



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15521.000002/2012-39
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.266 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2020
Recorrente HSR DE ITAPERUNA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CHARQUES
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

SIMPLES. EXCLUSÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO.

A constatação de omissão de receitas caracteriza infração à legislação tributária e uma vez comprovada sua reiteração impõe-se a exclusão da pessoa jurídica do regime do Simples.

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

À míngua de definição de prática reiterada à infração tributária na própria Lei nº 9.317/1996, aplica-se, por analogia, o conceito dado pelo art. 29, § 9º da LC. 123/2009, que revogou a Lei do Simples Federal, que traz dispositivo de caráter expressamente interpretativo de idêntico hipótese de exclusão do Simples Nacional. A hipótese de exclusão resta caracterizada com a reiteração da conduta infratora. Tendo-se em conta que o Simples é apurado e devido mensalmente, os efeitos da exclusão somente podem se dar a partir do segundo mês em que se identificou tal conduta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregorio, Flávio Machado Vilhena Dias, Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente). Ausente o conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira, substituído pelo conselheiro Marcelo José Luz de Macedo.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do acórdão n.º 12-55.115, da 6ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro-RJ1, proferido em 19/04/2013, que rejeitou a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório de Exclusão do Simples a partir de janeiro de 2007, conforme sintetizado na seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2007, 2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Devem ser excluídas do Simples as pessoas jurídicas que reiteradamente cometem infrações à legislação tributária, sendo que a exclusão surtirá efeitos a partir da data em que a prática das infrações se tornou reiterada.

Cientificada do acórdão em 03/05/2013 (AR, fls. 858), a contribuinte apresentou seu recurso voluntário em 04/06/2013 (fls. 861/870), no qual alega:

- a) A nulidade do ato de exclusão por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que a Representação Fiscal faz referência a outras fiscalizações de outras empresas e as utiliza para motivar a exclusão do Simples sem que a recorrente tenha tido acesso às verificações e documentos a elas relacionados.
- b) Que o auditor fiscal autor da Representação afirma que a Ação Fiscal cumprida em atenção ao Mandado de Procedimento Fiscal, se estendeu pelos anos-calendário de 2005, 2006, 2007 e 2008, porém a empresa em nenhum momento foi intimada a prestar quaisquer esclarecimentos relativos aos anos-calendário de 2005 e 2006, e o MPF apenas se refere aos anos de 2007 e 2008.
- c) Que a opção pelo Simples Federal, objeto da exclusão, se refere apenas ao período de 01/2007 a 06/2007, tendo sido cientificada do Ato apenas em 31/01/2012, de modo que há decadência quanto aos fatos ocorridos em 2005 e 2006 e falta de objeto quanto a fatos ocorridos a partir de 01/01/2007 que, por serem posteriores, não podem motivar exclusão com efeito pretérito.
- d) que se cada fato narrado motivou um respectivo enquadramento legal para a exclusão, qual seja artigo 14 da Lei 9.317/1996, incisos II, IV, e V, para se defender de todos eles tem o direito de ter acesso a documentação de amparo para o exercício de sua defesa.

- e) Que o cerceamento do direito de defesa se dá sobretudo pela ausência dos meios que possibilitem o pleno exercício de defesa e tais irregularidades não foram afastadas com a simples conclusão do voto condutor do acórdão no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade arguida.
- f) Que reitera as alegações preliminares trazidas na impugnação, nestes termos:
- 1- (A autoridade fiscal) "afirma que durante Ação Fiscal constatou prática reiterada de infrações à legislação tributária no tocante a apuração e recolhimentos de tributos federais apurados nos anos-calendário de 2005, 2006, 2007 e 2008". Entretanto o MPF da representada abrange apenas o período de 01/2007 a 12/2008. Como se defender de fatos narrados e pertinentes a outros contribuintes e outros períodos fiscalizados sem ter acesso aos mesmos?
 - 2- Esta recorrente desconhece qualquer MPF de seu interesse relativo aos anos-calendário 2005 e 2006.
 - 3- Grave irregularidade é basear a Representação Fiscal em fatos apurados em fiscalização levada a efeito junto a outra empresa, fatos estes apenas relatados na Representação Fiscal, sem contudo ter a autuada sido cientificada do teor de processos relativos a outras pessoas jurídicas, empresas estas, por diversas vezes, citadas na Representação. Também não constam nos autos cópias dos documentos citados, nem de quaisquer outros elementos que embasaram os fatos relatados, o que configura cerceamento do direito de defesa e procedimento em desacordo com o Princípio da Legalidade e do Devido Processo Legal.
- O cerceamento ao direito de defesa está configurado, pois não foi dado à recorrente acesso a toda documentação e aos fatos a que se reporta o AFRFB e que segundo ele, constam de processo de interesse de terceiros.
- g) Que, quanto ao mérito, o acórdão recorrido acatou alegações de defesa afastando as acusações de embaraço à fiscalização e de constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas, porém manteve a exclusão com fundamento no inciso V, do artigo 14 da Lei 9.317/1996, entendendo que a interessada incorreu em prática reiterada de infrações à legislação tributária, motivando seu voto nos fatos relatados na Representação Fiscal e expressando: "que alguns dos elementos de prova encontram-se nos autos do processo administrativo n.º 15521.000001/2012-94."
- h) Que o acórdão recorrido entende que há prática reiterada mesmo sem considerar os anos de 2005 e 2006, e enfatiza fatos constantes do processo n.º 15521.000001/2012-94, em sua maioria, relativos ao ano-calendário de 2008, para considerar configurada práticas reiteradas para o período de 2007.
- i) Que a exclusão se refere ao Simples Federal, sendo a opção exercida tão somente no período de 01/01/2007 a 30/06/2007, logo há contradição e equívoco que viciam o voto condutor do acórdão que se utiliza de fatos posteriores (ano-calendário 2008) para motivar a manutenção da exclusão para período de 2007, sendo certo que voluntariamente a partir de 01/07/2007 a interessada apurou lucro real.
- j) Que o julgador tem que se ater aos fatos que motivaram a exclusão e não buscar em outros autos novos fatos de outros períodos como motivação de seu

voto e que a prevalecer tal motivação estaria arranhado o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, já que fatos novos fundamentaram a manutenção do ADE em referência.

- k) Que a exclusão com base no inciso V, do artigo 14 da Lei 9.317/1996 deve ser devidamente fundamentada, permitindo-se o controle da legalidade do ato, além de pautada em critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.
- l) Que para o período em que houve opção pelo SIMPLES FEDERAL (01/2007 a 06/2007), pode-se afirmar que as informações da contribuinte de que "nada auferiu de receita bruta em janeiro, fevereiro e março de 2007" foram corroboradas pelo auditor fiscal representante e pelo julgador do acórdão recorrido, restando apenas receitas brutas declaradas a menor nos meses de abril, maio e junho de 2007, sendo certo que somente este fato pode fundamentar o ato de exclusão e tal fato se enquadra no artigo 13, II da lei 9.317/1996, por se tratar de situação excludente constante do artigo 9º.
- m) Que o ADE não traz como fundamento tal dispositivo e se afastadas as demais motivações para o Ato é incabível a manutenção de seus efeitos, mesmo porque, tratando-se de SIMPLES FEDERAL a legislação traz regras claras aplicáveis para as empresas optantes que ultrapassassem o limite de receita bruta, como no caso presente. Assim caberia aplicar tão somente sobre a receita acumulada os percentuais previstos no artigo 5º.
- n) Que o grave fato de se pretender manter a exclusão relativa ao período de 01/2007 a 06/2007 (SIMPLES FEDERAL) com base em fatos ocorridos em meses posteriores, justifica as repetidas alegações de inconformidade sobre tais motivações.
- o) Que, portanto, não está caracterizada para o período aplicável à opção do Simples Federal, prática reiterada de infração à legislação tributária, a despeito da possível fluidez dessa causa de exclusão, a aplicação da mesma deve ser pautada em critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.
- p) Que estando a empresa incluída no Simples Federal, evidentemente que a motivação e fundamentação só podem referir-se, no que concerne à legislação tributária correspondente ao referido sistema simplificado, destacando que a contribuinte não aderiu ao Simples Nacional, tendo a partir de 01/07/2007 apuração pelo Lucro Real.
- q) Que não basta somente que se alegue a ocorrência de infração à legislação tributária; é necessário que a mesma esteja devidamente comprovada para que se configure a hipótese de exclusão.
- r) Que é certo que quando muito poder-se-ia considerar que ocorreu no período da opção do Simples Federal, de 01/2007 a 06/2007, somente excesso de receita, não sendo esta a fundamentação da Representação Fiscal base do ADE 02/2012, é incabível a manutenção da exclusão combatida.

- s) Que o Termo de Exclusão do Simples Federal não pode produzir efeitos antes de assegurada a prévia manifestação do contribuinte e definitivamente apreciadas na instância administrativa todas as matérias de defesa apresentadas.
- t) Que não há prática reiterada de infração à legislação tributária, já que em 31/01/2012, data da ciência do Processo n.º 15521.000001/2012-94, dada em conjunto com a ciência do Ato Declaratório Executivo N.º 02/2012 não havia sido lavrado nenhum Auto de Infração em seu desfavor, não existindo Auto de Infração transitado em julgado que aponte o cometimento de violação à legislação tributária, não havendo portanto como se falar em prática reiterada de infração.
- u) Que a empresa não sofreu nenhum tipo de infração resultante do procedimento fiscal existente, e, ainda, que a ciência do ADE tenha sido dada à interessada, a exclusão só pode surtir efeitos após a definição dos fatos apurados, isto é, a partir do momento que a exigência se tornasse definitiva.

Ao final, requer, o provimento do recurso e o cancelamento do ato de exclusão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, dele conheço.

A recorrente alega, preliminarmente, a nulidade do Ato de Exclusão do Simples, tendo em vista que teria se fundamentado em elementos e apurações obtidas em outros processos relativos a outros sujeitos passivos aos quais não teria tido acesso, cerceando o seu direito de defesa.

O acórdão recorrido afastou a alegação sob o seguinte fundamento:

[...]

7.2. Não assiste razão à interessada quanto à nulidade suscitada, pois a exclusão ora analisada não se baseou em qualquer fato apurado em outra fiscalização. A Representação Fiscal faz referência a outras empresas, entre elas a Distribuidora J M de Alimentos Progresso Ltda, mas não para identificar fatos atribuídos à interessada. Apenas identifica empresas que funcionam (ou funcionavam) no mesmo ramo da interessada e que em anos anteriores ao que é objeto de ação fiscal, no caso 2005, foram autuadas por infrações à legislação tributária. Os fatos relatados no Termo de Verificação e relacionados a outras ações fiscais desenvolvidas (sic) em outros contribuintes que não a interessada, e não guardam qualquer relação direta com os fatos ora mencionados.

7.3. Toda a fundamentação da exclusão do Simples se deu em virtude das operações realizadas pela própria interessada. Pelo exposto, entendo que deve ser rejeitada a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

A alegação da recorrente está relacionada aos fatos apontados pela autoridade fiscal que evidenciariam a existência de interposição de pessoas no quadro social da pessoa jurídica autuada e que é um dos fundamentos apontados para a exclusão do Simples com base no inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317/96.

Em que pese tenha rejeitado a alegação de nulidade apontada, a decisão de primeiro grau afastou o fundamento de interposição de pessoas no quadro social para a exclusão do Simples, de sorte que sua análise se torna despicienda nesta etapa processual, pois eventual reconhecimento de nulidade parcial do ADE em nada alteraria o feito nesta parte.

Destarte considero prejudicada a alegação.

No tocante ao mérito da exclusão, a decisão de primeiro grau afastou dois dos três fundamentos indicados pela autoridade fiscal para justificar a exclusão do Simples, concernente à já mencionada hipótese de interposição de pessoas no quadro social da pessoa jurídica (inc. IV, art. 14 da Lei nº 9.317/1996) e de embaraço à fiscalização, que teria sido caracterizada pela não exibição de livros e documentos à fiscalização (inc. II do art. 14 da Lei nº 9.317/1996).

Subsistiu após a decisão de primeiro grau, portanto, apenas a imputação de prática reiterada de infração à legislação tributária (inc. V do art. 14 da Lei n.º 9.317/1996), mantida pelos seguintes fundamentos:

[...]

8.3. Da prática reiterada de infração à legislação tributária:

8.3.1. Resta analisar o último dos fundamentos para a exclusão da interessada do Simples no período de 01/01/2007 a 30/06/2007, que é a prática reiterada de infração à legislação tributária, hipótese de exclusão prevista no inciso V do art. 14 da Lei n.º 9.317/96.

8.3.2. A apuração dos fatos que levaram a fiscalização a entender que a interessada incorreu em prática reiterada de infrações à legislação tributária se deu durante a auditoria fiscal de que trata o Mandado de Procedimento Fiscal n.º 07104.002010.005753, resultando no lançamento de ofício de que trata o processo administrativo (sic) n.º 15521.000001/2012-94.

Os fatos estão relatados na Representação Fiscal de fls. 03/17, sendo que alguns dos elementos de prova encontram-se nos autos do processo administrativo (sic) n.º 15521.000001/2012-94 e serão também mencionados no presente voto.

8.3.3. Os fatos descritos e as provas juntadas demonstram de forma inequívoca que a interessada, somente no decorrer dos anos de 2007 e 2008 cometeu infrações de naturezas diversas e algumas de forma continuada, que são suficientes para caracterizar a prática reiterada de infrações à legislação tributária, sujeitando a interessada a ser excluída do Simples. A configuração de prática reiterada das infrações, como será visto, se dá sem que seja necessário considerar os anos de 2005 e 2006, como a interessada alega na manifestação de inconformidade.

8.3.4. Dentre as infrações praticadas, destaco as seguintes:

8.3.4.1. As declarações à Receita Federal foram apresentadas completamente zeradas ou com valor muito inferior da receita bruta efetivamente auferida enquanto as apresentadas ao Fisco Estadual informavam valores de compras e vendas relativamente compatíveis com os valores escriturados nos livros contábeis:

Relativamente aos fatos geradores ocorridos em 2007, a interessada apresentou para o primeiro semestre a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (PJSI 2008 – Simples), cuja cópia consta às fls.3056/3067 do processo administrativo n.º 15521.000001/2012-94, na qual informa que nada auferiu de receita bruta em janeiro, fevereiro e março, enquanto em abril, maio e junho a receita bruta foi informada nos valores de, respectivamente, R\$46.478,51, R\$39.446,00 e R\$50.200,00. Relativamente ao segundo semestre de 2007, a interessada apresentou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica do exercício de 2008, ano-calendário 2007 – DIPJ/2008, com cópia juntada às fls. 3079/3100 do processo administrativo n.º 15521.000001/2012-94, já com tributação do IRPJ e da CSLL pelo lucro real trimestral, que foi informada completamente zerada para o 3º e 4º trimestres. Quanto ao ano-calendário de 2008, a interessada apurou o lucro real trimestral e apresentou a DIPJ/2009, cuja cópia consta às fls. 3102/3149 do processo administrativo n.º 15521.000001/2012-94, completamente zerada.

Entretanto, os documentos constantes do Anexo IV fls. 2616/2671 do processo administrativo n.º 15521.000001/2012-94 dão conta que a interessada prestou informações através da Guia de Informação e Apuração de ICMS – GIA/ICMS à Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro, declarando a receita bruta do período em valor muito superior à informada à Receita Federal e compatível com os

valores constantes de sua escrituração. A consolidação dos valores informados à Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro segue na tabela abaixo:

MÊS	2007 (GIA-ICMS e RAZÃO)	2008 (GIA-ICMS)	2008 (LIVRO RAZÃO)
JAN		R\$ 3.472.529,50	R\$ 3.389.732,50
FEV		R\$ 3.004.129,80	R\$ 3.049.131,80
MAR		R\$ 3.353.798,66	R\$ 4.485.927,02
ABR	R\$ 633.052,50	R\$ 4.083.222,00	R\$ 6.409.950,57
MAI	R\$ 3.853.886,50	R\$ 4.705.811,00	R\$ 5.670.827,76
JUN	R\$ 3.027.928,50	R\$ 3.922.060,00	R\$ 3.922.060,00
JUL	R\$ 4.005.403,00	R\$ 4.684.860,65	R\$ 4.682.760,65
AGO	R\$ 3.373.932,00	R\$ 4.209.974,90	R\$ 4.209.974,90
SET	R\$ 3.295.886,65	R\$ 5.339.371,30	R\$ 5.347.321,30
OUT	R\$ 3.799.906,00	R\$ 5.735.995,70	R\$ 5.735.995,70
NOV	R\$ 3.869.259,00	R\$ 4.665.378,00	R\$ 4.645.620,00
DEZ	R\$ 2.571.823,00	NAO INFORMADO	R\$ 4.312.467,50

8.3.4.2. A interessada transferiu de sua conta o valor total de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) para pagar um imóvel rural adquirido pelo Sr. AGUINALDO, enquanto na sua contabilidade esses valores foram contabilizados como sendo pagamento a "fornecedores", conforme contabilização efetuado nas fls. 041, 120,199 e 233 do Livro Diário de 2008 n.º 03, às fls. 705/708;

8.3.4.3. A interessada utilizou a conta bancária mantida em nome da empresa PERFORMANCE DE ITAPERUNA e não retratou nos lançamentos contábeis os fatos efetivamente ocorridos (documento n.º 23 e 23A);

8.3.4.4. A conta bancária da empresa DISTRIBUIDORA JM mantida na Caixa Econômica Federal também foi utilizada para receber os numerários correspondentes às vendas realizada com notas fiscais emitidas pela interessada, conforme documento n.º 22, às fls. 542/575, e também para quitar compras de matérias-primas efetuadas em nome da interessada, conforme documento n.º 23 e 23A, juntados às fls. 594/623;

8.3.4.5. As operações de compras de matérias-primas acima mencionadas não foram fielmente retratadas nos lançamentos constantes de sua escrituração contábil, pois tentou-se camufla-las utilizando-se de lançamentos contábeis efetuados na conta "caixa", conforme documento n.º 23A, juntados às fls. 625/633.

[...]

A recorrente alega que, considerando que a acusação fiscal se refere à prática reiterada de infração à legislação tributária com vistas à exclusão do Simples Federal, os fatos devem reportar-se ao momento em que a empresa estava enquadrada naquele regime, não podendo alcançar fatos ocorridos posteriormente à sua saída do mesmo, o que ocorreu após julho de 2007.

Entendo que está correta a recorrente neste aspecto. A prática reiterada de infração à legislação tributária deve ser aferida em relação aos períodos em que a empresa se encontrava submetida ao regime diferenciado de tributação pelo Simples Federal.

Os fatos descritos nos subitens 8.3.4.2 a 8.3.4.5 da decisão recorrida, acima transcritos, referem-se em sua grande maioria a períodos posteriores àqueles em que a empresa esteve enquadrada no regime simplificado federal, não podendo ser utilizados como parâmetro para aferir a conduta tipificada no inc. V do art. 14 da Lei n.º 9.317/1996.

Demais disso, as constatações ali descritas, por si só, sequer se prestam a caracterizar infração à legislação tributária, tanto que não foram consideradas pela autoridade fiscal para a apuração dos valores devidos e que foram objeto de lançamento. Estes fatos foram

descritos pela autoridade fiscal na Representação Fiscal para a exclusão do Simples com o evidente intuito de caracterizar a interposição de pessoas no quadro social da empresa, o que foi objeto de outro enquadramento afastado pela própria autoridade julgadora de primeiro grau.

Da mesma maneira, não se pode utilizar como parâmetro para a prática reiterada de infração à legislação, para fins de exclusão do Simples, o fato da contribuinte ter apresentado declarações pelo lucro real relativas aos períodos de julho a dezembro de 2007 e de 2008 com valores zerados.

Ora, a suposta conduta reiterada apontada teria ocorrido após o próprio contribuinte, espontaneamente, ter deixado o regime simplificado de apuração, não fazendo sentido utilizar tal conduta para retroagir seus efeitos com vistas à exclusão do Simples,

Mesmo porque, a hipótese prevista na lei somente se aperfeiçoa com a reiteração da conduta infratora e seus efeitos somente se iniciam a partir do mês subsequente àquele em que for incorrida a situação excludente. No caso em apreço, quando da conduta apontada como reiterada, a contribuinte já estava excluída do Simples Federal¹ e não havia optado pela inclusão no Simples Nacional.

Assim resta analisar se os fatos relacionados à omissão de receitas apurada em relação ao segundo trimestre de 2007 são suficientes para caracterizar a prática reiterada de infração à legislação tributária.

A decisão recorrida destaca que a recorrente a interessada apresentou para o primeiro semestre a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (PJSI 2008 – Simples), na qual informa que nada auferiu de receita bruta em janeiro, fevereiro e março, enquanto em abril, maio e junho a receita bruta foi informada nos valores de, respectivamente, R\$ 46.478,51, R\$ 39.446,00 e R\$ 50.200,00. Por outro lado, informou em suas GIA/ICMS dos mesmo períodos, faturamento zerado para os três primeiros meses de 2007 e de R\$ 633.052,50 em abril, de R\$ 3.853.886,50 em maio e de R\$ 3.027.928,50 no mês de junho.

A recorrente alega que as diferenças apuradas caracterizariam meras insuficiências de recolhimento de tributos naqueles meses, de sorte que a única possibilidade de exclusão seria decorrente do excesso de receitas apuradas no período, conforme previsto no inc. II, a do art. 13 da Lei nº 9.317/1996 o que, no entanto, não fundamentou o ato de exclusão.

Com a devida vênia, entendo que a discrepância de valores na magnitude acima apontada não pode ser considerada como mera insuficiência de recolhimento de imposto ou declaração de receitas à menor. No caso resta plenamente configurada a omissão deliberada de receitas com vistas a ocultar do Fisco a real dimensão do montante de receitas sujeito à tributação.

A Lei nº 9.317/1996, não definiu o conceito de prática reiterada para fins de exclusão.

¹ Como é cediço o Simples Federal foi extinto em 30/06/2007, tendo sido criado o Simples Nacional pela LC 123/2006, que entrou em vigor a partir de julho de 2007.

Não obstante a Lei Complementar n.º 123/2006, que instituiu o Simples Nacional e revogou a Lei n.º 9.317/1996, que estabeleceu a mesma hipótese de exclusão, trouxe em seu art. 29, § 9º uma definição do conceito de prática reiterada, *verbis*:

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;

[...]

§ 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, 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.

Assim, à míngua de definição na própria Lei n.º 9.317/1996, entendo que o conceito dado pela LC. 123/2009 se adequa perfeitamente ao caso, mesmo porque se trata de lei complementar e traz dispositivo de caráter expressamente interpretativo do dispositivo, embora se refira ao texto dela própria. Senão como norma interpretativa, entendo aplicável a disposição por analogia, nos termos do art. 108 do CTN.²

Destarte, ainda que a infração tenha sido constatada no lapso de apenas 3 meses no ano de 2007, tal conduta restou configurada no mês de abril/2007 e reiterada (em magnitude ainda maior) no mês de maio/2007, configurando a conduta descrita no inc. V do art. 14 da Lei n.º 9.317/1996.

Pelo que se extrai do art. 15, inc. V da Lei n.º 9.317/1996, os efeitos da exclusão deve se dar a partir do mês em que se constatar a ocorrência do fato que autoriza a exclusão, ou seja, da prática reiterada de infração à legislação tributária.

Se o fato ensejador da exclusão é a prática reiterada de infração à legislação tributária, esta deve se repetir ao menos em mais de um período de apuração para que possa ser caracterizada.

Desta feita, entendo que, no presente caso, a exclusão do Simples Federal deve produzir efeitos a partir de 1º de maio de 2007, nos termos do art. 15, inc. V da Lei n.º 9.317/1996.

² Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

Por fim, com relação à alegação da recorrente de necessidade de decisão definitiva do processo que aponte o cometimento de infração tributária, para que a exclusão do Simples possa produzir efeitos, não lhe assiste razão.

A lei prevê que a exclusão se dê inclusive a partir do mês da caracterização da hipótese nela prevista e não condiciona nem o lançamento de eventuais diferenças devidas, nem a hipótese de exclusão ao encerramento da discussão administrativa, tão somente assegurando o direito de defesa em ambos os processos, nos termos da lei que rege o processo administrativo fiscal.

Em discussão similar, este conselho já consolidou na Súmula CARF n.º 77 o entendimento no sentido de que:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer que os efeitos do ato declaratório de exclusão do Simples se deem a partir de 01/05/2007.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado