO - LEGITIMACAO - NATUREZA DO INTERESSE.

O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas prevista na Lei n. 7.689/88. Na espécie, a controvérsia esta relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que



6

congrega, forçoso e concluir pela existência do indispensável nexos.” (STF – 2 T. – Rex nº 157.234/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, DJ em 22.09.95, p. 30.608).

Ademais, a sentença proferida pelo Poder Judiciário não teve nenhuma limitação com relação ao seu alcance, sobre a qual, aliás, já se operou os efeitos da coisa julgada, não é de competência da esfera administrativa limitar os efeitos da sentença proferida judicialmente.

O professor Hely Lopes Meirelles faz a seguinte explanação sobre a extensão da coisa julgada no Mandado de Segurança coletivo:

“Quanto à extensão da coisa julgada, (...) entendemos que se deve aplicar o mesmo princípio já inserto na legislação pertinente à ação popular e à ação civil pública, no sentido de que apenas a sentença de concessão da segurança faça sempre coisa julgada ‘erga omnes’. A denegação da ordem coletiva, por outro lado, só prejudicaria o eventual mandado de segurança individual quando fundado em mérito, e não quando baseado na falta de prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 26.)

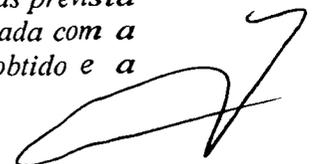
Coadunando com a brilhante lição de Hely Lopes Meirelles, entendo que se beneficiam da coisa julgada os associados ou membros da autoridade impetrante, sendo eles associados ou membros da entidade ao tempo da impetração do mandado, ou se tenham associado no decurso do processo ou depois do trânsito em julgado da decisão. Diferente não é a interpretação de Calmon de Passos que seguindo essa linha de raciocínio arremata:

“(…) na hipótese de o Poder Público se recusar a estender o benefício da coisa julgada a determinado sujeito, cabe a este, invocando a coisa julgada da decisão que o beneficiaria, provar que satisfaz as condições reclamadas para extensão a sua pessoa dos efeitos da coisa julgada. Poderá fazê-lo administrativamente, ou pela interposição de uma mandado de segurança individual, ou ação ordinária, cujo fundamento será não a norma legal, mas o preceito do mandamus, na sua eficácia coletiva de coisa julgada, à semelhança do que ocorre na Justiça do Trabalho com as ações de cumprimento das decisões proferidas em dissídios coletivos.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e “Habeas Data”: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 78.)

Há inclusive acórdão do STF, em julgamento de questão análoga a dos presentes autos, que trata do interesse exigido para que seja provido o mandado de segurança coletivo em prol de seus associados:

“MANDADO DE SEGURANCA COLETIVO - LEGITIMACAO – NATUREZA DO INTERESSE.

O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas prevista na Lei n. 7.689/88. Na espécie, a controvérsia esta relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a



incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que congrega, forçoso e concluir pela existência do indispensável nexo. (19)

Insta salientar que questões como a do caso sob análise já foram trazidas por diversas vezes para julgamento pelo Conselho dos Contribuintes, inclusive por contribuintes filiados ao SINDELIVRE, dessa forma, por coadunar com as decisões dantes exaradas, transcrevo as seguintes Ementas proferidas, fazendo delas também, minhas próprias razões de julgamento:

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. EFEITOS. ASSOCIADOS. Havendo decisão judicial que possibilita a inclusão no SIMPLES de todos os associados, presentes e futuros, do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro, deve ser incluída no SIMPLES o contribuinte que comprovar tal situação, desde que inexista outro fator impeditivo. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.” (Acórdão 302-38877)

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. EFEITOS. ASSOCIADOS. Havendo decisão judicial que possibilita a inclusão no SIMPLES de todos os associados, presentes e futuros, do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro, deve ser incluída no SIMPLES o contribuinte que comprovar tal situação, desde que inexista outro fator impeditivo. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.” (Acórdão 302-39151)

“SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ESTABELECIMENTOS DE ENSINO LIVRE. A Constituição Federal Brasileira adota o modelo de jurisdição única, devendo ser soberanas as decisões emanadas pelo poder judiciário. Desta feita, a decisão proferida no âmbito do Poder Judiciário não poderá ser alterada em processo administrativo, devendo a mesma ser respeitada.” (Acórdão 303-34474)

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. EFEITOS. ASSOCIADOS. Havendo decisão judicial que possibilita a inclusão no SIMPLES de todos os associados, presentes e futuros, do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro, deve ser incluída no SIMPLES o contribuinte que comprovar tal situação, desde que inexista outro fator impeditivo. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.” (Acórdão 302-38876)

Ademais, a atividade desenvolvida pela Recorrente é a de ensino livre de idiomas, que, ainda que fosse atividade vedada ao SIMPLES pela Lei 9.317/96, passou a ser admitida pela Lei Complementar nº. 123/2006.

É certo que tenho entendimento que o SIMPLES é um regime de apuração de impostos, mas é inegável que seja um benefício em favor dos pequenos que não conseguem suportar a carga e volume de obrigações tributárias instituídas para os demais regimes de apuração. Mas diante do entendimento desta Câmara de que, com a edição da Lei Complementar nº. 123/2006, que conferiu tratamento que se adéqua à hipótese do art. 106, inciso II, alínea “b”, por deixar tratar a atividade (objeto social da empresa) como contrário a exigência de ação ou omissão, é que deve dar efeito retroativo à inclusão.

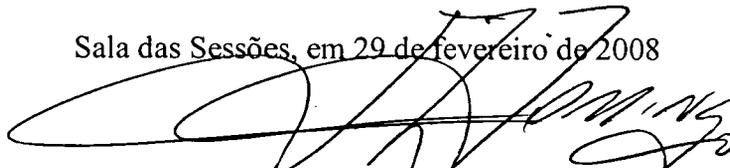


“SIMPLES. ATIVIDADE IMPEDITIVA EXCETUADA PELA NOVA LEI. O artigo 17 §1º, inciso XIII da lei complementar nº 123 de 14.12.2006 excetuou as restrições impostas pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/1996 com as alterações introduzidas pela Lei 10.684/2003. RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES. O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106º, do Código Tributário Nacional. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO” (Acórdão 301-34261)

“SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE EXCETUADA DA SUPOSTA RESTRIÇÃO. RETROATIVIDADE DA LEI SUPERVENIENTE. Construção e reparos de imóveis e obras de engenharia são citados na Lei Complementar 123, de 2006, como atividades econômicas beneficiadas pelo recolhimento de impostos e contribuições na forma simplificada, fato com repercussão pretérita por força do princípio da retroatividade benigna previsto no Código Tributário Nacional. Recurso Voluntário Provido.” (Acórdão 303-34891)

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 29 de fevereiro de 2008



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator