



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

Processo nº 10580.730021/2015-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-000.618 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 07 de junho de 2018
Matéria Simples Nacional
Recorrente CR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

NULIDADE. DESCABIMENTO.

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

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Havendo nos autos prova de que o contribuinte foi devidamente cientificado do ato de exclusão do Simples Nacional e lhe foram entregues todos os relatórios, contendo os fundamentos para a exclusão e para a correta apuração do crédito tributário, bem como os dispositivos legais violados, não ocorre cerceamento de defesa.

EXCLUSÃO *EX OFFICIO*. PROCEDIMENTO.

O ato de exclusão *ex officio* do Simples Nacional constitui procedimento destinado a alterar o regime tributário a que se submete o contribuinte, medida esta que deverá ser implementada pela autoridade fiscal, no momento em que verificar quaisquer das condições impeditivas previstas na legislação de regência.

LANÇAMENTO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO.

PRESCINDIBILIDADE DE DISCUSSÃO.

O lançamento de ofício dos créditos tributários decorrentes de exclusão do Simples Nacional prescinde da discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de

tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inexistindo previsão legal de atribuição de efeito suspensivo a recurso contra o ato de exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, José Roberto Adelino da Silva e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS nº 41, de 23/12/2015, 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 (e-fl. 02). Segundo Representação Interna (RI) para exclusão do Simples Nacional (e-fls. 03/20), a empresa recorrente (CR Comércio de Móveis Ltda - ME) constitui interposta pessoa jurídica para a contratação de segurados empregados do Grupo Econômico de fato, denominado de “CENTRALTEC”, formado pela recorrente e pelas empresas: Centraltec Climatização EIRELI e E.A. de Souza Comercial Ltda-ME.

Por bem resumir todo o litígio até a decisão de primeira instância, reproduzo a seguir o relatório desta decisão (Acórdão 03-072.257 - 5ª Turma da DRJ/BSB, e-fls. 466/494):

De acordo com os autos, a empresa optou pelo Simples Nacional em 01/07/2007.

Por meio da Representação Interna (RI) para exclusão do Simples Nacional (fls. 03/20), o Fisco informa que a empresa CR Comércio de Móveis Ltda - ME 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.

Essa Representação Interna (RI) informa que:

“[...] 1. Durante as execuções dos Procedimentos Fiscais nº 0510100.2014.00501, na empresa CENTRALTEC INSTALAÇÕES TÉRMICAS E COMÉRCIO EIRELI, nº 0510100.2015.00414, na empresa CR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA ME, e no 0510100.2015.00190, na empresa CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO EIRELI, foi

constatado que a empresa CR Comércio de Móveis LTDA ME está inserta em hipótese de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

2. De acordo com o art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006:

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

(...)

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (tres) anos-calendário seguintes.

3. A partir das informações iniciais obtidas durante a execução do procedimento fiscal na empresa CENTRALTEC Instalações Térmicas e Comércio, iniciado em 21/08/2014, tornou-se necessário abertura dos procedimentos fiscais de nº 0510100.2015.00414, na empresa CR Comércio de Móveis LTDA, iniciado em 16/11/2015, e nº 0510100.2015.00190, no sujeito passivo CENTRALTEC Climatização EIRELI, iniciado em 09/10/2015, para checagem de informações.

4. Os procedimentos fiscais evidenciaram que a empresa CR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA ME é pessoa jurídica interposta utilizada pela empresa CENTRALTEC Climatização, CNPJ 05.470.488/0001-34, para obter, indevidamente, benefício fiscal decorrente do regime tributário do SIMPLES Nacional, de opção das microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na LC nº 123/2006.

5. Vários Indícios de interposição fraudulenta, relacionando as empresas envolvidas no planejamento, foram identificados no caso e serão abordados ao longo desse relatório, a exemplo: empresas que atuam no mesmo ramo de atividade econômica; grande movimentação nos quadros societários, com sócios integrando ora o quadro de uma ora o de outra empresa; vínculos familiares ente sócios pessoas físicas da empresa "mãe" e da interposta; vínculo trabalhista de sócio da interposta com a empresa "mãe"; existência de procuração outorgando amplos poderes à sócia da empresa "mãe"; empresas utilizando as mesmas instalações e a mesma estrutura administrativa; utilização dos empregados da empresa "mãe" em

atividades da interposta; transferências financeiras habituais entre as empresas. [...]"

No item 60 da RI, a fiscalização esclarecer que o tipo de interposição no presente caso é o da utilização de outra pessoa jurídica visando obter o benefício fiscal. Afirma que a empresa CENTRALTEC Climatização possui receita bruta sozinha superior ao limite previsto no art. 3º, inciso II, da LC nº 123/2006, já que, nos exercícios de 2011 e 2012, tinha receita bruta de R\$43.438.551,29 e R\$58.455.014,39, respectivamente, conforme tabela delineada no item 56 do RI (fls. 14/15). Conclui que – ao utilizar-se da pessoa jurídica interposta CR Comércio de Móveis LTDA (antes CONFORT Ar), que fora constituída por pessoas físicas interpostas, para a contratação de segurados empregados –, a empresa CENTRALTEC Climatização vem beneficiando-se, indevidamente, do tratamento jurídico diferenciado e regime simplificado de recolhimento de impostos e contribuições conferido às microempresas e empresas de pequeno porte (Simples Nacional).

Nos itens 64 e 65 da RI, reafirma que a empresa CR Comércio de Móveis Ltda - ME é utilizada pela empresa CENTRALTEC Climatização EIRELI 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 CR Comércio de Móveis Ltda - ME concentra parcela dos empregados da real empregadora (que seria a empresa CENTRALTEC Climatização EIRELI) e, conseqüentemente, também as remunerações.

No item 67 da RI, a fiscalização informa que a utilização de pessoas jurídicas interpostas para contratar, remunerar e concentrar os empregados de outra empresa, esta a real empregadora, com fins de obter, indevidamente, benefício fiscal do regime tributário do Simples Nacional e com fraude à LC nº 123/2006, constitui simulação. Cita as decisões dessa matéria proferidas nas Delegacias de Julgamento (DRJ's).

No item 71 do RI (Dos efeitos da exclusão do SIMPLES Nacional), a fiscalização afirma que a o art. 29, § 1º, da LC nº 123/2006 prevê produção de efeitos da exclusão a partir do próprio mês em que incorrida a situação prevista no art. 29, IV, isto é, efeitos a partir do mês em que ocorrer a interposição de pessoas. Pelo exame das alterações do contrato social verifica-se que a interposição de pessoa física no quadro societário tem início em 10/01/2001, com o ingresso da Sra. Margarida Ferreira (itens 26 e 30 do RI), bem anterior à opção pelo SIMPLES Nacional, portanto será considerada a data de 01/07/2007 (data da opção pelo SIMPLES Nacional) como de início dos efeitos da exclusão (data da exclusão), por ser a data em que a pessoa jurídica interposta passa a beneficiar-se, indevidamente, do regime tributário simplificado.

Por fim, essa Representação Interna (RI) registra que a CR Comércio de Móveis Ltda - ME incorreu na hipótese de exclusão do Simples Nacional prevista no art. 29, IV, da LC nº 123/2006, e, com isso, nos termos da competência atribuída na Portaria

DRF/SDR nº 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 nº 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 nº 41, de 23/12/2015, que excluiu o sujeito passivo do Simples Nacional a partir de 01/07/2007.

Cientificado do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional em 26/02/2016 (conforme AR nº JC327863626BR, fls. 02 e fls. 2217, 2285 e 2286 do processo nº 10580.729847/2015-34), o contribuinte apresentou duas Manifestações de Inconformidade, em 02/02/2016 (fls. 413/419) e 24/03/2016 (fls. 429/436), alegando, em síntese que:

1. 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. 41. 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;

2. não há nenhum documento que comprove a lotação administrativa da Servidora que assinou o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS nº 41, 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. Isso acarretaria outra nulidade do ato administrativo de exclusão do Simples Nacional, em razão da ausência de comprovação da lotação dessa servidora. Afirma que não é razoável admitir que o acusador seja ele mesmo o juiz da causa; ainda mais quando o ato administrativo de exclusão do Simples, a princípio, não admite contraditório na decisão desse ato de exclusão, e argumenta que, de fato, em que pese haver materialidade quanto à delegação de competência para decidir e assinar o ADE, tendo como requisito apenas a lotação do Auditor no Serviço de Fiscalização (SEFIS), é improvável que essa delegação recaia no mesmo Auditor que deduziu a representação de exclusão do Simples. E incontestes que a Auditora estava atuando na ação fiscal em desfavor da Manifestante e, nesse caso, agiu com mais comprometimento que um perito, foi parte (art. 134 do Código de Processo Civil - CPC). Também não há dúvida que a Auditora, como autora da representação fiscal, atuou com mais relevância que uma testemunha, afinal ela é a própria acusadora. Diante disso, entende que a

nulidade é o caminho natural do vício de utilizar a parte que trabalhou no levantamento de peça acusatória e fazê-la juiz da causa;

3. 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;

4. 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;

5. 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.

Ao final, requer:

☐ *recepção a Manifestação de Inconformidade com efeito suspensivo, conforme determina o art. 151 do CTN;*

☐ *a nulidade do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/SEFIS nº 41, 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;*

☐ *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.*

O processo veio para julgamento.

Por meio do Despacho nº 08 - 5ª Turma da DRJ/BSB de fls. 445/446, 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 nº 41/2015, que excluiu a empresa do Simples Nacional; (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; e (iii) cópia da Carta Portal com Aviso de Recebimento (AR) de número JC327863626BR.

Em atenção a essa diligência requerida, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador/BA autuou cópias dos seguintes documentos (fls. 448/450):

1. Portaria DRF/SDR nº 60, de 20 de maio de 2015, publicada no DOU nº 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;

2. Portaria DRF/SDR nº 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;

3. Aviso de Recebimento (AR) nº JC327863626BR e lista de postagem; e

4. Aviso de Recebimento (AR) nº JC327856775BR (devolvido pelos Correios com a informação “não existe o número”).

Em seguida, cientificou por via postal (AR's de fls. 458, 459 e 460) os sujeitos passivos interessados: CR COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA ME, CNPJ 04.245.765/0001-42; CENTRALTEC INSTALAÇÕES TÉRMICAS E COMÉRCIO EIRELI, CNPJ 86.951.811/0001-93; e CENTRALTEC CLIMATIZAÇÃO EIRELI, 05.470.488/0001-34 (alterou nome empresarial para JIREH DISTRIBUIDORA E VAREJISTA EM AR CONDICIONADO, PECAS E ACESSÓRIOS EIRELI).

Pelo despacho de fl. 461, o processo retornou para prosseguimento no julgamento.

É o relatório."

A decisão de primeira instância (Acórdão 03-072.257 - 5ª Turma da DRJ/BSB, e-fls. 466/494) julgou as Manifestações de Inconformidade improcedentes, por entender que:

i) não há nulidade pois, nos termos do Decreto nº 70.235/1972 (art. 59, inciso I), somente se pode cogitar de declaração de nulidade do ato administrativo de lançamento quando o ato tiver sido lavrado por agente incompetente (mas, no caso concreto, o agente era competente para o ato) 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), e no caso em análise o alegado cerceamento do direito de defesa ter-se-ia dado antes de inaugurada a fase do contencioso.

ii) embora, de fato, o mesmo agente fiscal realizou a colheita dos elementos informativos de descumprimento da LC nº 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. 413/419 e fls. 429/436), 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 nº 41, de 23/12/2015.

iii) há previsão legal para exclusão de ofício quando a constituição da empresa ocorrer por interpostas pessoas, que foi o caso dos autos, conforme a moldura fática estabelecida nos itens 11 a 59 da Representação Interna (RI) para exclusão da empresa do Simples Nacional (fls. 03/20).

iv) Na espécie, os elementos fáticos delineados nos itens 11 a 59 da Representação Interna - RI (fls. 03/20) demonstram que a empresa CR Comércio de Móveis LTDA (antes CONFORT Ar) foi utilizada para contratar, remunerar e concentrar os empregados da empresa Centraltec Climatização EIRELI, real empregadora, com fins de obter, indevidamente, benefício fiscal do regime tributário do Simples Nacional, em fraude à LC nº 123/2006. Os elementos fáticos dos autos (itens 24 a 28 da Representação Interna - RI), também, demonstram que o Sr. Gilvan Alves Barbosa, sócio formal a partir de 10/05/2002 da empresa CR Comércio de Móveis LTDA - ME, era efetivamente registrado como empregado da empresa Centraltec Climatização EIRELI desde de 01/04/2008, na função de supervisor de manutenção, com remuneração de R\$1.494,00 (mil e quatrocentos e noventa e quatro reais). (...). A outra sócia da empresa CR Comércio de Móveis LTDA - ME, Sra. Margarida Ferreira Silva, formalmente, sócio-administradora, é irmã da Sra. Mônica Ferreira de Souza, esta sócia da empresa Centraltec Climatização EIRELI.

v) Constatou-se que foi lavrado em 14/06/2005, arquivado na JUCEB em 01/08/2005, um instrumento público de procuração mediante o qual a pessoa jurídica outorgante CONFORT AR Comércio de Ar condicionado (CR Comércio de Móveis LTDA - ME), representada pela sócio-administradora Margarida Ferreira Silva, constituiu sua bastante procuradora a Sra. Mônica Ferreira de Souza, conferindo-lhe amplos “poderes para o fim especial de administrar e gerir os negócios da outorgante”.

vi) Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples Nacional, vale lembrar que o § 1º do art. 29 da LC nº 123, de 14/12/2006, vigente à época dos fatos, determina que a ocorrência de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento da empresa acarretar efeitos da exclusão do Simples Nacional a partir do próprio mês em que for verificada a interposição de pessoas.

Cientificada da decisão de primeira instância em 03/03/2017 (e-fl. 495) e 29/03/2017 (e-fl. 498) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 28/04/2017 (e-fl. 500), em que aduz, em resumo, que é nulo o acórdão guerreado pelo cerceamento do direito de defesa (quanto à ciência do Despacho Sefis); que deve ser recepcionado o recurso com efeito suspensivo, conforme determina o art. 151 do CTN; que se deve determinar ainda o cancelamento do ADE que efetuou a exclusão do Simples por nulidade absoluta em razão do impeditivo legal mencionado (Decreto nº 3.724/2001) e também pela invalidade do procedimento na aplicação da norma que delegou competência, bem assim, em razão das acusações não serem pautadas com a necessária exibição de provas. Em detalhes, assim dispôs o recorrente:

i) A motivação alegada, em síntese, é que a Recorrente foi criada como "pessoa interposta" com o fim exclusivo de "... contratar, remunerar e concentrar os empregados da empresa Centraltec Climatização EIRELI, real empregadora", e retroagiu a exclusão a julho de 2007. Para a consecução da exclusão foi lavrado termo de "Representação Interna" e nele apensado diversos documentos na tentativa de demonstrar a interposição e que a Recorrente contrata empregado, mas que a efetiva empregadora é a Centraltec Climatização. Todavia, não há no processo a indicação de um só nome de empregado, função ou cargo submetido à fraude na contratação em julho de 2007, data da suposta simulação; bem assim, não há qualquer demonstrativo contábil que comprove a imaginária "confusão patrimonial". Aliás, não há nenhum documento que remonte ao ano de 2007.

ii) Para implementar a exclusão a própria auditora que representou, decidiu, através de expedição, Ato Declaratório de Exclusão, baseado em suposta delegação de competência conferida pelo Delegado da Receita Federal em Salvador.

iii) A ciência do ADE foi extremamente confusa, conforme pode ser observado na narrativa da Manifestação de Inconformidade apresentado em 02 de fevereiro de 2016, vide fls. 413/419, cuja defesa descreve que "soube" da exclusão por vias indiretas. Decorrido um mês

da apresentação da Manifestação de Inconformidade, recebeu por via postal cópia do ADE. Agora com características de ciência na forma preconizada no PAF, assim, a Recorrente, em razão do princípio da eventualidade obrigou-se a apresentar nova Manifestação. Fls. 429/436. É de notar, que no capítulo Pedido, a então Manifestante requer que a autoridade julgadora se pronuncie quanto a ausência da primeira manifestação nos autos e tem como resposta o silêncio.

iv) Outro fato relevante é que a auditora, ainda sob a alegação de que a Recorrente seria pessoa interposta, elaborou clandestinamente uma Representação que resultou na suspensão do CNPJ. Fato que paralisou as atividades por algumas semanas até que fosse restabelecido pela própria DRF a inscrição no Cadastro, pois, adiante, em decisão terminativa julgou que a Recorrente não era pessoa interposta em razão da insubsistência fática, conforme em capítulo próprio ficará comprovado.

v) o acórdão que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade é nulo por decidir a causa antes que fosse apensando nos autos o arrazoadado com o contraditório sobre o Despacho Sefis.

vi) A segunda causa de nulidade do acórdão pelo fato do Despacho Sefis foi não permitir que a Recorrente tivesse acesso às cópias de documentos que a auditora disse ter juntado. Fato que resulta também em cerceamento do direito de defesa.

vii) Quanto à exclusão em si, também não procede a decisão contida no ADE por vício de competência. Senão vejamos. A auditora que elaborou a Representação foi a mesma autoridade que apreciou seu próprio ato e decidiu pela exclusão da Recorrente ao regime do Simples, através da edição do ADE. Na esfera administrativa essa proibição não é novidade, o Regimento do Interno do Carf o faz de forma expressa no art. 42.

viii) Uma segunda razão para nulidade do ADE é que nos documentos a que a Recorrente tomou ciência com as formalidades prescritas no PAF, deles não constou a prova que auditora encarregada de fiscalizar e que decidiu sobre o que fiscalizou estivesse lotada no Sefis.

ix) a exclusão da Recorrente em julho de 2007 é desarrazoada por diversas razões. *In casu*, o fisco não trouxe sequer o nome de um só empregado contratado pela Recorrente que executasse trabalho para a "empresa mãe", bem assim, não fez qualquer correlação entre o quantitativo de empregados e faturamento entre a empresa mãe e a Recorrente. Nesse aspecto, 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.

x) Por oportuno, vale lembrar que o fisco e o acórdão acusam a Recorrente de ter praticado a chamada "confusão patrimonial"; todavia, também não exhibe um só documento ou peça contábil que justifique as alegações da acusadora, ou seja, acusa sem apresentar provas.

xi) Em outro PAF, n^o 10580.730075/2015-83, que tratou da suspensão do CNPJ da Recorrente, o fisco invocou o Decreto n^o 3.724/2001. (...)a incursão do fisco naquele PAF foi ceifada por decisão monocrática do Delegado da Receita Federal que considerou inexistir a hipótese de interposta pessoa.

xii) Do exposto, requer a Recorrente que o E. Conselho determine a nulidade do acórdão guerreado pelo cerceamento do direito de defesa quanto ao Despacho Sefis e recepcione o recurso com efeito suspensivo, conforme determina o art. 151 do CTN; determine ainda o cancelamento do ADE que efetuou a exclusão do Simples por nulidade absoluta em razão do impeditivo legal mencionado alhures e também pela invalidade do procedimento na

aplicação da norma que delegou competência, bem assim, em razão das acusações não serem pautadas com a necessária exibição de provas.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

O recurso ao CARF é tempestivo, e portanto dele conheço.

DA NULIDADE DA EXCLUSÃO / DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Alega a recorrente que o Ato Declaratório de Exclusão seria nulo pois baseado em delegação de competência (conferida pelo Delegado da Receita Federal em Salvador) ao mesmo auditor que elaborou a Representação para a exclusão, ou seja, a mesma autoridade apreciou seu próprio ato e decidiu pela exclusão da Recorrente ao regime do Simples. Na esfera administrativa essa proibição estaria prevista, por exemplo, no art. 42 do Regimento do Interno do CARF.

Conforme já destacado pela decisão de primeira instância, haveria nulidade se a servidora fosse incompetente para o ato (art. 59, I do Decreto 70235/72), ou se tivesse havido preterição do direito de defesa na fase processual, ou após instaurado o litígio (fase posterior à lavratura do ato pela autoridade fazendária (art. 59, inciso II)). Quanto a competência da servidora, restou comprovado que tratava-se de Auditora Fiscal que executou os procedimentos fiscais, legalmente habilitada para atos de exclusão do benefício fiscal e regimentalmente autorizada para a execução do ato. A decisão de primeira instância assim bem resume os atos legais de delegação de competência:

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. 451) – 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. 452) – 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 nº 41, de 23/12/2015, que excluiu a empresa do Simples Nacional.

A respeito alerte-se que não há impedimento legal que o Auditor que instrui o procedimento fiscalizatório assine o ato final (de exclusão do Simples). Pensar diferente impediria que o fiscal que diligencia não pudesse proceder ao lançamento fiscal. Há restrição da participação destas autoridades em atos posteriores à instauração do litígio (no mesmo processo), e que compõe o contencioso. Neste sentido o previsto no art. 134 do CPP ou mesmo no art. 42 do Regimento do CARF (ambos citados pelo recorrente). Ou seja, em ambos os casos trata-se de vedação de que a mesma autoridade exerça funções judicantes e instrutórias, o que não se deu nos presentes autos.

No que se refere ao segundo apelo de nulidade, por alegada falta de ciência do ADE, ou das provas que compõe os autos, entre elas o contraditório sobre o Despacho Sefis, há que se ressaltar que não vislumbramos caracterizada a hipótese de nulidade por preterição do direito de defesa (art. 59, II, do Decreto 70.235/72). Isto porque as fases do contencioso

foram todas cumpridas, razão pela qual o próprio contribuinte trouxe à discussão todos os argumentos de defesa. A começar pela própria ciência, que se deu por várias vias, a começar pelo encaminhamento do ADE nº 41 (à empresa CR Comércio de Móveis LTDA) para a Rua Oswaldo Cruz, nº 257, loja, Rio Vermelho, Salvador/BA, endereço exato que consta em todos os registros cadastrais da pessoa jurídica, como alterações do Contrato Social arquivadas na JUCEB e Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Assim descreveu a regularidade da ciência a decisão de primeira instância :

2.3. Outra via do ADE nº 41 foi encaminhada à empresa CR Comércio de Móveis LTDA, para a Rua Oswaldo Cruz, nº 257, loja, Rio Vermelho, Salvador/BA, endereço exato que consta em todos os registros cadastrais da pessoa jurídica, como alterações do Contrato Social arquivadas na JUCEB e Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

2.4. Ocorre, porém, que o documento (ADE nº 41) e AR JC327856775BR foram devolvidos pelos Correios pela impossibilidade de entrega em 05/01/2016, com a informação "não existe o número", conforme imagem anexa;

2.5. Após devolução por parte dos Correios, a fiscalização realizou nova tentativa de ciência encaminhando a via do ADE nº 41 (e também o TEPF/Diligência) para a Rua Oswaldo Cruz, nº 267, Rio Vermelho, numeração que constava como endereço de filial no sítio da CENTRALTEC. Conforme já mencionado no relatório fiscal, foi verificado, em diligência no local, que as empresas estavam instaladas no mesmo imóvel;

2.6. Considerando que o retorno do AR por parte dos Correios demora um pouco a ocorrer e buscando dar celeridade à tramitação do processo de constituição do crédito tributário o mesmo foi movimentado com anexação do rastreamento do AR nº JC327863626BR (fls. 2217 do processo nº 10580.729847/2015-34). A imagem do AR foi anexada ao processo posteriormente, por solicitação de juntada, em 07/04/2016, conforme folhas 2284 a 2287;

DA INTERPOSTA PESSOA

Afirma a Recorrente que não estaria comprovada a interposição de pessoas. Não haveria, por exemplo, no processo, a indicação de um só nome de empregado, função ou cargo submetido à fraude (interposição de pessoa) na contratação em julho de 2007, data da suposta simulação; bem assim, não haveria qualquer demonstrativo contábil que comprovasse qualquer "confusão patrimonial" entre a recorrente e a empresa "mão" ().

Na Representação Interna (RI) para exclusão do Simples Nacional (e-fls. 03/20) há a indicação de vários "Indícios de interposição fraudulenta, relacionando as empresas envolvidas no planejamento, a exemplo: empresas que atuam no mesmo ramo de atividade econômica; grande movimentação nos quadros societários, com sócios integrando ora o quadro de uma ora o de outra empresa; vínculos familiares ente sócios pessoas físicas da empresa "mãe" e da interposta; vínculo trabalhista de sócio da interposta com a empresa "mãe"; existência de procuração outorgando amplos poderes à sócia da empresa "mãe"; empresas utilizando as mesmas instalações e a mesma estrutura administrativa; utilização dos

empregados da empresa "mãe" em atividades da interposta; transferências financeiras habituais entre as empresas". Incluem-se entre estes indícios a comprovação de que o Sr. Gilvan Alves Barbosa, sócio formal a partir de 10/05/2002 da recorrente (empresa CR Comércio de Móveis LTDA - ME) era efetivamente registrado como empregado da empresa Centraltec Climatização EIRELI desde de 01/04/2008, na função de supervisor de manutenção, com remuneração de R\$1.494,00 (mil e quatrocentos e noventa e quatro reais), o que indicava que o real sócio da recorrente era o proprietário da Centraltec Climatização EIRELI. Adicione-se que a outra sócia da empresa CR Comércio de Móveis LTDA - ME, Sra. Margarida Ferreira Silva, formalmente, sócio-administradora, é irmã da Sra. Mônica Ferreira de Souza, esta sócia da empresa Centraltec Climatização EIRELI. Esta última não apresentou movimentação financeira nem comprovação de rendimentos compatível com sua condição de sócia. Constatou-se ainda que foi lavrado em 14/06/2005, arquivado na JUCEB em 01/08/2005, um instrumento público de procuração mediante o qual a pessoa jurídica outorgante CONFORT AR Comércio de Ar condicionado (CR Comércio de Móveis LTDA - ME), representada pela sócio-administradora Margarida Ferreira Silva, constituiu sua bastante procuradora a Sra. Mônica Ferreira de Souza, conferindo-lhe amplos “poderes para o fim especial de administrar e gerir os negócios da outorgante”.

Estes fatos já são suficientes para comprovar de que na data da opção pelo Simples (julho de 2007) a interposição já estava montada, o que justifica a retroatividade da exclusão, nos termos dos 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 nº 94.

Destaque-se também que a Representação Interna (RI) destes autos traz quadro (e-fl. 15) em que demonstra a média de vínculos de empregados e o percentual de massa salarial em relação à receita bruta. por empresa do grupo, através do qual se vislumbra a concentração de empregados nas empresa optantes pelo Simples.

Quanto ao decidido em sede de recurso hierárquico no PAF, nº 10580.730075/2015-83, o fisco invocou o Decreto nº 3.724/2001 (§ 2º do art. 3º) para suspender do CNPJ da Recorrente. Mas conforme decisão monocrática do Delegado da Receita Federal a decisão referida restringiu-se aos aspectos legais que lastrearam o enquadramento cadastral do CNPJ. E neste caso a conclusão quanto à subsunção àquela norma específica ao CNPJ a autoridade concluiu falta de instrução processual (falta de Declaração de Ajustes; movimentações financeiras, fichas cadastrais, além de falta de referência ao processo administrativo que verdadeiramente apurou a interposição fraudulenta, ou seja, os presentes autos) naquele processo, decisão que não se comunica com a dos presentes autos n. 10580.730021/2015-18.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa

Processo nº 10580.730021/2015-18
Acórdão n.º **1001-000.618**

S1-C0T1
Fl. 525
