



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

Processo nº 11853.000245/2010-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-001.988 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 5 de agosto de 2020
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente EMPORIO DA CACHACA LTA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO
ANO-CALENDÁRIO 2007

A prática de atividade vedada resulta na exclusão do contribuinte do Simples Nacional, nos termos da legislação em vigor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Sérgio Abelson- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson (presidente), Andréa Machado Millan, André Severo Chaves e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão, número 03-51.340 da 4ª Turma da DRJ/BSB, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade contra do Despacho Decisório/DRF/BSA/Diort, de 31/01/2012 (fls. 37/39) e do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 23 de 09/02/2012 (fl. 40), que excluiu a partir de 1º de julho de 2007 o contribuinte do Simples Nacional.

A exclusão foi motivada pelo fato de a ora recorrente exercer atividade vedada de produção sob a forma de engarrafamento de aguardente; com fundamento na alínea b, inciso X, do art. 17, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Em sua manifestação de inconformidade a ora recorrente, em síntese, alegou:

- (i) suscita a tempestividade da peça apresentada;
- (ii) pugna pela nulidade do ato de exclusão por vício formal de procedimento ante a inobservância do art. 79 da Resolução CGSN nº 94 de 2011;
- (iii) roga pela nulidade do ato de exclusão, alegando que a real atividade do contribuinte é “exclusivamente”, conforme CNPJ, de comércio varejista de bebidas – CNAE 47.23700;
- (iv) Sustenta que a Lei nº 123, de 2006, não previu vedação para ingresso das empresas que exercem a atividade de industrialização, na modalidade de engarrafamento de bebidas alcoólicas, proibindo apenas a atividade de produção ou venda por atacado de bebidas alcoólicas e;
- (v) Argumenta que a atividade impeditiva é a atividade industrial e não o engarrafamento de bebidas, invocando a interpretação mais benéfica do art. 116 do CTN.

Ao final da peça de defesa, requer a nulidade do ADE nº 23 de 09/02/2012, o cancelamento dos efeitos da exclusão e, a permanência no Simples Nacional.

Posteriormente, em 13/03/2012, o patrono do contribuinte protocolizou o “ADITIVO” de fls. 52/58 em que, além de repetir algumas alegações feitas anteriormente, protesta:

- (i) pela nulidade do ADE nº 23 de 09/02/2012, invocando “unidade processual” uma vez que pelo ADE nº 01 de 20/01/2009 (processo nº 14041.000326/200740) a empresa já fora excluída do Simples Nacional em virtude de exercer atividade vedada de industrialização na modalidade de engarrafamento. Aduz que a exclusão levada a efeito pelo ADE nº 01 foi contestada pelo contribuinte e encontra-se, desde 21/02/2011, na situação de “EM ANDAMENTO” e;
- (ii) que a autoridade fiscal se baseou no objeto social previsto no contrato social da empresa e nunca diligenciou para verificar a efetividade da atividade desenvolvida pelo contribuinte, conforme “grupo das NOTAS FISCAIS de todo período de atividades” que diz anexar.

Ao final do aditivo, requer a nulidade do ADE nº 23 de 09/02/2012 e a suspensão dos efeitos da exclusão do Simples Nacional.

A DRJ admitiu a peça aditiva em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à nulidade, argumenta que o ato não feriu o artigo 59, do Decreto 70.235/72, posto que lavrado por pessoa competente e por ter proporcionado o direito a defesa que a ora recorrente, inclusive, o fez pro meio de duas peças de defesa.

Quanto ao pedido de unidade processual, esclarece que:

Equivoca-se o requerente ao invocar a “unidade processual” em virtude de ter sido excluído do Simples Nacional por duas vezes, a primeira pelo ADE nº 01 de 20/01/2009 (processo nº 14041.000326/200740) e, a segunda pelo ADE nº 23, de

09/02/2012 (este processo), pelo simples fato de os períodos abrangidos por cada uma das exclusões serem distintos.

Esclarece-se que enquanto a exclusão levada a efeito pelo ADE nº 01 de 20/01/2009, publicado no DOU de 26/01/2009, alcançou o período de 01/01/2001 a 31/06/2007; a exclusão levada a efeito pelo ADE nº 23, 09/02/2012, publicado no DOU de 10/02/2012, deu-se a partir de 01/07/2007.

Quando ao mérito, argumenta que a alínea "b", inciso X, ao art. 17, da Lei Complementar 123/2006, veda a opção pelo Simples Nacional de aqueles que exerçam a atividade de produção ou venda no atacado de bebidas alcoólicas e que:

Embora tenha alegado nas duas de defesa apresentadas, o requerente não apresentou documentos que, inequivocamente, comprovem que o contribuinte, de fato, exercia apenas a atividade de comércio varejista de bebidas – CNAE 47.23700.

Ao contrário, é possível constatar na cláusula segunda do “Contrato Social” de fls. 16/18, datado de 12/11/1996 e arquivado na Junta Comercial do Distrito Federal em 05/12/1996, que a sociedade estabeleceu como seu objeto social “o comércio varejista de aguardente de cana, com engarrafamento e envelhecimento da mesma”, bem como é possível constatar na 1ª Alteração Contratual de fls. 19/21 que a sociedade não alterou o seu objeto social.

Ademais, as Guias de Fornecimento de Selo de Controle e DARFs (documentos de fls. 05/15) indicam que a empresa promove, de fato, o engarrafamento de bebidas.

Registra-se que a operação de engarrafamento de aguardente e envelhecimento, constante do objeto social da empresa, é, a rigor, uma atividade de produção, e amolda-se perfeitamente ao conceito de industrialização previsto no Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010:

...

Oportuno salientar que o ato de constituição de qualquer sociedade definida pelos seus sócios deve, obrigatoriamente (inciso II, art. 997 do Código Civil), apontar qual seu objeto social, o qual especificará a atividade econômica que será exercida pela própria sociedade. Em outras palavras, o objeto social deverá indicar com precisão e clareza as atividades a serem desenvolvidas pela sociedade e decorre sempre do acordo de vontades dos seus sócios.

No caso, se a cláusula do contrato social que estipula o objeto social não foi alterada pela própria sociedade, encontra-se em vigor e, por isso, não justifica aceitar a mera alegação apresentada de que a empresa exercia exclusivamente a atividade de comércio varejista de bebidas.

Salienta-se que o conhecimento de afirmações relativas a fatos apresentados na defesa com intuito de contraditar elementos regulares de prova trazidos aos autos pela autoridade fiscal, demanda sua efetiva consubstanciação por via de outros elementos probatórios, pois sem substrato mostram-se como meras alegações processualmente não acatáveis.

Assim, uma vez que a atividade vedada de produção com a operação de engarrafamento de aguardentes, a qual ensejou a exclusão da empresa do Simples Nacional a partir de 01/07/2007, não foi retirada do objeto social da sociedade no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência em 10/02/2012 do Ato Declaratório

Executivo nº 23 de fl. 40, correto o ato de exclusão da empresa da sistemática de apuração pelo Simples Nacional.

A recorrente foi cientificada da decisão em 18/09/2013 (fl 78) e apresentou o recurso voluntário em 10/10/2013 (fl.70).

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo, que apresenta os pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente repete a preliminar de nulidade, apresentada em sede de manifestação de inconformidade, alegando que o ato feriu o art. 79, da Resolução CGSN 94/11:

Art. 79. Verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sefisc. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §§ 3º e 4º)

Cita jurisprudência administrativa.

Reafirma que a atividade exercida é a de comércio varejista e que a autoridade nunca diligenciou ou confirmou a efetiva atividade econômica da empresa e que os documentos anexados aos autos fazem prova, restando comprovada a venda a varejo, ou seja, ao consumidor final.

Afirma que, para fins do art. 28, da Lei 11.196/05, a venda a varejo é a operação comercial realizada diretamente para consumidor final ainda que pessoa jurídica de direito privado ou público, no limite do seu próprio consumo.

Ademais, a Autoridade Fiscal não possuiu qualquer prova real de que a atividade desenvolvida pela Recorrente é de fato vedada ao regime simplificado.

Cita decisões deste CARF e que:

A Lei Complementar nº 123/2006 que instituiu o regime do SIMPLES Nacional, deixou de existir vedação para ingresso das empresas que exercem a atividade de industrialização, na modalidade engarrafamento de bebidas alcoólicas, PROIBINDO APENAS A ATIVIDADE ECONÔMICA DE "PRODUÇÃO OU VENDA POR ATACADO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS".

Observa-se, que pelo art. 17 da LC nº 123/06, a vedação alcança apenas as fabricantes e^ vendedoras no atacado de bebidas alcoólicas, senão vejamos:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples

Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

X- que exerça atividade de produção ou venda no atacado de:

(...)

b) bebidas a seguir descritas:

1 - alcoólicas;

Daí que argumenta que a atividade impeditiva é a produção industrial e não o engarrafamento de bebidas. Insistindo, fortemente, que a atividade de engarrafamento não é vedada. Isto porque:

No presente caso, a LC nº 123/06 veda expressamente apenas a PRODUÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS, não trazendo qualquer previsão para o caso de ENGARRAFAMENTO, não podendo, assim, a norma ser interpretada de forma a prejudicar o contribuinte.

Ora, mesmo que a Recorrente realizasse o engarrafamento de aguardente, a vedação contida na norma é apenas para os contribuintes que produzam a bebida alcoólica, o que não é o caso em discussão.

Nota-se que a LC nº 123/06 é CLARA ao DIZER que é vedada a opção pelo Simples Nacional para os contribuintes que exerçam a atividade de PRODUÇÃO de bebidas alcoólicas, não podendo tal norma ser interpretada de forma a ampliar este conceito na forma do art. 4º do Decreto nº 7.212/10, sob pena de desrespeito ao art. 112 do CTN.

Desta forma, a Recorrente mesmo que exercesse atividade econômica mencionada pela autoridade fiscal, não poderia ser excluída do SIMPLES Nacional, por força do art. 112 do CTN.

Culmina, requerendo:

1. Reforma do Acórdão DRJ/BSB nº 03-51.340, para determinar a nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 23, de 09/02/2012, por vício formal e por falta de capitulação correta na lavratura do ato de exclusão via ato declaratório e não auto de infração;
2. Confirmar a atividade efetiva de VAREJO e não a prevista no objeto social do contrato social da contribuinte, conforme comprovação via notas fiscais emitidas;
3. Seja determinado o CANCELAMENTO dos efeitos do Ato de Exclusão da Recorrente no regime do SIMPLES Nacional, nos termos do art. 112 do CTN (interpretação favorável ao contribuinte), ante a ausência de vedação expressa na LC nº 123/06 para a atividade de engarrafamento de bebidas;
4. Reconhecer o direito da Recorrente em permanecer no regime do SIMPLES Nacional desde 01/07/2007, tendo em vista não exercer atividade vedada;
5. Determinar a suspensão de todos os efeitos da exclusão do SIMPLES Nacional, nos termos do Art. 151, III do CTN; e
6. Pelo provimento integral do Recurso Voluntário

Com relação a preliminar de nulidade, aventada pela recorrente, tal como bem analisado pela DRJ, tem-se que, consoante o art. 59, do Decreto 70.235/72

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Não se observa nenhuma das duas situações previstas na norma. Além disso, os argumentos dados pela recorrente não seriam, por óbvio, motivo para, ser considerada a nulidade do ato por vício formal. O Ato Declaratório está em linha com o que dispõe a LC 123/2006 e a própria Resolução CGSN 94/2011 em seu art. 75, inciso I:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

O artigo 79, da mesma norma, alegado pela recorrente trata de infrações à legislação tributária no capítulo Da Fiscalização e das Infrações e Penalidades do Simples Nacional.

Portanto, rejeita-se a preliminar de mérito.

Quanto à afirmação de que a atividade de engarrafamento não se enquadra no conceito de produção, engana-se a recorrente. Não se trata de interpretação da legislação (art. 112, do CTN), trata-se de definição, ou seja conceito de industrialização que nos é dado (fonte) pelo artigo 4º, do Decreto 7.212/2010:

Da Industrialização

Características e Modalidades

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único , e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único) :

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao

transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou reacondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.(grifei)

Vê-se, portanto, que não resta nenhuma dúvida quanto ao conceito, ou seja, o engarrafamento configura industrialização.

Quanto à afirmação de *que para fins do art. 28, da Lei 11.196/05, a venda a varejo é a operação comercial realizada diretamente para consumidor final ainda que pessoa jurídica de direito privado ou público, no limite do seu próprio consumo.*

Este é um conceito que, no caso, como a própria recorrente afirma, aplica-se, única e exclusivamente, para os fins do disposto naquela lei, o que não é, obviamente, o caso em discussão.

Segundo o Ato Declaratório, a exclusão deu-se em face da constatação de industrialização, na modalidade de engarrafamento, de produtos classificados no capítulo 22 da TIPI, atividade vedada à opção pelo Simples Federal.

A recorrente alega que apenas realiza a comercialização, ou seja, o comércio varejista de bebidas alcoólicas, ou seja, o atendimento ao consumidor final no balcão.

De acordo com os autos, verifica-se que os indícios, utilizados pela fiscalização, foram, de acordo com o Despacho Decisório (fl.37, renumerada para 34):

- aquisição de selos para engarrafamento de cachaças; e
- objeto social.

Como antes dito, o engarrafamento de bebidas constitui industrialização.

A recorrente afirma ter anexado provas de que apenas realiza a venda a varejo (não consta nos autos), mas, ao mesmo tempo, adquire selos para o engarrafamento, não deixando dúvidas de que realiza o procedimento industrial, que é impeditivo.

Releva ressaltar que de acordo com o Código de Processo Civil - CPC (lei 13.105/2015), art. 373, é seu o ônus da prova:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Consequentemente, rejeito a preliminar suscitada para, no mérito, negar provimento ao recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva