



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13976.000891/2003-70
Recurso nº 140.029 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.131 – 1ª Turma Especial
Sessão de 19 de maio de 2009
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente ESCRITÓRIO CONTÁBIL LS S/C LTDA.
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

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

Ano-calendário: 2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF). INCONSTITUCIONALIDADE - Não cabe na esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, nos termos contidos no art. 26-A e parágrafo único do Decreto nº 70.235/1972 (PAF), com redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008, e art. 49 e parágrafo único do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes

SIMPLES. PRINCÍPIO DA ISONOMIA - Muito antes de ferir o princípio da isonomia, o art. 9º da Lei nº 9.317/1996 veio adequar a sistemática simplificada de pagamentos de tributos (Simples) às diferentes capacidades contributivas das pessoas jurídicas envolvidas.

RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA EM FACE DE AÇÃO JUDICIAL - A existência de ação judicial versando sobre a mesma matéria, ainda que impetrada em momento anterior à data de expedição do Ato Declaratório Executivo caracteriza a renúncia à via administrativa, impedindo a apreciação das razões de mérito por parte do órgão administrativo colegiado responsável pelo julgamento.

RETROATIVIDADE BENIGNA. INAPLICABILIDADE À LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 - Por não se tratar de norma expressamente interpretativa e nem se referir a penalidades (multas), inaplicável a retroatividade benigna prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN) ao presente caso no que se refere aos dispositivos da Lei Complementar nº 123/2006.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso por opção pela via judicial.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES – Presidente


HÉLCIO LAFETÁ REIS - Relator

EDITADO EM: 14/09/2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Alex Oliveira Rodrigues de Lima e Hécio Lafetá Reis.

Relatório

O contribuinte foi excluído do Simples por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 463.828 de 7 de agosto de 2003 (fl. 16), em razão do exercício de atividade impeditiva: “Atividades de contabilidade”.

Em 25 de setembro de 2003, apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS (fls. 15; 18 a 22), que foi julgada improcedente pela Delegacia da Receita Federal em Joinville/SC (fl. 17 – verso), em razão da situação excludente tipificada no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996, tendo em vista o exercício de atividades relativas a serviços de Contabilidade.

Não se conformando com tal procedimento, em 28 de novembro de 2003, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 1 a 14), requerendo a anulação do ato declaratório de exclusão e alegando, em síntese, o seguinte:

a) sua exclusão do Simples é ilegal e inconstitucional;

b) a existência de Mandado de Segurança impetrado por meio do Sindicato da categoria, pendente de decisão, tendo como fundamento a ofensa ao princípio da isonomia e à Constituição, *não podendo os atos da Administração sobrepor-se sobre os judiciais, muito menos, haver decisão administrativa sobre fato que esteja sob a apreciação e pendência de decisão judicial* (fl. 3);

c) a decisão proferida na SRS é nula, uma vez que deixou de apreciar as razões apresentadas;

d) a inconstitucionalidade do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996, por desrespeito ao art. 179 da Constituição Federal e afronta ao princípio da isonomia.

A DRJ Curitiba/PR decidiu pelo indeferimento da solicitação (fls. 28 a 33), afastando as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade.



Em seu voto, o relator aponta que a liminar requerida em sede de Mandado de Segurança Coletivo foi indeferida, tendo sido prolatada, em 24/03/2000, *sentença denegando a segurança* (fl. 30).

Ressalta o relator que, na data de expedição do ADE, o sujeito passivo não se encontrava ao amparo de medida liminar ou sentença que tivesse reconhecido o pleito, razão pela qual a ação do fisco não merece reparos (fl. 30).

Em Recurso tempestivo (fls. 36 a 48), o contribuinte alega que a existência de ação judicial, ainda pendente de decisão definitiva por parte do Supremo Tribunal Federal – STF –, não implica a renúncia à discussão administrativa, tendo havido deferimento de *seu pedido de depósito judicial dos valores questionados, estando, portanto, suspenso o crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN* (fl. 39).

Ressalta, ainda, que não houve deslocamento da lide para o Poder Judiciário (...) porque a ação judicial é mais antiga, e possuiu objeto distinto do presente processo administrativo (fl. 39).

A par dessas argumentações, repisa, em sede de recurso, as alegações apresentadas na impugnação relativas à inconstitucionalidade do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, por desrespeito ao art. 179 da Constituição e afronta ao princípio da isonomia.

Por fim, ressalta que a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o “Super Simples”, excluiu da vedação ao sistema as atividades de contador, nos termos do seu art. 17, XXVI, e requer a reforma da decisão de primeira instância.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro HÉLCIO LAFETÁ REIS, Relator

O recurso é tempestivo e reúne as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

I. Argüições de inconstitucionalidade

De acordo com o art. 26-A e parágrafo único do Decreto nº 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF), com redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008, e art. 49 e parágrafo único do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, nos julgamentos de Recurso Voluntário ou de ofício os Conselhos de Contribuintes encontram-se impedidos de afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, *in verbis*:

Decreto nº 70.235/1972 (PAF)

(...)

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob



fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

II - que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de junho de 2002; (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes

(...)

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Portanto, não cabe na esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional nos termos contidos nos dispositivos acima reproduzidos.



II. Princípio da isonomia – Simples – Vedações da Lei nº 9.317/1996

A ordem constitucional pátria, ao garantir o princípio da isonomia aos contribuintes, o fez no sentido de assegurar igual tratamento aos que se encontrassem em situação equivalente.

O art. 150, II, da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

As pessoas jurídicas hábeis a se enquadrarem nos conceitos de microempresa e de empresa de pequeno porte, não obstante o liame de receita bruta que as une, são distintas entre si, possuindo outros traços que as diferenciam.

A fim de tornar isonômico o tratamento dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, não se detendo apenas em seu faturamento, necessários se fizeram os ajustes garantidores de tratamento igualitário em face da capacidade contributiva de cada uma delas (igualdade material).

Nesse sentido, a Lei nº 9.317/1996, em seu artigo 9º, veio equalizar a situação diferenciada de pessoas jurídicas que, em razão tão-somente de seu porte, foram agrupadas em um universo multifacetado.

Como a sistemática de apuração do Simples engloba um número considerável de tributos, muitas das sociedades enquadráveis, em razão de seu faturamento, como microempresas ou empresas de pequeno porte, em face de suas peculiaridades, foram excluídas da possibilidade de optar pelo Simples, buscando-se dar maior efetividade ao princípio da isonomia, tendo em vista a possibilidade de se favorecer umas mais que outras.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.643, decidiu da seguinte forma:

EMENTA: ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços. 2. (...) 3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela "simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas" (CF, artigo

179). 4. *Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.*

Verifica-se, portanto, que, muito antes de ferir o princípio da isonomia, o art. 9º da Lei nº 9.317/1996 veio adequar a sistemática simplificada de pagamentos de tributos (Simples) às diferentes capacidades contributivas das pessoas jurídicas envolvidas. Ofensa ao princípio haveria se não se distinguíssem os diferentes atores em face de seu potencial econômico e empresarial.

III. Ação judicial. Renúncia ao litígio administrativo.

A presente questão será analisada com base nos dados e informações presentes nos autos, já que a Recorrente não identificou os dados do Mandado de Segurança Coletivo e este Relator não conseguiu, em pesquisas efetuadas, individualizar a respectiva ação judicial.

Tal situação, inclusive, contraria o disposto no art. 16, inciso V, do Decreto nº 70.235/1972 (PAF), em que se exige que, se a matéria impugnada tiver sido submetida à apreciação judicial, o Impugnante deverá juntar cópia da petição, o que não ocorreu no presente caso.

Conforme a informação constante dos autos, o Sindicato representativo da categoria da Recorrente foi polo ativo em Mandado de Segurança Coletivo, cuja segurança foi denegada em 24/03/2000, nos termos presentes no voto do relator de 1ª instância (fl. 30), informação essa não contestada pela Recorrente.

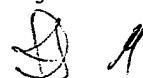
De acordo com informação prestada pela Recorrente, o aludido Mandado de Segurança teria como objetivo *evitar a exclusão dos seus representados da sistemática do Simples* (fl. 38); portanto, estar-se-ia diante do mesmo fundamento que ensejou a expedição do ato declaratório de exclusão.

Na peça recursal, consta que referida ação judicial encontra-se atualmente em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para julgamento de recurso (fl. 39).

Contudo, considerando o disposto no art. 497 do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/1973 –, em que consta que o *recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença*, tem-se, desde a denegação da segurança e após esgotado o duplo grau jurisdicional, uma decisão definitiva executável.

Portanto, à época da expedição do Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 463.828 de 7 de agosto de 2003 (fl. 16) e considerando a informação de que a segurança havia sido denegada em 2000, a Recorrente já teria a seu desfavor uma decisão judicial executável.

A busca da via judicial pelo contribuinte, ainda que anterior ao procedimento fiscal, pode ensejar uma divergência de entendimentos entre os órgãos judicantes. *Caso este Conselho entenda que não cabe razão à Fazenda Nacional e o Poder Judiciário venha a entender diferentemente, considerando a força de coisa julgada da decisão administrativa contra a Fazenda Nacional, ocorreria uma situação insustentável, ou seja, a decisão judicial*



que deveria prevalecer se tornaria inócua (Acórdão nº 301-33.571 de 24/1/2007 da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes).

Pela sistemática constitucional, todo ato jurídico, inclusive o administrativo, está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este, em relação à esfera administrativa, instância superior e autônoma. Superior, porque tem competência para revisar, cassar, anular ou confirmar o ato administrativo, e autônoma, porque o contribuinte não está obrigado a recorrer, antes, às instâncias administrativas, para ingressar em juízo. O contencioso administrativo tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito dos órgãos judicantes do próprio Poder Executivo. Nesta situação, a Fazenda exerce, ao mesmo tempo, a função de parte e de julgador, possibilitando ao próprio sujeito ativo da relação jurídica tributária revisar seus atos em face do litígio em torno da matéria, previamente ao exame pelo Poder Judiciário (idem).

Nesse sentido é o Ato Declaratório (normativo) nº. 03, de 14.02.96, do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, que expõe que “a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto” (idem).

Portanto, considerando a existência de ação judicial versando sobre a mesma matéria, ainda que impetrada em momento anterior à data de expedição do ato declaratório de exclusão e, além disso, a obtenção de uma decisão judicial executável desde então, tem-se por caracterizada a renúncia à via administrativa, o que impede a apreciação das razões de mérito por parte do órgão administrativo colegiado responsável pelo julgamento.

IV. Irretroatividade da Lei Complementar nº 123/2006

A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, na redação original do art. 17, § 1º, XXVI, excluiu da vedação à opção pelo sistema as pessoas jurídicas cujo objeto fosse a prestação de serviços contábeis.

Com o advento da Lei Complementar nº 128/2008, a possibilidade de adesão à sistemática diferenciada de apuração de tributos por ela criada de escritórios de serviços contábeis passou a ser disciplinada da seguinte forma:

*§ 5º-B. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:
(Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)*

(...)

XIV – escritórios de serviços contábeis, observado o disposto nos §§ 22-B e 22-C deste artigo.

Logo, somente a partir da Lei Complementar nº 123/2006, observadas as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 128/2008, foi que se facultou a opção pelo Simples Nacional de sociedades prestadoras de serviços contábeis.



Referidas leis complementares não imprimiram efeitos retroativos a seus dispositivos.

Pelo contrário, o § 5º do art. 31 da Lei Complementar nº 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 128/2008, definiu que, na hipótese de exclusão obrigatória, *uma vez que o motivo da exclusão deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício no caso (...) de verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória, o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, limitado, porém, ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir.*

Pela natureza da norma superveniente e não havendo comando expresso em sentido contrário, não se vislumbra a possibilidade de retroatividade de seus dispositivos a situações ou a atos praticados em momento anterior à sua vigência, não se lhes aplicando o contido no art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

*I - em qualquer caso, quando seja **expressamente** interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

*a) quando deixe de defini-lo como **infração**;*

*b) quando deixe de tratá-lo como **contrário a qualquer exigência de ação ou omissão**, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*

*c) quando lhe comine **penalidade** menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (grifei)*

Por não se tratar de lei expressamente interpretativa, nem se referir a ato não definitivamente julgado que antes era tratado como infração, penalidade ou contrário à lei, as disposições do art. 106 do CTN acima transcrito não autorizam a aplicação retroativa da Lei nº 10.034/2000 ao presente caso.

Nesse sentido, já se posicionou Luciano Amaro ao tratar da retroatividade benigna presente na alínea “b” do inciso II do art. 106 do CTN, a saber:

*Já a alínea ‘b’ do dispositivo conflita com o previsto na alínea ‘a’. Com efeito, cuida a alínea ‘b’ da hipótese em que certo ato, que era contrário a uma exigência legal (de ação ou de omissão), deixou de ser tratado como tal pela lei nova. Vale dizer: o ato configurava uma infração à lei da época de sua prática, mas a lei nova deixa de considerá-lo como infração. Ora, essa é exatamente a hipótese da alínea ‘a’” (AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006).*

As infrações tributárias abrangem tanto o fato jurídico do não cumprimento da obrigação tributária principal (pagamento de tributo) e acessória (deveres instrumentais) quanto as infrações penais tributárias (crimes fiscais).

No primeiro caso, tem-se a infração tributária como o fato jurídico ilícito consistente no não cumprimento do dever de pagar o tributo ou de cumprir com as obrigações tributárias acessórias.

O descumprimento da obrigação tributária, principal ou acessória, enseja a imposição de uma penalidade, que, em Direito Tributário, consiste na aplicação de multas, ora de caráter moratório, ora com viés sancionatório.

Constata-se, portanto, que o art. 106, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c”, ao prever a retroatividade benigna, está a se referir às infrações tributárias e às penalidades advindas de seu cometimento, sendo esse o entendimento exarado pelo professor Alexandre Rossato da Silva Ávila que assim se pronunciou:

Na hipótese do inciso II do art. 106 do CTN, a lei tributária posterior à ocorrência da infração que for mais benéfica ao contribuinte deverá ser aplicada retroativamente. A lei do presente, por ser mais benigna em relação à vigente por ocasião das infrações pretéritas, produzirá os seus efeitos no passado. O dispositivo refere-se exclusivamente às penalidades impostas por infração à legislação tributária. Ou seja, diz respeito apenas às multas, sejam moratórias ou punitivas. O princípio a ser aplicado é o mesmo do direito penal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Podemos dizer, a lei tributária não retroagirá, salvo, em matéria de penalidades, para beneficiar o contribuinte. A retroatividade benigna não abrange o tributo, os juros ou a correção monetária. O tributo deverá ser apurado de acordo com a lei vigente no momento do fato gerador, não podendo ser invocada a aplicação retroativa quando a norma posterior reduzir a carga tributária (ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. Curso de direito tributário. Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2008, p. 197). Grifei.

A sistemática de apuração do Simples e do Simples Nacional não pode fugir à regra do Código Tributário Nacional, devendo o lançamento respectivo se reportar ao momento do nascimento da obrigação tributária, observando-se a legislação tributária vigente.

Alterações posteriores na forma de apuração do tributo somente serão aplicáveis para as situações futuras, salvo quando se referir à imposição de multas, que, nesses casos, poderão retroagir nos termos do art. 106, II, do CTN (retroatividade benigna).

O STJ decidiu nesse sentido ao apreciar o REsp nº 760.496, julgado em 18/12/2007, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS REFERENTES À ASSISTÊNCIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. RESTRIÇÃO CONTIDA NA LEI 9.317/96.

1. O TRF da 4ª Região entendeu que a recorrente, ao prestar serviços "de assistência técnica em equipamentos de informática e equipamentos de escritório, exerce atividade 'assemelhada' à de engenheiro" (fl. 123-verso). Esse entendimento coaduna-se



com o disposto no art. 9º, I, da Resolução 218/73 (que regulamentou a Lei 5.194/66), segundo o qual "compete ao Engenheiro Eletrônico ou ao Engenheiro Eletricista, Modalidade Eletrônica ou ao Engenheiro de Comunicação" a assistência técnica e consultoria em relação "a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistema de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos". Considerando que os equipamentos de informática enquadram-se no conceito de equipamentos eletrônicos, é imperioso concluir que a vedação contida no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, atinge as empresas que prestam assistência técnica e consultoria em relação a tais equipamentos.

2. É certo que a restrição em comento foi afastada pelo art. 4º da Lei 10.964/2004 (com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004). Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. Recurso especial desprovido.

Tais entendimentos encontram-se conforme o comando constitucional que restringe a retroatividade da lei àquelas de natureza penal, ou seja, que cuida das infrações e das penalidades, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

A Lei nº 9.784/1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que se aplica, subsidiariamente, aos processos administrativos específicos – dentre os quais se inclui o Processo Administrativo Fiscal – nos termos do seu art. 69, assim dispõe:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. Grifei

Não há, portanto, suporte legal para a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006 ao presente caso.



V. Conclusão

Em face do exposto, considerando a existência de ação judicial versando sobre a mesma matéria, ainda que impetrada em momento anterior à data de expedição do ato declaratório de exclusão e, além disso, a obtenção de uma decisão judicial executável desde então, tem-se por caracterizada a renúncia da via administrativa, o que impede a apreciação das razões de mérito por parte do órgão administrativo colegiado responsável pelo julgamento. Portanto, voto por NÃO CONHECER O RECURSO.

É como voto.


HÉLCIO LAFETÁ REIS 