



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.730019/2015-49
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-003.746 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de setembro de 2019
Recorrente CENTRALTEC INSTALAÇÕES TÉRMICAS E COMÉRCIO - EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007

NULIDADE. PRESSUPOSTOS. NÃO OCORRÊNCIA.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS NA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE PESSOA JURÍDICA. FRACIONAMENTO DE ATIVIDADES. ADMINISTRAÇÃO ÚNICA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA FÁTICA SOBRE A FORMA.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar evidenciada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, que na realidade não é dotada de autonomia operacional nem patrimonial, fazendo parte de empreendimento único.

A simulação ou fraude objetiva pode configurar-se quando as circunstâncias e evidências indicam a coexistência de empresas, que perseguem a mesma atividade econômica e que se utilizam dos mesmos empregados e meios de produção, implicando confusão patrimonial e gestão empresarial atípica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Abel Nunes de Oliveira Neto Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se o presente processo de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal em Brasília que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo Contribuinte contra o ADE que excluiu o contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeitos a partir de 01/07/2007.

Por meio da Representação Interna (RI) para exclusão do Simples Nacional (fls. 03/24), a Fiscalização informa que a empresa Centraltec Instalações Térmicas e Comércio - EIRELI constitui uma interposta pessoa jurídica para a contratação de segurados empregados do Grupo Econômico de Fato, denominado de “CENTRALTEC” e formado pelas empresas: Centraltec Climatização EIRELI e E.A. de Souza Comercial Ltda-ME.

Na representação citada acima, há o registro de que a empresa CENTRALTEC Instalações Térmicas e Comércio EIRELI é utilizada pela empresa CENTRALTEC Climatização visando, indevidamente, benefício fiscal decorrente da opção pelo Simples Nacional, visto que o faturamento dessa última empresa é incompatível com o limite de adesão previsto no art. 3º, inciso II, da LC n. 123/2006. Informa que a CENTRALTEC Instalações Térmicas e Comércio EIRELI concentra a maioria dos empregados da real empregadora (que seria a empresa CENTRALTEC Climatização) e, conseqüentemente, também as remunerações.

A Representação Interna (RI) registra que a empresa Centraltec Instalações Térmicas e Comércio - EIRELI incorreu na hipótese de exclusão do Simples Nacional prevista no art. 29, IV, da LC n.º 123/2006, e, com isso, nos termos da competência atribuída na Portaria DRF/SDR n.º 60, de 20 de maio de 2015 (publicada no DOU de 21/05/2015), e com fulcro nas disposições do art. 3º, §§ 4º e 6º, art. 28, *caput*, art. 29, IV e §§ 1º, 3º e 5º, e art. 33, da mesma Lei, e da Resolução/CGSN n.º 94, a Fiscalização formalizou a representação e o processo administrativo de exclusão do Simples Nacional, que culminou na expedição do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015, que excluiu essa empresa (sujeito passivo) do Simples Nacional a partir de 01/07/2007.

Cientificado do Ato Declaratório de exclusão do Simples Nacional em 05/01/2016 (fls. 02 e 1661), o contribuinte apresentou a primeira Manifestação de Inconformidade - MI (fls. 1672/1679), em 02/02/2016, alegando, em síntese, que:

- a) “não há competência legal da Auditora-Fiscal para assinar ao ato administrativo de exclusão da empresa do Simples Nacional, pois o documento com o título de “Representação Interna”, que noticia os fatos da exclusão do Simples, é assinado pela mesma autora que julgou essa

representação e emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF/Salvador/Sefis n. 40. Assim, no caso concreto, a mesma Servidora representou uma suposta irregularidade e, do mesmo lado do balcão, atuou como juíza e decidiu. Isso ensejaria a nulidade do ato administrativo de exclusão do Simples Nacional”;

- b) não há nenhum documento que comprove a lotação administrativa da Servidora que assinou o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015, já que, pelos exatos termos da Portaria DRF/SDR n. 60/2015, somente teria competência para emitir esse ato declaratório os Auditores-Fiscais lotados na Sefis”;
- c) Isso acarretaria outra nulidade do ato administrativo de exclusão do Simples Nacional, em razão da ausência de comprovação da lotação dessa servidora; outra nulidade é quanto ao fato da exclusão se reportar a julho de 2007 e atribuir a exclusão por excesso de receita bruta, sem que demonstre qual a receita foi utilizada como parâmetro. A não demonstração dos dados inviabiliza a defesa, gera cerceamento e a consequente nulidade do ADE. Assim, seria impossível exercer a defesa e o contraditório, também por essa razão o ato administrativo da exclusão é NULO;
- d) informa que até a presente data não recebeu em seu domicílio e em seu nome o suposto AR n. 327856660, objeto de anotação de punho livre no rodapé do ADE copiado na Receita Federal;
- e) quanto à questão da criação de pessoa interposta para obter benefício fiscal indevido no âmbito do regime simplificado, requer a juntada de qualquer defesa por ventura apresentada pelas demais pessoas jurídicas mencionadas nesse processo, para fazer parte de sua defesa como se aqui estivesse escrito.
- f) Ao final, requer que: (i) recepcione a Manifestação de Inconformidade com efeito suspensivo, conforme determina o art. 151 do CTN; (ii) a nulidade do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015, em razão da falta de competência do agente fiscal para a sua lavratura e também pela invalidade da norma que delegou competência privativa; (iii) a juntada de possíveis defesas apresentadas pelas pessoas jurídicas mencionadas no caso com se aqui estivesse escrito. Antes, contudo, que determine o envio dos documentos necessários para ciência na forma preconizada pelo PAF.

Do Despacho de Diligência.

Por meio do Despacho n.º 09 - 5ª Turma da DRJ/BSB de fls. 1709/1711, o processo retornou em diligência para a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Jurisdição do contribuinte a fim de que fosse anexado aos autos: (i) cópia do ato que outorgou a delegação de

competência à autoridade fiscal para expedição do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40/2015, que excluiu a empresa do Simples Nacional; e (ii) cópia de ato que materialize a lotação da servidora responsável pela emissão do Ato Declaratório Executivo (ADE) no momento da sua assinatura, em 23/12/2015. Em atenção a essa diligência requerida, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador/BA prestou informações (fls. 1713/1718) e autuou cópias dos seguintes documentos (fls. 1719/1720):

- a) Portaria DRF/SDR n.º 60, de 20 de maio de 2015, publicada no DOU n.º 95, de 21 de maio de 2015 – delegação de competência para decidir sobre exclusão de contribuinte do SIMPLES Nacional e emissão do respectivo Ato Declaratório Executivo (fl. 1719);
- b) Portaria DRF/SDR n.º 40, de 28 de maio de 2007 – lotação da Auditora Fiscal no Serviço de Fiscalização (SEFIS) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador (fl. 1720).

Cientificou por via postal (AR's de fls. 1731/1736) os seguintes interessados: (i) CR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA ME, CNPJ 04.245.765/0001-42; (ii) CENTRALTEC INSTALAÇÕES TÉRMICAS E COMÉRCIO EIRELI, CNPJ 86.951.811/0001-93; (iii) CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO EIRELI, CNPJ 05.470.488/0001-34 (alterou nome empresarial para JIREH DISTRIBUIDORA E VAREJISTA EM AR CONDICIONADO, PEÇAS E ACESSÓRIOS EIRELI); e (iv) E. A. DE SOUZA COMERCIAL LTDA – ME, CNPJ 10.510.904/0001-10.

Por meio da segunda Manifestação de Inconformidade (MI) de fls. 1740/1753, o contribuinte repete as alegações de nulidade registradas na primeira MI e acrescenta que:

- a) Auditora estava atuando na ação fiscal em desfavor da Manifestante e nesse caso agiu mais que "perito", foi parte. Neste contexto, afirma que ela deixou de ser uma simples testemunha e foi a Agente acusadora. Afinal, a Representação Fiscal Interna elaborada pela autuante só pode ser dirigida a um terceiro (Auditor), posto que ninguém faz representação a si próprio. Por esse aspecto, alega que a nulidade seria a única solução para resolver o vício de reunir em uma só pessoa a atribuição de acusar;
- b) É manifesto o cerceamento do direito de defesa, pois deveria minimamente constar dos autos os nomes e profissões dos empregados no período a que se reporta a exclusão, julho de 2007. Com isso, seria nula a exclusão da empresa do Simples Nacional;
- c) Cabe também sérias ressalvas quando o Fisco pretende imputar a motivação da exclusão para o montante de receita bruta, havida no período inicial a que se reporta a exclusão, julho de 2007. Para tanto, afirma que o

Fisco “(...) apresenta a soma dos faturamentos das sociedades: Climatização (CNPJ 05.470.488/0001-34); CR Comércio (CNPJ 04.245.765/0001-42) e da manifestante, sob o argumento de que se trata de "uma mesma empresa". Ou seja, os três CNPJ ficam aglutinados na primeira, dentro da tese de "empresa mãe", fazendo as demais empresas desaparecerem como em um passe de mágica, uma vez que não declina sobre a norma que autoriza o fisco extinguir duas sociedades e as incorporar em uma terceira. Tudo de ofício e sem mencionar qualquer norma que regule a matéria, tendo como fundamento apenas a vontade do fisco”.

O Acórdão ora recorrido apresentou a seguinte ementa (03-075.815 - 5ª Turma da DRJ/BSB):

ASSUNTO: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Ano-calendário: 2007 I - Da Alegação de Nulidade.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS. NÃO OCORRÊNCIA.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

II - Da Exclusão do Simples Nacional.

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS NA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE PESSOA JURÍDICA. FRACIONAMENTO DE ATIVIDADES. ADMINISTRAÇÃO ÚNICA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA FÁTICA SOBRE A FORMA.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar evidenciada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, que na realidade não é dotada de autonomia operacional nem patrimonial, fazendo parte de empreendimento único.

A simulação ou fraude objetiva pode configurar-se quando as circunstâncias e evidências indicam a coexistência de empresas, que perseguem a mesma atividade econômica e que se utilizam dos mesmos empregados e meios de produção, implicando confusão patrimonial e gestão empresarial atípica.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INTERPOSIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INDEPENDÊNCIA.

No caso de interposição de pessoa jurídica na contratação dos segurados empregados, independe da constituição definitiva do crédito tributário

constituído pelo lançamento para que se proceda de ofício a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Sem Crédito em Litígio.

Às fls.1794 dos autos – o interessado interpõe Recurso Voluntário, trazendo as seguintes razões:

- a) Da Nulidade do ADE: Diz que “o Acórdão recorrido não acatou a nulidade sob o argumento de que foram encaminhados todos os documentos mencionados no Despacho Sefis por via postal, Aviso de Recebimento (AR), enquanto a Recorrente reafirma, e subordina-se às leis penais, que nada além das 5 páginas que compõe o Despacho Sefis foi encaminhado pelo fisco pelo referido "AR"”.
- b) Da Improcedência e nulidade da Exclusão: Afirma que “ a Recorrente não contesta a validade jurídica da portaria que delega competência aos Auditores lotados na Sefis. Contesta é a interpretação de que há autorização na portaria para que o auditor que atuou na representação também assinasse o ADE, por isso se requer a nulidade”.
- c) Da Improcedência da tese de pessoa interposta: Aduz que “não há qualquer possibilidade jurídica de constar do ADE algo retificado por argumentos em processo. Consta do ato que um dos motivos de exclusão é o excesso de receita bruta, enquanto em narrativas argumentativas processuais essa suposta irregularidade é excluída. A solução é anular o ato defeituoso e elaborar outro”.
- d) Do Prequestionamento: Diz que “a Manifestação de Inconformidade a Recorrente requereu que os argumentos utilizados na peça de defesa das demais pessoas envolvidas desse procedimento fossem aceitos como da manifestante. Todavia, o i. Relator, que inclusive relatou os demais processos a este vinculado, apenas reprisou por transcrição sua própria decisão e a transcreveu em longas onze páginas, sem revelar quais os pontos controvertidos apontados naqueles processos são também aqui arguidos, como se escritos estivessem, constituído-se, no entanto, em prequestionamentos”.
- e) Da ACUSAÇÃO FISCAL: Afirma que “a Auditora lavrou os autos de infração baseando-se em ocorrência de algumas supostas infrações da Impugnante e a elas adicionou todas as contribuições previdenciárias com fatos geradores apurados nas empresas CENTRALTEC Instalações Térmicas e Comércio e CR Comércio de Móveis LTDA, com se estas não estivessem no regime do Simples Nacional ou inexistissem juridicamente, pior, como se os fatos geradores fossem praticados pela recorrente”.

- f) DIREITO E O TRANSLADO DO FATO GERADOR: Diz que “por derradeiro, a Recorrente declara para todos os fins que não recebeu nenhum dos documentos que o fisco diz ter juntado ao Despacho ora Recorrido, na forma preconizada no processo administrativo fiscal. Fato que caracteriza também o cerceamento do direito de defesa.
- g) Requereu a Recorrente que o E. Conselho determine o cancelamento do ADE em razão da ausência do juiz natural, caracterizada pelo fato de reunir ao mesmo tempo em uma só pessoa as funções de acusador e julgador. Também determine o cancelamento do ADE pela impossibilidade jurídica de cônjuge ser um *laranja* do outro, bem como o vício material de excluir do Simples desde o ano de 2007 sem apresentar qualquer documento contemporâneo a aquele ano ou próximo. Mais ainda, também pela não entrega dos documentos que diz ter anexado.

Em que pese não conste em anexou ou nos autos nenhuma informação acerca do lançamento de crédito tributário decorrente da referida exclusão, consta às fls. 1824 - Despacho de Admissibilidade do Recurso - da Turma Extraordinária / 2ª Turma, declinando a competência à Primeira Seção do CARF, eis que a exclusão do SIMPLES é vinculada ao crédito tributário, aplicando-se a ressalva da parte final do inciso I do art. 23-B do RICARF – (...) “cabe às Turmas Extraordinárias julgar apenas "exclusão" do SIMPLES, desvinculadas de processos de crédito tributário, não sendo permitido sequer "processar" diligências, face a incompetência para o processo de crédito, tudo justamente para evitar decisões conflitantes, sendo esta a premissa encartada no art. 23-B, I, do RICARF”.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Trata-se o presente processo de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo Contribuinte contra o ADE que o excluiu do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeitos a partir de 01/07/2007.

Em suas razões de recurso o contribuinte basicamente reitera as suas alegações de impugnação, e repete argumentos apresentados em outro processo administrativo fiscal.

Inicialmente, em sede de preliminar, reitera a alegação de nulidade do lançamento por ausência de competência legal da Auditora-Fiscal para assinar o ato administrativo de sua exclusão do Simples Nacional, pois o documento com o título de “Representação Interna (RI)”,

que noticia os fatos da exclusão do Simples, é assinado pela mesma autora que emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF/Salvador/Sefis n. 40.

Tais alegações já foram brilhantemente analisadas e rechaçadas pela DRJ, conclusão com qual coaduno. Cito trecho da análise da DRJ sobre a referida preliminar:

Em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, tem-se como dispositivo legal aplicável no âmbito da Administração Tributária o Decreto nº 70.235/1972, que versa a respeito do processo administrativo fiscal e do julgamento do contencioso.

Consoante o art. 14 do Decreto nº 70.235/1972, a fase processual da relação fisco-contribuinte, inicia-se com a impugnação tempestiva do ato ou da exigência e, se caracteriza pelo conflito de interesses submetido ao crivo da Administração Tributária.

Nesse sentido, nos termos do Decreto nº 70.235/1972, somente se pode cogitar de declaração de nulidade do ato administrativo de lançamento quando o ato tiver sido lavrado por agente incompetente (art. 59, inciso I) ou, quando a preterição do direito de defesa se der em uma fase posterior à lavratura do ato pela autoridade fazendária (art. 59, inciso II), in verbis:

Decreto nº 70.235/1972:

Das Nulidades

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.

§1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Na espécie, a cópia da Portaria DRF/SDR nº 60, de 20 de maio de 2015, publicada no DOU nº 95, de 21 de maio de 2015 (fl. 1719) – que versa sobre a delegação de competência para decidir sobre exclusão de contribuinte do Simples Nacional –, acompanhada da cópia da Portaria DRF/SDR nº 40, de 28 de maio de 2007 (fl. 1720) – que versa sobre a lotação da Auditora Fiscal no Serviço de Fiscalização (SEFIS) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador –, dirime qualquer dúvida acerca da

plena e legítima delegação de competência a Sra. Auditora-Fiscal para promover a expedição do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015, que excluiu a empresa do Simples Nacional.

Assevera-se ainda que o atributo da competência é o conjunto das atribuições conferidas aos ocupantes de um cargo, emprego ou função pública. A competência é sempre um elemento vinculado do ato administrativo, mesmo que esse ato seja discricionário.

No caso em exame, a própria Portaria DRF/SDR n.º 60, de 20 de maio de 2015, delega competência aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, em exercício no Serviço de Fiscalização (SEFIS) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador/Bahia, para decidir sobre a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, bem como atribui competência para emitir o respectivo Ato Declaratório Executivo (ADE).

“[...] SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA 5ª REGIÃO FISCAL DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SALVADOR

PORTARIA Nº 60, DE 20 DE MAIO DE 2015

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SALVADOR, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n. 203, de 14.05.2012, publicada no Diário Oficial da União - DOU de 17.05.2012, considerando o disposto nos artigos 11 e 12 do Decreto-Lei n. 200, de 25.02.1967, regulamentado pelo Decreto 83 937, de 06.09 1979, alterada pelo Decreto 86.377, de 17.09.1981. e pelo Decreto n. 88.354, de 06.06.83. e nos artigos 11 a 15 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e visando racionalizar serviços e dinamizar decisões em assuntos de interesse do público e da própria administração, resolve:

Art. 1º - Delegar competência aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil em exercício no Serviço de Fiscalização - Sefis para decidir sobre exclusão de contribuinte do Simples Nacional, regime de tributação diferenciado, simplificado e favorecido, previsto na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, e emitir o respectivo Ato Declaratório Executivo. (g.n.)

Art. 2º - Determinar que haja a devida referencia ao numero e a data de presente Portaria em todos os atos praticados em decorrência das competências ora delegadas.

Art. 3º - Fica vedada a subdelegação das competências ora delegadas.

Art. 4º - Esta Portam entra em vigor na data de sua publicação. [...]” (Portaria publicada no DOU n.º 95, de 21 de maio de 2015, fl. 1719)

Nesse passo, por meio da Portaria n. 40, de 28 de maio de 2007 (fl. 1720), o Delegado da Receita Federal do Brasil em Salvador, com fundamento no art. 249, inciso IX, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 095, de 30/04/2007, publicada no DOU em Edição Extra de 02/05/2007,

alocou a servidora signatária (Auditora-Fiscal) no Serviço de Fiscalização (SEFIS) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador/Bahia.

Com esse contexto narrado da Portaria n. 40/2007 (fl. 1720), afasta-se a alegação de que não há documento que comprove a lotação administrativa da Servidora que assinou o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015.

Por sua vez, a competência do julgador administrativo está restrita a averiguar a conformidade dos atos praticados pelos agentes administrativos às normas da própria Administração, as quais são veículos de transmissão do conteúdo e sentido das leis para a aplicação pela Administração Pública. Assim, não compete ao julgador administrativo analisar o mérito do ato administrativo (Portaria DRF/SDR n.º 60, de 20 de maio de 2015) que estabeleceu a atribuição ao auditor fiscal para emitir o Ato Declaratório Executivo (ADE), cabendo-lhe apenas o controle da legalidade desse ato, que no meu entender foi devidamente observado.

Em outras palavras, a portaria questionada é dotada de motivação, foi emitida em observância aos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem como houve observância às regras previstas nos artigos 11 a 15 da Lei 9.784/1999 – diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal –, e que é vedado ao julgador administrativo analisar o mérito de ato administrativo concernente ao feixe de atribuições de cada servidor lotado na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador/Bahia.

Em bom tempo, por se tratar de aplicação do princípio da eficiência administrativa, a delegação de parte de suas atribuições para que outro agente pratique o ato em seu lugar será a regra, sendo indevida quando houver impedimento legal, fato este não verificado na Portaria DRF/SDR n.º 60, de 20 de maio de 2015, que delegou a competência para a signatária (Auditora-Fiscal) emitir o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015. Isso está em consonância com as disposições do Decreto-Lei n. 200/1967, que apresenta como um dos princípios fundamentais da Administração Pública Federal a delegação de competência com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às tomadas de decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender (art. 11 do Decreto-Lei n. 200/1967):

Decreto-Lei n. 200/1967:

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: (...)

III - Descentralização.

IV - Delegação de Competência.

.....

Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e

objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

Nesse caminhar, não será acatada a alegação de que a Auditora-Fiscal estava atuando em desfavor do Manifestante (contribuinte), ou estava agindo com mais comprometimento de que as atividades de um perito, e atuando como parte durante o procedimento de auditoria fiscal (art. 134 do Código de Processo Civil - CPC), já que ela agiu apenas com o seu dever funcional previsto no parágrafo único do art. 142 do CTN:

Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (g.n.)

Embora, de fato, o mesmo agente fiscal realizou a colheita dos elementos informativos de descumprimento da LC n.º 123, de 14/12/2006, e, posteriormente, emitiu o Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão da empresa do Simples Nacional, isso, por si só, não enseja uma suposta nulidade de cerceamento ao seu direito de defesa, conforme foi aventado na peça de Manifestação de Inconformidade (fls. 1672/1679 e fls. 1740/1753), pois não há qualquer preterição de direito de defesa para o contribuinte diante desse fato e, além disso, houve o cumprimento dos requisitos legais para a lavratura do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015.

Dessa forma, equivocou-se completamente o contribuinte ao alegar que a signatária (Auditora-Fiscal) não possuía competência para emissão do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS n.º 40, de 23/12/2015, que deu ensejo a sua exclusão do Simples Nacional, regime de tributação diferenciado, simplificado e favorecido, previsto na Lei Complementar 123/2006, e não será acatada a nulidade ora suscitada.

Assim é que, restou absolutamente clara a competência da agente fiscal para realizar o ato de exclusão. Em atenção ao princípio da verdade material o processo foi convertido em diligência pela DRJ e realizada a prova da delegação de competência.

A competência para o agente fiscal fiscalizar decorre de lei e da sua própria função. Por sua vez, a competência para expedir o ADE decorre da delegação de competência já acima tratada.

Não há vedação para a cumulação de competências no caso concreto, pelo contrário, isso é absolutamente comum no regime de direito administrativo.

Desta forma, pelas mesmas razões de decidir da DRJ, não acolho a referida preliminar.

Ainda em alegações de nulidade, defende que não recebeu nenhum dos documentos que embasaram as conclusões fiscais.

Entretanto, os documentos foram encaminhados, por meio do Aviso de Recebimento (AR), para o endereço da Recorrente cadastrado na Receita Federal do Brasil, conforme AR de fls. 1731, com recebimento datado em 17/03/2017 pela Sra. Maria das Graças.

No mesmo sentido, houve ciência dos fatos para o Sr. Gilvan Alves Barbosa (fls. 1733/1734), sócio formal da empresa **CR Comércio de Móveis Ltda – ME**, e para a empresa **CENTRALTEC Climatização - EIRELI** (fl. 1732).

Cumpra ainda esclarecer que, no âmbito do contencioso administrativo, somente se declara a nulidade de atos se houver prejuízo devidamente demonstrado nos autos, fato não evidenciado.

Não acolho a preliminar de nulidade.

Além disso, de forma indireta alega nulidade do ADE em razão de fundamentações para exclusão distintas. Também não assiste razão ao Recorrente. Tal fato foi claramente enfrentado na diligência ocorrida em primeira instância. O agente fiscal apenas ressaltou que além da utilização de interpostas pessoas houve o excesso do limite de faturamento, mas resta claro que o fundamento para a exclusão foi o primeiro. Ademais, deixou claro que em havendo mais de um fundamento para exclusão, aplicou os efeitos decorrentes do mais gravoso, o que é algo absolutamente lógico.

Assim, não colho tal alegação de nulidade.

Antes de adentrar nas razões de mérito, cumpra ressaltar que no tópico IV de seu recurso, que intitula de “Prequestionamento”, o Recorrente basicamente reproduz razões de impugnação apresentadas no PAF 10580.729847/2015-34 que lhe exige crédito tributário relativo a contribuições previdenciárias. E exatamente nessa reprodução, existem diversas alegações de nulidade, que passo a enfrentar.

Em resumo, alega que o lançamento deve ser declarado nulo em razão dos seguintes motivos:

1. inexistência do devido processo legal para a desconsideração da personalidade jurídica das empresas enquadradas na sistemática do Simples Nacional, já que, no âmbito administrativo, a norma contra elisão fiscal (parágrafo único do art. 116 do CTN) não contempla tal procedimento de desconsideração;
2. ocorrência de cerceamento ao direito de defesa, caracterizada pela acusação superficial, sem fixar a irregularidade, não informa a base legal nem descreve

- o fato com a precisão necessária para a compreensão dos fatos e do direito aplicável;
3. a Impugnante não é a única e verdadeira empregadora de todos os contratos de trabalho, sendo que o Fisco parte de situações pontuais, como os limites geográficos de localização das sedes e processos de reclamações trabalhistas, para lhe imputar a responsabilidade pelos contratos de trabalho;
 4. o Fisco deixou de mencionar que as empresas enumeradas no Relatório Fiscal funcionam em andares diferentes: uma no térreo e a outra sociedade no primeiro andar. Mais ainda, também não anotou em seu Relatório que a Recorrente possui diversos pontos de venda, filiais, depósito fechado e unidades operacionais fora de Salvador, inclusive fora do estado da Bahia;
 5. o Fisco acusa da existência de “grupo econômico de fato”, com fundamento no inciso IX do art. 30 da Lei 8.212/1991 , e, de outra banda, falar em “unicidade empresarial”;

As alegações em parte se confundem, razão pela qual passo à análise conjunta das mesmas.

A recorrente alega que o Fisco não poderia desconsiderar a personalidade jurídica das empresas Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda e CR Comércio de Móveis Ltda, pois as observações apontadas no Relatório Fiscal são equivocadas e a regra prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN não contempla tal procedimento de desconsideração.

Além de genérica a alegação é impertinente. O Fisco formalmente não desconsiderou a personalidade jurídica das empresas Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda e CR Comércio de Móveis Ltda.

O Fisco apenas afirmou e comprovou, por meio de amplo e inesgotável lastro probatório, a confusão patrimonial e unicidade empresarial das pessoas jurídicas analisadas, bem como a utilização de interpostas pessoas (“laranjas”) em seus quadros societários.

A utilização de interpostas pessoas para fins de garantir pluralidade societária (exigida na época), por si só não é fundamento para desconsideração, mas é hipótese objetiva de exclusão do SIMPLES. Isto para evitar o “fatiamento” artificial de atividades para garantir a adesão de uma ou várias empresas que não poderiam optar pelo regime.

No caso concreto, restou claramente evidenciado a simulação e fraude para sempre manter uma empresa no SIMPLES com o objetivo de reduzir o pagamento de tributos. Tal fato, por si só já é excludente do regime.

Se não bastasse isso, também restou absolutamente comprovado que as empresas isolada ou conjuntamente extrapolaram os limites de receita bruta do regime, razão pela qual essa também seria razão de exclusão.

Entretanto, em momento algum a agente fiscal desconsidera as pessoas jurídicas. Até porque, se assim fizesse, não realizaria lançamentos contra as empresas supostamente desconsideradas!

Várias foram as constatações que confirmam a tese acusatória, entre elas podemos citar:

- a. As empresas Centraltec Climatização, Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda e CR Comércio de Móveis Ltda atuavam no mesmo ramo de atividade econômica;
- b. as empresas foram instaladas nos mesmos locais e utilizando as mesmas instalações e a mesma estrutura administrativa;
- c. as empresas usavam o nome/a marca CENTRALTEC nos contatos com o público;
- d. constatou-se a existência de ações judiciais trabalhistas em que as empresas são reclamadas e condenadas solidariamente;
- e. de acordo com as informações do sistema CNPJ, as empresas Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda, E. A. de Souza Comercial Ltda - ME e a Impugnante (Centraltec climatização EIRELI) adotavam o mesmo título de estabelecimento "CENTRALTEC" (nome de fantasia);
- f. as empresas enquadradas no Simples Nacional tinham movimentação financeira incompatível com a sua massa salarial dos empregados;
- g. ocorrência de transferências financeiras habituais entre as empresas. Os itens 34 a 35 demonstram que tanto a empresa Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda como a empresa CR Comércio de Móveis Ltda eram dependentes dos recursos financeiros repassados pela (Centraltec Climatização EIRELI);
- h. no exercício de 2011, a Sra. Mônica Santos Ferreira, formalmente sócia-administradora da Impugnante (Centraltec Climatização EIRELI), movimentava a conta bancária do Banco do Brasil de nº 255.219-1 de titularidade da empresa Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda, conforme ficou evidenciado em comprovantes de pagamento de GRF (guias de recolhimento do FGTS) dessa empresa onde consta a informação da pessoa física que realizou a transação bancária;
- i. a Sra. Eloína Simões Pinheiro, formalmente empregada da empresa Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda, na função de assistente financeiro, também tinha acesso à conta do Banco do Brasil de nº 255.510-7 de titularidade da Impugnante (Centraltec Climatização EIRELI), conforme comprovam as cópias anexas de GRFs e consultas a comprovantes de pagamento;

- j. os Diários e Balanços Patrimoniais do Exercício 2011 da Impugnante e das empresas Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda e CR Comércio de Móveis Ltda eram de responsabilidade do mesmo profissional contábil, o Sr. Bruno Carlos da Silva Gomes, CRC/BA 21274;
- k. na conta contábil 421017000032117/Serviços de terceiros do Diário n.º 09 (Exercício 2011) da Recorrente, constam vários pagamentos realizados diretamente aos empregados que foram inseridos formalmente nas folhas de pagamento e nas GFIP's da Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda.
- l. na mesma conta contábil 421017000032117/Serviços de terceiros, constam os registros de transferências em favor do Sr. Edson Alves de Souza, nos meses 07 e 09 a 12/2011, que totalizam R\$ 50.500,00 (cinquenta mil e quinhentos reais). Não há outros segurados contribuintes individuais nas GFIP's do período, além das Sras. Mônica Ferreira de Souza e Monique Ferreira de Souza, que declararam pró-labore de R\$1.090,00 e R\$545,00, respectivamente;
- m. durante os procedimentos de auditoria fiscal, o Fisco sempre encontrou o Sr. Edson Alves de Souza na principal sala da administração do prédio, recebendo em nome da CENTRALTEC;
- n. a empresa pagava as despesas operacionais de custeio das empresas Centraltec Instalações Térmicas e Comércio Ltda e CR Comércio de Móveis Ltda. As contas contábeis ativas 12301-5/CENTRALTEC Instalações (fl. 33 do Razão n.º 10) e 12302-0/CENTRALTEC Climatização (fls. 33 e 34 do Razão n.º 10), e passivas, 22302-0/ CLIMATIZAÇÃO (fls. 41 e 42 do Razão n.º 10) e 22303 - 5/CENTRALTEC INST. TERM. E COM. LTDA (fl. 42 do Razão n.º 10) demonstram as operações entre as empresas para o pagamento de despesas de custeio umas das outras, tais como: pagamentos a operadoras de telefonia (OI) e de outros serviços de comunicações e de informática (Telecom, Link Virtual); pagamentos de serviços contábeis (SL Contábil e MG Contabilidade); pagamentos de seguros (Amil, United, Life); pagamentos a sindicatos de empregados; pagamentos referentes a vale transporte e FGTS; pagamentos de despesas de condomínio (Shopping Paralela) e IPTU; pagamentos de despesas com combustível (Mega posto); dentre outros;

Cumpramos ressaltar o teor do art. 142 do CTN, que concede poderes explícitos ao Fisco para identificar o real sujeito passivo da relação obrigacional tributária, e ainda a regra contida no inciso VII do artigo 149 do CTN possibilita ao Fisco caracterizar a real sujeição passiva da obrigação tributária decorrente de fraude ou simulação objetiva.

E restando configurada hipótese de exclusão do SIMPLES, o agente fiscal não poderia ter agido de forma diversa.

Ainda, a Representação Interna descreve vários elementos fáticos e específicos das infrações cometidas pela Recorrente e registram que houve uma simulação ou fraude

objetiva na utilização de interpostas pessoas e na adesão de empresa que não poderia ser optante do SIMPLES.

Para realizar o ADE, o Fisco delineou a moldura fática e descreveu de forma suficiente e robusta a fundamentação legal que ensejou a exclusão.

Logo, não ocorreu o cerceamento ao direito de defesa, nem ocorreu uma caracterização superficial da conduta imputada ao sujeito passivo.

Quanto ao argumento de que não há embasamento fático ou legal para a conclusão fiscal de que a Impugnante é a única empregadora de todos os contratos de trabalho, sendo que o Fisco partiria de situações pontuais, tal alegação é mais pertinente ao lançamento do crédito tributário de contribuições previdenciárias.

Para a exclusão, tal fato foi apenas mais um dos elementos para demonstrar a unidade empresarial. Mesmo assim, restou demonstrado a existência de um único empreendimento decorrente das atividades realizadas pela Recorrente e pelas empresas interpostas .

Além disso, restou absolutamente comprovada a confusão patrimonial.

Por sua vez, no que tange às alegações de que o Fisco deixou de mencionar que as empresas enumeradas no Relatório Fiscal funcionavam em andares diferentes (uma no térreo e a outra sociedade no primeiro andar) e também não anotou em seu Relatório que a Recorrente possuía diversos pontos de venda, filiais, depósito fechado e unidades operacionais fora de Salvador, inclusive fora do estado da Bahia, entendo que tais alegações são genéricas e não refutam diretamente os elementos informativos descritos no Relatório Fiscal.

Os elementos apresentados confirmam a constituição de empresa interposta apenas para se enquadrar na sistemática de recolhimento do Simples Nacional, e, por consectário lógico, impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte do Fisco da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Todas as empresas compõe um único negócio. A liberdade de organização permite que o contribuinte organize o seu negócio da maneira que lhe aproveitar, entretanto, não pode fazê-lo de forma abusiva, simulando e enganando o Fisco para aproveitar benefícios tributários a que não faz jus.

Com relação ao argumento de que o Fisco acusa da existência de “grupo econômico de fato”, com fundamento no inciso IX do art. 30 da Lei 8.212/1991, e, de outra banda, falar em “unicidade empresarial”, esse argumento também não será acolhido, e já foi enfrentado.

Quando evidenciado que a forma jurídica adotada não reflete o fato concreto, o Fisco encontra-se autorizado legalmente a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes.

Não houve desconsideração de personalidade jurídica, mas apenas a constatação de causas excludentes do regime do simples. As pessoas jurídicas continuam existindo, e o

contribuinte pode constituir outras tantas quantas quiser, mas deve suportar as consequências advindas de suas escolhas. No caso concreto, a impossibilidade de aderir ao SIMPLES.

Face a tudo o quanto exposto, nego o acolhimento das nulidades arguidas.

No mais, nas arguições de mérito trazidas no item II de seu Recurso, o contribuinte basicamente contesta a acusação de existência de interpostas pessoas.

Além disso, repete razões de nulidade já enfrentadas e outras arguições também já detalhadas e fundamentadas no presente voto.

Diz que o fisco acusa sem provas. Discordo. O contexto probatório é vastíssimo, são aproximadamente 1.500 páginas de provas, muitas delas produzidas pelo próprio contribuinte.

Alega que em outro processo foi reconhecido que não existiria interposta pessoa. Entretanto, além de não provar o quanto alega, a conclusão de análise de outro processo não vincula este Relator.

Como novidade, a alegação de que cônjuges são integrantes de uma sociedade conjugal e que, portanto, um jamais pode ser laranja do outro. O curioso argumento é demais absurdo.

O casamento não extingue a capacidade civil ou tributária de nenhum dos cônjuges. Ademais, a fazer valer a alegação da Recorrente, isto apenas reforçaria a tese de unidade empresarial!

Além disso, o quadro societário montado pela autoridade fiscal é absolutamente didático e demonstra que não apenas a esposa foi usada como “laranja”, mas diversos parentes e funcionários:

SÓCIO (A)	CENTRALTEC Instalações Térmicas e Comércio	CENTRALTEC Climatização	CR Comércio de Móveis (Confort Ar)	E. A. DE SOUZA COMERCIAL	Observações
Edson Alves de Souza	Sócio a partir de 21/06/2002, hoje titular da EIRELI	Sócio de 14/01/2003 a 31/01/2003	Sócio de 26/12/2000 a 24/01/2001	Sócio a partir de 28/11/2008	Cônjuge da Sra. Mônica Irmão do Sr. Edmilson
Mônica Ferreira de Souza	Sócia de 22/03/1994 a 21/06/2002	Sócia a partir de 31/01/2003, hoje titular da EIRELI	Sócia de 26/12/2000 a 25/02/2002		Cônjuge do Sr. Edson Irmã das Sras. Margarida e Kátia
Edmilson Alves Souza	Sócio de 02/08/1994 a 12/01/2013	Sócio de 14/01/2003 a 31/01/2003			Irmão do Sr. Edson
Gilvan Alves Barbosa		Sócio de 31/01/2003 a 28/02/2008 Obs: Empregado a partir de 01/04/2008 até os dias atuais	Sócio a partir de 10/05/2002		Empregado da empresa CENTRALTEC Climatização desde 01/04/2008, como Supervisor da manutenção
Margarida Ferreira Silva			Sócia a partir de 24/01/2001		Irmã das Sras. Mônica e Kátia

Outrossim, a agente fiscal em sua representação deixou absolutamente claro que a Recorrente incorreu não apenas em 01, mas em 02 hipóteses de exclusão. Isto porque, restou absolutamente comprovado que além de usar interpostas pessoas, as empresas excediam o limite de receita bruta.

Entretanto, aplicou a hipótese do inc. IV do art. 29 da LC 12/2006 por ser mais amplo e retroagir à própria data de adesão.

Assim, face a tudo o quanto exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva