



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.723548/2014-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.638 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de agosto de 2021
Recorrente SCHERMAN INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

RECURSO VOLUNTÁRIO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. FALTA DE ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DO ATO IMPUGNADO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de recurso voluntário interposto para atacar Ato Declaratório Executivo de exclusão de ME ou EPP do SIMPLES, em que o recorrente não ataca os motivos declinados no predito ato, limitando-se a trazer discussões irrelevantes para o deslinde do contencioso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em não conhecer do Recurso Voluntário, vencidos os conselheiros Cleucio Santos Nunes (relator), Ricardo Marozzi Gregório e Marcelo Cuba Netto que conheciam do Recurso Voluntário; e a conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão que conhecia do Recurso Voluntário apenas quanto à questão do grupo econômico. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregório, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lúcia Machado Mourão, Flávio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da 3ª Turma da DRJ/FOR, que julgou improcedente manifestação de inconformidade oferecida pela contribuinte.

O caso trata de exclusão do Simples Nacional, disciplinado pela LC nº 123, de 2006. Conforme a Representação Fiscal de fl. 2, a DRF de Florianópolis iniciou procedimento fiscal em face da contribuinte em questão em 11.4.2014, referente ao ano calendário de 2010. O procedimento fiscal abrangeu também as empresas: JOSÉ CARLOS SCHEFFER EPP e LORI FERMIANO SCHEFFER ME. O motivo dessa abrangência decorreu da vinculação de José Carlos Scheffer às empresas fiscalizadas. Segundo a auditoria fiscal, José Carlos Scheffer administrava tanto a empresa que leva o seu nome quanto as outras duas, por meio de procurações. Além disso, é filho de Lori Fermiano Scheffer e casado com Jalila Soares, ambas sócias das empresas fiscalizadas.

No procedimento fiscal foram auditados de todas as três empresas os seguintes documentos: i) a escrituração contábil e folha de pagamento em meio digital; ii) livro diário com o movimento contábil do ano de 2010; iii) os documentos que serviram de base para a escrituração contábil do Livro Diário.

Com base na auditoria sobre a documentação citada, a fiscalização concluiu que era o caso de excluir a ora recorrente do Simples pelos seguintes motivos:

6. Ao final da análise, conclui-se que a empresa SCHERMAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. EPP ficou sujeita à exclusão do SIMPLES NACIONAL, pelo cometimento das infrações descritas acima, enquadrando-se nas seguintes hipóteses de exclusão de ofício:

a) Enquadramento na situação descrita no art. 29, incisos II e VIII da Lei 123/2006, referente ao item 5.1, sujeitando a empresa a partir de 01/01/2010.

b) Enquadramento na situação descrita no parágrafo 9º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, referente ao item 5.2, sujeitando a empresa à exclusão a partir de 01/01/2011.

A fiscalização inferiu também que as infrações ocorreram de modo contínuo durante o período de 01/2010 a 12/2010, razão pela qual a exclusão deveria retroagir às competências de 01/2010 a 01/2011.

Percebe-se da leitura do processo que, embora o relatório fiscal de fls. 02/12 faça alusão às três empresas citadas, o presente processo versa apenas sobre o ADE nº 361, de 28/11/2014 (fl. 205), que excluiu do Simples Nacional a empresa SCHERMAN IND E COM DE CONFECÇÕES LTDA – EPP, ora recorrente.

Com a exclusão do Simples, a recorrente apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 209/264, juntando documentos. Concentrou sua defesa na alegação de não existir formação de grupo econômico e que os sócios das empresas mencionadas possuem realmente parentesco, mas não há confusão patrimonial e nem de gestão entre as sociedades, que são autônomas.

Em sua decisão, a DRJ/FOR ressalta que a auditoria fiscal abrangeu as três empresas porque havia indícios e provas de formação de grupo econômico. Em razão disso, verificou-se também que a movimentação financeira das empresas ultrapassou o limite legal de receita previsto para o Simples.

No entanto, o ADE impugnado se limitou a excluir a ora recorrente, fundado no motivo do artigo 29, incisos V e VIII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, com efeitos a partir de 01/01/2010. Ou seja, os motivos da exclusão, objetivamente seriam: i) prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar e; ii) falta de escrituração do livro-caixa ou não permissão à identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

Aduz também a DRJ que a defesa da contribuinte na manifestação de inconformidade se ateu a refutar os fatos relacionados à formação de grupo econômico, não tecendo nenhuma consideração sobre as causas efetivas da exclusão. Seja como for, entendeu o órgão julgador que, realmente, a fiscalização demonstrou a prática das infrações aos dispositivos legais que deram causa à exclusão e julgou improcedente a manifestação de inconformidade (fls. 267/282).

Inconformada, a empresa interpôs o recurso voluntário de fls. 290/306, praticamente reiterando os argumentos da manifestação de inconformidade:

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

1. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Não foram arguidas preliminares de nulidade, razão pela qual passo a apreciar diretamente as questões de mérito.

2. MÉRITO

A questão central, conforme narrados nos fatos, reside na exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional, com fundamento no art. 29, V e VIII da LC nº 123, de 2006, conforme se verifica no ADE nº 361, de 14/11/2014.

Ato Declaratório Executivo DRE/FNS nº 361, de 28 de NOVEMBRO de 2014.

Exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL

Art. 1º O contribuinte SCHERMAN INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA. EPP, CNPJ nº 00.112.937/0001-59, excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por ter sido constatada prática reiterada de infração e falta de escrituração da movimentação bancária durante todo o período fiscalizado, fatos

que importam a exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento no artigo 29, incisos V e VIII, da Lei Complementar nº 123/2006.

O dispositivo legal que embasa a exclusão dispõe o seguinte:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

A recorrente, na manifestação de inconformidade, não contesta a prática de reiterada infração e nem a falta de escrituração contábil financeira como causas de sua exclusão do Simples Nacional. Concentra seu argumento de defesa no fato de que a fiscalização não teria comprovado a existência de interposta pessoa.

No recurso voluntário levanta dois parágrafos para alegar que não procede a acusação de prática reiterada de infração porque não teria sido intimada para apresentar a movimentação bancária. No entanto, confessa que, realmente, não escriturou sua movimentação bancária na contabilidade, o que teria gerado débitos tributários que teriam sido parcelados.

A rigor, tais alegações trazidas somente no recurso voluntário poderiam ensejar o não conhecimento da matéria com base na preclusão temporal, prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972. Seja como for, em prol do princípio do formalismo moderado, entendo que é o caso de analisar tais alegações.

Quanto ao fato de que a recorrente não teria sido intimada para apresentar a movimentação bancária, tal não é verdade. Isso porque, o item 03 do TIF 03 (fls. 18), exige, dentre outros documentos, a apresentação das contas bancárias movimentadas pela recorrente. Em resposta a essa intimação, a empresa informou que possuía contas no Banco do Brasil e no Banco Sicoob, indicando inclusive as agências e os números das contas. Entretanto, invocando seu “direito constitucional ao sigilo bancário” não autorizou o acesso da administração às mencionadas contas. Isso motivou a fiscalização a obter a movimentação bancária da empresa, mediante seus sistemas integrados, conforme a DIMOF juntada às fls. 60. Cotejando-se as informações da DIMOF com a escrituração contábil entregue pela recorrente, verificou-se que tal movimentação não foi lançada na escrituração, o que é confirmado pela empresa em seu recurso voluntário, conforme exposto.

Quanto à alegação de que os débitos tributários gerados com a omissão da escrituração da movimentação bancária em sua contabilidade teriam sido parcelados, além de não ter juntado qualquer prova desse parcelamento, ainda que o fizesse seria inócua. Isso porque, a omissão de escriturar a movimentação bancária na contabilidade por mais de uma vez, é o que basta para configurar a prática reiterada de infração contra legislação do Simples Nacional, nos termos do art. 29, V c/c §9º da LC nº 123, de 2006.

Assim, entendo ser o caso de negar provimento sobre este ponto específico do recurso.

No tocante as demais alegações da recorrente, esclareça-se o seguinte: o relatório fiscal que motivou o ato de exclusão concluiu que as causas para tanto seriam as seguintes:

6. Ao final da análise, conclui-se que a empresa SCHERMAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. EPP ficou sujeita à exclusão do SIMPLES NACIONAL, pelo cometimento das infrações descritas acima, enquadrando-se nas seguintes hipóteses de exclusão de ofício:

a) Enquadramento na situação descrita no art. 29, incisos II e VIII da Lei 123/2006, referente ao item 5.1, sujeitando a empresa a partir de 01/01/2010.

b) Enquadramento na situação descrita no parágrafo 9º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, referente ao item 5.2, sujeitando a empresa à exclusão a partir de 01/01/2011.

O art. 29, II da LC 123 de 2006 prevê o embaraço à fiscalização como causa da exclusão e o inciso VIII trata da falta de escrituração contábil, conforme visto acima.

O Ato Declaratório Executivo DRF/FNS no 361, de 28/11/2014 (fls. 205), utilizou como fundamento para a exclusão, a constatação de prática reiterada de infração e omissão de “escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária”. Trata-se das hipóteses dos incisos V e VIII do art. 29 da Lei Complementar.

Assim, essas duas causas de exclusão é que deveriam determinar o objeto da lide administrativa, devendo o contribuinte apresentar argumentos e provas de que tais hipóteses não restaram configuradas. Mas não foi o que ocorreu. Tanto na manifestação de inconformidade quanto no recurso voluntário, a recorrente insiste na argumentação de que não houve interposição de pessoas e que as empresas Lori Fermiano Scheffer ME e José Carlos Scheffer EPP seriam autônomas e independentes, apesar da relação familiar entre José Carlos Scheffer e as sócias das demais empresas envolvidas.

A estratégia da recorrente de impugnar a acusação de grupo econômico e interposição de pessoas, poderia ensejar também o não conhecimento da matéria pelo seu não pertencimento à lide. No entanto, outra vez, invoco o princípio do formalismo moderado para enfrentar a alegação, especialmente porque, já tendo sido rechaçada pela primeira instância, a recorrente insiste nessa tese no recurso voluntário.

Em síntese, o argumento de defesa da recorrente é que não existe nenhum impedimento legal para que parentes cooperem com suas respectivas atividades empresariais. Desse modo, Luís Carlos Scheffer, na condição de marido de Jalila Soares Scheffer, e filho de Lori Fermiano Scheffer, administrava as empresas da qual sua esposa era sócia e a de sua mãe, tendo ambas as empresas sido criadas antes de José Carlos ter se casado com Jalila.

A alegação da recorrente é facilmente comprovada com as procurações de fls. 197/204, em que a empresa Lori Fermiano Scheffer ME e a recorrente, cada qual representada por suas respectivas sócias, Lori Fermiano Scheffer e Jalila Soares Scheffer, outorgam amplos poderes a José Carlos Scheffer para administrar ambas as empresas.

Conforme se observa dos autos, todas as três empresas envolvidas, a recorrente, Scherman Industria e Comércio de Confeccões Ltda. EPP, José Carlos Scheffer – EPP e Lori Fermiano Scheffer – ME atuam no mesmo segmento, qual seja, confecção de roupas.

Assim, sobre este único ponto sobre o qual se insurge a recorrente, qual seja, a formação de grupo econômico para dividir o faturamento anual e assim não extrapolar o limite para o Simples Nacional, entendo que essa situação está comprovada nos autos.

As procurações outorgadas a José Carlos Scheffer, demonstram que as demais sócias não exerciam a gestão de suas respectivas empresas.

Além disso, ficou caracterizada confusão patrimonial entre as empresas envolvidas. Isso porque, conforme a resposta dada pela recorrente Scherman à fiscalização, fls. 59, o imóvel em que está instalada a empresa era de propriedade de José Carlos Scherman, marido de Jalila, sócia da recorrente. Também em resposta à fiscalização, a empresa José Carlos Scheffer EPP informou que o imóvel em que se situa sua filial 02, era de propriedade do próprio Luis Carlos Scheffer (fls. 116). A empresa Lori Fermiano Scheffer ME, por sua vez, informou às fls. 180, que sua filial estava instalada em imóvel também de Luis Carlos Scheffer, filho de Lori Scheffer, sem cobrança de aluguel.

Como se vê, há no caso uma nítida confusão patrimonial entre os imóveis de Luiz Carlos Scheffer e de sua esposa, os quais são ocupados pelas empresas envolvidas, não tendo a recorrente comprovado a cobrança de alugueis. Isso mostra que o patrimônio do sócio Luís Carlos Scheffer era destinado para as atividades das outras empresas, contrariando o argumento de defesa de que as demais sociedade envolvidas seriam independentes e que não há no caso formação de grupo econômico.

Apesar dessa evidência, o fato mais grave é que está comprovado nos autos que as empresas envolvidas, umas pagavam despesas das outras, tais como compras de matérias primas, contas de energia elétrica, água, FGTS, INSS e o próprio pagamento do Simples. Tais provas podem ser vistas nos boletos e faturas de cobrança e seus respectivos pagamentos, feitos, ora por José Carlos Scheffer EPP em favor da recorrente e de Lori Fermiano Scheffer ME e vice versa (fls. 63/89; 120/140; 141/156; 181/195).

Por conseguinte, entendo ter ficado configurada a formação de grupo econômico para distribuir os faturamentos das empresas envolvidas e, com isso, evitar-se a extrapolação do limite de faturamento do Simples.

Sobre a falta de escrituração da movimentação bancária, registro outra vez que a recorrente não refutou os achados da fiscalização, de modo que este fato se tornou incontroverso.

Ressalte-se que o enquadramento legal para exclusão do Simples, de acordo com as conclusões da fiscalização, foram os incisos II e VIII do art. 29 da LC nº 123, de 2006, conforme transcrito acima. Os dispositivos legais mencionadas preveem as seguintes hipóteses:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

O ADE de fls. 205, substituiu o enquadramento do inciso II pelo inciso V do citado art. 29, o qual, por sua vez, trata de prática reiterada de infração aos dispositivos da Lei Complementar. No ponto, vejam-se os arts. 1º e 2º do ADE:

Art. 1º O contribuinte SCHERMAN INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA. EPP, CNPJ nº 00.112.937/0001-59, excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por ter sido constatada prática reiterada de infração e falta de escrituração da movimentação bancária durante todo o período fiscalizado, fatos que importam a exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento no artigo 29, incisos V e VIII, da Lei Complementar nº 123/2006.

Art. 2º A presente exclusão surtirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010 e fica impedida a opção pelo Simples Nacional pelos três anos-calendário seguintes, nos termos do art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis – SC.

Apesar de recomendável que o ADE expresse os mesmos fundamentos legais propostos pela fiscalização, entendo que a autoridade competente não está vinculada às mesmas conclusões dos auditores fiscais, podendo colher dos autos elementos que possam dar coerência ao ato decisório. A motivação, neste caso, não serão os argumentos e menção a dispositivos legais ditos no relatório fiscal, mas o conjunto de provas dos autos.

Ressalte-se que o caso não cuida de aplicação de penalidade em que deve existir maior rigor entre a motivação do ato e sua conclusão. Trata-se aqui de exclusão de um regime tributário e fiscal favorecido ao contribuinte. Daí por que, os requisitos legais para tanto devem ser observados e, uma vez comprovado que não o foram, é dever da autoridade pública agir de ofício para aplicar a lei que, no caso, prevê a exclusão do contribuinte do respectivo regime.

Assim, entendo que a infração do inciso V do art. 29 deverá ser convalidada porque ficou comprovado nos autos que o não lançamento da movimentação bancária ao longo do ano calendário é prática reiterada de infração contra a legislação do Simples. Reitero que a recorrente não refutou essa alegação da fiscalização, tornando os fatos incontroversos.

Por conseguinte, diferentemente do que determinou o art. 2º do ADE, os efeitos da exclusão deverão ocorrer a partir do fevereiro de 2010 e não de janeiro do mesmo ano, pois a reiteração da conduta somente poderá ocorrer a partir do segundo mês, inclusive.

Diante do exposto, conheço do recurso e, no mérito, voto em NEGAR PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes

Fl. 8 do Acórdão n.º 1302-005.638 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11516.723548/2014-41

Voto Vencedor

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, redator desingado.

Com a devida vênia ao D. Relator, mas o apelo manejado não merece conhecimento.

Isto porque, como relatado pelo próprio Conselheiro Cleucio, o ADE Expedido descreveu, como causas da exclusão da empresa do SIMPLES, as situações contempladas pelos inciso V e VIII do art. 29 da Lei Complementar 123/06. E, neste passo, como assentado no próprio voto condutor, a insurgente não atacou nenhum destes fundamentos! Não há, portanto, aqui, litígio, porque os motivos que deram causa a sua exclusão não foram, de qualquer forma, refutados, operando-se quanto a eles, inclusive, preclusão.

Já os argumentos efetivamente deduzidos pela parte em suas razões de insurgência são absolutamente estranhos ao processo ou, quando menos, ao Ato cujo cancelamento se pede.

Em linhas gerais, o recurso manejado não nos devolveu qualquer matéria passível de análise nesta instância e neste feito, impondo-se o seu não conhecimento.

A luz do exposto, e com as renovadas vênias ao D. Relator, voto por NÃO CONHECER do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca