



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

Processo nº 15374.002685/2003-17
Recurso nº 140.776 Voluntário
Acórdão nº **1402-00.240 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 3 de agosto de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente CLUBE DO MOVIMENTO LTDA
Recorrida 4ª TURMA DRJ RIO DE JANEIRO I

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2002

RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS - SÚMULA Nº. 1 DO CARF.

Nos termos da súmula nº. 1 do CARF, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso por concomitância da discussão na esfera judicial. Ausente justificadamente o Conselheiro Carlos Pelá.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente e Relatora.

EDITADO EM: 23/09/2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão de primeira instância que indeferiu a manifestação de inconformidade.

O processo trata de exclusão da interessada do regime do Simples, mediante o Ato Declaratório Executivo Derat/RJO, 447570, de 07.08.2003, doc. de fls. 3, com efeitos a partir de 01.01.2002, devido ao exercício da atividade de CNAE-Fiscal 93.04-1/00 – atividades de manutenção do físico corporal.

A Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à opção pelo Simples foi indeferida, em face do exercício de atividades, tais como, musculação, jazz, ginástica, etc, constantes de seu contrato social, de 01.08.2002, cláusula 2ª.

Com a apresentação de manifestação de inconformidade, a interessada juntou aos autos a alteração contratual, de fls. 32/34.

No voto condutor do acórdão da Turma Julgadora consta que a petição da interessada parece indicar, a princípio, que se trata de pedido de inclusão retroativa no Simples, cuja análise inicial seria da competência da DERAT/RJO, entretanto, pelos demais argumentos contidos na referida petição, trata-se de manifestação de inconformidade relativa ao resultado da SRS, que ratificou a validade do AD 447570, que excluiu a interessada do Simples, com efeitos a partir de 01.01.2002. Entendeu que o fato de ter sido requerido que a inclusão retroagisse a 2003 constituiria um equívoco, em face do AD ser datado de 07.08.2003.

Consigna que o AD foi emitido em 07.08.2003, com efeitos a partir de 01.01.2002, em face das determinações da IN SRF 250/2002, vigente à época. Segundo essa IN os efeitos da exclusão, na hipótese de exclusão do simples por atividade vedada, dar-se-iam, a partir de 01.01.2002, quando a situação excludente tivesse ocorrido até 31.12.2001, e a exclusão fosse efetuada a partir de 2002. Assim, a interessada deveria provar que não exercia atividade excludente anteriormente a 31.12.2001.

Salienta que ademais, a atividade de manutenção do físico corporal inclui-se entre as que são vedadas à opção pelo Simples, sendo que a prestação de serviços de avaliação e condicionamento físico, incluindo a prática e orientação de exercícios físicos para manter ou desenvolver o físico corporal é privativa de profissionais de educação física (fiscultor), cuja regulamentação consta da Lei 9.696/98.

Conclui que a atividade de manutenção do físico corporal está abrangida pela vedação do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96.

Sobre a decisão judicial que beneficia os filiados do Sindelivre, a Turma Julgadora entende que levando-se em conta que os questionamentos a respeito do alcance da referida sentença ainda não haviam sido solucionados de forma definitiva pelo Poder Judiciário, conforme se verifica das pesquisas ao sítio do TRF02 (fl. 40/51), até que a questão seja dirimida na esfera judicial, deve-se adotar o entendimento vinculado ao disposto na MP 1798-2, de 11.03.99, que acrescentando o art. 2º-A à Lei 9.494/97, restringiu a abrangência das

sentenças civis prolatadas em ações de caráter coletivo aos substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Consignou que no caso concreto, a interessada foi constituída em 21.08.87, antes da data de ajuizamento da ação mandamental (12.04.99), contudo, não provou já ser filiada do Sindelivre à época desse ajuizamento e tampouco provou ser filiada ao referido Sindicato.

Concluiu que a interessada não pode ser incluída no benefício concedido aos filiados do Sindelivre à época do ajuizamento mencionado.

Ao argumento da interessada de que sejam aplicadas as disposições do ADI 16/2002, a Turma Julgadora concluiu que esse ADI prestigia os casos em que ocorreu erro de fato tanto no Termo de Opção quanto na Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica, para inclusão no simples e que o mesmo não contempla os casos de contribuintes formalmente excluídos dessa sistemática.

A ciência da decisão da Turma Julgadora se deu em 18.10.2007 e o recurso voluntário foi apresentado em 18.11.2007.

A recorrente argumenta que fez a solicitação à opção do regime do Simples, por força da decisão judicial em MS já transitado em julgado, e pelo fato novo decidido em 23.05.2006, onde foi decidido pelo TRF questão relativa à extensão da sentença aos novos filiados que se filiaram após o ajuizamento da ação, decidindo que todos os filiados tem direito ao Simples, “mesmo os filiados após o ajuizamento da ação”, sem restrições, fato que seria suficiente para confirmar o direito de optar pelo Simples.

Referido mandado de segurança foi distribuído na 18ª VF do Rio de Janeiro sob o nº 99.0009406-9, cuja sentença concedeu o direito aos filiados do Sindelivre de optarem pelo Simples.

Afirma que no intuito de esclarecer a sentença proferida nesse mandado de segurança, o Sindelivre/Rio opôs embargos de declaração que passou a fazer parte integrante do comando judicial. Os embargos foram acolhidos, conforme o seguinte trecho:

Acolho os embargos de declaração esclarecendo que a segurança concedida beneficia os filiados ao Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro, o que integrará a fundamentação e dispositivo da sentença embargada.

Destaca que a União apelou, e que a sentença foi confirmada, e que posteriormente em sede recursal, em 25.11.2003, o TRF02, 3ª Turma, confirmou a sentença de primeira instância, determinando que a medida é cabível a todos os filiados do Sindicato Livre no Estado do Rio de Janeiro, novamente sem restrição.

Posteriormente, o Sindicato interpôs Agravo de Instrumento sobre a questão da extensão da decisão aos filiados após o ajuizamento da ação no qual o MPF, se manifestou favorável, e em 23.05.2006, tal agravo foi julgado e o Sindelivre/Rio venceu por unanimidade, não restando mais, qualquer dúvida sobre o direito dos novos filiados optarem também pelo Simples.

Aduz que negar à requerente o direito de se beneficiar da decisão judicial já transitada em julgado, caracterizaria ilícito penal de desobediência a ordem judicial e que a única condição a ser exigida é a de ser filiada ao Sindicato, e que ademais, a própria DRJ I do

Rio de Janeiro, em diversos acórdãos, adotou entendimento contrário, ao deferir as solicitações de novos filiados do Sindicato.

Ressalta que tem direito à retroatividade da opção, que deve retroagir até janeiro de 2007, quando foi levado à Receita o direito conquistado pelo seu Sindicato por meio do processo administrativo nº 15471.000140/2007-93.

Sobre a fundamentação da Turma Julgadora para o indeferimento, afirma que a mesma está prejudicada por se basear no Contrato Social, porque está embasada erroneamente na relação de atividades vedadas que integram o Contrato Social, vez que as especificadas não são as mesmas do indeferimento. Observando-se a cláusula segunda do contrato, verifica-se que o objeto é a prestação de serviços de atividade de manutenção do físico corporal e não todas as que foram discriminadas no indeferimento.

Afirma que nunca exerceu qualquer atividade excludente anteriormente a dezembro de 2001, e nem tampouco após essa data. Diz que para exercer sua atividade possui, inclusive, diversos instrutores, fato que viria a reforçar a afirmação de que a atividade não é impeditiva de sua inclusão, fato que também teria sido discutido durante todo o processo, levando o judiciário a reconhecer o Direito de opção para toda a categoria, sem restrições aos filiados do Sindicato.

Ressalta que o curso é filiado ao seu sindicato de classe, Sindelivre/Rio, impetrante do mandamus e por isso tem o seu direito ao enquadramento no Simples.

Diz que a inclusão deve ser retroativa a janeiro de 2003, pois esta foi a data que a empresa fez o seu primeiro pedido já embasado pelo mandamus impetrado por seu Sindicato.

É o relatório.

Voto

Conselheira Albertina Silva Santos de Lima

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

Trata-se de exclusão da interessada do regime do Simples, com efeitos a partir de 01.01.2002, mediante Ato Declaratório, devido ao exercício de atividade vedada (atividades de manutenção do físico corporal). A interessada apresentou manifestação de inconformidade contra a decisão da autoridade administrativa que ratificou a validade do AD.

A Turma Julgadora indeferiu a solicitação, em razão de: (i) a interessada deveria provar que não exerceu atividade excludente anteriormente a 31.12.2001, (ii) a atividade de manutenção do físico corporal inclui-se entre as que são vedadas à opção pelo Simples, (iii) não comprovou já ser filiada ao Sindelivre à época do ajuizamento da ação judicial e sequer comprovou ser filiada ao Sindicato, (iv) os questionamentos a respeito do

alcance da sentença, que ainda não haviam sido solucionados de forma definitiva pelo Poder Judiciário (fls. 40/51).

No recurso, em relação ao mandado de segurança impetrado pelo Sindelivre/Rio, a interessada trouxe aos autos os seguintes documentos:

- cópia da sentença do Juiz Federal da 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, de 05.07.99, relativa ao mandado de segurança 99.0009406-9, que concedeu a segurança e declarou o direito líquido e certo do impetrante optar pelo Simples, ao afastar a norma contida no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96, desde que atendidos os demais requisitos previstos no art. 2º da Lei 9.317/96. (Posteriormente, a União apelou, e a sentença foi confirmada, e em sede recursal, em 25.11.2003, o TRF02, 3ª Turma, confirmou a sentença de primeira instância, determinando que a medida é cabível a todos os filiados do Sindicato Livre no Estado do Rio de Janeiro, novamente sem restrição).

- cópia da ementa e acórdão do agravo (agravante: Sindelivre), proc. 2005.02.01.013399-3, do TRF2, onde consta:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA - EXTENSÃO - ASSOCIAÇÕES FILIADAS AO SINDICATO.

O entendimento do julgado é de o Sindicato impetrante, ora agravante, tem direito líquido e certo ao postulado, uma vez que a natureza da ação no mandado de segurança coletivo, aplica-se a todos os associados da entidade, mesmo os inscritos posteriormente ao ajuizamento da ação.

Explicou que o Sindicato interpôs Agravo de Instrumento sobre a questão da extensão da decisão aos filiados após o ajuizamento da ação no qual o MPF, se manifestou favorável, e em 23.05.2006, tal agravo foi julgado e o Sindelivre/Rio venceu por unanimidade.

Nos termos da súmula nº 1 do CARF, a seguir transcrita, importa renúncia às instâncias administrativas, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Súmula nº 1 do CARF:

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.

Do acima exposto, conclui-se que o recurso não deve ser conhecido, em razão de concomitância da mesma discussão na esfera judicial.

Albertina Silva Santos de Lima - Relatora

Processo nº 15374.002685/2003-17
Acórdão n.º **1402-00.240**

S1-C4T2
Fl. 4
