



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

Processo n° 10950.724873/2012-78
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.504 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 9 de maio de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente AGILCARGO LOGÍSTICA LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
ANO-CALENDÁRIO 2008

É de se excluir do Simples Nacional a empresa cujos sócios participam da administração de outras empresas e cuja receita bruta total ultrapassa o limite legal. A prática de SIMULAÇÃO de uma situação, para beneficiar-se indevidamente de regime especial de tributação, caracterizando-se como prática reiterada de infração à legislação tributária, é causa de exclusão do simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

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

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário contra o acórdão, número 06-40.502, da 6ª Turma da DRJ/CTA, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/SCS nº 28, DE 17/09/202, que a excluiu do Simples Nacional, face por infração ao inciso II do art. 3º, ao inciso I do § 4º do art. 3º, incisos II, IV e VIII do art. 29, todos da Lei Complementar nº 123, de 14/12/06, combinado com o § 4º do art. 6º, incisos I e II, do art. 15, e no *caput*, inciso I e § 1º do art. 75, todos da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Em síntese, foi proferido o seguinte voto:

Do conhecimento da impugnação

6. O Contribuinte foi cientificado da exclusão do Simples Nacional em 26/10/12, vide AR de fl. 716, tendo protocolado sua Manifestação de Inconformidade em 25/10/12, com observância do prazo estipulado no art. 15 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972. Assim, dela se toma conhecimento.

Da alegação e ilegalidade e inconstitucionalidade do ato de exclusão do Simples Nacional

7. Alega a empresa que a fiscalização não teria observado “diversos preceitos legais e constitucionais”, sendo o ato de exclusão “eivado de nulidades”.

8. Primeiramente, quanto à alegação de nulidade do ADE nº 28, insta destacar que, nos termos do art. 59, do Decreto nº 70.235, de 1972, a nulidade somente se verifica quanto o ato é lavrado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, o que não ocorreu no presente caso, conforme será visto neste Voto.

9. Quanto à alegação de violação a preceitos legais, em que pese a defesa pretendida, o ato de exclusão do Simples Nacional é um ato administrativo vinculado, previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, e na Resolução nº 94, de 2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional, conforme demonstrado a seguir:

Lei Complementar nº 123, de 2006

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

(...)

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou

no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

II no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional darseá 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;

(...)

IV a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

(...)

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

Resolução do CGSN nº 94, de 2011

Art. 6º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

(Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, “caput”)

(...)

§ 4º No momento da opção, o contribuinte deverá prestar declaração quanto ao não enquadramento nas vedações previstas no art. 15, independentemente das verificações efetuadas pelos entes federados. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

(...)

Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, “caput”)

I que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior ou no ano-calendário em curso, receita bruta superior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) no mercado interno ou superior ao mesmo limite em exportação de mercadorias, observado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 2º e §§ 1º e 2º do art. 3º; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, inciso II e §§ 2º, 9º, 9º A, 10, 12 e 14)

II de cujo capital participe outra pessoa jurídica; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, § 4º, inciso I)

(...)

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

I da RFB;

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado

que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

10. Da análise dos dispositivos colacionados acima, tem-se que a exclusão do Simples Nacional foi efetuada com rigorosa observância à legislação vigente ao seu tempo.

11. Quanto à alegada não observância a preceito constitucional, a empresa cita, em sua defesa, o art. 150, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, porém, tal dispositivo diz respeito à majoração e à cobrança de tributo novo, mas não ao caso presente.

12. Diante desse quadro, concluímos por afastadas as alegações de nulidade do ADE nº 28 e de violação a preceitos legais e constitucionais.

Da natureza jurídica do ato de exclusão e dos seus efeitos

13. Segundo defesa apresentada, alega a empresa que o ato de exclusão do Simples Nacional é um ato desconstitutivo e que, por tal razão, não pode retroagir, sob pena de violar o princípio da irretroatividade tributária e, conseqüentemente, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a segurança jurídica.

14. O ato administrativo em questão, além de ser um ato declaratório por natureza, não decorre do exercício do poder discricionário da administração, mas sim do estrito cumprimento da legislação tributária.

15. Vejamos o que diz a Lei Complementar nº 123, de 2006, quanto aos efeitos da exclusão:

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

(...)

§ 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 (três) anos-calendário seguintes.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar. (sem grifo no original)

16. Conforme se extrai dos dispositivos transcritos acima, nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do art. 29, a exclusão da empresa do Simples Nacional produzirá

efeitos a partir do mês em que tiver ocorrido a situação motivadora da exclusão, cabendo à administração tributária, mediante procedimento fiscal, apontar o momento em que tal situação ocorreu.

17. Em relação a empresa AGILCARGO LOGÍSTICA LTDA. ME e com base nas razões expostas na Representação Fiscal de fls. 656 a 706, a data de ocorrência da situação motivadora da exclusão é a data de constituição da pessoa jurídica, ou seja, 18/04/08.

18. Quando a empresa foi constituída, seus proprietários deviam ter plena ciência da legislação tributária vigente na época, não cabendo aos mesmos, agora, alegar o seu desconhecimento (vide art 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 Lei de Introdução ao Código Civil). Portanto, não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, menos ainda em violação ao princípio da irretroatividade tributária.

Do direito de defesa contra o ato declaratório de exclusão

19. Alega a empresa que o presente Ato Declaratório fere o direito de defesa, pois teria sido dado o direito de recorrer contra o mesmo após este ter surtido seus efeitos excludentes, quando, em seu entendimento, a exclusão deveria ocorrer somente após o julgamento definitivo da impugnação interposta contra a exclusão, a qual deveria ser recebida com efeito suspensivo.

20. Não procedem os argumentos da defesa, pois em nenhum momento foi negado à empresa o direito de recorrer. Além do mais, o próprio ADE cientifica a empresa do

direito de recorrer e informa que a exclusão não será definitiva enquanto vigente o prazo para recorrer (vide fl. 709):

Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir do recebimento deste Termo, impugnar a presente exclusão, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972, e suas alterações posteriores, ao Delegado da Receita Federal do Brasil de julgamento em Curitiba, ou em suas unidades, assegurados, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Não havendo manifestação neste prazo, a exclusão do SIMPLES NACIONAL tornar-se-á definitiva.

21. Por decorrência lógica, se a empresa contestar a sua exclusão do Simples Nacional, enquanto não julgada em definitivo sua defesa, a exclusão também não será definitiva no âmbito administrativo.

22. Portanto, tem-se por afastada a alegação de violação ao direito de defesa contra o ADE.

Da alegada desconsideração da personalidade jurídica

23. Segundo defesa apresentada, alega a empresa que a fiscalização talvez tenha aplicado o art. 116, § único, do CTN, para considerar as três pessoas jurídicas (TGM TRANSPORTES e AGILCARGO VELHA e AGILCARGO NOVA) como apenas uma, a fim de serem somados os faturamentos, porém, tal dispositivo ainda foi regulamentado.

24. Em que pesa a defesa, compulsando os autos, observa-se que em nenhum momento a fiscalização citou o caput do art. 116 ou seu § único, mas sim identificou a existência de grupo econômico, motivo pelo qual, para a verificação do faturamento com vistas ao enquadramento no Simples Nacional, foi considerado o faturamento das três pessoas jurídicas envolvidas, nos seguintes termos:

As três empresas atuam no ramo de Transporte rodoviário de cargas, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional.

O procedimento adotado pelos contribuintes consiste em fracionar uma empresa, única de fato, visando se aproveitar dos benefícios concedidos às empresas optantes do sistema de tributação do SIMPLES NACIONAL – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Das empresas, o auditor identificou a TGM TRANSPORTES LTDA, CNPJ 84.964.840/000164, como a principal do grupo, sendo as demais criadas para simples alocação da folha de pagamento da principal, buscando, principalmente, se eximir da contribuição patronal destinadas à seguridade social e às Outras Entidades / Terceiros. A TGM e os seus sócios são os primeiros beneficiários dos procedimentos adotados que serão abordados nesta representação, contudo existem registros de repasses de valores de sócio da TGM para sócio da AGILCARGO LOGISTICA LTDA ME, de Pessoa Física à Pessoa Física, fato demonstrado nas Declarações de Imposto de Renda Pessoa

Física dos envolvidos. Desta forma, o sócio da empresa subsidiária AGILCARGO LOGISTICA LTDA ME também se beneficia das condutas adotadas.

Em interpretação mais benéfica, pode ser afirmado que as empresas constituem grupo econômico de fato. Em interpretação mais gravosa as Pessoas Jurídicas envolvidas são, de fato, uma única empresa, contudo simulam perante o fisco existirem Pessoas Jurídicas distintas. As constatações serão expostas abaixo em detalhes.

(...)

Dos fatos, depreende-se que as empresas são uma só. A AGILCARGO NOVA não deixou de ser a AGILCARGO ANTIGA e as duas AGILCARGO nunca deixaram de ser TGM, embora simulem serem Pessoas Jurídicas distintas. Desta forma, a verificação do faturamento para usufruto do tratamento diferenciado instituído pela Lei Complementar n.º 123/06 deve ser realizado em conjunto com as Pessoas Jurídicas envolvidas.

(...)

Comprovado que as empresas são, de fato, uma única, tratamos de efetuar a soma de seus faturamentos, visto que esta somatória não pode ultrapassar os limites estabelecidos no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.317/1996 e art. 3º, caput, Inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006. Mesmo que seja considerado que as AGILCARGO são Pessoas Jurídicas distintas, a TGM seria sócia oculta das AGILCARGO pelos repasses financeiros efetuados, participando ocultamente de seu capital social.

25. Portanto, tem-se por afastada a alegação de que a fiscalização teria aplicado o art. 116, do CTN, e seu § único, no procedimentos fiscal em questão.

Do embarço à fiscalização

26. Alega a empresa que não houve nenhum embarço à fiscalização e que sempre atendeu prontamente ao solicitado, apresentando justificativas aos questionamentos.

27. Pois bem, traz a Lei Complementar nº 123, de 2006, a seguinte definição para o embarço, em seu art. 29, inciso II:

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

quando:

(...)

II for oferecido embarço 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;

28. Segundo se observa na Representação Fiscal de fls. 656 a 706, os Termos de Intimação foram respondidos, porém, não com informações suficientes. A esse respeito, cita a fiscalização a seguinte situação (vide fl. 702):

(...) as explicações prestadas pelas AGILCARGO quanto a formação de seu patrimônio em veículos de transportes foram deficientes pois sem qualquer registro em contabilidade das supostas transações de compra e venda efetuadas com a TGM.

29. Portanto, não bastava apenas a empresa responder aos Termos de Intimação, mas, sim, deveria ter prestado informações suficientes, na forma requerida nos Termos de Intimação (fls. 55 a 65 e 68 a 77), e devidamente corroboradas com documentos capazes de suportá-las, o que nem sempre ocorreu.

Da interposição de terceiros

30. Quanto ao inciso IV do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006(interposição de terceiros na constituição da empresa), alega o contribuinte que o fato de os sócios das empresas AGILCARGO e TGM serem da mesma família, não implica em ocultação do real proprietário, o chamado "laranja" e que se esse realmente fosse o intuito, a empresa teria sido constituída com sócios sem nenhuma ligação com os sócios da TGM. Mas, não é o que ocorreu. A empresa foi criada pelos filhos dos sócios da TGM, por simples oportunidade de negócio, ligada ao mesmo ramo de atividades da família. Ocasão em que os filhos tiveram o apoio dos pais para iniciar sua vida empresarial.

31. Primeiramente, insta destacar que a fiscalização não utilizou a expressão "laranja", mas sim a expressão "sócio oculto", como no exemplo a seguir, extraído da Representação Fiscal, fls. 695 e 696:

O Sr. Israel [sócio da TGM] distribui ao filho parte do seu patrimônio pessoal obtido pela realização de lucros na TGM, caracterizando o Sr. Thiago [sócio da AGILCARGO] como beneficiário das condutas adotadas. O fato do Sr. Thiago usufruir dos resultados da TGM, indiretamente, o coloca como sócio oculto da TGM.

32. A fiscalização aponta, inclusive, que a TGM seria, também, sócia oculta das AGILCARGO, vide fl. 696:

Mesmo que seja considerado que as AGILCARGO são Pessoas Jurídicas distintas, a TGM seria sócia oculta das AGILCARGO pelos repasses financeiros efetuados, participando ocultamente de seu capital social.

33. Cabe acrescentar que a própria fiscalização informa que a "ligação parental entre os sócios pouco representa, se não fossem os demais procedimentos adotados pelas Pessoas Jurídicas" (fl. 658, item 3).

34. Logo, a constatação de que a AGILCARGO LOGÍSTICA LTDA. ME foi constituída por interpostas pessoas não se deu apenas com base no grau de parentesco entre os sócios das três empresas (TGM, AGILCARGO VELHA e AGILCARGO NOVA), mas sim no conjunto das várias operações envolvendo as três empresas, as quais foram muito bem detalhadas pela fiscalização.

Da prestação exclusiva de serviços à TGM

35. Segundo a defesa, a empresa AGILCARGO LOGÍSTICA LTDA. ME não foi criada com o único objetivo de prestar serviços exclusivos à TGM, pois, “conforme se pode notar nos documentos juntados a empresa TGM tem diversos prestadores de serviços (mais de vinte), já que como central de logística tem que contar com outras empresas para melhor atender seus clientes.”

36. Conforme se observa na redação desse item da defesa, a empresa informa que a TGM tomou serviços de vários prestadores, mas, em verdade, o que a fiscalização aponta é que a AGILCARGO NOVA, à exceção do mês 12/2011, prestou serviços exclusivamente para a TGM, no período abrangido pelo procedimento fiscal (vide fl. 690):

No período abrangido pela fiscalização nas AGILCARGO o faturamento mensaldas empresas está embasado na emissão mensal de um único documento Conhecimento de Transportes Rodoviário de Carga CTRC. Fazendo exceção apenas a competência 12/2011, onde a contabilidade demonstra a emissão dedocumentos CTRC para outras empresas.

37. Portanto, improcede a alegação de que a empresa AGILCARGONOVA não teria sido criada com o único objetivo de prestar serviços exclusivos à TGM.

Da falta do LivroCaixa e da identificação da movimentação financeira

38. Por fim, alega a empresa que com “relação ao inciso VIII [do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006], o requisito de livro caixa é suprido pela existência de escrituração contábil, colocada à disposição do fisco, que a examinou com tempo suficiente. Portanto, é surpresa a afirmação de que não é possível a identificação da movimentação financeira bancária.”

39. Em que pese a alegação de que a escrituração contábil colocada à disposição do fisco teria sido suficiente, não é isso o que diz a fiscalização (vide fl. 690):

Tanto a contabilidade apresentada pela antiga como pela nova AGILCARGO não apontam a existência de contas "BANCO". Todas as transações de entradas e saídas de recursos são registradas na contabilidade como sendo em dinheiro. Os supostos faturamentos recebidos pela prestação de serviços à TGM, os supostos aportes de recursos via contratos de mútuo, os pagamentos dos salários dos empregados e demais encargos sobre a folha, tudo está registrado como entrada ou saída de dinheiro. Contudo tal fato não representa a verdade material: existem contas bancárias com registros de entrada e saídas de recursos.

Todos os registros contábeis ocorridos nas AGILCARGO são a débito e crédito da conta "CAIXA". Inclusive os supostos faturamentos. Todos os pagamentos de funcionários e demais despesas registradas tem como fonte de saída a conta "CAIXA". Todos os recursos aportados, por supostos faturamentos e por supostos empréstimos contratados com a TGM são registrados como entradas de dinheiro.

(...)

As AGILCARGO NOVA e ANTIGA apresentam a sua contabilidade sem registros de lançamento, a débito ou crédito, de conta "BANCOS". Por outro lado, a auditoria constatou a existência de contas bancárias, pertencentes à AGILCARGO ANTIGA, com registros de aportes e saídas de valores não contabilizados, mesmo após o seu último faturamento registrado. Ficou constatado também que os empregados da outra AGILCARGO, a nova, são pagos via transferência bancária, com origem dos recursos em conta banco de titularidade da antiga e aporte em conta bancária de empregados da nova.

40. Conforme se observa na transcrição acima, a empresa efetuou pagamentos mediante transferência bancária, porém, sem registro contábil de tais operações, o que, de fato, dificultou ou até mesmo impossibilitou a identificação das movimentações financeiras, razão pelo qual tem-se por afastada a alegação de que a contabilidade apresentada à fiscalização teria sido suficiente.

Conclusão

41. Isso posto, voto pela improcedência da Manifestação de Inconformidade.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

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

Assim como o fizera, por ocasião da impugnação, a recorrente questiona (agora no recurso) a inadequação do ato impugnado, utilizando-se dos mesmos argumentos, apenas acrescentando que:

Inadequação do ato impugnado

- na decisão recorrida afirma que o ato declaratório obedece as disposições legais, notadamente o art. 29, § 3^o, da Lei Complementar 123 de 2006.
- Por esclarecedor, transcrevemos abaixo o dispositivo supracitado:

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

quando:

(omissis)

§3^o A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

- Por sua vez o Comitê Gestor, na Resolução nº 94/ 2011, na Subseção II, que fala sobre a exclusão de ofício dispõe:

Da Exclusão de Ofício

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

- das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

- dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1 -Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar n s-123, de 2006, art. 29, § 3 2-)

§ 2-Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

§ 3 Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

- Como se pode observar, a Resolução do CGSN determina que seja expedido Termo de Exclusão do Simples dando oportunidade ao contribuinte de impugnar . E não Ato Declaratório que não tem o condão de desconstituir direito.
- Também a Lei dispõe que a exclusão somente será definitiva quando, impugnada a exclusão, tenha decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.
- Não foi o que ocorreu neste caso, já que ao emitir o Ato Declaratório (e não Termos de Exclusão como diz a lei), a autoridade administrativa (RFB) em ato contínuo efetuou o lançamento decorrente daquela exclusão, antes mesmo que se tornasse definitiva.
- Sendo assim, o ato impugnado carece de legitimidade e de fundamento legal de validade.

Da Desconsideração da personalidade jurídica

Repete, basicamente, os mesmos argumentos utilizados quando de sua impugnação e rebate os indícios apontados na decisão de primeira instância.

- Não tendo sido caso de aplicação do art. 50, do Código Civil, é possível que o agente fiscalizador, desprezando os documentos apresentados, a estes atribuídos o caráter fraudulento, tenha focado o

art. 116, parágrafo único, do CTN. Contudo, esse dispositivo da lei complementar ainda não está em vigor, porquanto depende de regulamentação, no pertinente aos procedimentos.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária, (grifos nossos)***

- *Afirma que: Para finalizar, as infrações cometidas pela recorrente, segundo a fiscalização estão dispostas nos incisos II, IV e VII do art. 29, da Lei Complementar 123/2006. Contudo, não houve uma comprovação de que tais infrações ocorreram.*
- No tocante ao inciso, vale ressaltar que, em nenhum momento, houve quaisquer embaraços à fiscalização. Pelo contrario, a recorrente sempre atendeu prontamente ao que foi solicitado, apresentando justificativas aos questionamentos.
- Também com relação ao inciso IV, não interposição de terceiros na constituição da recorrente. O fato de os sócios das empresas Agilcarga e TGM Transportes serem da mesma família, não implica em ocultação do real proprietário, o chamado "laranja". Se esse realmente fosse o intuito, a recorrente seria constituída com sócios sem nenhuma ligação com os sócios da TGM. Mas, não é o que ocorreu. A empresa foi criada pelos filhos dos sócios da TGM, por simples oportunidade de negócio, ligada ao mesmo ramo de atividades da família. Ocasão em que os filhos tiveram o apoio dos pais para iniciar sua vida empresarial.
- Não se alegue que a recorrente foi criada com o único objetivo de prestar serviços exclusivos à TGM Transportes, pois, conforme se pode notar nos documentos juntados a empresa TGM tem diversos prestadores de serviços (mais de vinte), já que como central de logística tem que contar com outras empresas para melhor atender seus clientes.
- Com relação ao inciso VIII, o requisito de livro caixa é suprido pela existência de escrituração contábil, colocada à disposição do fisco, que a examinou com tempo suficiente. Portanto, é surpresa a afirmação de que não é possível a identificação da movimentação financeira bancária.

- Sendo assim, a decisão recorrida, não deve prosperar, haja vista apenas ter reproduzido as razões apresentadas pela fiscalização, não tendo comprovado a legalidade da ação da fiscalização em considerar o faturamento de empresas jurídicas distintas para desenquadramento de uma delas do Simples Nacional.
- por último requer: ***ISSO POSTO, requer a Recorrente, aos senhores Conselheiros, a quem o julgamento deste recurso estiver afeto, nova decisão, a fim de que, reformando a decisão de primeiro grau, seja dado provimento ao presente recurso, com a consequente anulação do lançamento em sua totalidade.***

Todos os argumentos utilizados em seu recurso foram devidamente rebatidos pela DRJ, como se pode verificar da leitura do voto, acima transcrito.

A recorrente acrescentou, em relação à inadequação do ato declaratório, que, segundo ela, não foi o instrumento adequado, ou por ser inconstitucional, ou por estar em desacordo com as normas, pois, deveria ter sido emitido um termo de exclusão.

O que seria o Ato Declaratório Executivo senão o instrumento utilizado (e autorizado pela Portaria MF 125 e alterações subsequentes, hoje a portaria 430/2017, art. 340, inciso VIII) para comunicar a exclusão de um contribuinte do Simples nos termos da LC 123/2006 e da Resolução CGSN 94/2011.

Portaria 430, art.340, inciso VIII

Expedir súmulas e publicar atos declaratórios relativos à idoneidade de documentos ou à situação cadastral e fiscal de pessoas físicas ou jurídicas.

Assim, entendo não prosperar as alegações da recorrente, tanto pelos motivos acima, quanto pelas conclusões apresentadas no acórdão da DRJ.

Com relação às demais alegações, reitero as conclusões da DRJ, em seu acórdão, exceto quanto à ausência do Livro Caixa que é desnecessário, como alega a recorrente, se o contribuinte faz a escrita contábil regular, ainda que contenha vícios. Se este fosse o caso, em um outro procedimento fiscal, caberia então o arbitramento, que não é tratado neste processo.

Também, as alegações, da recorrente, quanto ao artigo 116, do CTN, entendo que também não devem prosperar. Em nenhum momento isto foi aventado pela fiscalização.

O que se tem são diversos indícios que indicam que foram utilizadas interpostas pessoas, que se tratam de uma única empresa, como, por exemplo, transações realizadas através da conta caixa, no volume apresentado.

O CARF já decidiu, nesta mesma linha, no acórdão 2403-002.856, que reproduzo a ementa:

Acórdão: 2403-002.856

Número do Processo: 13855.001761/2009-16

Data de Publicação: 03/03/2015

Contribuinte: ESTIVAL IMPORTACAO EXPORTACAO
LTDA

Relator(a): MARCELO MAGALHAES PEIXOTO

Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias
Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2007
SIMULAÇÃO. FORMA DE EVADIR-SE DAS
OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. INTERPOSTAS PESSOAS.
SIMPLES A simulação não é aceita como forma de
planejamento tributário com vistas a reduzir a carga
tributária da empresa. Manobra considerada ilegal. A
utilização de interpostas pessoas enquadradas no
SIMPLES para contratação d

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.
ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em
dar provimento parcial ao recurso, para determinar o recálculo
da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da
Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art.
61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao
contribuinte.

por fim, adoto as conclusões da DRJ que, por economia processual, deixo de transcrevê-las, visto que já o feito acima, com a ressalva, já comentada, quanto à não apresentação do Livro Caixa.

Assim, voto por rejeitar a preliminar de nulidade para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, sem crédito tributário em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva