



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13887.000231/2007-11
ACÓRDÃO	2301-011.531 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	3 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	MUNICIPIO DE LEME - PREFEITURA MUNICIPAL
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1996 a 28/02/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO.

Matéria que não tenha sido objeto de impugnação e, portanto, não conste da decisão de primeira instância, não pode ser alegada em sede de recurso voluntário, por estar preclusa.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2)

DECADÊNCIA. DECISÃO DO STJ. RECURSO REPETITIVO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.

No caso de lançamento por homologação, quando o pagamento antecipado é efetuado, a aferição da decadência tem como base o artigo 150, § 4º, do CTN, conforme decisão do STJ em sede de recurso repetitivo.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%. REGIME ANTERIOR A LEI COMPLEMENTAR 128/2008. PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE.

Em regra, as empresas optantes do SIMPLES não estão sujeitas à retenção de 11% imposta pelo art. 31 da Lei 8.212 sobre os valores pagos pelos seus tomadores de serviços de cessão de mão de obra, de modo que não procede o lançamento efetivado em desfavor da tomadora que deixa de realizar a retenção, prevalecendo o princípio da especialidade, mormente no período anterior a Lei Complementar 128, de 2008, que prevê, a partir de 1º de janeiro de 2009, exceções para as hipóteses listadas nos incisos I e VI do § 5º-C do art. 18 da LC 123/2006 para o caso de empresas do

SIMPLES Nacional tributadas na forma do ANEXO IV. Entendimento do C. STJ, nos termos do art. 543-C do CPC/73.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário, não conhecendo da matéria preclusa e das alegações de inconstitucionalidade de lei tributária, para, na parte conhecida, dar parcial provimento, afastando a exigência de retenção de contribuição previdenciária sobre pagamentos a empresas optantes pelo SIMPLES relacionadas na fundamentação.

Sala de Sessões, em 3 de dezembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Diogo Cristian Denny – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Flavia Lilian Selmer Dias, Vanessa Kaeda Bulara de Andrade, Rodrigo Rigo Pinheiro e Diogo Cristian Denny (Presidente).

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Resolução nº 2301-000.925, de 09/08/2021 (fls. 1040/1043):

Trata-se de Recurso Voluntário em face do acórdão que manteve parcialmente o lançamento tributário (NFLD nº 37.073.722-9), refere-se ao levantamento dos valores de retenção de onze por cento (11,00%) incidentes sobre o pagamento de serviços prestados em regime de cessão de mão de obra e empreitada, conforme previsto no artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Arguições de inconstitucionalidade refogem à competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.

DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCONSTITUCIONAL O ARTIGO 45 DA LEI Nº 8.212/1991.

Decretada pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 8, a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho

de 1991, bem como do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO DE 11%. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A teor do artigo 31 da Lei 8.212/1991, na redação da Lei 9.711/1998, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra é obrigada a reter 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos na nota fiscal e prestados pela contratada.

A retenção sempre se presume feita oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, conforme o artigo 33, § 5º, da Lei 8.212/1991, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto no mencionado diploma legal.

Apresentado Recurso Voluntário em que se sustenta, em síntese:

Cita a Súmula nº 08 do STF e a inconstitucionalidade do art. 45, da Lei 8.212/91;

Sustenta a competência dos órgãos julgadores, no âmbito do processo administrativo tributário federal, bem como que conforme os itens seguintes, o presente recurso voluntário tem o fito de afastar a exigência fiscal com base, dentre outros argumentos, no reconhecimento da ilegalidade e da inconstitucionalidade das normas utilizadas como fundamento para a presente autuação;

A decadência do direito de lançar, sendo que as competências anteriores a maio de 2002 encontram-se decaídas;

Aduz ser ilegal a desconsideração do regime de contratação temporária criada pelo Município, Expõe sobre a constituição definitiva do crédito tributário e a prescrição;

A inconstitucionalidade da instrução normativa INSS 80/2002, bem como ser ilegal a retenção de 11% sobre o faturamento das empresas optantes pelo SIMPLES. Cita a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 938/09, que alterou o artigo 274-C da Instrução Normativa MPS/SRP 3/05. Sustenta que "quanto ao aferimento das empresas optantes pelo SIMPLES, em virtude de informação sigilosa, somente poderia ser verificada pela Receita Federal, a qual teria o ônus da prova".

Foi elaborada tabela questionando as seguintes incidências:

A) ANEXO I - Valores fulminados pela decadência, anteriores a 02 de maio de 2002, valor do principal R\$ 261.736,58 (duzentos e sessenta e um mil, setecentos e trinta e seis reais e cinquenta e oito centavos).

B) Anexo II - Empresas não constantes no rol de atividades do decreto 3048/99, em seu artigo 219, § 2º., valor do principal R\$18.338,55 (dezoito mil trezentos e trinta e oito reais e cinquenta e cinco centavos).

C) ANEXO III - Microempresas e empresas de pequeno porte, possíveis optantes pelo SIMPLES, valor do principal R\$ 27.431,30 (vinte e sete mil, quatrocentos e trinta e um reais e trinta centavos).

D) ANEXO IV - Empresas- apesar da razões sociais serem aparentam relativas ao rol do artigo 219 , § 2º. do decreto 3048/99 , ou não especificadas deverão ser analisados o descritivo dos serviços e poderão não ser passíveis de autuação, valor do principal R\$ 77.997,59 (setenta e sete mil, novecentos e noventa e sete reais e cinquenta e nove centavos).

E) Valores não especificados constando apenas a competência, valor do principal R\$ 451.492,54 (quatrocentos e cinquenta, e um mil, quatrocentos e noventa e dois reais e cinquenta e quatro centavos).

Em relação à tese de ser ilegal a retenção de 11% sobre o faturamento das empresas optantes pelo SIMPLES, observo que o Recorrente não alegou em sua Impugnação. Não obstante, entendo que não houve a preclusão dessa alegação, eis que (i) apresentada a Impugnação em junho de 2007, somente em 2009 foi publicada a citada Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 938/09, que alterou o artigo 274-C da Instrução Normativa MPS/SRP 3/05 e (ii) a matéria foi posteriormente decidida pelo RESp nº 1.112.467/DF, julgado pelo STJ sob a sistemática de recursos repetitivos, também julgado em 2009.

Com efeito, um dos fundamentos recursais seria se o Recorrente estaria obrigado à retenção da contribuição por serviços prestados por empresas, em tese, optante do SIMPLES.

Em seu recurso, foi juntado o “anexo 3”, fl. 932, indicando-se as empresas “Microempresas e empresas de pequeno porte, possíveis optantes pelo SIMPLES”.

Não subsiste o lançamento tributário lavrado em decorrência da retenção dos 11%, relativo a empresas prestadoras de serviços que fossem comprovadamente optantes do SIMPLES NACIONAL nos períodos objeto de autuação (RESp nº 1.112.467/DF, julgado pelo STJ sob a sistemática de recursos repetitivos prevista pelo então art. 545-C do CPC).

Não obstante a inércia do Recorrente em apresentar documentos conclusivos, - sustentando que se tratava de informação sigilosa -, acerca da situação jurídica de opção pelo SIMPLES das empresas que lhe prestaram serviço, entendo que deve ser convertido o feito em diligência, para que a Unidade Preparadora informe a situação fiscal das empresas indicadas no relatório fiscal (fls. 294/295) que comprovadamente seriam optantes do SIMPLES, no período do lançamento.

Lado outro, para fins de aferição da contagem do prazo decadencial, tendo em vista o debate sobre a necessidade de o recolhimento antecipado das contribuições referir-se ao CNPJ de cada prestador de serviços (para a consequente aplicação da regra de contagem do prazo disposto no art. 150, CTN), é que também devem ser apreciadas, pela Unidade Preparadora, as guias com o código 2631, por prestador de serviços, juntando aos autos como arquivo não

paginável a planilha contendo esses pagamentos/recolhimentos, no período de 12/2001 a 04/2002.

Em atendimento à diligência, foi elaborado o relatório de fls. 1046/1047 e anexados os documentos de fls. 1048/1068.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Diogo Cristian Denny – Relator

A admissibilidade recursal já foi feita por ocasião da Resolução nº 2301-000.925, de 09/08/2021 (fls. 1040/1043). Contudo, o recurso deve ser parcialmente conhecido, considerando a existência de matéria preclusa e de alegações de inconstitucionalidade.

Preclusão

Os questionamentos constantes dos tópicos “Da desconconsideração do regime de contratação temporária criado pelo Município”, “Da constituição definitiva do crédito (prescrição)”, “Da fundamentação legal”, “Da preclusão consumativa” estão preclusos, porquanto tais alegações não foram enfrentadas na Impugnação (fls. 02).

Deveras, de acordo com o art. 16 do Decreto 70.235/72, a Impugnação deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir, não sendo permitido, por conseguinte, que o sujeito passivo inove em seu Recurso Voluntário para incluir razões diversas daquelas anteriormente ventiladas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente da Câmara Superior de Recursos Fiscais deste Tribunal:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO.

Matéria que não tenha sido objeto de impugnação e, portanto, não conste da decisão de primeira instância, não pode ser alegada em sede de recurso voluntário, por estar preclusa. Acórdão CSRF. 9303-009.436, de 18/09/2019

Alegações de inconstitucionalidade

Em relação aos argumentos do recorrente relacionados a inconstitucionalidade de normas, lembro que a este Conselho não é dado se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e da Súmula CARF nº 2:

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.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Da decadência

Por imposição do Regimento Interno do CARF, o Colegiado deve aderir à tese esposada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), de 12/08/2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário(lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa nº perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos o lançamento por homologação,

revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Conclui-se, pois, que, nos casos em que há pagamento antecipado, o termo inicial é a data do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150, do CTN. Por outro lado, na hipótese de não haver antecipação do pagamento, ou que seja constatado dolo, fraude ou simulação, *o dies a quo* é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme prevê o inciso I, do art. 173, do mesmo Código.

Da leitura do julgado recorrido, depreende-se que após o reconhecimento da inconstitucionalidade do prazo decenal, nos termos da Súmula Vinculante nº 08 do STF, houve a análise da aplicação do prazo quinquenal com base no art. 150, §4º ou 173, I, todos do CTN, de acordo com a existência ou não de pagamento, justamente como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo. Confira-se:

Portanto, o período decadencial das contribuições sociais para a Seguridade Social, passou a ser regido pelos artigos 150 e 173 do Código Tributário Nacional, que prevêem a caducidade da obrigação tributária em 05 (cinco) anos.

O sujeito passivo tomou ciência da NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito em questão no dia 02/05/2007 (fl. 203).

Em razão da não constatação, de recolhimentos em relação aos fatos geradores do lançamento, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, logo se verificam abaixo as competências abrangidas pela decadência:

Competências:	12/1999	11/2001 13/2001	Ocorreu a decadência por qualquer dos critérios. O mês 11/2001 com vencimento em 12/2001 poderia ser lançado em 12/2001. Assim, o prazo de decadência inicia-se no 1º dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, i.e., 01/01/2002. Ocorreu a decadência em 01/01/2007	Artigo 173, I do CTN
Competências:	12/2001	4/2002	Tem-se que verificar se houve ou não o pagamento antecipado. Se não houve pagamento antecipado, a decadência ocorreu somente em 01/01/2008 pois se aplica a regra anterior. Porém, se houve, a decadência ocorreu, no caso da competência 4/2002, em 4/2007	Artigo 150, §4º do CTN; Artigo 173, I
Competências:	5/2002	12/2005	Não ocorreu a decadência por qualquer dos critérios utilizados.	

De sorte que os levantamentos abaixo devem ser excluídos nas seguintes competências:

- 202 - ALDI-IAC CONSTRUÇÕES LTDA - 08/2001;
- 203 - BATISTA E MARQUES LTDA - 02/1999 A 11/1999;
- 206 - CONSTRUTORA CEDEK LTDA - 02/1999 A 09/1999;
- 207 - ECR COM PREST. SERV PAIS URB - 02/2001 A 10/2001;
- 209 - ESCOLA ELITE DE ARTES MARCIAIS - 05/2001 A 10/2001;
- 212 - INFRATEC CONSTRUTORA LTDA - 02/1999 A 05/2001;
- 214 - JD PAISAGISMO E CONSTRUÇÕES LT - 01/2001;
- 216 - LIMPA LEME COM DE PLANTAS E SE - 03/1999;
- 217 - LOPES PECORA CONSTR. TERRAP E - 02/1999 A 11/2001;
- 219 - MEDCARE ASSIST MED TERAP INT - 08/1999 A 09/1999;
- 221 - SF ZANOBIA LEME ME - 05/2001 A 06/2001;
- 223 - TRANSPORTADORA ROVERSSI LTDA - 02/1999 A 11/1999;
- 224 - TRANSPORTE REBESSI LTDA - 02/1999 A 10/2001;
- 225 - VEGETUS AGRICULTURA E PAISAG - 02/ 1999;
- 226 - VERDEPERTO PAISAGISMO LTDA ME - 02/1999 A 09/1999;
- 304 - BATISTA E MARQUES LTDA - 02/ 1999 A 12/1999;
- 306 - CAMARGO BARROS CONSTR E COM LT - 02/1999 A 11/2001;
- 310 - CONSTRUTORA CEDEK LTDA - 07/1999 A 08/2000;
- 311 - ECR COM PREST SERV PAISAG URB - 03/2001 A 10/2001;
- 314 - ENGEPE ENG E PAVIM LTDA - 08/2001;
- 316 - ESCOLA ELITE DE ARTE MARCIAIS - 10/2001;
- 318 - INFRATEC CONSTRUTORA LTDA - 02/ 1999 A 08/2001;
- 321 - JD PAISAGISMO E CONSTRUÇÕES LT - 02/2000 A 12/2000;

- 324 - JOSAN EMPREEND IMOBIL LTDA - 08/2001 A 10/2001;
- 326 - LIMPA LEME COM DE PLANTAS E SE - 02/ 1999;
- 327 - LOCTEL LOC DE MAQ E TERRAP LTDA - 06/2001 A 10/2001;
- 328 - LOPES E PECORA CONSTR TERRAP E - 02/1999 A 10/2001;
- 331 - MEDCARE ASSIST MED TERP INT S - 07/1999 A 10/1999;
- 334 - PRODEX CONST E COMERC LTDA - 01/2000 A 10/2000;
- 335 - RCA TEMPORÁRIOS E EFETIVOS LTD - 02/ 1999 A 12/2000;
- 338 - SF ZANOBIA LEME ME - 08/1999 A 09/2001;
- 339 - SARJETEC COM E IND DE PREST SE - 04/2001;
- 344 - TRANSPORTADORA ROVERSSI LTDA - 03/1999 A 12/1999;
- 345 - TRANSPORTES REBESSI LTDA - 04/1999 A 06/2001;
- 347 - VERDEPERTO PAISAGISMO LTDA - ME - 08/1999 A 11/2001;
- 348 - ZANOBIA PAISAGISMO LTDA - 02/2000 A 03/2000.

Ante o exposto, não merece reparos o julgado recorrido. Nada a prover.

Retenção de empresas optantes pelo SIMPLES

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema em sede de recurso repetitivo (REsp 1.112.467), Tema Repetitivo 171 - “questão referente à aplicação às empresas optantes pelo SIMPLES do art. 31 da Lei 8.212/91, segundo o qual a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços”. Naquela ocasião, foi firmada a seguinte tese: “A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples.”

Deste modo, assiste razão à recorrente, pois não lhe é aplicada a substituição tributária do art. 31 da Lei nº 8.212/1991 na contratação dos serviços de cessão de mão-de-obra das empresas enquadradas naquela ocasião no SIMPLES, já que as empresas do regime especial de tributação, em regra - e neste caso não há hipótese de exceção -, não se sujeitam a retenção de 11% por ocasião do recebimento da nota fiscal/fatura.

A seguir, transcrevo integralmente a ementa do repetitivo em referência:

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.

(REsp 1.112.467/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 21/08/2009)

Posteriormente, o STJ sumulou o assunto, nestes termos:

A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples. (Súmula 425/STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 13/05/2010)

Seguindo tais decisões, a PGFN autorizou, por meio do Ato Declaratório n.º 10, de 2011, a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, *verbis*:

nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço, quando a empresa prestadora e optante pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º- C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Denota-se que o Ato Declaratório n.º 10, de 2011, faz ressalva para o período regido pela Lei Complementar nº 128/2008, o que é inaplicável ao caso vertente, que envolve o período de apuração de 01/01/1996 a 28/02/2006.

Assim, devem ser afastados os lançamentos referentes a retenções de 11% de empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES, que, com base na informação fiscal de fls. 1046/1047, são as seguintes:

No tocante às empresas indicadas no relatório fiscal (fls. 294/295), constatou-se que as seguintes empresas abaixo relacionadas eram optantes do regime de tributação simplificado do Simples Federal, no período do lançamento (anos-calendário 1999 a 2006):

CNPJ	RAZÃO SOCIAL
01.901.103/0001-95	J C V PRESTADORA DE SERVICOS LTDA
02.036.506/0001-86	MARIA FRASSETTO
02.392.018/0001-01	ENTREGAS GERAIS KIL LTDA
03.716.927/0001-10	SONIA APARECIDA FAGGION ALBERS
04.335.183/0001-57	OFICINA MECANICA ALVARES LTDA
04.827.343/0001-85	ADILSON ROBERTO CERBI
05.915.470/0001-07	VALDI CIPRIANO DE LIMA
56.194.608/0001-59	TRANSPORTADORA ROVERSSI LTDA
64.590.359/0001-49	REBESSI LOCAÇÃO LTDA

Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso voluntário, não conhecendo da matéria preclusa e das alegações de inconstitucionalidade de lei tributária, para, na parte conhecida, dar parcial provimento ao recurso voluntário, afastando a exigência de retenção de contribuição previdenciária sobre pagamentos a empresas optantes pelo SIMPLES relacionadas na fundamentação.

Assinado Digitalmente

Diogo Cristian Denny