



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

**Processo n°** 13855.723140/2013-73  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1301-003.364 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de setembro de 2018  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO  
**Recorrente** F & F PEREIRA LTDA. - EPP  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2011

**SIMPLES NACIONAL. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. DOLO. EXCLUSÃO.**

É cabível a exclusão do Simples Nacional na segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, artilo ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a Fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

**SIMPLES NACIONAL. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. EXCLUSÃO.**

É cabível a exclusão do Simples Nacional da empresa cuja escrituração contábil não identifique a movimentação bancária do período.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)  
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)  
Roberto Silva Junior - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Carlos Augusto Daniel Neto. Ausência justificada da Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

## Relatório

Trata-se de recurso interposto por **F & F PEREIRA LTDA. - EPP**, pessoa jurídica já qualificada nos autos, contra o Acórdão nº 01-30.952, da 2ª Turma da DRJ - Belém, que negou provimento à impugnação da recorrente, confirmando o Ato Declaratório Executivo nº 02/2014 que a excluía do Simples Nacional.

A autoridade administrativa fundamentou o ato de exclusão em dois motivos independentes e autônomos. O primeiro foi a prática reiterada de infração a dispositivo legal (art. 29, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006). O segundo, a falta de identificação do movimento bancário ocorrido no período (art. 29, inciso VIII, da mesma lei).

No que tange à prática reiterada de infração, foram apontadas pela autoridade fiscal dois ilícitos distintos: a) omissão de receita na venda de veículos, operações essas contabilizadas incorretamente como venda de bens do ativo imobilizado; e b) enquadramento dos serviços prestados no Anexo III da LC Nº 123, quando o correto seria no Anexo IV. Tal irregularidade resultou no recolhimento de quantia menor do que a devida a título de contribuição previdenciária patronal.

Diante disso, expediu-se o ADE nº 02/2014, que estava preordenado a produzir efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2011. Contra ele foi apresentada impugnação, a que a DRJ - BEL negou provimento em acórdão resumido da seguinte forma:

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2011

**EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO.**

Consoante o disposto nos artigos 29 e 30, da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando constatada a prática reiterada de infração pela ocorrência de omissão de rendimentos praticada em meses sucessivos. Para fins de exclusão de empresa do Simples, considera-se prática reiterada de infração à legislação tributária como sendo aquela prática habitual e repetida, de tal forma que fique caracterizado o seu uso freqüente, consubstanciando-se em um costume.

**NULIDADE. PRESSUPOSTOS.**

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

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Não resignada, **F & F Pereira** interpôs recurso. Disse ter por objeto social o comércio varejista de animais vivos e alimentos para animais de estimação. Exerce ainda outras atividades secundárias, todas compatíveis com o Simples. Afirmou jamais ter infringido qualquer disposição da LC nº 123/2006 ou qualquer das resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN.

Quanto à escrita contábil, garantiu que nela havia regular registro da movimentação financeira. O Fisco é que não fez prova dos fatos alegados, nem intimou a recorrente a apresentar extratos bancários, a fim de identificar a movimentação financeira, a qual estava suficientemente demonstrada pelas entradas e saídas de mercadorias, pelo registro de valores pagos e recebidos em decorrência de vendas e aquisição de mercadorias e prestação de serviços.

No que toca à movimentação bancária, propriamente dita, afirmou não estar obrigada a escriturá-la, pois na LC nº 123/2006 não existe nenhum dispositivo que a tanto a obrigue.

A recorrente não teria obrigação legal de registrar a movimentação bancária, pois a Constituição Federal garante o sigilo de dados. A proteção constitucional da intimidade, da vida privada e do sigilo da comunicação e dos dados encontra respaldo no art. 5º da Constituição Federal. Na esteira desse pensamento, sustenta a impossibilidade de a Administração Tributária quebrar o sigilo bancário do contribuinte. Arremata dizendo que o Fisco é terceiro na relação entre a instituição financeira e o cliente.

O segundo fundamento para excluí-la do Simples foi a prática reiterada de infrações. A recorrente negou a primeira infração apontada pelo Fisco, dizendo que os veículos vendidos eram usados, adquiridos com o objetivo de revenda. Assim, a forma de tributação do ganho advindo dessa atividade havia de observar a sistemática do art. 5º da Lei nº 9.716/1998.

Admitiu ter havido erro material ao classificar às operações, no momento de emitir as notas fiscais. Isso, contudo, não trouxe prejuízo à tributação. Ressaltou que, entre as atividades econômicas exercidas, estava a compra e venda de veículos seminovos e usados para posterior revenda.

Esclareceu que, de acordo com a Lei nº 9.503/1997 e outros atos normativos do Conselho Nacional de Trânsito - Contran, veículo novo não está sujeito a registro, nem a licenciamento. Depois de registrado e licenciado, o veículo perde a condição de novo. Estando registrados e licenciados, os veículos vendidos pela recorrente já não ostentavam a condição de novos, o que automaticamente atraía a aplicação da regra do art. 5º da Lei nº 9.716/1998.

A outra infração consistiu, segundo o Fisco, na tributação das receitas de prestação de serviços segundo as alíquotas do Anexo III da LC nº 123/2006. O Fisco entendeu que o correto seria aplicar o Anexo IV.

A recorrente assegurou que grande parte dos serviços por ela prestados se enquadrava no Anexo III. Para comprová-lo, citou os contratos que instruem a própria representação fiscal.

A prova dessa afirmação estaria nos contratos de fls. 290 a 291, 295 a 296, 318 a 319, 342 a 346 e 400 à 412. Quanto aos serviços de conservação e limpeza, as receitas foram tributadas segundo as regras do Anexo IV da LC nº 123/2006.

Com esses fundamentos, pugnou pela reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Roberto Silva Junior, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

De plano, é importante não perder de vista que o objeto deste processo não é a constituição, nem a exigência de crédito tributário, mas a exclusão do Simples Nacional. O que se deve verificar, portanto, é se está comprovada a situação que, descrita no ADE, rendeu ensejo a excluir a recorrente do regime diferenciado e favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte.

O ADE nº 02/2014, da DRF - Franca (fls. 8 e 9), trouxe dois fundamentos distintos e autônomos para justificar a exclusão. São eles: "*a prática reiterada de infração a dispositivo legal*" e "*não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária*".

O sentido da expressão ***prática reiterada de infração*** é dado pelo § 9º do art. 29 da LC nº 123/2006, introduzido pela Lei Complementar nº 139/2011. Como se trata de norma interpretativa, aplica-se retroativamente, como prescreve o art. 106 do Código Tributário Nacional - CTN.

A prática reiterada de infração é prevista como causa de exclusão do Simples no inciso V do art. 29 da LC nº 123/2006, assim redigido:

*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**;*

O texto, de forma expressa, indica que a infração que dá causa à exclusão do Simples, quando reiteradamente praticada, é a aquela que implica violação aos dispositivos da LC nº 123/2006. Não se trata de descumprimento de uma norma qualquer da legislação tributária, mas daquilo que dispõe a LC nº 123/2006. Se não fosse assim, o texto, ao invés de se reportar ao disposto ***neste lei complementar***, diria ao disposto ***na legislação tributária***, como o faz o CTN em vários de seus dispositivos. No caso da LC nº 123/2006, não seria nenhum absurdo o emprego da expressão genérica ***legislação tributária***, já que o Simples Nacional abarca tributos federais, estaduais e municipais, estando as empresas que nele ingressam

sujeitas à legislação tributária das três entidades tributantes. Ainda assim, o texto legal restringiu o alcance da norma às violações dos dispositivos da LC nº 123/2006.

Nessa linha de raciocínio conclui-se que a exclusão depende de que seja demonstrado o dispositivo da LC nº 123/2006 cuja violação tenha ocorrido de forma reiterada. Isso impede que ilícitos administrativos de menor gravidade, no âmbito da legislação específica de cada tributo, possa dar azo a exclusão do Simples Nacional.

Seja como for, é necessário examinar o conceito de *prática reiterada* dado pelo § 9º do art. 29, para saber se, no caso concreto, se materializou a hipótese legal. Eis o dispositivo:

*§ 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.*

O § 9º contempla duas situações distintas. A primeira 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.

As infrações referidas no inciso I são as praticadas sem dolo, sem intenção de fraudar. A existência de auto de infração anterior (nos últimos cinco anos) é indispensável para caracterizar a reiteração. Destarte, se a autoridade fiscal fiscalizar dois anos e encontrar uma determinada infração cometida em todos os meses pelo fiscalizado, não se poderá iniciar qualquer procedimento de exclusão do Simples com base na reiteração do ilícito, já que não existe auto de infração anterior colhendo infração idêntica.

Ao contrário, se a auditoria fiscal abrangesse apenas um ano e apurasse a prática de certa infração, efetuando a respectiva autuação, e, depois, em nova auditoria abrangendo períodos subsequentes, fosse encontrada a prática do mesmo ilícito, aí sim caberia a exclusão do Simples Nacional.

A razão para esse tratamento é a seguinte: ao ser autuado, o contribuinte, que agia de boa fé, passa a ter formalmente ciência do entendimento do Fisco acerca da matéria. Assim, tem ele a possibilidade de espontaneamente corrigir o procedimento adotado (em períodos não abrangidos pela fiscalização antes realizada), e passar a observar, para o futuro, o entendimento que ao Fisco parece correto. Não o fazendo, ficará sujeito à nova autuação e à exclusão do Simples por infração reiterada.

É por isso que, sem auto de infração ou notificação de lançamento, nos últimos cinco anos, não se tem como caracterizada a reiteração.

Já no item II, tem-se a infração dolosa, praticada com intuito de fraude. Nesse caso, em que o fiscalizado age com inequívoca má-fé, não se exige a existência de lançamento anterior (nos últimos cinco anos) colhendo idêntica infração. Basta que o ilícito se reproduza em dois ou mais períodos, ainda que constatados na mesma auditoria fiscal, para que se materialize a reiteração que autoriza excluir do Simples Nacional o infrator.

No presente caso, o que se tem é a existência de duas infrações distintas, sendo uma delas a omissão de receitas, que foi apenada com multa qualificada, em auto de infração objeto do processo nº 13855.720480/2014-23 (apensado a este processo). O lançamento, incluindo a multa qualificada, foi mantido no Acórdão nº 01-31.360, da 1ª Turma da DRJ - Belém, que entendeu caracterizado o dolo da recorrente.

Neste processo, não cabe rediscutir se existiu a infração e tampouco se foi praticada com dolo. Deve ser considerado o quanto decidido no processo em que se discutia a infração. Nele a multa qualificada foi mantida.

Portanto, a prática reiterada de infração está caracterizada, na forma do § 9º, inciso II, do art. 29 da LC nº 123/2006.

A par desse fato, existe ainda outro fundamento para a exclusão do Simples, que é a falta de identificação, no Livro Caixa, da movimentação bancária da recorrente.

A própria recorrente admitiu que não identificou os lançamentos nas contas bancárias, pois sustenta não estar obrigada a fazê-lo, porquanto tais informações se acham protegidas sob a garantia do sigilo fiscal. Além disso, a Fiscalização não teria provado o fato, pois não chegou sequer a intimar a recorrente a apresentar os extratos bancários.

Em primeiro lugar, este processo não comporta a discussão acerca do sigilo bancário. A LC nº 123/2006 exige, como condição de permanência no Simples Nacional, que a movimentação bancária do contribuinte esteja identificada. Confira-se:

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

*(...)*

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

Como se vê, a lei exige a identificação da movimentação financeira, enfatizando que nela se compreende a movimentação bancária. Não há dúvida de que não basta, como supõe a recorrente, identificar a compra e venda de mercadorias e a prestação de serviços. É preciso identificar a movimentação de dinheiro nas contas bancárias.

A omissão fica evidenciada, não apenas pelo exame do livro apresentado pela recorrente, mas sobretudo pelo dossiê de fls. 97 a 105, elaborado com dados extraídos de Declarações de Informações sobre Movimentação Financeira - DIMOF, apresentadas por várias instituições financeiras.

Processo nº 13855.723140/2013-73  
Acórdão n.º **1301-003.364**

**S1-C3T1**  
Fl. 617

---

Note-se que não é necessário examinar extratos bancários, o que seria exigível apenas se o objetivo fosse lançar crédito tributário. Aqui bastava constatar que a movimentação financeira não havia sido contemplada no livro caixa.

Portanto, também por esse fundamento, a exclusão do Simples Nacional é cabível.

### **Conclusão**

Pelo exposto, voto por conhecer da impugnação, para, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)  
Roberto Silva Junior