

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

Processo nº 19679.012548/2004-90
Recurso nº 140.278 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.193 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de abril de 2010
Matéria SIMPLES/EXCLUSÃO - ANO-CALENDÁRIO: 2002
Recorrente MULTSPORT ACADEMIA DE NATAÇÃO E GINÁSTICA LTDA.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se cogita de nulidade de atos administrativos, quando observados os requisitos previstos na legislação de regência. Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o contribuinte exerce plenamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA

A busca da tutela jurisdicional, antes ou depois da formalização do ato administrativo litigioso, com o mesmo objeto, importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e/ou desistência do recurso interposto. (Súmula CARF n.º 1)

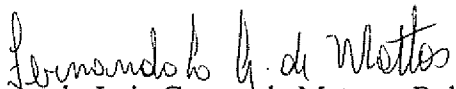
MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO –RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA

As medidas judiciais coletivas não importam, necessariamente, em renúncia ao direito individual de recorrer na esfera administrativa, salvo quando o próprio contribuinte procura fazer uso, no processo administrativo, de decisão proferida nos autos da citada ação judicial coletiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, em face à renúncia do contribuinte às instâncias administrativas, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Viviane Vidal Wagner - Presidente


Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator

EDITADO EM: 02/09/2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Viviane Vidal Wagner, Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro, Fernando Luiz Gomes de Matos e Karem Jureidini Dias.

Relatório

O presente processo teve início em 24/09/2004, com a emissão de Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples, tendo por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada (atividades de condicionamento físico), com efeitos retroativos a 01/01/1992. A exclusão foi fundamentada no art. 9º, XIII da Lei n.º 9.317/96.

Inconformada, a interessada apresentou impugnação ao Ato de Exclusão, alegando a inconstitucionalidade do referido ADE e a ausência de fundamento fático e jurídico para sua exclusão do Simples, detre outras alegações.

A 3ª Turma da DRJ São Paulo I indeferiu o pleito da interessada (fls. 57-68), por entender que a atividade de academia de ginástica efetivamente se enquadra no conjunto de restrições à opção pelo Simples, constantes do retrocitado art. 9º, XIII da Lei n.º 9.317/96.

Cientificada do Acórdão em 31/08/2007 (fls. 69, verso), a interessada interpôs recurso voluntário em 20/09/2007 (fls. 70-98), repisando os argumentos apresentados na sua impugnação e arguindo omissões no Acórdão recorrido, os quais, na sua opinião, configurariam cerceamento do seu direito de defesa.

A recorrente informou, outrossim, que buscou a tutela jurisdicional, com vistas a garantir seu direito de optar pelo Simples, conforme se verifica por meio do seguinte trecho de sua peça recursal (fls. 73):

(...) a recorrente é uma academia de ginástica e, portanto, pertence à categoria protegida pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Esportes Aéreos, Aquáticos e Terrestres do Estado de São Paulo – SEEAATESP.

Assim, a recorrente é prestadora de serviços, filiada ao SEEAATESP, que por sua vez está filiada à FESESP (Federação de Serviços do Estado de São Paulo), conforme demonstram os documentos anexos.

A FESESP, obteve decisão favorável pela Justiça Federal nos autos do Mandado de Segurança Coletivo, processo No.

1999.61.00.057140-1, que protege os seus representados, inclusive a recorrente, do direito de poderem se inscrever no Regime Tributário do SIMPLES.

É importante mencionar que, as demais delegacias da Receita Federal, como a de Jundiaí, estão tomando as providências no sentido de inserir as academias de ginástica como empresas aptas a serem incluídas no SIMPLES em razão da determinação judicial supra mencionada, conforme se observa do documento em anexo.

Portanto, em razão do exposto, requer a recorrente a reforma da r. decisão de fls., determinando a sua manutenção no SIMPLES, para que haja obediência "data vênica" a decisão judicial e se faça justiça!

A recorrente anexou aos autos diversos documentos (fls. 99-114), relativos à retrocitada ação judicial (Processo nº 1999.61.00.057140-1, 11ª Vara Federal de São Paulo).

É o sucinto relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos, Relator

O recurso é tempestivo e, em tese, poderia ser conhecido.

Preliminar

Em sede de preliminar, o contribuinte alegou cerceamento do seu direito de defesa, afirmando que as decisões anteriores, não expuseram de forma clara, os motivos de sua exclusão do SIMPLES, apenas informando que a atividade econômica é vedada, mas sem indicar precisamente qual era a atividade econômica em questão. Neste sentido, afirmou que a atividade efetivamente exercida pela recorrente não consta da referida lei.

Não assiste razão à recorrente. Sobre o tema, a decisão recorrida se pronunciou de maneira bastante clara e objetiva:

Quanto à alegação de que na fundamentação legal consignada no ADE não se sabe ao certo qual o motivo da exclusão, cerceando o direito de defesa, registre-se que o campo "Descrição - do referido ato evidencia claramente a exclusão por atividade econômica vedada, relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-05 (Atividades de condicionamento físico).

8. Esclareça-se que o Acórdão nº 202-12 658, prolatado pelo Segundo Conselho de Contribuintes (fl. 4) relata situação diversa dos autos, referente a julgamento de ato de exclusão que se baseou em presunções acerca do exercício de atividade vedada ao Simples. Corno se verá adiante, o ADE está

fundamentado em atividade impeditiva ao regime simplificado que a própria impugnante declara exercer.

9. À contribuinte foi assegurado o contraditório mediante a ciência do citado ADE, que lhe possibilitou exercer plenamente seu direito de ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal/1988 e do Decreto 70.235/1972.

10. Ressalte-se ainda que, analisando-se as considerações apresentadas na peça impugnatória, constata-se que a contribuinte entendeu perfeitamente a motivação do ato de exclusão, bem como o fundamento legal pertinente, de modo que não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa.

Pelas razões acima expostas, rejeito as preliminares de nulidade da decisão recorrida.

Mérito

Inicialmente, é necessário verificar se o objeto do presente processo administrativo está compreendido no objeto do Mandado de Segurança Coletivo nº 1999.61.00.057140, da 11ª Vara de Federal de São Paulo.

Vale dizer que as medidas judiciais coletivas não importam, necessariamente, em renúncia ao direito individual de recorrer na esfera administrativa, salvo quando **o próprio contribuinte faz uso, no processo administrativo, de uma decisão proferida nos autos da citada ação judicial coletiva.**

Este é o caso dos presentes autos, uma vez que a recorrente expressamente solicitou a aplicação, no presente processo administrativo, de medida judicial prolatada nos autos do Mandado de Segurança coletivo impetrado pela Federação de Serviços do Estado de São Paulo (FESESP).

Conforme Declaração de fls. 113, observa-se que a ora requerente está filiada ao Sindicato dos Estabelecimentos de Esportes Aéreos Aquáticos e Terrestres do Estado de São Paulo (SEEAATESP).

Conforme Certificado de Filiação de fls. 114, verifica-se que o SEEAATESP está filiado à Federação de Serviços do Estado de São Paulo (FESESP), entidade impetrante do referido Mandado de Segurança.

Conforme consta do ADE de fls. 35, a exclusão da interessada se deu por exercício de atividade econômica impeditiva de opção ao SIMPLES, enquadrada no art. 9º, XIII da Lei n.º 9.317/96.

A sentença judicial proferida nos autos do processo nº 1999.61.00.057140, fls. 99-102, assegurou às empresas filiadas à FESESP, que se enquadram no inciso XII, "F" e XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, o direito de "*gozarem dos benefícios fiscais, inscrevendo-as no SIMPLES, observado o conceito de microempresa e empresa de pequeno porte, independentemente de serem empresas prestadoras de serviço*".

Verifica-se, pois, que há plena identidade de objetos entre o presente processo administrativo fiscal e o Mandado de Segurança n.º 1999.61.00.057140.

A interessada, como lhe faculta o ordenamento jurídico, expressamente procura se valer de uma decisão judicial proferida em ação coletiva, versando sobre a mesma matéria que deu origem ao presente processo administrativo.

Tal fato implica renúncia à esfera administrativa, conforme jurisprudência pacífica deste Conselho, consubstanciada na Súmula CARF nº 1:

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.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, consoante entendimento já pacificado neste Colegiado, NÃO CONHEÇO DO RECURSO, uma vez caracterizada a renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e/ou desistência do recurso interposto.

A solução do presente litígio deve permanecer aguardo da tutela autônoma e inafastável da Justiça.

É como voto.


Fernando Luiz Gomes de Mattos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF
1ª SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº : 19679.012548/2004-90

Interessado(a) : MULTISPORT ACADEMIA DE NATAÇÃO E GINÁSTICA LTDA.

TERMO DE JUNTADA

1ª Seção

Declaro que juntei aos autos o Acórdão nº 1401-00.193, (fls. _____/_____), e certifico que a cópia arquivada neste Conselho confere com o mesmo.

Encaminhem-se os presentes autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil _____.

Em ____/____/____

ASSINATURA