



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16511.720880/2017-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.188 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente DULCE ACQUA MINERALE DISTRIBUIDORA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA INCLUÍDA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA POR COMUNICAÇÃO. PROVA EM CONTRÁRIO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. ADMISSIBILIDADE.

Em analogia com o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em decorrência do exercício de atividade vedada, no caso da exclusão por comunicação realizada pelo contribuinte, a impossibilidade de recolhimento dos tributos pelo regime beneficiado não decorre de uma constatação do Fisco, mas de uma informação prestada pelo próprio contribuinte, de modo que recai sobre este o ônus de comprovar as atividades efetivamente desempenhadas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2017

ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO ENFRENTA A CAUSA DE PEDIR DEDUZIDA EM FACE DE PREMISSA JURÍDICA (PREJUDICIAL) EQUIVOCADA. REFORMA PARCIAL.

Verificado que, por um erro de premissa jurídica, o acórdão recorrido deixou de se debruçar sobre as causas de pedir deduzidas pela contribuinte, impondo-se a sua reforma parcial para que, afastado o óbice jurídico, seja proferida nova decisão que enfrente o mérito da demanda.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar o óbice jurídico apontado no acórdão de primeiro grau para rejeitar a manifestação de inconformidade, determinando o retorno dos autos à DRJ para que seja proferida decisão complementar, 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

Cuida-se de processo em que se discute a exclusão da ora recorrente do SIMPLES Nacional ante a ocorrência de ato equiparado à comunicação obrigatória, na forma do art. 30, § 3º, da Lei Complementar de nº 123/06.

In casu, a interessada teria promovido uma alteração contratual e, por conseguinte, cadastral, para incluir dentre as atividade econômicas a serem desenvolvidas, a venda por atacado de bebidas (alcoólicas ou não - CNAE 4635-4/99), atividade que, nos termos do art. 17, X, seria vedada pela legislação que trata do SIMPLES Nacional. Esta conduta, como já afirmado, culminou com a sua retirada automática do regime tratado pela predita LC 123/06.

De início a empresa opôs um pedido de reinclusão que foi prontamente rechaçado pela DRF de Florianópolis, tendo, então, apresentado a sua manifestação de inconformidade em que, em síntese, sustentou que jamais vendera bebidas **alcoólicas** no atacado e que a inserção do CNAE 4635-4/99 se dera por grave equívoco. Afirmava então que, percebido o erro, promoveu, em 50 dias, a retificação de seu contrato social, retirando dali a aludida atividade e afirmando que “*nunca praticou qualquer ato de mercancia, armazenagem ou afins, relacionado à bebidas alcoólicas*”.

A suas defesas, diga-se, não vieram acompanhadas de qualquer documento que não, e apenas, o contrato social e alterações e, ainda, do pedido de reinclusão no SIMPLES.

Instada a se pronunciar sobre o caso, a DRJ do Rio de Janeiro decidiu por julgar improcedente a manifestação, especialmente por entender que ainda que a atividade vedada “*tenha sido excluída do contrato social no mesmo ano-calendário, não se pode sobrepor ao sobredito prazo legal de inclusão*”, fazendo referência, nesse caso, ao prazo descrito pelo art. 6º, § 1º, da Resolução/CGSN de nº 94/11. Em linhas gerais, o que afirmou a Turma *a quo* foi que a empresa teria que ter promovido a modificação de seu objeto antes do oco temporal referido pela norma regulamentar retro (31 de janeiro de cada ano), entendendo ser impossível a reinclusão da empresa no SIMPLES. E isto fica sobejamente claro a partir da seguinte e conclusiva passagem do voto condutor daquele aresto:

Tal como consta do Despacho Decisório recorrido, a legislação não contempla a hipótese de cancelamento da exclusão comunicada pelo próprio optante. Também não trata de reinclusão no Simples Nacional com data retroativa.

A interessada foi cientificada do resultado do julgamento acima em 12/07/2018 (AR de e-fl. 89), tendo interposto o seu recurso voluntário em 09 de agosto daquele mesmo ano (e-fl. 92), sustentado, basicamente, que nem a DRF, nem tampouco a DRJ, analisaram, efetivamente, os seus argumentos, reprisando, quanto ao mais, o que já afirmara em sua manifestação de inconformidade.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche todos os pressupostos legais de cabimento.

I O ERRO DE PREMISA JURÍDICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

Como se vê do relatório que antecede este voto, há uma questão de revelada importância que impõe, noutro giro, uma apreciação mais detida das razões contidas no acórdão recorrido. Isto porque, como restou demonstrado, a Turma *a quo*, não obstante reconhecer que a própria Receita Federal já se pronunciou, por ato interpretativo, pela possibilidade das empresas se oporem à exclusão do SIMPLES realizada na forma do art. 30, § 3º, da LC 123/06, afirmou, contraditoriamente, inexistir previsão legal para se promover o cancelamento da exclusão ou para admitir a reinclusão dos contribuintes no aludido regime.

Por conta disto, em momento algum aquele órgão colegiado se debruçou sobre as assertivas da insurgente de que jamais exercera a atividade vedada incluída, pretensamente de forma equivocada, em seus atos constitutivos, nem mesmo para criticar uma, factível, ausência de provas a dar lastro a tais assertivas. O que não se pode olvidar, diga-se, é que a DRJ se recusou a se pronunciar sobre a causa de pedir declinada pela empresa e, por conseguinte, sobre o seu próprio pedido, por conta de um sofisma, já que o questionamento do ato de exclusão aqui examinado é, sim, possível.

De fato, a par da expressa contrariedade incorrida pelo acórdão recorrido ao entendimento consolidado pela própria RFB, por ocasião da prolação da Solução de Consulta Interna Cosit nº 6, de 3 de abril de 2017, invocado, insista-se, pelo próprio Relator, este Conselheiro já pode se manifestar sobre a situação ora exame em casos passados, mesmo que com fundamentos, e até uma conclusão, distintos daqueles expostos pela COSIT.

Realmente, em casos passados, afirmei e confirmei a viabilidade do cancelamento da exclusão por ato próprio do contribuinte, equiparando, todo o procedimento, para fins processuais, aos casos de exclusão de ofício, ainda que, para este Colegiado, o entendimento exarado na predita Solução de Consulta já fosse mais que suficiente para anular a decisão recorrida (vide, neste sentido, o acórdão de nº 1302-004.593, publicado no DJe de 17/08/2020).

Com efeito, por força dos preceitos do arts. 45, VI e 62, ambos do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, é expressamente vedado aos membros deste órgão afastar o preceito legal sob o viés de sua invalidade, à luz da Constituição e de seus princípios. Neste passo, se se concluir que a lei é “ruim” e que traz prejuízos que possam, até mesmo, aviltar garantias ou direitos individuais fundamentais, situação identificada, diga-se, seja no plano abstrato ou, noutro giro, no próprio caso concreto, a legalidade, o princípio da separação dos poderes e, como já destacado, o próprio RICARF, nos impede de adotar uma solução que não aquela descrita na prescrição legal.

E, destaque-se, uma análise rasa dos preceptivos que conformam o “núcleo temático” da discussão ora travada indiciária, *a priori*, a circunstância mencionada alhures. Com efeito, a insurgente, inicialmente optante pelo regime simplificado descrito pela Lei Complementar de nº 123/06, teria promovido, e informado à RFB (junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ), a alteração de seu objeto social para incluir atividade explicitamente vedada pelo predito diploma legal. Ante tal fato, e a luz dos ditames contidos no art. 30, § 3º da citada LC 123/06, o próprio sistema eletrônico do órgão administrativo tributário federal considerou a ocorrência da hipótese de exclusão do SIMPLES por iniciativa da empresa.

Notem que, a teor do art. 28 retro referido, “*a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes*”, ao passo que, conforme a regra encartada no art. 29, a exclusão de ofício se dará nas hipóteses apontadas nos doze incisos deste dispositivo (que inclui, aí, o exercício de atividade vedada – incisos I e V¹). Já o art. 30, estabelece que a exclusão por comunicação se dará por opção do contribuinte ou, ao que interessa ao feito, quando ocorrida qualquer hipótese de vedação preconizada pela LC 123/06 (cuja falta de comunicação importa em exclusão de ofício, nos termos do já reportado art. 29, inciso I), dentre as quais destaca-se, precisamente, o exercício de atividades não autorizadas arroladas pelo art. 17 deste diploma legal.

Já o § 3º do art. 30 acima invocado é textualmente claro ao dispor que a: “*alteração de dados no CNPJ, informada pela ME ou EPP à Secretaria da Receita Federal do Brasil, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses*”.

Considerando-se as regras tratadas e expostas acima, fica bastante claro que a exclusão do SIMPLES se dará de ofício ou por comunicação e que estas duas figuras contemplam distinções óbvias, inclusive com consequências legais, até mesmo quanto a verificação temporal de seus efeitos, distintas. Mais que isso, a leitura acrítica destas prescrições dá a noção de que se estaria diante de um conflito intersubjetivo de interesses, ou de uma pretensão resistida, apenas no caso da ocorrência da exclusão de ofício.

Vejam bem, o “litígio” decorre, obviamente, da concepção de “lide” que, por sua vez, nas clássicas palavras de Carnelutti, lembradas por Alexandre Câmara, corresponde a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. O próprio Alexandre Câmara tenta explicitar de forma mais didática este conceito, dotado, apenas, de aparente simplicidade, e, numa mesma toada, lançando os alicerces do conceito de jurisdição:

Como é por demais conhecido, Carnelutti construiu todo o seu sistema jurídico em torno do conceito de lide, instituto de origem meta-jurídica que o mesmo definia como conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra. Segundo aquele jurista italiano, pretensão é a “*intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio*”, e – sempre segundo Carnelutti –, se num conflito de interesses um dos interessados manifesta uma pretensão e o outro oferece resistência, o conflito se degenera, tornando-se uma lide. Assim é que, segundo a clássica concepção de Carnelutti, jurisdição seria uma função de composição de lides².

¹ Isto é, quando a ME ou EPP deixar de fazer a comunicação obrigatória a que alude o art. 30 ou quando incorrer em infração às disposições da Lei Complementar 123/06.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 69.

Trazendo tais premissas para o processo administrativo, o art. 14 do Decreto 70.235/72 traz a expressão "a fase litigiosa" para exprimir, com precisão, o momento processual ali contemplado: a impugnação do contribuinte (ou a manifestação de inconformidade) representa a sua resistência à uma pretensão deduzida pelo fisco, que busca a submissão do interesse do administrado ao interesse, no caso, público arrecadatário.

Neste particular, atos em que tal submissão não se observa, atos em que não se identifica, objetivamente, um conflito de interesses, tais como atos meramente informativos, ou em que não se vê a sobreposição de direitos, não tem o condão de "caracterizar" uma lide, justamente por não ocorrer a dedução de pretensão e a oposição de uma resistência à esta pretensão.

No caso vertente, a exclusão por comunicação do contribuinte induziria, como já alardeado, uma ideia de inexistência de conflito; traduziria, destarte, exatamente a circunstância aventada acima, isto é, de uma ausência de submissão do interesse privado ao interesse público arrecadatário e, neste diapasão, de falta, propriamente, de uma "lide".

Nos termos do art. 39 da LC 123/06, "*o contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional*", i.e., a "lide" administrativa, "*será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício*". A menção, nesta regra, apenas à hipóteses que revelem uma ação unilateral atribuível, tão só, à Administração (o lançamento, o indeferimento da opção e a exclusão da ME ou EPP) é uma consequência clara dos preconceitos destacados linhas acima porque, de outra sorte, e como advertido, a exclusão por comunicação do contribuinte não encerraria um embate entre os interesses do contribuinte e do fisco.

Mas no início deste voto foi frisado que tais conclusões seriam resultado de uma análise "rasa" das regras ora tratadas.

Ao se buscar o conteúdo normativo das prescrições legais, não raro, se faz necessário o emprego das mais variadas técnicas hermenêuticas, inclusive ante uma conhecida imprecisão das palavras e dos códigos linguísticos. A interpretação da norma jurídica, todavia, deve ser realizada se considerando o sentido mínimo das palavras utilizadas pelo legislador; isto é, no exercício de compreensão do conteúdo prescritivo (ou, quiçá, princiológico) da norma há que se preservar o que Hart, lembrado por Frederick Schauer, chama de "*core of settled meaning*"³, pena, inclusive, de, a se ignorar o sentido mínimo semântico-gramatical das expressões, incorrer em sofisma na construção da norma jurídica. Esta questão é bem aventada também por Paulo de Barros Carvalho, cuja base teórica da construção da norma jurídica por ele intentada repousa, precisamente, no estudo da linguagem:

O texto é ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para a referência aos entes significados, perfazendo aquela estrutura triádica ou trilateral que é própria das unidades sógnicas. Nele, texto, as manifestações subjetivas ganham objetividade, tornando-se intersubjetivas. Em qualquer sistema de signos, o esforço de decodificação tomará por base o texto, e o desenvolvimento hermenêutico fixará nessa instância material todo o apoio de suas construções⁴.

³ SHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge Massachussets, London, England: Havard University Press, 2009, p. 152.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

A toda evidência, portanto, ao analisar a prescrição legal, ou o conteúdo semântico-sintático de um dado texto legal, o intérprete tem como limite, precisamente, aquele sentido mínimo, comum, apreensível *ab initio*, para, somente então, buscar-se a extensão completa da proposição normativa. A atuação do aplicador do direito, desta forma, voltar-se-á apenas para o esclarecimento das partes da norma que se situam na “área de penumbra” a que alude Hart (Schauer, op. loc. cit), identificáveis a partir do emprego atécnico das palavras pelo Legislador ou, noutro giro, pela opção deste de se utilizar, propositadamente, de expressões abertas, tendentes à abarcar um infinidade de situações que não poderiam ser descritas de forma taxativa num texto legal (sem prejuízo da necessidade de, quase sempre, se reunir diversas outras prescrições legais para se entender o espectro de atuação da própria norma jurídica).

O art. 39, mencionado linhas acima, possui, para além de dúvidas razoáveis, um núcleo semântico rígido intransponível até por, como já destacado, reger o “contencioso” administrativo. Assim, quando diz que as normas procedimentais aplicáveis ao “contencioso administrativo” afeito ao regime tratado pela Lei 123/06, serão aquelas determinadas pela autoridade competente para a sua análise, ele parte de um conteúdo mínimo semântico-gramatical: por contencioso, há que se entender o que esta palavra minimamente refere, qual seja, a lide instaurada a partir de uma pretensão resistida.

Mas a mesma rigidez seria observável na segunda parte do preceptivo acima? Ao dispor que o contencioso será resolvido pela autoridade competente para lançar, excluir ou indeferir a opção, este preceptivo não estaria tratando, apenas, da competência afeita à condução do processo administrativo (competência pessoal), sem se imiscuir no próprio objeto ou o conteúdo deste mesmo “contencioso” (competência objetiva/material)? E ainda que estivesse, de fato, tratando, do objeto do processo administrativo relativo ao SIMPLES, há que se perguntar, neste caso, se a referência à estas três situações é taxativa. Em outras situações não seria perceptível ou factível o surgimento de uma contenda que, ao fim e ao cabo, seria resolvida pela mesma autoridade mencionada pelo aludido artigo 39 (mesmo que não se observe um lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão da ME e/ou EPP)? Realmente teríamos “litigiosidade” apenas no lançamento, na exclusão da ME ou EPP do SIMPLES ou do indeferimento da opção pelo regime simplificado preconizado pela Lei Complementar de nº 123?

Que a existência de um contencioso (=lide) é impreterível, é algo até palpável, conformando, assim, o *core of settled meaning* de Hart... mas o restante da prescrição normativa acima, para além de dúvidas razoáveis, estaria alocada na sua área de penumbra precisamente porque a “contenciosidade” (com o perdão do neologismo) não está adstrita ao lançamento, à exclusão **de ofício** e ao indeferimento da opção.

Frise-se que a regra encartada no art. 30, § 3º, da LC 123/06, pressupõe uma atuação interpretativa por parte da Administração e, mais que isso, não revela um ato, presumidamente, e *per se*, intencional do agente privado de se excluir do SIMPLES Nacional. A predita regra, diga-se, equipara a mudança do objeto ao comunicado a que alude o inciso II do citado artigo, mas o faz por uma contingência; não há nada aí que permita inferir a presunção quanto a vontade do agente, mas, apenas, faz substituir ato que, acaso não praticado pelo contribuinte, encerrará a sua exclusão por força dos preceitos do art. 29, I.

No âmbito deste CARF há discussões infundáveis sobre se as vedações contidas na norma de regência em exame atingiriam determinadas atividades consideradas *in abstracto*.

Uma dessas questões, diga-se, foi analisada à exaustão por este Órgão Administrativo, tendo sido, inclusive, objeto de Súmula:

Súmula CARF nº 57

A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos, bem como os serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento de metais, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES Federal. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

O fato de ter sido pacificado o entendimento no âmbito do CARF, diga-se, não retira a litigiosidade que permeia discussão abarcada pelo verbete acima. Neste passo, é perfeitamente possível que uma determinada ME ou EPP, optante pelo SIMPLES, inclua em seu objeto a atividade de “*instalação ou reparos em máquinas e equipamentos*” e, a luz do entendimento que foi contraposto pelos contribuintes nos precedentes que formaram o entendimento externado na súmula acima, venha a ser excluída do SIMPLES ante a tipificação das hipóteses do art. 30, inciso II, conjugado com o seu § 3º. Neste exemplo, há, sim, uma litigiosidade igual àquela que seria observada caso a empresa simplesmente tivesse o seu direito à opção negado ou fosse excluída de ofício.

Mesmo no caso em análise, e como já dito acima, o recorrente nunca pretendeu ser excluído do SIMPLES. Ele promoveu a alteração de seu objeto social e, somente depois, percebeu que a atividade incluída em seu contrato social era vedada; o problema é que, reprimise, contingencialmente, a lei equipara este ato à comunicação obrigatória a que a alude o art. 29. Inegavelmente, contudo, o contribuinte sempre manifestou o interesse de permanecer no SIMPLES e este interesse foi contraposto por um ato, automático, reconhece-se, mas ainda atribuível à Administração Pública.

É preciso lembrar as advertências de Maccormick acerca da validade da norma e da necessidade de se verificar se a sua aplicação, ainda que sob uma ótica consequencialista (jurídica e não utilitarista⁵), causa ou não injustiça⁶;

Problemas jurídicos surgem a partir de contextos jurídicos e novas decisões em casos problemáticos são construídas a partir de corpos de lei. Os corpos de lei concentram-se em dados valores ou complexos de valores. É contra estes mesmos valores que nos testamos decisões rivais em casos problemáticos. Em se considerando as consequências jurídicas de uma decisão de acordo com a suas implicações para casos hipotéticos, descobrimos se porventura uma decisão nos compromete a tratar universalmente como correta uma ação que subverte ou falha em respeitar, suficientemente, os valores em questão, ou a tratar como erradas formas de conduta que não incluam tais subversões ou falhas. Quaisquer destas consequências é inaceitável porque provocam injustiça⁷.

⁵ O pensamento utilitarista defendido John Mill é incompatível com o sistema, precisamente por se ocupar, exclusivamente, do grau de satisfação que uma dada decisão possa alcançar, desconsiderando-se, entretanto, os princípios gerais do direito e, mais grave, os direitos e garantias individuais.

⁶ Aqui tomada como sinônimo de antijuridicidade e não como valor moral absoluto e, portanto, estranho ao direito.

⁷ Em tradução livre de: “for legal problems arise in legal settings and new rulings in problematic cases build out from established bodies of law. Established bodies of law focus on given values or complexes of values. It is against those very values that we test and eliminate rival rulings in problematic cases. In considering the juridical consequences of a ruling by way of its implications for hypothetical cases, we discover whether a ruling commits us to universally treating as right deeds that subvert or fail of sufficient respect for the values at stake, or to treating

Evitando-se o ativismo jurídico e, mais importante, e como já destacado ao longo deste voto, não desrespeitando o limite mínimo verificável a partir do sentido semântico-gramatical mínimo das palavras empregadas pela regra prescritiva, a sua interpretação, seja qual método se utilize, não pode, de qualquer forma, alcançar um resultado antijurídico, que conflite, pois, com as normas constitucionais e/ou sistêmicas (sejam elas regras ou princípios).

No caso, a interpretação que respeita os limites gramaticais do texto do art. 39 e, ainda assim, a válida à luz de princípios como da igualdade e das garantias do devido processo e ampla defesa, seria aquela em que, ao empregar a expressão “*será de competência do órgão [...] que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício*”, a Lei Complementar estabeleceu, apenas, a competência processual “pessoal” e não o objeto do processo administrativo em si, que pode, como destacado anteriormente, abarcar outras hipóteses litigiosas que não se limitam ao ato de lançamento, exclusão ou indeferimento da opção.

Noutro giro, e ainda que se queira sustentar que ao definir a competência, a predita regra também definiu o objeto, semelhante percepção deve ser permeada pelo núcleo rígido do aludido artigo; i.e., o que define o objeto é a litigiosidade (o contencioso) de sorte que a segunda parte deste preceptivo seria apenas exemplificativa; atingiria, pois, os casos de lançamento, exclusão e/ou indeferimento da opção e qualquer outro caso em que se verifique a existência de um interesse do contribuinte contraposto pela Administração Pública. Isto porque, como dito, um entendimento mais restritivo (que considere, pois, taxativa a segunda parte do preceito legal em exame), aviltaria o princípio da igualdade e as garantias do devido processo legal e da ampla defesa – consequências, como destacado por McCormick, inaceitáveis “*porque provocam injustiça*” (ou, mais acuradamente do ponto de vista técnico, antijuridicidade).

Insista-se: no caso concreto não houve uma manifestação explícita, representativa da vontade do contribuinte, tendente à externar a sua intenção de não mais se sujeitar ao regime tributário preconizado pela LC 123. Houve, isto sim, um pretensão lapso concernente a um ato que, como por vezes já dito, é equiparado, contingencialmente, à manifestação que a faz referência o inciso II do art. 30. Como não se está diante de hipótese em que o contribuinte explicitamente expôs a sua intenção de não mais apurar os tributos por meio do SIMPLES, mas, isto sim, de uma situação claramente contenciosa, em que o interesse do particular se contrapõe ao interesse público, há, aqui, e de forma incontestada, um contencioso.

E assim, seja em considerando a regra encartada pelo art. 39 como regra de competência voltada à definição apenas das autoridades legitimadas a conduzir o processo administrativo ou, noutro giro, seja para quem quiser considerá-la como regra de competência material (fixada em decorrência do objeto), a litigiosidade ainda é o norte interpretativo para se definir o seu espectro de aplicação.

Havendo uma lide (ainda que não se refira ao lançamento de tributo, à exclusão de ofício ou, mesmo, ao indeferimento da opção), envolvendo o regime tratado pela LC 123/06, o processo será regido, no caso, pelo Decreto 70.235/72, e, neste passo, era imperiosa uma explícita abordagem, pelo acórdão recorrido, das razões deduzidas na manifestação de inconformidade para dar lastro à pretensão da recorrente.

as wrong forms of conduct which include no such subversion of failure. Either consequence is unacceptable because it wrecks injustice” (MACCORMICK, Neil. *On Legal Decisions and Their Consequences – From Dewey to Dworkin*. New York University Law Review, vol. 58, n. 2, 1.983, p. 256-257).

A premissa jurídica adotada pelo acórdão, insista-se, é errada e deve, nesta esteira, ser afastada, impondo-se o retorno dos autos àquela Turma julgadora de primeira instância.

III CONCLUSÃO FINAL.

À luz do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário a fim, afastado óbice jurídico aventado pela Turma *a quo* para enfrentar os argumentos de mérito propostos pela insurgente, determinar o retorno do feito àquele colegiado para que profira nova decisão em que o pedido (e causa de pedir) declinado seja efetivamente apreciado.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca