



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

Processo nº 14041.000326/2007-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-001.989 – 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 Federal, 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 para, 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 03-38.730 da 4ª Turma da DRJ/BSB, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório de Exclusão DRF/BSA 01, de 20 de janeiro de 2009, relativamente ao período de 01/01/2001 a 30/06/2007.

A exclusão foi motivada pelo fato de a ora recorrente incorreu em hipótese de exclusão, prevista no inciso XIX, do art. 9º. da Lei 9.317/96, qual seja;

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

...

XIX - que exerça a atividade de industrialização, por conta própria ou por encomenda, dos produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei no 7.798, de 10 de julho de 1989, mantidas, até 31 de dezembro de 2000, as opções já exercidas. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

Em sua manifestação de inconformidade a ora recorrente alegou:

- nulidade do ADE;

- nos termos do art. 106 do CTN, da LC 123/2006 e dos entendimentos jurisprudenciais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, seja determinado o cancelamento dos efeitos da exclusão no regime do antigo Simples Federal;

- tendo em vista a retroatividade da LC 123/2006, que seja reconhecido o direito de permanecer no regime;

- nos termos do art. 151, inciso III, do CTN, sejam suspensos todos os efeitos da exclusão do Simples Federal;

- todas as obrigações anteriores a 2004 estão prescritas; e que

- o desenquadramento retroativo é ilegal.

A DRJ proferiu o seu voto no sentido de que a ora recorrente incidiu (sic) em atividade vedada, nos termos do inciso XIX, art. 9º, da Lei 9.327/96, complementando:

De qualquer forma, se a previsão legal acima transcrita, não for suficiente para convencer a interessada de que incidiu em vedação para permanecer no Simples, temos a ponderar que nos autos consta exatamente o fato ocorrido segundo o previsto no inciso XIX do art. 9º da mencionada lei. Senão vejamos.

Constata-se que a empresa tem como atividade o comércio varejista de aguardente de cana, com engarrafamento e envelhecimento da mesma.

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 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)}.

Ora, a operação de engarrafamento da aguardente implica em industrialização do produto, pois modifica sua apresentação, incorrendo, desta forma, em vedação à opção pelo Simples, nos termos do inciso XIX do art. 9º da Lei 9.317/2006.

Quanto à prescrição de obrigações, a matéria não é pertinente ao Ato de Exclusão do Simples, visto que prescrevem os débitos constituídos, no caso, em auto de infração, Imposto sobre Produtos Industrializados, o qual faz parte de outro processo, onde a contribuinte pode oferecer sua impugnação adequada.

No que tange à retroatividade da LC 123/2006 também é inaplicável, tendo em vista que se aplica a Lei 9.317/1996, legislação vigente à época do fato gerador, conforme art. 144 do CTN, "litteris":

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Não foi anexado o aviso de recebimento, comprovando a ciência do acórdão, pela recorrente, no entanto, consoante despacho, anexado à fl 274, o recurso foi apresentado tempestivamente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

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

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente apresenta uma preliminar de nulidade onde argumenta que a real atividade por ela desenvolvida é o comércio varejista de bebidas (CNAE 47.23-7-00).

Aduz que a Solução de Consulta SRF 35/2007, dispunha que:

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 35 de 03 de Setembro de 2007

ASSUNTO: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

EMENTA: SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. PESSOA JURÍDICA PRODUTORA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. É vedada a opção pelo recolhimento de imposto e contribuições na forma do Simples Nacional de todo e qualquer fabricante ou atacadista de bebidas alcoólicas.

Cita, também, a Solução de Consulta 29/2009, segundo a qual:

PROGRAMA DE INCLUSÃO DIGITAL. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. VENDA A VAREJO.

Caracteriza venda a varejo, para os fins do art. 28 da Lei nº 11.196, de 2005, a operação comercial realizada diretamente com o consumidor final, ainda que pessoa jurídica de direito privado ou público, no limite do seu próprio consumo. (grifei).

Reafirma que a atividade exercida é a de comércio varejista, ou seja, atendimento ao consumidor final, no balcão, para consumo próprio.

A seguir, argumenta que a Lei Complementar (LC) 123/2006 instituiu o regime do Simples Nacional e neste deixou de existir a 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.

Assim, mesmo que se considerasse que a recorrente exercesse a atividade vedada, consoante o art. 106, do Código Tributário Nacional (CTN), a LC 123/2006 aplicar-se-ia retroativamente, por força do inciso I e II (alínea "a")

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

Cita algumas decisões deste CARF neste sentido e afirma que *vale ressaltar, que não há sequer o que se falar em aplicação do art. 144 do CTN como alegado no acórdão recorrido, tendo em vista que não estamos tratando de lançamento de uma obrigação tributária, mas sim de uma norma meramente INTERPRETATIVA.*

Culmina, requerendo que:

Reforma do Acórdão DRJ/BSB nº 03-38.730, para determinar a nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 01, de 20/01/2009, por vício formal e por falta de capitulação correta na lavratura do ato de exclusão, uma vez que a real atividade desenvolvida pela Recorrente é de comércio varejista de bebidas alcoólicas;

Deferimento do presente Recurso Voluntário para determinar o CANCELAMENTO dos efeitos do Ato de Exclusão da Impugnante no regime do antigo SIMPLES Federal, nos termos do art. 106 do CTN, da LC nº 123/06 e dos entendimentos jurisprudenciais deste Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF;

Reconhecer o direito da Recorrente em permanecer no regime do SIMPLES Federal no período de 01.01.2001 a 31.06.2007, tendo em vista a retroatividade da LC nº 123/06;

Com relação a preliminar de nulidade, aventada pela recorrente, 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, sequer, ser considerada a nulidade do ato. Portanto, rejeita-se a preliminar.

Com relação à Solução de Consulta SRF 35/2007, ela trata do Simples Nacional, tão somente, não se aplicando ao Simples Federal.

Quanto à Solução de Consulta 29/2009, conforme o meu grifo, ela é clara ao definir que: *para os fins do art. 28, da Lei nº 11.196, de 2005, a operação comercial realizada diretamente com o consumidor final, ainda que pessoa jurídica de direito privado ou público, no limite do seu próprio consumo.*

Ou seja, aplica-se, única e exclusivamente, para aqueles fins, o que não é, obviamente, o caso em discussão.

Quanto a aplicação retroativa da LC 123/2006, a Súmula CARF 81 (vinculante) assim dispõe:

Súmula CARF nº 81:

É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Compulsando-se os autos, verifica-se que a exclusão decorreu de uma autuação por parte da fiscalização da Receita Federal pelo não recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI sobre produtos comercializados sem o selo de controle, consoante auto de infração lavrado (fl.24, renumerada para 17):

O contribuinte não recolheu o Imposto sobre Produtos Industrializados relativos aos produtos comercializados sem o selo de controle, conforme descrição abaixo.

Em ação fiscal realizada junto ao contribuinte acima identificado, foram apreendidos, conforme Termo de Retenção, de 30.05.2007 (fl.3), 366 (trezentas e sessenta e seis) garrafas de aguardentes de cana, comercializadas em recipientes de vidro não-retornável, sem selo, sob classificação fiscal 22.08.40.00, discriminadas abaixo:

O contribuinte expôs 366 (trezentas e sessenta e seis) garrafas de aguardentes de cana, comercializadas em recipientes de vidro não-retornável, sem selo, ficando sujeito à multa, conforme enquadramento legal abaixo e descrição dos fatos na primeira infração.

Segundo o Ato Declaratório, a exclusão se deu 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.

Entretanto, em resposta à intimação (fl 08), afirmou:

Delegacia da Receita Federal do Brasil
Divisão de Fiscalização
Brasília – DISTRITO FEDERAL

Prezados Senhores,

TERMO DE INTIMAÇÃO – Em atenção à solicitação no Termo em epígrafe, datada de 05.06.2007, informamos:

1. Contrato Social e alteração, em anexo;
2. Ainda não foi solicitado o enquadramento dos produtos por nós engarrafados;
3. O preço comercial dos produtos relacionados é o seguinte:

Aguardente de cana – Banana.....	Cr\$ 13,00
Aguardente de cana – Abacaxi.....	Cr\$ 13,00
Aguardente de cana - Cana JK.....	Cr\$ 7,00
Aguardente de cana - Cana DF.....	Cr\$ 6,00
Aguardente de cana - Cana Ana.....	Cr\$ 7,00
Aguardente de cana - Maxicana.....	Cr\$ 14,50
Cachaça Salamandra -	Cr\$ 18,00
Aperitivo de Cravo e Canela(Gabriela)	Cr\$ 14,00
4. Fica indicado o sócio André Vieira Romão para a representação necessária.

Afirma, portanto, que ainda não havia solicitado o enquadramento dos produtos **engarrafados pela recorrente**.

Verifica-se, nos autos, com base nos documentos anexados, Livro Registro de Saídas e notas fiscais emitidas, que a recorrente apenas registrou receita oriunda da comercialização de produtos, mas, isto significa que não os industrializa (engarrafa para a venda).

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

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva