



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13794.720473/2014-93
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.051 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2020
Recorrente TRALLI BITTENCOURT MERCEARIA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

SIMPLES NACIONAL. FALTA DE DESCRIÇÃO DOS DÉBITOS NO ADE. SUMULA 22. APLICAÇÃO CONDICIONADA.

Os ADEs emitidos sob a vigência da LC 123/06 pressupõe a adoção dos sistemas informativos eletrônicos afeitos ao regime em exame e a sua consulta é dever do próprio contribuinte; se consultados os sistemas em testilha, e pagas as dívidas apontadas por este sistema, e ainda assim, a empresa for excluída do SIMPLES, os fundamentos da Sumula 22 passam a ganhar relevância. Neste caso, a própria Administração Pública assume o risco de ter invalidado o seu ato por conta de uma técnica (falta de descrição das pendências motivadoras do ADE).

Noutro giro, ao confessar que acessou outra base de dados que não aquela indicada pelo ADE, desta feita é o contribuinte quem assume o risco de quitar as obrigações que não tem vinculação com motivos abordados pelo Ato de Exclusão, não sendo possível invocar a garantia da ampla defesa como justificativa para a sua invalidação, precisamente porque incorrente qualquer mácula à esta garantia.

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 (razoabilidade), o fato de uma empresa dever R\$ 1,00, ou R\$ 100.000,00 reais é irrelevante; em qualquer uma das hipóteses se estará diante de uma inadimplência e, assim, da ausência de condições para se optar pelo SIMPLES.

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.

(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

Cuidam os autos de procedimento de exclusão da recorrente do SIMPLES Nacional, aprovado pela Lei Complementar de nº 123/06, em decorrência da constatação da existência de débitos exigíveis para o SIMPLES, no valor de R\$ 368,64, relativos ao período de apuração de junho de 2013.

A empresa insurgente opôs a sua defesa à e-fl. 2, sustentando ser descabida a exclusão uma vez que teria providenciado o parcelamento de suas dívidas, tendo pago, inclusive, a primeira parcela (conforme DAS juntado à e-fl. 5). A luz desta alegação, inicialmente a DRJ confirmou a existência do pagamento descrito na DAS retro referida, mas verificou que o citado recolhimento não estava alocado ao débito que dera causa à exclusão do contribuinte. Assim, por meio do despacho de e-fls. 24/26, decidiu por converter o julgamento em diligência para que a DRF analisasse “a situação e, sendo o caso”, procedesse “à alocação do recolhimento ao crédito tributário correspondente”.

À e-fls. 32, a Unidade de Origem informou então que “o pagamento apresentado pelo contribuinte refere-se a pagamento de parcelamento de débito do Simples Nacional inscrito em DAU” e que a falta de alocação, *in casu*, teria ocorrido porque este recolhimento seria controlado pelos Sistemas da PGFN e não pelo sistema da Receita. Entretanto, afirma que a predita inscrição, à qual estaria vinculado o predito recolhimento, contemplava os períodos de 08/2009, 12/2010, 02/2011, 03/2011, 12/2011 e 09/2012, não abarcando, destarte, o PA de 06/2013. Diante disto, concluiu que “o recolhimento apresentado não tem nenhuma relação com o PA 06/2013 do Simples Nacional”.

Diante da informação supra, a DRJ de Fortaleza houve por bem julgar improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo incólume o ADE objeto deste feito. As razões contidas no acórdão foram sintetizadas na ementa cujo teor se reproduz abaixo:

DÉBITOS NA RFB. TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.
NÃO REGULARIZAÇÃO DAS PENDÊNCIAS.

A não comprovação da regularização dos débitos, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da exclusão de ofício, impossibilitará a permanência da microempresa ou empresa de pequeno porte como optante pelo Simples Nacional (§ 1º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94, de 2011).

A empresa foi intimada do resultado do julgamento acima em 26/10/2016 (AR de e-fl. 43), tendo interposto o seu recurso voluntário em 17/11/2016 (e-fl. 46), por meio do qual, em síntese, alega que o ADE não teria declinado os débitos que teriam ocasionado a sua exclusão; diante disto, procedeu à uma consulta do sistema de controle de Dívida Ativa da União e providenciou o parcelamento das dívidas que ali estavam descritas. Em linhas gerais, afirma que o débito relativo à competência de 06/2013 não teria sido apontado nos relatórios de pendência e que, nesta esteira, por certo o teria quitado, caso, dele, tivesse ciência (o que foi feito, pelo que afirma, todavia apenas em 2016).

Invoca, então, o princípio da confiança para justificar o pedido de cancelamento do ADE e, posteriormente, traz argumentos de ordem econômica para demonstrar os danos que suportará caso a exclusão seja mantida. Pede, outrossim, e sucessivamente, que os efeitos da exclusão sejam observados apenas a partir de 31/12/2016.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo e, no mais, preenche todos os requisitos de admissibilidade, razões pelas quais, dele, tomo conhecimento.

I DO PROBLEMA DA PRETENSA FALTA DE DECLINAÇÃO DOS DÉBITOS ENSEJADORES DA EXCLUSÃO NO ADE.

Nos termos do art. 110, *caput*, da Resolução CGSN 94/11, vigente à época dos fatos descritos neste processo, “*opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, a ser disponibilizado no Portal do Simples Nacional, destinado, dentre outras finalidades*”, a “*cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais*”.

Além das distinções óbvias existentes entre o regime tratado pela Lei 9.317/96 e aquele, objeto da lide, regrado pela LC 123/06, o uso do Domicílio Eletrônico e das ferramentas de consulta *on line*, obrigatório aos optantes do SIMPLES Nacional, revela inovação relevantíssima, mormente para o caso em exame.

Isto porque a implementação de um sistema eletrônico de comunicação e consulta tem o potencial para resolver problemas de natureza formal que eram comumente verificados nos atos de exclusão emitidos sob a égide do antigo arcabouço normativo relativo simples federal. Dentre tais, destaca-se a hodierna violação à garantia da ampla defesa observada quando os ADEs emitidos não veiculavam, em seu corpo, os débitos que teriam dado causa à eventual exclusão dos contribuintes, não só impedindo a oposição eficaz à situação impeditiva aventada,

como, inclusive, causando erros habituais quanto a quais débitos deveriam, efetivamente, ser quitados para regularizar a sua situação. Não por outra razão, este problema terminou por ser enfrentado e proscrito pela jurisprudência do CARF, atualmente sedimentada no verbete da Súmula 22, cujo teor reproduzo a seguir:

Súmula CARF nº 22

É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples Federal, instituído pela Lei nº 9.317, de 1996, que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa. (Súmula revisada conforme Ata da Sessão Extraordinária de 03/09/2018, DOU de 11/09/2018). (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

A questão é que, com a disponibilização de informações e dados pertinentes ao SIMPLES, em tese, a mácula acima não se repete na sistemática da LC 123/06. Ainda que os ADEs atuais não descrevam, no corpo do documento, as dívidas que impediriam a opção ou que imporiam a exclusão, é fato que semelhante informação pode ser consultada pela contribuintes no portal do SIMPLES.

Nada obstante, é preciso considerar não, e apenas, a estrutura formal do ADE mas, propriamente, a instrução do processo que potencialmente se instaurará a partir de sua edição. É que se determinada empresa sustenta ter quitado as suas dívidas e, posteriormente, no curso do feito, a Unidade de Origem ou a própria DRJ afirmam que ele pagou os débitos errados (ou, ao menos, parte daqueles que efetivamente ocasionaram a sua exclusão), o que se verá no caso é palavra do órgão julgador contra a do interessado... E, mesmo que sejam trazidos aos autos dados extraíveis das chamadas telas do sistema SIVEX, via de regra, semelhante documento é apresentado após a oposição da manifestação de inconformidade (insuficiente, destarte, para demonstrar a situação fiscal da empresa, na época em que emitido o ADE).

Esta circunstância, diga-se, vem servindo de lastro argumentativo para algumas Turmas Extraordinárias deste Conselho para aplicar, mesmo ao sistema previsto pela LC 123/06, os ditames da Súmula 22, acima transcrita.

Neste particular, calha invocar, em especial, o entendimento externado por ocasião da prolação do acórdão de nº 1003-001.508, publicado no DJe de 17/04/2020. Aí, diga-se, o seu Relator, inicialmente, expos que a DRJ teria proferido despacho determinando o retorno do autos à unidade de origem para que o feito fosse saneado na forma do art. 3º e parágrafo único, da Norma de Execução Conjunta COSIT/CODAC/COCAJ nº 1, de 15 de março de 2010 (pelo que afirmou aquele julgador, a predita NEC impor à autoridades preparadoras o dever de relacionar os débitos que motivaram a emissão do ADE¹). Ao atender ao aludido despacho, contudo, o agente responsável não cumpriu a citada determinação, limitando-se a dizer que o ADE estava correto. A luz deste contexto, aquela turma julgadora então cravou o que se segue:

Ora, o saneamento encaminhado pela delegada da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto à DRF Araçatuba seguiu o determinado pelo próprio Fisco pela Norma de Execução Conjunta COSIT/CODAC/COCAJ nº 1, de 15 de março de 2010, o que não foi realizado pela autoridade administrativa, pelo que se verifica dos autos.

¹ Vale destacar que este Relator não localizou a Norma de Execução em tela e, portanto, não pode confirmar a premissa sustentada pelo responsável pela elaboração do voto condutor do precedente em destaque.

Aliás fica patente o prejuízo causado à defesa da Recorrente pela falta de comunicação clara dos débitos que motivam a exclusão. É que na manifestação de inconformidade a Recorrente se refere apenas aos débitos previdenciários para com a Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, deixando de mencionar os débitos de IRRF para com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, indicando que não tinha conhecimento de todos os débitos que obstavam sua permanência no SIMPLES Nacional.

O que se vê do caso paradigma acima, é que a aplicação do direito de fundo extraível do verbete da Súmula 22 poderia, sim, ser invocado, para anular o ADE, mesmo na hipótese do SIMPLES Nacional, por falta de declinação dos débitos que lhe deram causa. Isto, todavia, se, e somente se, ficar evidente a ocorrência de um prejuízo claro à parte interessada.

Em outras palavras, e considerando-se que o ADE emitido sob o pálio do regramento encartado na LC 123/06 faz uso das ferramentas tecnológicas aludidas pela Resolução CGSN de nº 94/11, art. 110, o desrespeito à mencionada garantia da ampla defesa somente seria observado quando houver, efetiva e concretamente, uma dúvida sobre quais débitos ou pendências teriam culminado com a exclusão da empresa do SIMPLES, dúvida esta que tem que ser saneada antes da próprio exame de defesa porventura proposta.

Assim, a violação à garantia fundamental não se daria, propriamente, no ADE, mas, isto sim, no processo que se instaura a partir de sua edição.

II O CASO CONCRETO.

As circunstâncias apresentadas pela insurgente, no caso concreto, *ab initio*, poderiam levar este Colegiado a considerar a aplicação dos preceitos da por vezes mencionada Súmula 22, mormente a se considerar que o ADE não indicava, como sói ocorrer em todos os casos de exclusão concernentes ao SIMPLES NACIONAL, os débitos que deram causa à exclusão da empresa. O citado ato se limitou, como aliás já alertado no tópico anterior, a indicar o local, da *internet*, que o interessado teria que acessar para verificar as pendências justificadoras de sua emissão.

Neste particular, a se considerar que a indicação clara de qual débito teria motivado a exclusão somente foi apresentada por ocasião do despacho de e-fl. 32, e, portanto, posteriormente à oposição da manifestação de inconformidade (e sem que tenha sido oportunizado à insurgente sobre ele se manifestar e, quiça, providenciar o respectivo pagamento), a luz das razões expostas no tópico anterior, seria, de fato, factível a adoção da solução proposta pela predita Súmula 22.

Contudo, é preciso frisar que o ADE ora discutido trouxe instruções específicas para a consulta daquelas pendências que efetivamente culminaram com a sua emissão. Aliás, no caso vertente, o ADE foi substancialmente claro quanto a isso, inclusive detalhando, par-e-passo, como o contribuinte deveria proceder para verificar as citadas pendências. Veja-se:

Lote: 006/2014

Número AR: AR001655985RW

Ato Declaratório Executivo DRE/NIT nº 934454, de 3 de setembro de 2014.

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, republicada em 31.01.2012, a pessoa jurídica que menciona.

O(A) DELEGADO(A) DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do art. 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, conforme disposto no inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e na alínea "d" do inciso II do art. 73, combinada com o inciso I do art. 76, ambos da Resolução CGSN nº 94, de 2011:

Nome Empresarial: TRALLI BITTENCOURT MERCEARIA LTDA - ME

Número de Inscrição no CNPJ: 04.213.547/0001-26

Parágrafo único. A relação dos débitos deverá ser consultada no site da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, no endereço eletrônico < <http://www.receita.fazenda.gov.br> >, nos ítems "Empresa", "Simples Nacional", "ADE de Exclusão do Simples Nacional 2014 – Consulta Débitos".

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2016, conforme disposto no inciso IV do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

E notem que, ainda que razoável assumir que o contribuinte tenha, de boa-fé, pago dívidas no intuito honesto de atender aos preceitos do art. 31, § 2º, da LC 123/06, é inegável que o interessado ignorou, por completo, as instruções contidas no ADE e reproduzidas acima. A prova deste fato é extraída das próprias razões recursais, donde se veem as seguintes explicações produzidas pela empresa:

4 – Deve ser dito que quando a recorrente recebeu o ADE 934454 em setembro de 2014, NÃO ACOMPANHOU O ADE UMA RELAÇÃO DE SUPOSTOS DÉBITOS, MOMENTO QUE A RECORRENTE ENTROU NO E-CAC [grifos nossos] E VISUALIZOU APENAS OS DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA, SEM APARECER NO SISTEMA NADA REFERENTE AO DÉBITO SIMPLES COMPLEMENTAR 06/2013 (trecho extraído do recurso voluntário – e-fl. 47).

É quando menos curioso que no sistema do e-CAC a dívida relativa ao PA de 06/2013 não tenha sido apontada. Nada obstante, o ADE, como já alertado, continha orientações indubitadas quanto ao local que deveria ser consultado para a verificação das pendências justificadoras de sua emissão, isto é, no portal do SIMPLES Nacional, dentro do site da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>) e não na plataforma do e-CAC (<https://cav.receita.fazenda.gov.br/autenticacao/login>).

Em linhas gerais, se a empresa tivesse acessado a aba “Consulta Débitos”, dentro do Portal do SIMPLES, muito provavelmente, ante a sua demonstrada boa-fé, teria quitado os débitos corretos e a discussão, agora travada, não ocorreria. O equívoco, e os alegados prejuízos suportados pela falta de descrição dos débitos no corpo do ADE, são decorrência de um descuido do próprio recorrente.

O caso concreto, portanto, se aparta da situação fática descrita particularmente no acórdão de nº 1003-001.508, invocado linhas acima, porque a interessada confessa não ter buscado as informações pertinentes ao ADE no local próprio, sendo, ela mesma, responsável pelo pretense equívoco ocorrido. Não haveria, em, princípio, aqui, elementos que pudessem colocar em dúvidas a correta descrição das dívidas que deram causa a exclusão (dívidas concernentes ao SIMPLES, relativas ao PA de 06/13)

Vale a insistência: os ADEs emitidos sob a vigência da LC 123/06 pressupõem a adoção dos sistemas informativos eletrônicos afeitos ao regime em exame e a sua consulta é

dever do próprio contribuinte; se consultados os sistemas em testilha, e pagas as dívidas apontadas por este sistema, e ainda assim, a empresa for excluída do SIMPLES, os fundamentos da Súmula 22 passam a ganhar relevância. Neste caso, a própria Administração Pública assume o risco de ter invalidado o seu ato por conta de uma técnica (falta de descrição das pendências motivadoras no corpo do ADE).

Noutro giro, ao confessar que acessou outra base de dados que não aquela indicada pelo ADE, desta feita é o contribuinte quem assume o risco de quitar as obrigações que não tem vinculação com motivos abordados pelo Ato de Exclusão, não sendo possível invocar a garantia da ampla defesa como justificativa para a sua invalidação, precisamente porque incorrente qualquer mácula à esta garantia.

Neste passo, ainda que este Relator admita a boa-fé da insurgente, e lamente que, apesar de seus esforços, a empresa não tenha logrado quitar tempestivamente o débito motivador de sua exclusão (a própria empresa afirma que apenas o fez em 2016), não há o que se fazer no caso vertente, já que as consequências descritas na LC 123/06 são, há um só tempo, objetivas e impositivas.

III 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”*².

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 concreto³).

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

² AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 164.

³ 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 grandezas⁴.

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*”⁵). 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)⁶.

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 Celso Antônio Bandeira de Mello afirmar, , ainda que não com a mesma profundidade proposta por Ávila, 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 libito, 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 aplicanda⁷.

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 da regra encartada nos arts. 17, V, e 29, I, ambos da LC 123/06, vê-se, de imediato, a fixação de *requisitos* objetivos estabelecidos para a admissão das micro-empresas e empresas de pequeno porte no SIMPLES ou para a sua manutenção no aludido

⁴ Op. cit. pp. 164-165.

⁵ Op. cit., p. 106.

⁶ Op. cit. p. 206.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79.

regime. Daí se 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 a que alude a Lei Complementar 123/06.

Neste passo, tanto a razoabilidade como a proporcionalidade teriam que ser aplicados dentro dos limites normativos divisados a partir da conjunção das regras legais que conformam a respectiva norma jurídica. Não se poderia cogitar da não aplicação das consequências tratadas pelo art. 17 e, particularmente, pelo art. 29, 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*)⁸

A primeira hipótese acima não pode ser utilizada nesta esfera, já que, seja pela Sumula 2, deste CARF, 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 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, e, outrossim, a congruência entre a regra e o fim almejado, o fato de uma empresa dever R\$ 1,00, ou R\$ 100.000,00 reais é irrelevante... em qualquer uma das hipóteses se estará diante de um inadimplemento e, assim, da ausência de condições para se optar pelo SIMPLES.

Desculpem este Relator pela insistência, mas, se a LC 123 estabelecesse, ao revés, uma sanção pela falta de pagamento de obrigações fiscais e/ou tributárias, a falta de correlação entre a medida e o fim (razoabilidade) ou a inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade *strictu senso* (proporcionalidade) da imposição legal, sopesada contra o objetivo almejado pela norma, poderia revelar a possibilidade de se afastar a aplicação da regra ao caso concreto.

⁸ "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 é adimplente ou não; não há meio termo. A vedação constante do art. 17, V, e a consequência proposta pelo art. 29, I, a par de qualquer conjectura adicional, corresponde, adequada, necessária e proporcionalmente ao fim a que se propõe a regra legal em exame.

Neste passo, as alegações do contribuinte de que os valores por ele devidos seriam irrelevantes e que a sua exclusão seria irrazoável ou desproporcional (a empresa trata dos dois postulados como figuras idênticas) não se sustenta; ele mesmo confessa que devia os valores relativos ao SIMPLES apurados no PA de 06/2013, tendo, inclusive, e sem questionamentos, quitado esta importância em 2016. Ele, num dado momento, restou inadimplente e isso, pelo que foi exposto acima, é suficiente para impor-se a consequência normativa que, *in casu*, é 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 a partir de dezembro de 2016, 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 LC 123/06, por seu artigo 31, I, 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.

IV CONCLUSÃO.

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

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca