



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12269.001984/2009-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.066 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2020
Recorrente REDE SOS TURBO - COMERCIO E MANUTENCAO DE TURBOS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 01/02/2004

EXCLUSÃO EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO.

É possível aplicar-se à situação prevista pelo art. 14, V, da Lei 9.317/96, os conceitos trazidos pelo art. 29, § 2º, incisos I e II, da Lei Complementar 123/06, seja por conta de sua natureza interpretativa, seja por força do uso do método integrativo previsto pelo art. 108 do CTN (analogia). Neste passo, identificada a prática reiterada de ato doloso tendente à ocultação do fato gerador ou o retardamento do seu conhecimento pela Autoridade Fiscal, considera-se tipificada a hipótese de exclusão tratada pelo inciso V do art. 14 da Lei 9.317/96, mesmo que tais práticas não tenha sido objeto de autuação ou notificação de lançamento.

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. POSTULADOS INVOCADOS PARA SUSTENTAR A INAPLICABILIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS DIVISADAS NA LC 123/06. IMPOSSIBILIDADE.

Ainda que admissível a superação (*defeasability*) da regra legal ante as particularidades do caso concreto, o fato é que o fim almejado pela regra encartada na LC 123/06 nunca foi a penalização dos contribuintes inadimplentes mas, isto sim, o incentivo ao adimplemento tributário (ou fiscal) mediante autorização legal para adoção de um regime mais benéfico às MEs e EPPs. Neste passo, e pressupondo-se a inexistência de outras medidas mais adequadas ou necessárias (proporcionalidade), e, outrossim, a congruência entre a regra e o fim almejado, o fato de uma empresa apresentar outros documentos que não aqueles que se destinam ao controle de sua movimentação bancária é irrelevante... em tal hipótese se estará diante do descumprimento de uma regra objetiva e, assim, da ausência de condições para se optar pelo SIMPLES.

RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO. ARGUMENTOS AFEITOS À ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DE REGRA PLENAMENTE VIGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos do art. 62 do anexo II, do RICARF, os membros deste Conselho estão obrigados à aplicar as disposições legais plenamente vigentes, sendo vedado o afastamento de preceito de lei ao argumento de sua inconstitucionalidade, conforme imposição descrita no verbete da Súmula/CARF de nº 2.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator. Os conselheiros Flávio Machado Vilhena Dias e Fabiana Okchstein Kelbert votaram pelas conclusões do relator quanto ao momento da produção da prova.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andreia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Cuida o feito de exclusão da ora recorrente do Simples Federal, declarada por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/POA n.º 031, 03 de junho de 2009 (e-fl. 122), fundamentado nos preceitos do art. 14, II e V, da Lei 9.317/96, ante o oferecimento de embargo à fiscalização (caracterizada pela falta de exibição de livros e documentos contábeis) e a constatação da prática reiterada de infração à legislação tributária.

Conforme se extrai do Termo de Representação para a Exclusão do Simples juntado à e-fls. 2 e ss, os fatos-tipo anteriormente mencionados foram constatados a partir da identificação da falta, contumaz, de escrituração de movimentação bancária pela empresa (não registrada Livro-Diário no período compreendido entre 2004 a 2007) e, ainda, no fato da empresa ter apresentado valores “zerados” na Ficha 07 da sua Declaração Simplificada do Simples Federal. Pelo que expôs a D. Autoridade Fiscal, os elementos coletados, mormente em sua contabilidade, revelaram que as linhas desta ficha tinham que ter sido preenchidas o que, aos seus olhos, revelaria a intenção deliberada da insurgente de retardar o conhecimento do, ou ocultar o, fato gerador das obrigações tributárias.

A interessada apresentou a sua Defesa à e-fls. 128 e ss., em que, primeiramente, afirma ter entregado todos os documentos solicitados e que a falta do registro da sua movimentação bancária teria decorrido de mero lapso. Refuta, assim, a ocorrência de embargo à fiscalização.

Noutro giro, invoca os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (aparentemente para destacar a desproporção da medida adotada em relação aos fatos apurados e as consequências que serão observadas, caso seja mantida a sua exclusão).

Sustenta, ainda, a ilegalidade da retroação dos efeitos da exclusão e, finalmente, traz argumento que não guarda qualquer relação com o objeto deste processo, atinente à prescrição de créditos tributários lançados em auto de infração, concernentes aos período de apuração anterior à 03/06/2005.

Pediu, ainda, a produção de provas, notadamente documental, testemunhal e pericial.

Instada a se pronunciar sobre o caso, a DRJ de Porto Alegre, por meio do acórdão juntado à e-fls. 145e ss., deixou de conhecer da matéria relativa à alegada prescrição para, então julgar parcialmente procedente a impugnação apresentada, conforme argumentos resumidos na ementa cujo teor se reproduz a seguir:

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, PERÍCIA/DILIGÊNCIA. APRESENTAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL.

Materializada a repetição consecutiva da mesma infração à legislação tributária, o contribuinte deve ser excluído do sistema de tributação favorecido a partir do mês de ocorrência desta prática, de acordo com o art. 15, V da Lei nº 9.317/1996.

Deve ser considerado não formulado o pedido de diligência que atender aos requisitos legais e indeferido, quando for prescindível para o deslinde da questão a ser apreciada ou se o processo contiver todos os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

A prova documental deve ser apresentada no momento da impugnação, sob pena de preclusão, a menos que fique demonstrada a sua impossibilidade, nos termos do § 40 do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Não há embasamento legal para a produção de prova testemunhal perante a autoridade julgadora de primeira instância administrativa..

In casu, vale o destaque, a DRJ acatou em parte a defesa oposta apenas para adequar a data do início dos efeitos da exclusão, considerando-se, assim, a data que caracterizada a reiteração da infração praticada, ou seja, 1º de fevereiro de 2004 (quando, de acordo com o ADE, tais efeitos seriam observados a partir de 01/01/2004).

A empresa foi cientificada do teor do julgamento acima em 31/08/2009 (e-fl. 126), tendo interposto o seu recurso no dia 29 de setembro daquele mesmo ano (e-fl. 128), reprisando *ipsis litteris* os argumentos e pedidos já apontados em sua defesa, incluindo-se, aí, aqueles relativos à prescrição de créditos tributários e de produção de provas (documental, testemunhal e pericial).

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo, e, quanto a boa parte de seus argumentos, preenche os pressupostos legais de cabimento. Tomo, assim, conhecimento do apelo, exceto em relação ao pedido/argumento atinente à prescrição de créditos tributários alegadamente lançados porque, como já advertido pela DRJ, semelhante matéria não é objeto desta demanda.

I DOS PEDIDOS DE PRODUÇÃO DE PROVAS.

Entende-se por bem já decidir esta questão porque, *a priori*, trata-se, aparentemente, de pedido padrão comumente deduzido em demandas judiciais. Além das limitações já apontadas pelo acórdão recorrido, quanto ao momento oportuno para a produção de provas (art. 16, §§ 1º e 4º, do Decreto 70.235/72), a generalidade pela qual foi deduzida esta pretensão não nos permite, sequer, saber que fatos pretenderia, a interessada, comprovar.

O caso revolve elementos já trazidos aos autos e há uma confissão, por parte da própria insurgente, de que, efetivamente, não registrara a sua movimentação bancária nos livros competentes.

Assim, considero absolutamente despropositado este pedido.

II MÉRITO.

II.1 Dos motivos da exclusão.

Nos termos do art. 14, II, da Lei 9.317/96, considera-se embaraço à fiscalização a:

[...] negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 [...].

No caso vertente, a exclusão da empresa do regime em exame se deu por conta das constatações descritas em Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional trazida à e-fls. 2 e ss. E, no curso deste trabalho, a D. Autoridade Administrativa intimou a contribuinte a trazer diversos documentos, sendo que tais intimações foram tempestivamente atendidas pela insurgente. O que foi constatado, a partir do exame dos elementos coletados, é que a empresa não havia promovido o registro de sua movimentação bancária em seu livro diário, tão só...

Mesmo quanto ao TIF02 (mencionado à e-fl. 006), ainda que a interessada não tenha trazido documentos comprobatórios das receitas e despesas escrituradas em constas descritas no aludido livro diário, ela indiscutivelmente atendeu à intimação e esclareceu, simplesmente, que não encontrou os aludidos documentos.

Se é verdade que a fiscalização comprovou, em tese, a possibilidade de ter ocorrido creditamentos de valores em contas bancárias (como se vê do relato apostado à e-fl. 6), este fato é, até mesmo, irrelevante já que o próprio contribuinte confessou ou admitiu que deixara de registrar a sua movimentação bancária por um lapso (nunca tendo afirmado não ter promovido operações financeiras para justificar a falta da anotação deste tipo de informação em seu livro diário).

O que se vê é que em momento algum a recorrente deixou de exibir “*livros e documentos*” a que estivesse obrigada a manter e escriturar, não tendo, outrossim, deixado de prestar “*informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade*”. Não houve embaraço até porque o fato “deixar de escriturar sua movimentação financeira” (determinante para a exclusão da empresa do SIMPLES) foi por ela confessado!

De outra parte, e quanto a ao problema da prática reiterada (pretensamente caracterizada pela falta de escrituração da movimentação financeira ou, mesmo, pelo fato de ter “zerado” as linhas da Ficha 07 de sua DSPJ), é de se notar que, *in casu*, acusou-se a prática do ato ilícito, mas não houve lavratura de autos de infração concernentes à estas ilicitudes em si (ou, quando menos, a Fiscalização não trouxe quaisquer notícias neste sentido). O contribuinte até informa que suportou, realmente, autuações fiscais; como nada foi trazido pela fiscalização, não nos é dado saber, sequer, quais seriam os objetos daqueles procedimentos, quiçá se se referem aos períodos tratados pela Representação Fiscal de e-fls. 2 e ss.

Este Colegiado, em julgado recente, cujo acórdão foi redigido pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, entendeu que, a minguia de definição do que se possa entender como “prática reiterada”, poder-se-ia lançar mão, ainda que por analogia, das disposições contidas no art. 29, § 2º, da Lei Complementar de nº 123/06, dado o seu caráter eminentemente interpretativo (não havendo, assim, óbice, à sua aplicação à fatos pretéritos, mesmo que identificada a sua concretização, ainda sob a égide da Lei 9.317/96). Confira-se, a respeito, a seguinte passagem do aludido precedente:

Assim, à minguia de definição na própria Lei nº 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 (trecho do acórdão de nº 1302-004.266, publicado no DJe de 03/03/2020).

Frise-se, e contrariamente ao que foi defendido no acórdão acima referenciado, que o preceito do art. 29, § 2º, da LC 123/06, deve ser aplicado em sua integralidade, não bastando, assim, a verificação da primeira parte do inciso I. Veja-se, o que diz ao aludido preceptivo, em sua integralidade:

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, 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.

Ainda que se entenda inaplicável a disposição interpretativa acima aos eventos ocorridos sob o esteio da antiga Lei 9.317/96, os princípios da segurança jurídica e da publicidade demandam a caracterização da reiteração a partir do ato de lançamento ou da notificação de lançamento. Isto porque, até que este ato específico seja praticado a sua materialização não se implementa, na esteira do que dispõe o art. 142 do CTN, mormente porque nenhuma consequência pode ser imposta pela prática de ato que não tenha sido objeto de efetiva constatação pelo procedimento próprio em que, inclusive, é garantida a ampla defesa e o devido processo legal. Mais que isso, sem a prática do ato de lançamento, não há publicização suficiente a garantir, sequer, ao contribuinte, a ciência de que incorrera num ilícito tributário suficiente a excluí-lo do Simples.

Se é certo que a falta de registro da movimentação financeira, *per se*, não encerra nenhuma penalidade (por não se considerar fato típico explicitado em qualquer norma sancionadora – não há multa por falta de registro da movimentação bancária em livros fiscais), é inegável que esta prática da azo à ocorrência de outros ilícitos de natureza tributária, como, v.g., a omissão de receitas pela manutenção de movimentação financeira à margem da escrituração. *A priori*, era mister, a luz dos princípios, garantias e disposições legais anteriormente aventadas, que o fisco tivesse lavrado o competente auto de infração a fim de, aí, sim, quanto ao problema do registro falho da movimentação bancária, caracterizar tal prática como reiterada.

Questão diferente, entretanto, se observa quanto ao segundo fato identificado pela D. Fiscalização na já mencionada Representação. Peço vênias, neste ponto, para transcrever o trecho do relato fiscal que trata deste segundo ilícito:

4.5 Na Declaração Simplificada PJ — SIMPLES, dos anos calendário de 2004 a 2007, na ficha 07-Informações Gerais, constatamos que todas as linhas estão zeradas, exceto a linha 05 (Total de rendimentos atribuídos aos sócios) que possui valores. No entanto na contabilidade existem valores lançados que deveriam constar dessa declaração. Essa prática denota a intenção de impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador pela Receita Federal do Brasil.

Esta situação, diferentemente do primeiro ilícito tratado alhures, se amoldaria à situação preconizada pelo inciso II do § 2º do art. 29 acima reproduzido, dispensando-se, neste passo, a lavratura de auto de infração ou notificação de lançamento. E, note-se, o contribuinte nada disse ou contesta sobre o fato acima identificado. Neste passo, e mesmo que se queira sustentar, mais uma vez, a inaplicabilidade dos preceitos do por vezes mencionado art. 29 da LC 123/06 ao caso, é razoável assumir a dispensa de semelhante formalidade.

Isto porque o ato tal como descrito, por si só, impede ou retarda o conhecimento do Fisco acerca do fato ilícito e, assim, impede ou retarda a lavratura do necessário ato de

lançamento. Se o art. 29, *per se*, pode ter a sua aplicabilidade discutida para as hipóteses de exclusão concernentes ao Simples Federal, regrado pela Lei 9.317/96, a lógica por traz do aludido preceptivo é irrefutável. Isto porque, *in casu*, o pressuposto adotado pelo legislador é de que em situações que a intenção fraudulenta é identificada, não se pode sustentar, seriamente, que o contribuinte não sabia da concretização do ilícito; assim, em contraponto à situação tratada pelo inciso I do mencionado art. 29, não há que se falar em descumprimento dos princípios da segurança jurídica e da publicidade ou o desrespeito às garantias da ampla defesa e do contraditório caracterizável por uma falta de lançamento quanto a infração constatada.

No caso, o contribuinte, volitivamente (precisamente por não se opor a tal constatação), ocultou, por três anos consecutivos, informações atinentes ao fato gerador dos tributos abarcados pelo Simples ao manter zerados os campos próprios de DSPJ o que, inclusive, e potencialmente, culminou com a falta de recolhimento destas exações.

Fica evidente, ainda que não pela totalidade dos fatos apontados na representação fiscal, que a insurgente incorreu, sim, na prática reiterada de atos contrários à Lei 9.317/96 o que seria suficiente para autorizar a sua exclusão do regime tratado pela lei retro referida.

II.2 Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e do pedido acerca dos efeitos do ADE.

Humberto Ávila, em sua “*Teoria dos Princípios*” propôs uma reclassificação dos diversos instrumentos normativos disponíveis no sistema jurídico, inserindo dentro do que chamou “postulados normativos” aqueles que serviriam propriamente, como instrumentos tendentes à aplicação das demais espécies (regras e princípios). Tratar-se-iam, pois, de meta-normas (nos dizeres do citado autor) “*de aplicação imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas no plano do objeto da aplicação*”¹.

Em linhas gerais, os postulados normativos assumiriam o papel que boa parte da doutrina juspositivista atribuía aos princípios em geral (negando-se-lhes, por vezes, e inclusive, força normativa). E como tal, os postulados revelariam as funções hermenêutica e, ainda, estruturante (enquanto critério metodológico da aplicação da norma ao caso concreto²).

A proporcionalidade e a razoabilidade, não obstante comumente tratados como princípios gerais de direito, estariam compreendidas, na ótica de Ávila, na espécie normativa “*postulados*”, que, por sua vez, exerceriam a função normativa aplicativa, na medida em que estruturam a aplicação das demais normas ao caso concreto. Quanto a razoabilidade, esta última característica é extraível das seguintes proposições :

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregado como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a

¹ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 164.

² Op. cit. p. 163-164.

medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas³.

Já em relação à proporcionalidade, o mencionado jurista defende a sua força estruturante, necessária à identificação de alguns critérios divisíveis em situações em que se verifica uma relação de causa e efeito (“*um meio e um fim*”⁴). É, pois, a proporcionalidade quem apontará para a adequação da medida proposta (em relação ao fim pretendido), a necessidade da medida (eliminando, dentre as soluções possíveis, aquelas mais gravosas) e o da proporcionalidade em sentido estrito (traduzida no sopesamento das vantagens obtidas pela solução proposta e as desvantagens aí observadas)⁵.

Com base em semelhante preconcepção, e admitindo-se o caráter meta-normativo da razoabilidade e da proporcionalidade, não se pode, com espreite em tais postulados, buscar justificativas para o ativismo jurídico e, assim, para a criação de novas normas não existentes ou mesmo para modificação daquelas previamente positivadas. Tais postulados servirão de instrumentos à razoável, adequada, necessária e proporcional aplicação do arcabouço normativo ao caso concreto. Daí porque, ainda que não com a mesma profundidade proposta por Ávila, Celso Antônio Bandeira de Mello afirmar que a razoabilidade (e a proporcionalidade) sejam decorrência do próprio princípio da legalidade (como forma de aplicação, dentro do quadro da norma, das consequências legalmente pré-estipuladas):

{...} a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso comum de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida (...).

Com efeito, o fato da lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricionariedade) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu ímpeto, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda⁶.

E com base em premissa similar Bandeira de Mello também expõe a vinculação do postulado da proporcionalidade à lei (ou, mas apropriadamente dizendo, à norma jurídica), principalmente quando, a partir deste instrumento, sustenta que a “*inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei*”.

Obviamente, as premissas teóricas acima não são compartilhadas por todos, inclusive no seio deste colegiado, quanto a cujas convicções este Relator já manifesta o seu respeito, deixando, claro, que para a situação presente, eventuais divergências eminentemente acadêmicas não prejudicam as conclusões ora postas.

Na hipótese das regras encartadas na Lei 9.317/96, vê-se, de imediato o estabelecimento de *requisitos* objetivos estabelecidos para a admissão das micro-empresas e empresas de pequeno porte no Simples ou para a sua manutenção no aludido regime. Daí se

³ Op. cit. pp. 164-165.

⁴ Op. cit., p. 106.

⁵ Op. cit. p. 206.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79.

extraem duas premissas relevantíssimas: a) trata-se de norma de competência vinculada (e, portanto, desprovida de discricionariedade); b) não se trata de norma sancionante, mas, apenas, de regra que elege as condicionantes necessárias para a opção pelo/manutenção no regime a que alude a citada Lei 9.317/96.

Neste passo, tanto a razoabilidade como a proporcionalidade teriam que ser aplicados dentro dos limites normativos divisados a partir das conjunção das regras legais que conformam a respectiva norma jurídica. Não se poderia, cogitar, da não aplicação das consequências tratadas pelo art. 14, ante uma alegação de irrazoabilidade (por força de incongruência entre fatores extra-normativos e a própria lei), nem tampouco se sustentar a desproporcionalidade das medidas das soluções possíveis preconizadas pela regra (porque inexistentes múltiplas soluções possíveis).

O máximo que se poderia discutir, no caso, seria:

- a) a inconstitucionalidade dos artigos em questão por se afastarem, *prima facie*, de um possível fim pretendido pelo legislador ou mesmo por conflitar com outros princípios vetores do sistema jurídico constitucional;
- b) ainda que objetiva (não discricionária), a regra quando aplicada a um determinado caso concreto (levadas, pois, em consideração as especificidades deste caso), se afasta daqueles fins considerados para a sua elaboração, permitindo, apenas nesta situação, o seu afastamento (*defeasability*)⁷

A primeira hipótese acima não pode ser utilizada nesta esfera, já que, seja pela Sumula 2, deste CAREF, seja pelas disposições do art. 62 do anexo II do RICARF, aos membros deste colegiado é vedado afastar a validade de regras legais, ante a sua pretensa inconstitucionalidade.

Já no que toca à segunda hipótese, ainda que admissível (mesmo que não para todos os estudiosos e aplicadores do direito), o fato é que o fim almejado pela regra encartada na LC 123/06 nunca foi a penalização dos contribuintes que descumprem regras atinentes às obrigações acessórias mas, isto sim, o incentivo fiscal mediante autorização legal para adoção de um regime mais benéfico às MEs e EPPs que se esmeram no cumprimento de seus deveres. Neste passo, e pressupondo-se a inexistência de outras medidas mais adequadas ou necessárias, e, outrossim, a congruência entre a regra e o fim almejado, o fato de uma empresa apresentar outros documentos que não aqueles que se destinam ao controle de sua movimentação bancária é irrelevante... em tal hipótese se estará diante do descumprimento de uma regra objetiva e, assim, da ausência de condições para se optar pelo SIMPLES.

Desculpem este Relator pela insistência, mas, se a Lei 9.317/96 estabelecesse, ao revés, uma sanção pela falta de cumprimento de obrigações acessórias, a falta de correlação entre a medida e o fim (razoabilidade) ou a inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade *strictu sensu* (proporcionalidade) da imposição legal e o objetivo almejado pela norma poderia revelar a possibilidade de se afastar a aplicação da regra ao caso concreto.

⁷ "Convém ressaltar que as regras são apenas preliminarmente decisivas. Isso significa que não são decisivas na medida em que podem ter as suas condições de aplicabilidade preenchidas e, ainda assim, não ser aplicáveis, pela consideração a razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação normal da regra. Esse fenômeno denomina-se de aptidão para cancelamento (*defeasability*)" (ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 101).

Mas na hipótese do autos, o que se vê, reprise-se, é que, em algum momento, a empresa ora recorrente deixou de cumprir a sua obrigação (volitivamente ou não, o que é desimportante) e, assim, deixou de preencher os requisitos legais essenciais à sua manutenção no Simples que, como dito, se propõe a incentivar o adimplemento. E este fim, valendo mais uma vez a insistência, é objetivo: ou se se cumpre as obrigações fiscais impostas ou não; não há meio termo. A consequência proposta pelo art. 14, a par de qualquer conjectura adicional, corresponde, adequada, necessária e proporcionalmente ao fim que se propõe a regra legal em exame.

Neste passo, as alegações do contribuinte de que a sua exclusão seria irrazoável ou desproporcional (a empresa trata dos dois postulados como figuras idênticas) não se sustenta; ele mesmo confessa que deixara de escritura a sua movimentação bancária num período considerável. Ele, num dado momento, descumpriu a condicionante legal pe isso, pelo que foi exposto acima, é suficientemente razoável (por manter a coerência com o fim da norma) e proporcional (porque não revela inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade para com as finalidades almejadas pela proposição normativa).

Por fim, e quanto a fixação dos efeitos da exclusão, mais uma vez calha invocar os preceitos do art. 62 do RICARF; não nos é dado (em verdade nos é proibido) afastar disposição legal expressa e não discricionária, ainda que sob o argumento de sua inconstitucionalidade. A Lei 9.317/96 é inadvertidamente clara e explícita quanto ao momento em que seus efeitos devem ser observados; qualquer outra solução importaria em negativa de vigência deste preceptivo (e na perda do mandato do desafortunado que pretender adotar semelhante solução).

Nada a prover, portanto.

III CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca