



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

Processo nº 10283.720554/2008-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-000.889 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de abril de 2012
Matéria SIMPLES/EXCLUSÃO
Recorrente J. M. APOLONIO DA SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES.

Ano calendário: 2003

Ementa: SIMPLES — EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - A omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES, devendo a tributação se sujeitar às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a partir do próprio ano-calendário da reiterada infração.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - SIMPLES – PIS/COFINS/CSLL/INSS.

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que s vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da turma acordam, por maioria, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Redator designado. Vencidos o Conselheiro Relator, Paulo Jakson e o Conselheiro Wilson Guimarães. Designado Redator o Conselheiro Valmir Sandri.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas – Relator

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri – Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Valmir Sandri, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

CÓPIA

Relatório

Versa o presente processo sobre auto de infração de IRPJ/CSLL/PIS/COFINS/INSS e multa pela não comunicação de exclusão do Simples, valor total da exação R\$.1.752.274,06 (incluídos juros de mora e multa de 75%), ano de calendário de 2003. Ciência dos autos deu-se em 05/07/2008.

A fiscalização descreveu as seguintes infrações (síntese do TVF):

- a) Omissão de Receitas (Receitas não escrituradas) obtidas através da comparação entre as receitas declaradas na Declaração Anual Simplificada do ano calendário de 2005 e os valores constantes no somatório das Notas Fiscais (fls. 24 a 41);
- b) Insuficiência de recolhimentos para os meses de janeiro a dezembro de 2003 (fls.92/93);
- c) Falta de comunicação pela empresa da exclusão do Simples Federal (multa de R\$ 10.062,97), fl. 96.

Na impugnação de fls. 132 a 136, em síntese, alega:

- a) que é registrada no Simples Nacional e que apresentou DASN referente ao período de 01 de julho a 31 de dezembro de 2007;
- b) com relação aos autos de infração do PIS e COFINS por se tratar, no seu caso, de substituição tributária (Decreto Estadual 20.686) não cabe a cobrança ao revendedor;
- c) e, no caso de fornecimento de gás liquefeito não é diferente para o PIS e COFINS, pois o art. 43 da MP 1991-15 de 2000 e reedições pela MP 2.158-25, com base na EC 32/01 sua alíquota é zero;
- d) com relação ao IRPJ e CSLL seria necessário, no seu entender, ao levantamento do lucro efetivo da empresa, considerando os custos e não com base no faturamento;
- e) por fim, com relação a multa de R\$ 10.062,97 pela falta de comunicação da exclusão do sistema Simples Federal, no caso, alega que jamais excedeu o faturamento.

A autoridade julgadora de primeira instancia (DRJ/BEL) decidiu a matéria por meio do Acórdão 01-20.330 de 11/01/2011, reconhecendo a decadência para os lançamentos anteriores ao mês de julho de 2008, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2003

EMENTA:

ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO.

O ônus da prova existe afetando tanto o Fisco como o sujeito passivo. Não cabe a qualquer delas manter-se passiva, apenas alegando fatos que a favorecem, sem carrear provas que os sustentem. Assim, cabe ao Fisco produzir provas que sustentem os lançamentos efetuados, como, ao contribuinte as provas que se contraponham à ação fiscal.

DECADÊNCIA.

Nas hipóteses de incidência sujeitas à decadência na forma do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial passa a ser contado na forma do art. 173, inciso I, do CTN, com termo inicial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

É o relatório.

Passo ao voto.

Voto Vencido

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Trata o presente processo de autos de infração que exigem da recorrente os tributos integrantes do SIMPLES, nos meses do ano-calendário de 2003, pelas infrações de omissão de receitas e insuficiência de recolhimento, com multa de 75%, além da multa no valor de R\$ 10.062,97 por falta de comunicação da exclusão do Simples.

Lançamento tributário relativo ao SIMPLES FEDERAL, decorrente de omissão de receitas oriundas do montante das vendas efetuadas pelo contribuinte, não escrituradas, de conformidade com as notas fiscais de saída de mercadorias.

Registre-se que encontra-se apensado a estes autos, o Processo Administrativo Fiscal nº 10283.720556/2008-14, que trata de Representação Fiscal de Exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2004.

As argumentações trazidas no recurso são as mesmas da impugnação.

Esclarece, preliminarmente, que exerce a atividade de revendedora de bebidas e gás liquefeito de petróleo e que sua exclusão do SIMPLES e a legislação pertinente, consubstanciada na IN/SRF 389, de 29/01/2004, determinou a incidência da contribuição para o PIS e para a COFINS sobre as receitas auferidas na venda de bebidas e refrigerantes. As notas fiscais utilizadas para supedanejar a fiscalização diz respeito à aquisição para revenda de bebidas, refrigerantes principalmente, e gás liquefeito de petróleo. Ressalta a proteção legal do Decreto Estadual 20.686 (arts. 110 e 112) e Decreto 2.637, de 25/06/1998, onde consta que haverá retenção na fonte de qualquer tributo por substituição tributária, inclusive PIS/COFINS, dessa maneira, entende, que ao revendedor nada há a ser cobrado.

Aduz, mais, que com relação ao auto de infração da contribuição para o INSS esta foi totalmente recolhida no ano em referencia.

Neste ponto, como bem assentado no voto ora combatido, incabíveis são as argumentações sobre substituição tributária das contribuições em favor do PIS e da COFINS, uma vez que estas não são contempladas para as empresas optantes do SIMPLES.

Do mesmo modo, com referência à contribuição em favor do INSS, uma vez que as empresas optantes pelo SIMPLES FEDERAL, recolhiam à Previdência Social, somente os valores descontados dos seus empregados, tendo em vista que a contribuição patronal estava abrangida no recolhimento único do SIMPLES, com base no faturamento da empresa, daí a cobrança da diferença a que se refere o auto de infração lavrado.

Já com relação à argumentação de que o IRPJ e a CSLL estariam sujeitos à apuração do resultado, também cabe esclarecer ao litigante, que os recolhimentos desse imposto e dessa contribuição na forma que expressou nas suas argumentações de defesa são aplicáveis somente para as empresas optantes pela forma de tributação denominada Lucro Real, o que não vem ao caso, de acordo com a opção livremente exercida. Pelo que se vê do

presente processo a exclusão não se deu de forma retroativa, portanto, inatacável, assim, a decisão *a quo*, que entendeu correta a constituição dos créditos tributários dentro da sistemática do SIMPLES.

Com relação às Notas Fiscais que o sujeito passivo alegou que foram canceladas, (fls. 135 e 136) a autoridade julgadora *a quo* procedeu ao exame de todas as notas fiscais que foram relacionadas na impugnação, e que se encontram anexadas ao processo nos volumes denominados Anexos I a V, e constatou que somente a NF nº 1385, no valor de R\$ 14.700,00 emitida no mês de julho de 2003, fl 259, se encontra CANCELADA.

Registre-se no que toca à quantificação das omissões, que o Fisco fez englobar, na infração intitulada "OMISSÃO DE RECEITAS — RECEITAS NÃO ESCRITURADAS", as diferenças de valores obtidas através da comparação nota por nota, mês a mês, entre as receitas declaradas na Declaração Anual Simplificada do ano-calendário de 2003 e os valores constantes no somatório das Notas Fiscais, cujas cópias foram anexadas ao processo às fls. 27 a 41.

Em fim, a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES é medida que se impõe quando o contribuinte perde qualquer dos requisitos estabelecidos na Lei 9.317/96.

Uma vez constatado que o contribuinte ultrapassou seu limite de renda bruta, deveria o mesmo ter comunicado à Administração Tributária seu novo enquadramento, sob pena de ser excluído do programa, de ofício, o que de fato acabou por acontecer. O Ato Declaratório Executivo exarado pela SRE somente veio confirmar a ocorrência da situação e a exclusão do contribuinte de tal sistemática.

Logo, com referência à multa aplicada sobre a falta de comunicação da exclusão da empresa do Sistema Simples, no valor de R\$ 10.062,97, não há reparação a fazer, tendo em vista que restou comprovado que o faturamento da empresa naquele ano-calendário superou o limite estabelecido na Lei nº 9.317/96, que era de R\$ 1.200.000,00, e desse modo, estava obrigada a comunicar sua exclusão, conforme previsto nos arts. 13, inciso II e art. 21, da Lei nº 9.317/96.

Compulsando os autos, verifica-se que a autoridade fiscal constatou, com base em respostas documentada pela própria autuada, que:

“o contribuinte sob ação fiscal, não ofereceu à tributação as receitas das vendas efetivadas no ano de 2003, que deveria estar registrada no Livro Caixa, cuja escrituração, como aqui já afirmamos, é de natureza obrigatória para as empresas que optam pelo regime do SIMPLES.

A referida apuração, com base nas notas fiscais de microempresa (cópias autenticadas), está demonstrada na planilha "Receita de Vendas no Ano-Calendário de 2003".

Frisa-se, ainda, que a referida empresa apresentou declaração simplificada (PJSI/2004), declarando somente como receita bruta mensal aquela decorrente de "Prestação de Serviços", num total anual de R\$ 55.425,20 (Cinquenta e Cinco Mil, Quatrocentos e Vinte e Cinco Reais e Vinte Centavos). Portanto, para o ano-calendário de 2003, a empresa omitiu o valor das vendas apurado pela fiscalização, no total de R\$ 7.188.035,10 (Sete Milhões, Cento e Oitenta e Oito Mil, Trinta e Cinco Reais e Dez Centavos), o que ensejou o lançamento, na sistemática do

SIMPLES, do IRPJ e demais contribuições, calculados, mensalmente, sobre a receita omitida.

Salientamos, também, que as únicas exclusões da receita bruta permitidas, para as pessoas jurídicas optantes pelo Simples, são as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos (Lei nº 9.317, de 05/12/1996, art. 2º , § 2º ; Instrução Normativa nº 250, de 2002.”

Constata-se dos Demonstrativos de Apuração que acompanha os autos de infração (fls. 44 e ss.) que a fiscalização considerou nos cálculos dos valores apurados os recolhimentos efetuados durante o ano calendário.

Lançamentos Reflexos.

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Assim, considerando toda a análise realizada, voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, para manter os lançamentos nos termos do decidido em primeira instância.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator

Voto Vencedor

Por ser questão de ordem pública, levanto de ofício e peço *vênia* ao Relator do presente processo para discordar do entendimento esposado em seu voto bem elaborado voto para dele discordar, eis que ao proceder ao lançamento, a D. Autoridade Lançadora, entendo, deixou de cumprir com os requisitos previstos na Lei n. 9.317/96, para excluir o contribuinte do SIMPLES, qual seja, de infração reiterada, da exclusão do SIMPLES e da forma de tributação, prevista nos arts. 14, “V” e 15 “V” do referido diploma legal, que prevê:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

(...);

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Inicialmente, é de fundamental importância tecer algumas observações a respeito do conceito de reiterada infração a legislação tributária para fins de exclusão do SIMPLES e sua distinção com o conceito de reincidência.

A reincidência é instituto de Direito Penal, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro desde o Império, haja vista previsão expressa do art. 16, § 3º, do Código Criminal do Império. Atualmente, a reincidência é tratada no art. 63 do Código Penal, *verbis*:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Na doutrina, o tema é estudado no elenco da Teoria das Circunstâncias, sendo modalidade de agravamento da penalidade. Dessa maneira, a reincidência é assim conceituada:

“(...) a reincidência perfaz-se pela prática de novo crime pelo agente, depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (...)”

A reincidência, enquanto circunstância agravante, influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita (...)”¹

No âmbito Direito Tributário, aludido instituto foi incorporado no antecedente de normas atinentes às sanções tributárias administrativas, as quais possuem como antecedentes tanto o descumprimento de deveres instrumentais, como o não recolhimento das obrigações tributárias principais.

¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**. Vol. I. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.505.

Isso se dá porque o Direito Tributário é um direito de sobreposição e pode internalizar no seu subsistema conceitos de Direito Penal, os quais podem servir de hipóteses para normas tributárias sancionadoras.

No art. 13 do Decreto nº 70.235/72, a norma tributária processual estabelece a necessidade de se identificar o contribuinte reincidente no processo administrativo fiscal:

Art. 13. A autoridade preparadora determinará que seja informado, no processo, se o infrator é reincidente, conforme definição da lei específica, se essa circunstância não tiver sido declarada na formalização da exigência.

Note-se que, no aludido dispositivo, o termo reincidência é utilizado no sentido de reincidência genérica, haja vista que não há a exigência de que o infrator infrinja a mesma regra jurídica.

Na legislação do IPI, o Decreto nº 7.212/2010 (RIPI), introduz a reincidência específica como hipótese de agravamento de penalidade:

Art. 560. Caracteriza reincidência específica a prática de nova infração de um mesmo dispositivo, ou de disposição idêntica, da legislação do imposto, ou de normas contidas num mesmo Capítulo deste Regulamento, por uma mesma pessoa ou pelo sucessor referido no [art. 132 da Lei nº 5.172, de 1966](#), dentro de cinco anos da data em que houver passado em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior ([Lei nº 4.502, de 1964, art. 70](#)).

Porém, aqui, a reincidência é tratada na modalidade específica, isto é, para caracterização o infrator deve violar um mesmo dispositivo.

Independentemente de a legislação tributária prever o instituto tanto na modalidade geral, quanto na específica, verifica-se que a legislação tributária incorporou o instituto da reincidência nos moldes estabelecidos pelo Direito Penal.

Por sua vez, o termo “reiterada infração a legislação tributária” disciplinado no inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/96, não se traduz em uma nova hipótese de reincidência tributária.

Primeiramente, o art. 14 da Lei nº 9.317/96, ao dispor sobre as hipóteses de exclusão do regime, estabelece condutas negativas ou positivas que devem ser observada pelo contribuinte para o gozo do regime simplificado. Dentre tais condutas, está o dever de não infringir a legislação tributária sucessivas vezes.

Logo, a exclusão do regime não constitui uma penalidade ou um agravamento, mas sim a impossibilidade de o contribuinte se beneficiar do regime quando não preencher os requisitos estabelecidos na lei.

Surge então a primeira distinção entre a *reincidência* e *prática reiterada à legislação tributária*. Enquanto a primeira consiste em hipótese de agravamento de

penalidade, a segunda se apresenta como requisito para o aproveitamento do regime simplificado do pagamento de tributos.

Talvez, a origem da confusão entre os dois institutos esteja na aproximação terminológica entre reincidir e reiterar.

O termo reiterar, conforme pode ser verificado em diversos dicionários, traduz a idéia de se fazer mais de uma vez determinada ação ou voltar executar ação realizada anteriormente.

Sendo assim, a conduta de infringir reiteradamente a legislação consiste em uma conduta que viola mais de uma vez legislação tributária cogente, seja pelo descumprimento de deveres instrumentais, seja por inobservância da legislação para apuração e pagamento do tributo.

Ora, um contribuinte reincidente pratica, inequivocamente, reiterada infração à legislação tributária, vez que executa mais de uma vez conduta contrária a legislação tributária. No entanto, a recíproca não é verdadeira para aquele que comete reiterada infração à legislação tributária, pois, conforme o conceito anteriormente exposto, para que haja a reincidência o contribuinte tem que ter sido penalizado em processo anterior já definitivamente julgado.

Assim, enquanto que a existência de processo anterior definitivamente julgado é requisito indispensável para caracterização da reincidência, a reiteração a legislação tributária, para os fins do inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/96, pode ser reconhecida no mesmo processo.

A segunda observação, diz respeito ao tratamento dado ao inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/96 na jurisprudência do CARF.

Pois bem, examinando a jurisprudência administrativa, verifica-se que o conceito de “prática reiterada”, vem recebendo tratamento uniforme. Vejamos alguns julgados:

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Configura prática reiterada de infração à legislação tributária a prática habitual e repetida de uma mesma infração, de tal forma que fique caracterizado o seu uso freqüente. Configurada a prática reiterada de infração à legislação tributária, impõe-se a exclusão da empresa deste sistema de tributação incentivada, com efeitos a partir, inclusive, do mês de sua ocorrência. (Primeira Seção, 1ª Câmara, acórdão nº 1102-00262, sessão de 05/07/2010).

SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão do Simples por causa de prática reiterada de infração tributária produz efeito ex tunc em vista do contribuinte ter optado por regime de tributação diferenciado e favorecido. Trata-se de regime de apuração de tributos e opção regidas pelas normas tributárias que devem ser observadas

rigidamente, não se admitindo a omissão de receitas. .(Primeira Seção, acórdão nº 1801-00.361, sessão de 08/11/2010).

SIMPLES. EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES.

Procede a exclusão da empresa da sistemática do Simples comprovado que reiteradamente omitiu, na DIPJ e na contabilidade, receitas recebidas, não oferecendo-as à tributação. .(Primeira Seção, acórdão nº 1801-00.360, sessão de 08/11/2010).

SIMPLES — EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - a omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES. (Primeiro Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, acórdão nº 101- 96.630, sessão de 07/03/2008).

EXCLUSÃO - PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA A omissão de receita comprovada por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, praticada em meses sucessivos, caracteriza a prática reiterada de infração à legislação tributária, bastante para a exclusão da optante do SIMPLES. (Primeiro Conselho de Contribuintes, 8ª câmara, acórdão nº 108-09.801, sessão de 18/12/2008).

No entendimento deste Conselho, o inciso V do art. 9º da Lei nº 9.317/96, deve ser interpretado quando o contribuinte pratica sucessivas infrações que podem, inclusive, ocorrer no mesmo ano-calendário.

Ressalte-se que a ocorrência de sucessivas infrações pode ocorrer de dois modos: a) quando ocorre mais de um tipo de infração, exemplo: omissão de receitas e falta de escrituração de livro caixa; b) ocorrência de uma única infração em vários períodos consecutivos, exemplo: omissão de receita em meses seguidos.

Ademais, no julgamento do recurso voluntário nº 339.032, a Primeira Câmara da Primeira Seção, por meio do acórdão nº 1102-00262, julgado em 05/07/2010, perfilhou entendimento análogo ao aqui defendido:

Quanto ao segundo motivo constante do Ato Declaratório de Exclusão - prática reiterada de infração à legislação tributária, é fato que a Lei nº 9.317/96 não define expressamente o seu conceito.

Contudo, não procede a analogia proposta pela recorrente com o instituto da reincidência, conforme definido na legislação de regência do IP1 (art. 70 da Lei nº 4.502/64). Para a configuração da reincidência, nos termos daquele artigo, é necessário que exista decisão condenatória definitiva referente à infração anterior. Confira-se o teor do citado artigo:

"Art. 70. Considera-se reincidência a nova infração da legislação do Imposto do Consumo, cometida pela mesma pessoa natural ou jurídica

ou pelos sucessores referidos nos incisos III e IV do artigo 36, dentro de cinco anos da data em que passar em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior”

A exigência de decisão condenatória definitiva, no âmbito do Simples, para fins de determinar a exclusão da pessoa jurídica deste sistema, está expressamente prevista apenas no caso de prática de crimes contra a ordem tributária, conforme inciso VII do art. 14 da Lei IV 9.317/96. Contudo, no caso do inciso V do mesmo artigo (prática reiterada de infração), não foi prevista a mesma exigência. Confira-se os dispositivos em questão:

"Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

...

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

...

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva”

Assim, afasta-se a pretensa analogia da reincidência com a "prática reiterada". Tratam-se de institutos distintos, estando um expressamente definido em lei, e o outro não.

Os dicionários definem o termo reiterar como "repetir", "renovar", "refazer". Contudo, seria uma leviandade entender que, para a configuração da prática reiterada de infração, bastariam duas ocorrências de uma mesma infração.

Parece-me que um bom caminho para interpretar o que se deva entender por "prática reiterada" encontra-se no CTN, que utiliza esta expressão no seu art. 100, verbis:

"Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

(...)

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas.”

Ora, as práticas reiteradas das autoridades administrativas nada mais são do que os usos e costumes da Administração. E veja-se que aqui também não há uma definição de quantas vezes ela precisa ser repetidamente observada para que se constitua em uma "prática reiterada.

Assim, entendo que, para fins de exclusão de uma empresa do Simples, deve-se verificar se a prática da inflação em questão é habitual e repetida, de tal forma que fique caracterizado o seu uso freqüente, consubstanciando-se em um costume; E esta análise somente poderá ser feita caso a caso.

Por fim, convém observar que os períodos a serem considerados para analisar a ocorrência ou não de reiteração, no caso do Simples, devem ser mensais, seja porque o período de apuração do Simples é mensal, seja porque é a própria Lei que, neste caso, menciona que a retroação da exclusão deve ser feita ao mês de ocorrência do fato em questão.

No caso concreto, verificou-se que a recorrente movimentou, de forma contumaz e contínua, durante todos os meses do ano calendário, vultosos recursos, os quais foram mantidos à margem da contabilidade por meio do uso de conta corrente de interposta pessoa. Desta forma, configurada a prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme imputada pela autoridade administrativa que expediu o ADE de fls.. 81.

Assim, nos termos do que dispõe o art. 15 da Lei nº 9.317/96, este fato enseja a exclusão da recorrente do Simples a partir do próprio mês de sua ocorrência, ou seja, a partir do mês de janeiro de 1998, exatamente como consta no Ato Declaratório ora contestado.

No presente caso, a fiscalização constatou a Omissão de Receitas (Receitas não escrituradas) obtidas através da comparação entre as receitas declaradas na Declaração Anual Simplificada do ano calendário de 2003 e os valores constantes no somatório das Notas Fiscais (fls. 24 a 41); insuficiência de recolhimentos para os meses de janeiro a dezembro de 2003 (fls.92/93), bem como, falta de comunicação pela empresa da exclusão do Simples Federal (fl. 96).

Ou seja, o recorrente praticou sucessivas omissões de receitas entre os meses de janeiro a dezembro de 2003, configurando inequívoca prática reiterada de infração a legislação tributária.

Desse modo, ao omitir sucessivas receitas em todo ano-calendário de 2003, a recorrente deixou de cumprir um dos requisitos para permanência no regime especial de pagamento simplificado de tributos, qual seja: abster-se de praticar sucessivas violações a legislação tributária.

Realmente, estamos diante da hipótese de aplicação do art.14, inciso V, cumulado com art. 15, inciso V, da Lei nº 9.317/96, que determina a exclusão do SIMPLES com efeitos retroativos a data da ocorrência da primeira infração.

Assim, por tudo que foi dito acima, entendo que houve a ocorrência da hipótese de exclusão do SIMPLES, pela prática reiterada de infração a legislação tributária, subsumindo-se a hipótese prevista no art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96.

Logo, a fiscalização deveria ter excluído a recorrente do SIMPLES e procedido à lavratura do auto de infração com base nas normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos moldes do art. 16, *verbis*:

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Desse modo, verifica-se que o lançamento em apreço incorreu em erro material insanável na apuração do tributo devido, motivo pelo qual o considero totalmente improcedente.

Pelo exposto, voto no sentido de DAR provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 1212 de abril de 20122.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri.