



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10380.017119/2008-11  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2803-002.434 – 3ª Turma Especial  
**Sessão de** 19 de junho de 2013  
**Matéria** CP: AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL.  
**Recorrente** JOSÉ ANCHIETA MAGALHÃES MOREIRA - ME.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

Data do fato gerador: 24/11/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE SANÇÃO. RETENÇÃO DE ONZE POR CENTO SOBRE NOTA FISCAL OU FATURA. EMPRESA DO SISTEMA SIMPLES. INCOMPATIBILIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTE DO STJ. REGIME DO RECURSO REPETITIVO. APLICAÇÃO. RICARF.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado Digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado Digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

## Relatório

O presente Auto de Infração – AI, com DEBCAD 37.178.154-0, CFL.37, deixar a empresa cedente de mão-de-obra de destacar onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme dispõe o art. 31, parágrafo 1., da Lei n. 8.212, de 24.07.91, na redação dada pela Lei n. 9.711, de 20.11.98, combinado com o art. 219, parágrafo 4, do Regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração – AI, fls. 01.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 26/11/2008, conforme – Folha de Rosto do Auto de Infração – AI, de fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, as fls. 27 a 36, recebida, em 26/12/2008, a qual foi acompanhada dos documentos, de fls. 37 a 50.

A impugnação, considerada tempestiva, fls. 51.

A primeira instância exarou o Acórdão nº 08-24.121 - 6ª Turma da DRJ/FOR, em 10/10/2012, fls. 53 a 58, no qual a impugnação foi considerada improcedente.

A empresa tomou conhecimento desse decisório, em 27/11/2012, AR, de fls. 104.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 66, recebida, em 27/12/2012, com as razões recursais, as fls. 67 a 80, acompanhado dos documentos, de fls. 81 a 99, as teses recursais resumidas são as que a seguir constam.

- que o Ato Declaratório Executivo nº 69/2008 de exclusão do simples é nulo, pois sua receita bruta anual mormente no ano de 2004 não ultrapassou o limite legal, mas que a lei estabeleceu exceções para inclusão no SIMPLES entre elas a do artigo 9º, XIII;
- que a empresa foi excluída do SIMPLES, pois em seu contrato social consta uma série de serviços que no entender do fisco configura serviços de engenharia, não sendo necessário habilitação profissional de engenharia para realizar os serviços constantes das notas fiscais analisadas, sendo que o Sr. José Anchieta empresário individual é técnico de telefonia inscrito no CREA-CE, a lei não veda o serviço de técnico;
- que o Acórdão ao considerar válido o ADE 69/2008 violou o artigo 84, da Lei 5.194/66, regulamentado pelo RS CONFEA 262/1979; os artigos 1º; 2º e 3º da Lei 9.317/96 e os artigo 96 e 100, I, do CTN
- que a decisão do acórdão recorrido não está de acordo com a jurisprudência do STJ, transcreve decisões, demonstrado, assim, a

divergência entre os acórdão da DRJ e do STJ, porém em situação fática idêntica, cita decisão do TRF4;

- que demonstrada a nulidade do ADE 69/2008 em razão da comprovação dos requisitos para inclusão no sistema SIMPLES, torna-se ilegal a obrigatoriedade da escrituração do Diário, nos termos do artigo 7º, § 1º, da Lei 9.317/96;
- que o sistema da retenção de 11% sobre notas fiscais ou faturas é incompatível como o sistema SIMPLES e a redução de tributação por ele autorizado, sendo que o STJ no RESP 1.112.467-DF julgado nos moldes o artigo 543-C do CPC, proclamou a incompatibilidade dos sistemas, asseverando que as empresas do SIMPLES não estão sujeitas a retenção de 11%;
- que houve violação aos artigos 97, 108, §1º do CTN, pois a interpretação de norma excepcional deve ser restritiva, não sendo vedado a empresa estar no simples, pois esta não exerce atividade que exige profissional habilitado, sendo vedado exigir tributo por analogia, bem como não cedendo a empresa mão de obra não pode sujeitar-se a retenção.
- Por fim, a recorrente requer e pede: a) acolhimento do recurso com a reforma da decisão *a quo*; b) declaração de insubsistência do auto de infração.

O Recurso Voluntário foi considerado tempestivo, fls. 102 e 106.

Os autos subiram ao CARF, fls. 106.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira - Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

O Ato Declaratório Executivo Nº 69/2008 não está em discussão nestes autos este ato foi discutido nos autos do processo 10380.017769/2008-59 e foi julgado regular pela primeira instância e pelo CARF estando, hoje, arquivado no Arquivo Geral da SAMF-CE, desde 19/12/2012, conforme consulta COMPROT realizada nesta data, portanto os motivos da exclusão para este julgamento são irrelevantes.

A empresa ora recorrente apresentou notas fiscais ou faturas de prestação de serviço sem o devido destaque da retenção de onze por cento, como consta do Relatório Fiscal da Infração, de fls. 10.

Não está sendo objeto destes autos o ADE 69/2008, pois este já foi discutido em outros autos, cuja a tramitação administrava está concluída e em desfavor do contribuinte, as alegações sobre este e seu direito de permanência no SIMPLES e demais alegações relativas a matéria são impertinentes, por divórcio ideológico.

*E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O RECURSO DE AGRAVO DEVE IMPUGNAR, ESPECIFICADAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. - O recurso de agravo a que se referem os arts. 545 e 557, § 1º, ambos do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, deve infirmar todos os fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão agravada. O descumprimento dessa obrigação processual, por parte do recorrente, torna inviável o recurso de agravo por ele interposto. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apóia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes. (AI-AgR 440079, CELSO DE MELLO, STF)*

Todavia, penso que a questão não seja essa e explico, até o advento do ADE 69/2008 a empresa estava usufruindo dos benefícios do sistema SIMPLES.

Registro, ainda, que consta do autos um Despacho Decisório, datado de 08/10/2008, fls. 38, que nega pedido da empresa para exclusão do SIMPLES NACIONAL, pois a solicitação foi extemporânea.

Nesta vertente estando a empresa no sistema de arrecadação beneficiada é de ser entender que ela agiu e agisse dentro dos parâmetros de tal sistema.

Não é racional e razoável querer que uma empresa em 2004 pudesse imaginar que em 2008 seria excluída do sistema com efeitos retroativos ao ano de 2004 para exigir que ela promovesse por antecipação o destaque das retenções nas notas fiscais emitidas em 2004, ou, ainda, que após a exclusão, saísse retificando os documentos já emitidos para adequá-los a sua nova situação, uma vez que como explicitado pela recorrente o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que a técnica de arrecadação pela retenção não é compatível como o sistema de tributação favorecida da micro e pequena empresa, o que faz ser esta dispensada de tal obrigação, observe ementa de aresto julgado no moldes do artigo 543-C, da Lei 5.869/73.

*EMEN: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. **RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (ERESP 511.001/MG).** 1. A Lei 9.317/96 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias mediante opção pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre a qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (art. 3º, § 4º). 2. O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas. 3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317/96). 4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. ..EMEN: (RESP 200900455200, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:21/08/2009 RT VOL.:00889 PG:00242 ..DTPB:.) (grifo meu).*

Aplico a decisão acima nos termos do artigo 62-A, *caput*, da Portaria MF 256/2009, com suas alterações que transcrevo abaixo.

*Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. [\(Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010\)](#)*

Posto isto, encontro razões jurídicas para acatar o pedido da recorrente, ainda, que por motivos distintos.

### **CONCLUSÃO:**

Pelo exposto voto por conhecer do recurso para no mérito dar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.