



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10935.722050/2017-19  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-005.975 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 10 de dezembro de 2021  
**Recorrente** CRUZ - TERRAPLENAGEM - EIRELI  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2017

**EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO.**

A emissão de notas fiscais calçadas configura meio fraudulento, a ensejar a caracterização de prática reiterada de idênticas infrações, ensejando a exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza (Relator) e Marcelo José Luz de Macedo, que davam provimento ao Recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Taranto Malheiros, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa (suplente convocado(a)), Jose Roberto Adelino da Silva (suplente convocado(a)), Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Lucas Esteves Borges, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Jose Roberto Adelino da Silva.

**Relatório**

Trata o presente de recurso voluntário em face de acórdão da DRJ que julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte, para manter a exclusão do Simples Nacional, nos termos da TESN n.º 02/2017, em virtude de prática reiterada de infração à legislação tributária.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento de primeira instância, a seguir transcrito, complementando-o ao final:

Trata o presente processo de Termo de Exclusão do Simples Nacional – TESN n.º 02/2017 (fl. 02), por meio do qual o sujeito passivo foi excluído da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, sob a acusação de prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme relatório anexo, com produção dos efeitos a partir de outubro de 2014, período em que se constatou a ocorrência da segunda infração à legislação tributária, produzindo efeito pelo prazo de 10 anos.

Como base legal foram capitulados:

V e § 1º e § 9º, inciso II, do art. 29 da Lei Complementar n.º 123 de 2006.

§ 2º do art. 29 da Lei Complementar n.º 123 e no § 2º do art. 76 da Resolução CGSN n.º 94.

Em face do estabelecido no inciso II e § 1º, alínea “b”, do art. 3º, da Portaria RFB n.º 1.668, de 29 de novembro de 2016, a este processo foram juntados, por apensação, o processo n.º 10935.722068/2017-11, relativo a Auto de Infração que formaliza exigência de tributos pela sistemática do Simples Nacional, e o processo n.º 10935.723051/2017-72, que trata de Autos de Infração relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS/PASEP e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, lavrados, pelo regime do Lucro Presumido, após a exclusão da empresa do Simples Nacional, relativos aos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de outubro/2014 a 31/12/2016.

Constam do Relatório anexo (fls. 03/06) as informações a seguir.

Foi iniciado procedimento fiscal no sujeito passivo Cruz & Cruz Terraplanagem Ltda - ME, CNPJ 82.463.449/0001-50, para apuração de possível omissão de receitas nos anos-calendário 2014, 2015 e 2016. A empresa era optante pelo Simples Nacional nos períodos em questão.

Inicialmente foi oficiada a Prefeitura Municipal de Mangueirinha, órgão para o qual o fiscalizado prestou serviços nos anos sob fiscalização, solicitando envio das notas fiscais relativas aos referidos serviços prestados. Em atendimento foram encaminhadas as notas solicitadas.

Posteriormente, em 03/03/2017, foi lavrado Termo de Início de Fiscalização para que o sujeito passivo apresentasse livros contábeis e notas fiscais originais emitidas durante 2014, 2015 e 2016.

A empresa apresentou o Livro de Registro de Serviço e notas fiscais do período. A partir dos documentos trazidos pelo Município de Mangueirinha e pelo sujeito passivo, verificou-se que algumas notas apresentadas pela prefeitura destoam em valor das notas apresentadas pelo sujeito passivo, isto é, duas vias da mesma nota com valores distintos, caracterizando a ocorrência de alteração no documento (elabora quadro com a relação das tais notas fiscais).

Segundo o art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, que dispõe sobre as hipóteses de exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples (que transcreve, destacando o inciso V, o § 1º, e o inciso II do § 9º), a empresa que praticar reiterados atos de infração ao disposto na Lei Complementar 123 de 2006 está sujeita à exclusão do Simples Nacional a partir do período em que se caracterizar a segunda ocorrência de idênticas infrações com a utilização de artifício ou ardil para induzir ou manter a fiscalização em erro, com objetivo de diminuir ou suprimir o pagamento de tributo.

A emissão de diversas notas em que uma das vias diverge da outra, caracteriza a situação de prática reiterada prevista no inciso II do § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006. Consoante o mencionado quadro demonstrativo, a primeira nota emitida com divergência foi no mês 09/2014 e a segunda no mês 10/2014, o que acarreta a exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional a partir do mês de outubro de 2014, nos termos do §1º do art. 29.

Presentes nas ações da empresa artifício com vistas a induzir a fiscalização em erro, cabe a aplicação do contido no § 2º do art. 29 da Lei Complementar 123 de 2006, isto é, a vedação da opção pelo Simples Nacional pelo sujeito passivo pelo prazo de 10 anos contados do ano-calendário seguinte ao que se deu a exclusão.

Em 19 de julho de 2017, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade contra o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 02/2017, assegurando que as declarações constantes do Termo de Exclusão do Simples Nacional de nº 02/2017, recebido em 20/06/2017, não devem prosperar e, portanto, merece reforma a respectiva decisão, sob os argumentos a seguir:

#### **EFEITOS ECONÔMICOS**

Dentre as consequências, caso a medida ora imposta venha a ser confirmada, as possibilidades de extinção da empresa são perfeitamente elevadas, “ao passo da cessação das atividades”, tendo em vista a alta carga tributária a que as empresas suportam, com a mudança do regime, esta se fará ainda mais penosa ao contribuinte.

#### **APLICAÇÃO INCISO V, ART. 29, LEI COMPLEMENTAR 123/2006**

O período fiscal analisado pela autoridade tributária abarca os anos calendários 2014, 2015 e 2016, sendo que desde logo, aplicou individualmente a exclusão a partir do mês de outubro de 2014, ou seja, há necessidade de se buscar mais elementos para tal análise.

Jamais o Autuado em momento pretérito a esta, fora advertido, chamado, intimado, citado, ou qualquer outra forma a responder por tal procedimento descrito na capitulação acima.

O procedimento indicado no respectivo Termo é uno, ou seja, desde o início das atividades até o período compreendido na análise em questão, não houve qualquer infração, cabendo a apreciação para aplicação dos moldes legais.

Assim, a análise em aparto, como tende o respeitável julgador, traz consigo o efeito reiterado, quanto à caracterização da exclusão, pois, somente após a emissão de nova autuação é que se poderia ensejar a aplicação do contido no inciso V, da Lei Complementar 123/2006, o que não ocorreu no presente caso.

A discussão que abarca esta matéria recorre-se a uma espécie de movimentação tendenciosa a condenar o Postulante, pela reiteração, com vistas a aumentar a carga sofrida em vista dos lançamentos ali declarados.

O dispositivo encontrado no art. 29, §9º, incisos I, da LC 123/2006, comprovam tal intenção (transcreve).

O procedimento não observou os ditames legais, uma vez que a suposta prática esteve moldada a agravar a situação do contribuinte, pelo simples fato de análises fragmentadas e desacordo com o diploma legal.

A legislação acima transcrita é expressa ao descrever a obrigatoriedade das infrações formalizadas, o que no presente caso não ocorreu, pois esta é a primeira suposta infração.

Assim, houve a aplicação da penalidade máxima, ao Postulante, uma vez que merece observar a situação fática que desencadeou a respectiva fiscalização e que sendo a primeira, prudente seria a observância menos gravosa ao contribuinte, nos moldes do artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Ou seja, o momento de exclusão, deveria contabilizar-se a partir da segunda notificação, e não notificar inicialmente, e depois em ato contínuo, sob o mesmo procedimento, aferir duas penalidades sobre o respectivo processo, para assim caracterizar o elemento reiterado da denúncia.

#### **DA APLICAÇÃO DO §2º, ART. 29, DA LC 123/2006**

O auditor baseou-se na regra contida no respectivo parágrafo, com o intuito, reprise, de majorar os efeitos nefastos da medida, com tal aplicação, que merece ser observada.

O aludido intento "ardil, fraudulento, ou a indução ao erro", não merece guarida, bastando observar, os atos e o transcorrer da atitude do Postulante.

Na própria peça de verificação fiscal há a presença da boa-fé do autuado, como descreve o Auditor:

Inicialmente foi oficiada a prefeitura municipal de Mangueirinha, órgão para o qual o fiscalizado prestou serviços nos anos sob fiscalização, solicitando (ao aqui postulante) envio das notas fiscais relativas aos referidos serviços prestados. Em atendimento foram encaminhadas as notas solicitadas. (grifos da impugnante)

Note-se, na hipótese de que o intuito do agente passivo fosse o de lesar, jamais este, faria a entrega de tais documentos, constituindo contra si, robusta e contundente "prova", de sua provável ardil intenção. Reforça-se foi o Autuado que fez a entrega das notas inicialmente ao departamento tributário municipal.

Consigne-se ao ato desprovido de qualquer intenção arredia o Postulante de pronto, cumpriu com todas as determinações a ele solicitadas, sem constituir qualquer óbice, jamais eximindo-se de seu compromisso com este r. órgão, como novamente solicitadas tais informações através do Termo de Início de Fiscalização, que tornou o pedido de apresentação dos documentos fiscais, pelo ente municipal, e reforçado posteriormente e entregues ao referido órgão da Receita Federal.

Por fim, esclarece-se que ocorreram erros, equívocos, mas sem intenção, repriso, vontade para tal, pois, no corpo do TVF, relata que ocorreu, inclusive, notas que foram lançadas em valores superiores na razão contábil, o que de fato constava no documento físico.

Pela reflexão e ante a veracidade dos fatos, busca-se cristalizar a postura do Autuado, com vistas a excluir a imputação dos fatos não correspondentes à empresa penalizada.

#### **DA APLICAÇÃO DO INCISO II, ART 29 DA LC 123/2006**

Insurge-se ainda o postulante, pela descrição capitulada da inclusão na base legal, para motivar a exclusão do regime diferenciado, com a aplicação do inciso II do art. 29 da Lei Complementar 123/2006 (transcreve).

Tal ato, em momento algum ocorreu, haja vista que desde os primeiros movimentos da verificação fiscal, todos foram cumpridos nos mais respectivos prazos legais.

Como já referendado no tópico anterior, inclusive com a transcrição do texto, na peça de verificação fiscal, o ente público municipal requereu a apresentação das notas, o que de pronto foi efetuado.

Em segundo momento, especificadamente no Termo de Início de Fiscalização, foi solicitado novamente apresentação: 1. Cópia do Contrato Social e alterações; 2. Livro caixa, diário e registro de serviços referentes aos anos-calendário 2014, 2015 e 2016 e por fim 3. Notas fiscais originais emitidas durante os respectivos anos.

Toda solicitação foi devidamente cumprida, nos próprios termos solicitados, não constituindo nenhuma das formas elencadas no inciso indicado na base legal, para motivação da exclusão, através do TERN n.º 02/2017.

Desta maneira, não há qualquer tentativa de embaraço, negativa de exibição, apresentação, ou medidas que impeçam a respectiva autoridade fiscalizatória, ao contrário, o Autuado sempre dispôs aos comandos suscitados.

### **ISS RETIDO NA FONTE**

Para corroborar com a afirmação acima proposta, há de se ater a outro elemento que reforça as alegações suscitadas.

Além de efetuar o pagamento dos tributos através do Simples Nacional, houve por parte do ente municipal a retenção do Imposto denominado ISS.

Após verificação, como exposto, o Postulante, em momento algum ofereceu embaraços ao recolhimento do respectivo tributo, apresentação de documentos, inclusive no instante em que primeiramente solicitado por este ente.

Tal informação confirma-se pelo extrato em anexo, das retenções, atinentes à quota de ISS, sobre os serviços prestados, conforme os documentos fiscais que foram devidamente pagos e a obrigação acessória solicitada.

A este fato, requer mais uma vez a ponderação do Julgador, a redução da aplicação da penalidade máxima, com a exclusão do Simples Nacional, para medida mais compatível com o caso em tela.

### **DA REDUÇÃO DA MULTA**

Conforme descrição do auto de infração houve a aplicação de multa de 150% (cento e cinquenta pontos percentuais), sobre o principal, advindo do valor apurado no respectivo termo.

Suscita a atenuante da aplicação da pena estipulada pela multa sobre os tributos, o que requer também com base no artigo 87, I, da Resolução da CGNS n.º 94/2011 transcreve).

Assim, pede a aplicação da norma menos gravosa, com base da interpretação dada pelo artigo 112, do Código Tributário Nacional, para a punição mais branda, em relação ao contribuinte.

### **PEDIDOS**

Pelo o exposto, requer a análise dos fatos que exprimem a realidade, com vistas à manutenção do regime diferenciado, para a reversão da respectiva exclusão do contribuinte, do Regime Tributário do Simples Nacional, com efeito suspensivo da medida, com a aplicação do artigo 33 do Decreto Lei 70.235, juntamente com o artigo

151, III, do CTN, até a análise do respectivo recurso que ao final, será julgado TOTALMENTE PROCEDENTE.

Em segundo momento, admitindo que os argumentos da Requerente sejam rejeitados, o que descreve apenas pelo princípio da eventualidade, requer a aplicação do Regime Tributário na forma do Lucro Presumido, somente após a análise do presente recurso, com afincamento ao cumprimento à intimação fiscal, que suscita a escolha de regime, em caso de exclusão.

Requer também, a revisão da multa imposta, com a redução, nos moldes expostos, ante a ausência do elemento escuso, devidamente comprovado nesta peça.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitido, inclusive as que demandarem dilação posterior a este ato, para a elucidação dos fatos.

Naquela oportunidade, a Turma da DRJ julgou a manifestação de inconformidade improcedente, em Acórdão que restou assim ementado:

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

Ano-calendário: 2014

TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A prática reiterada de infração ao disposto na LC 123/2006 constitui hipótese de exclusão da empresa do Simples Nacional, com efeitos a partir do período de apuração da segunda ocorrência de infração idêntica, e perdurando por 10 anos o impedimento de opção pelo referido sistema de tributação diferenciado, nos casos de 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 na mencionada Lei Complementar.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a recorrente apresenta recurso voluntário, sem juntada de novos documentos, pugnando pelo provimento, onde renova seus argumentos iniciais.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos regimentais de admissibilidade, portanto, dele conheço.

**Exclusão do SIMPLES Nacional**

Inicialmente, deve-se ressaltar que o objeto deste processo não é a constituição de crédito tributário, mas sim, a exclusão do Simples Nacional, através do TESH n.º 02/2017. Logo, deve-se verificar se está devidamente comprovada a situação descrita no aludido Termo que ensejou a exclusão da Recorrente do regime diferenciado e favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte.

O referido TESH trouxe como fundamento para a exclusão da Contribuinte do SIMPLES Nacional a situação prevista no inciso v, do art. 29, da LC 123/2006, qual seja, *a prática reiterada de infração ao disposto nessa Lei Complementar*:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL  
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CASCAVEL/PR



TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL		TESN N.º 02/2017
Identificação do Sujeito Passivo		
Inscrição no CNPJ:	82.463.449/0001-50	
Razão Social:	<b>CRUZ &amp; CRUZ TERRAPLENAGEM – LTDA – ME</b>	
Endereço:	R. PRINCIPAL, S/N – PARQUE INDUSTRIAL	
Município:	MANGUERINHA – PR	
Processo n.º:	10935.722050/2017-19	

O AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso das atribuições previstas no art. 6º, inciso I, alínea b da Lei 10.593/2002, com redação dada pela Lei 11.457/2007 e considerando o disposto na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, e art. 75 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de dezembro de 2011.

**DECIDE**

Fica o sujeito passivo acima identificado **EXCLUÍDO** da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, pelos motivos e base legal abaixo especificados.

<b>Motivo da exclusão:</b>	Prática reiterada de infração à legislação tributária conforme relatório anexo ao presente Termo.
<b>Base Legal:</b>	Inciso V e § 1º e § 9º, inciso II do art. 29 da Lei Complementar 123/2006. § 2º do art. 29 da Lei Complementar 123/2006 e no § 2º do artigo 76 da Resolução CGSN n.º 94.

Esta exclusão produz efeitos a partir de outubro de 2014, período em que se constatou a ocorrência da segunda infração à legislação tributária, em conformidade com a base legal acima citada, produzindo efeito pelo prazo de 10 (anos).

**Veja-se o dispositivo:**

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

Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de **infração** ao disposto **nesta Lei Complementar**;  
(destaquei)

Da leitura da norma, compreende, de partida, que a infração que dá causa à exclusão do Simples Nacional, quando reiteradamente praticada, é aquela que implica violação aos dispositivos da LC 123/2006, e não eventual descumprimento de norma outra prevista na legislação tributária. Do contrário, o texto, ao invés de se reportar ao disposto nesta Lei

Complementar, diria ao disposto na legislação tributária. Não o fazendo, penso que o legislador restringiu o alcance da norma às violações dos dispositivos da LC n.º 123/2006.

Logo, apenas deve-se admitir a exclusão do regime favorecido do Simples Nacional, com base em tal dispositivo, se demonstrado violação a dispositivo previsto na própria LC 123/2006, e que tal violação, ocorra de forma *reiterada*.

O sentido da expressão *prática reiterada* inexistia antes do advento da Lei Complementar n.º 139/2001, que alterou dispositivos da LC n.º 123/2006. O §9º do art. 29, da LC 123/2006 contempla duas situações distintas, merecendo que sejam tratadas separadamente. Reza o dispositivo:

Art. 29 (...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, 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.

A primeira das situações fala em infrações idênticas, verificadas em mais de um período de apuração, nos últimos cinco anos, formalizadas em auto de infração ou notificação de lançamento. São infrações praticadas sem a presença de dolo. No caso, para configurar a *prática reiterada*, é imprescindível a existência de auto de infração anterior (nos últimos cinco anos), que encontre a prática do mesmo ilícito (previsto na LC 123/2006). Significa que, se determinada auditoria fiscal abranger dois anos e encontrar uma determinada infração cometida pelo contribuinte em todos os meses, **não** poderá iniciar qualquer procedimento de exclusão do Simples Nacional com base na reiteração do ilícito, já que não existe auto de infração anterior colhendo infração idêntica.

Por outro lado, acaso essa mesma auditoria analise apenas um ano e apure a prática de infração, efetuando a respectiva autuação, e, depois, em nova auditoria, contemplando novos períodos, constatasse o mesmo ilícito, aí sim, caberia a exclusão do Simples Nacional com base em prática reiterada.

A razão para esse tratamento é a seguinte: ao ser autuado, o contribuinte que, agiu de boa-fé, e tendo formalmente ciência do entendimento do Fisco acerca de determinada matéria, tem a possibilidade de espontaneamente corrigir o procedimento adotado, e passar a observar, para o futuro, tal entendimento. Não o fazendo, ficará sujeito à nova autuação e à exclusão do Simples Nacional por infração reiterada, obviamente, com direito à ampla defesa, inclusive em esfera administrativa.

No caso da segunda situação, como se vê no dispositivo, tem-se a infração dolosa, praticada com intuito de fraude. Nessa hipótese, em que o contribuinte age com inequívoca má-fé, não se exige a existência de prévio lançamento colhendo idêntica infração.

Nos termos da lei, basta que o ilícito se reproduza em dois ou mais períodos, ainda que apurado em uma mesma auditoria fiscal, para que se materialize a reiteração que autoriza a exclusão do Simples Nacional do infrator.

No caso em tela, a fiscalização, expressamente consignou no Termo de exclusão que a situação prevista no §9º, **inciso II**, do art. 29 da Lei Complementar n.º 123 de 2006.

Porém, a infração de omissão de receitas **não** foi apenas com multa qualificada, conforme se constata quando verificado o auto de infração objeto do processo n.º **10935.723051/2017-72** (apensado a este processo). Veja-se:

**Receita Federal**Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento  
em Salvador (BA)DRJ/SDR  
Fls. 1.060

---

<b>Acórdão</b>	<b>15-44.439 - 2ª Turma da DRJ/SDR</b>
<b>Sessão de</b>	17 de maio de 2018
<b>Processo</b>	10935.723051/2017-72
<b>Interessado</b>	CRUZ TERRAPLENAGEM EIRLI ME
<b>CNPJ/CPF</b>	82.463.449/0001-50

[...]

### Relatório

Trata o presente processo de Autos de Infração que formalizam exigência de crédito tributário referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$93.012,27 (noventa e três mil, doze reais e vinte e sete centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no valor de R\$51.369,42 (cinquenta e um mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta e dois centavos), à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, no valor de R\$54.339,61 (cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e nove reais e sessenta e um centavos), e à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS/PASEP, no valor de R\$12.045,78 (doze mil, quarenta e cinco reais e setenta e oito centavos), acrescidos da multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) e dos juros de mora.

Referidos Autos de Infração foram lavrados após a exclusão da pessoa jurídica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por meio do Termo de Exclusão do Simples Nacional – TESN n.º 02/2017, de que trata o processo n.º 10935.722050/2017-19, ao qual este foi juntado, por apensação, em face do estabelecido no inciso II e § 1º, alínea “b” do art. 3º da Portaria RFB n.º 1.668, de 29 de novembro de 2016.

Penso que somente naqueles autos caberia a discussão sobre a existência (ou não!) da infração imputada de omissão de receita **e** se a mesma foi praticada com dolo. Isso também significa dizer que se acaso a multa qualificada estivesse lá lançada, apenas lá se discutiria o cabimento ou não de tal multa, e não aqui, inexistindo espaço para uma rediscussão da matéria.

Ora, se o próprio Auditor Fiscal, autoridade competente para efetuar o lançamento, constatou a infração de omissão de receita e decidiu pelo não cabimento da multa

qualificada, tanto que a deixou na modalidade simples, não cabe aqui aplicá-la, pois foi exatamente a constatação de dolo que permitiu a aplicação do inciso II, do §9º do art. 29, da LC 123/2006, conforme visto.

Portanto, não há que se reconhecer a prática reiterada de infração, por não se caracterizar a situação prevista no, inciso II, do §9º, do art. 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006. Sendo este o fundamento da exclusão do Simples Nacional, deve-se cancelar a exclusão, efetuada nos termos da TERN nº 02/2017.

### Conclusão

Desta forma, voto por dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar a exclusão do Simples Nacional, efetuada nos termos da TERN nº 02/2017.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

### Voto Vencedor

Giovana Pereira de Paiva Leite, Redatora designada

Em que pese o voto do I. Relator, entendo que deve ser mantido o ADE pois a emissão de notas fiscais calçadas configura meio fraudulento, a ensejar a caracterização de prática reiterada de idênticas infrações, constatado o artifício doloso nos termos do inciso II, do §9º do art. 29 da LC 123/06, verbis:

Art. 29. (...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do **caput**:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, 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. (grifei)

Sendo assim, tendo sido utilizado meio fraudulento, qual seja, a emissão de notas calçadas em diversos períodos, não se exige a lavratura anterior de outro auto de infração com mesma infração.

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

*(assinado digitalmente)*

Giovana Pereira de Paiva Leite