



Súmula n. 425

SÚMULA N. 425

A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.212/1991, art. 31.

Lei n. 9.317/1996, arts. 3º e 4º.

Lei n. 9.711/1998, art. 23.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag	918.369-RS	(1ª T, 23.10.2007 – DJ 08.11.2007)
EDcl no REsp	806.226-RJ	(2ª T, 04.03.2008 – DJe 26.03.2008)
EREsp	511.001-MG	(1ª S, 09.03.2005 – DJ 11.04.2005)
EREsp	523.841-MG	(1ª S, 24.05.2006 – DJ 19.06.2006)
EREsp	584.506-MG	(1ª S, 09.11.2005 – DJ 05.12.2005)
REsp	511.201-MG	(2ª T, 12.09.2006 – DJ 10.10.2006)
REsp	826.180-MG	(2ª T, 13.02.2007 – DJ 28.02.2007)
REsp	855.160-SP	(1ª T, 05.09.2006 – DJ 25.09.2006)
REsp	1.112.467-DF	(1ª S, 12.08.2009 – DJe 21.08.2009)

Primeira Seção, em 10.3.2010

DJe 13.5.2010, ed. 576

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 918.369-RS
(2007/0157835-3)**

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Fazenda Nacional

Representado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Agravado: ENP Serviços Empresariais Ltda.

Advogado: Duglaciél Amaral Pereira

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Retenção de 11% sobre faturas. Empresa prestadora de serviço optante pelo “Simples”. Incompatibilidade com os ditames da Lei n. 9.317/1996. Precedentes.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

2. Entendimento pacífico no âmbito da Primeira Seção deste Tribunal no sentido de que: “*O sistema de arrecadação destinado aos optantes do Simples não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas*”. REsp n. 511.001-MG, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005.

3. De igual modo: REsp n. 756.358-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 14.8.2007; REsp n. 826.180-MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28.2.2007.

4. Agravo regimental não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 8.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, nos termos da seguinte ementa (fl. 45):

Processual Civil. Agravo de instrumento. Retenção de 11% sobre faturas. Empresa prestadora de serviço optante pelo "Simples". Incompatibilidade com os ditames da Lei n. 9.317/1996. Entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ (EREsp n. 511.001-MG).

1. Entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de que: "O sistema de arrecadação destinado aos optantes do Simples não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas". EREsp n. 511.001-MG, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005.

2. Agravo de instrumento não-provido.

Alega-se, em síntese, que: a) a retenção de 11% (art. 31 da Lei n. 8.212/1991) nada mais é do que a contribuição do empregado, em que o legislador apenas atribuiu a substituição ao tomador de serviços, em prol de uma política fiscal mais eficiente; b) essa situação tributária própria, patrimonial, resta inalterada com a retenção dos valores referentes à obrigação da empresa prestadora de serviço.

Tecendo considerações sobre a tese abraçada, requer, por fim, a reforma da decisão guerreada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A decisão atacada não merece reforma. Mantenho-a pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, faz-se mister a sua transcrição:

A Primeira Seção desta Casa Julgadora quando do julgamento do EREsp n. 511.001-MG, por unanimidade, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005, firmou posição no sentido de que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1991, que impõe a retenção de 11% sobre os valores brutos das faturas ou notas fiscais em benefício do Instituto Nacional do Seguro Social, por implicar supressão do benefício de pagamento unificado de tributos instituído pela Lei n. 9.711/1998.

A ementa do julgado citado ficou assim sintetizada:

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência.

1. A Lei n. 9.317/1996 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

Conforme visto do posicionamento acima demonstrado, não há possibilidade de se apoiar a tese desenvolvida pelo INSS por ausência de suporte legal e jurisprudencial.

De igual modo, os mais recentes julgados desta Corte sobre o tema:

Tributário. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998. Retenção de 11% sobre faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade. Precedente da Primeira Seção.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 511.001-MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.4.2005, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo Simples é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991. A retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. Recurso especial improvido. (REsp n. 826.180-MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 28.2.2007).

Tributário. Contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre as faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade.

1. As empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não se sujeitam à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

2. Recurso especial provido. (REsp n. 756.3580-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 14.8.2007).

Ante o exposto, *nego* provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 806.226-RJ
(2005/0213340-8)**

Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região)

Embargante: Sindicato das Empresas Distribuidoras de Assinaturas de Periódicos do Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Andrei Furtado Fernandes e outro(s)

Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Ronaldo Espíndola Cataldi e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre faturas de prestação de serviços. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998. Empresas optantes pelo Simples. Ilegitimidade da exigência.

1. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 511.001-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005, assentou o entendimento de que as empresas optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998, vez que o sistema de arrecadação a elas destinado é incompatível com o regime de substituição tributária previsto nessa norma.

2. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para, suprimindo a omissão do julgado em relação às empresas optantes pelo Simples, dar parcial provimento ao recurso

especial para que a exação seja recolhida de acordo com o disposto na Lei n. 9.711/1998, exceto das empresas optantes pelo Simples.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de março de 2008 (data do julgamento).

Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região),
Relator

DJe 26.3.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região): Cuida-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão assim ementado:

Tributário. Contribuição previdenciária. Lei n. 9.711/1998. Retenção de 11% sobre o valor da fatura ou da nota fiscal.

1. A Lei n. 9.711/1998 apenas introduziu novo procedimento a ser observado no recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salário, uma vez que as empresas contratantes de mão-de-obra terceirizada passaram a reter 11% sobre o valor da fatura ou da nota fiscal emitida pela empresa cedente. Não foi criada, portanto, fonte de custeio diversa, tampouco foi eleito novo contribuinte.

2. Recurso especial provido.

Aduz a embargante, inicialmente, que o recurso especial do INSS sequer poderia ter sido conhecido, ante a sua intempestividade, vez que a autarquia não faz jus à intimação pessoal.

Sustenta que deveria ser inadmitido, ainda, em razão do que dispõe a Súmula n. 126 desta Corte, vez que não fora interposto o recurso extraordinário cabível contra a parte do acórdão decidida com fundamentos de natureza constitucional.

Alega, a seguir, que a Ordem de Serviço n. 209/1999 extrapolou o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, “ao exigir a retenção mesmo em casos em que a execução dos serviços se dá nas dependências das empresas contratadas” (fl. 536).

Por fim, aponta omissão do julgado quanto ao exame da alegação de que não se pode exigir, das empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples, a retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991.

Em impugnação aos embargos, alega a União que a decisão atacada não padece de omissão, contradição ou obscuridade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) (Relator): O recurso especial do INSS é tempestivo, pois, intimado do acórdão recorrido em 1º.3.2005, consoante certidão de fl. 455-v, interpôs o especial em 4.3.2005 - dentro, portanto, do prazo previsto no art. 508 do CPC. Ressalte-se que a controvérsia suscitada pela embargante teve fim com a edição da Lei n. 10.910/2004, que, em seu art. 17, incluiu os procuradores federais no rol dos beneficiários da intimação pessoal (REsp n. 955.556-RJ, 5ª Turma, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 10.9.2007).

Não há falar-se em incidência da Súmula n. 126 desta Corte à hipótese dos autos, pois o recorrente em nenhum momento se insurge contra o fundamento de índole constitucional do aresto recorrido, qual seja, de que não houve a criação de nova contribuição social.

Ao contrário, concorda expressamente com esse entendimento, como se pode inferir do seguinte trecho da peça recursal: “a nova redação conferida ao dispositivo em questão não criou uma nova contribuição, distinta daquela incidente sobre a folha de pagamento (CF, art. 195, I, a, e Lei n. 8.212/1991, art. 22), mas tão-somente criou um novo mecanismo de arrecadação” (fl. 459).

Sendo assim, não se vislumbra interesse da autarquia na interposição de recurso extraordinário.

Também não prospera o alegação do embargante de que a Ordem de Serviço n. 209/1999 teria extrapolado os limites legais, pois “a lista de serviços do art. 31, § 4º, da Lei n. 8.212/1991 (alterada pela Lei n. 9.711/1998), não é taxativa, permitindo a inclusão, na incidência da contribuição vertente, de serviços não expressos em seu regramento, desde que estejam estabelecidos em regulamento” (REsp n. 587.577-RS, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 17.12.2004).

Melhor sorte assiste à embargante quando aduz que o entendimento adotado no aresto não se aplica às empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples.

Consigne-se que, a 1ª Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 511.001-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005, assentou o entendimento de que tais empresas não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998, vez que o sistema de arrecadação a elas destinado é incompatível com o regime de substituição tributária previsto nessa norma.

Nesse sentido, os seguintes precedentes, q.v., *verbi gratia*:

Tributário. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998. Retenção de 11% sobre faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade. Precedente da Primeira Seção.

1. A primeira seção, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 511.001-MG, relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.4.2005, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo Simples é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991. A retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 826.180-MG, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 28.2.2007).

Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre as faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade.

1. Revela-se improcedente argüição de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio, ainda que suas conclusões não tenham merecido a concordância da parte recorrente.

2. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o EREsp n. 511.001-MG, pacificou o entendimento de que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não se sujeitam à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 511.201-MG, 2ª Turma. Min. João de Otávio Noronha, DJ de 10.10.2006).

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência. Precedente da 1ª Seção (EREsp n. 511.001-MG).

1. A Lei n. 9.317/1996 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 855.160-SP, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.9.2006).

Pelo exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração para sanar a omissão apontada e, atribuindo-lhes efeitos infringentes, *dou parcial provimento* ao recurso especial, para que a exação em comento seja recolhida de acordo com o disposto na Lei n. 9.711/1998, exceto das empresas optantes pelo Simples, nos termos da fundamentação.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 511.001-MG
(2004/0104873-9)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Patricia Lima Batista Rodrigues e outros

Embargado: Transportadora JJ Ltda.

Advogado: Waldemar Alves da Silva

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência.

1. A Lei n. 9.317/1996 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 o 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, José Delgado, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 11.4.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de divergência (fls. 207-219) de iniciativa do INSS contra acórdão da Segunda Turma desta Corte, segundo o qual a sistemática do recolhimento antecipado de 11% sobre

a fatura de serviço, instituída pela Lei n. 9.711/1998, não se aplica às empresas optantes pelo Simples, para as quais o recolhimento dos tributos federais é submetido a regime específico, em percentual incidente sobre a receita bruta auferida.

Para caracterizar o dissídio jurisprudencial, o embargante traz à colação acórdão da Primeira Turma, no qual ficou assentado entendimento contrário ao que foi adotado no aresto embargado, para reconhecer que “o simples não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias, mas apenas permite que haja simplificação do cumprimento de tais deveres. Portanto, inexistente ofensa à contribuição prevista no art. 22 da Lei n. 8.212/1991” (REsp n. 421.886-RJ, Min. José Delgado, DJ de 10.6.2002).

Argumenta a embargante que não há que se aplicar ao caso o princípio da especialidade das leis, pois inexistente incompatibilidade entre as regras insertas nas Leis n. 9.317/1996 e n. 9.711/1998.

Devidamente intimada, a embargada não apresentou impugnação dentro do prazo legal (certidão de fl. 241).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Ao apreciar o recurso especial em que o INSS buscava ver declarado que, para fins da retenção antecipada da contribuição previdenciária nos moldes impostos pela Lei n. 9.718/1998, é irrelevante a opção pelo Simples, a Segunda Turma desta Corte negou-lhe provimento, sob o fundamento de que “é de elementar inferência, portanto, a incompatibilidade do Simples com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, visto que a Lei n. 9.317/1996, que instituiu o primeiro, é especial em relação ao artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, na redação dada pela Lei n. 9.711/1998 e prevalece o princípio *lex specialis derogat generali*” (fls. 183-201).

Diversamente, o acórdão apontado como paradigma entendeu que “a opção pelo Simples, ao permitir que haja simplificação no cumprimento das obrigações tributárias, não isenta a microempresa e a empresa de pequeno porte desses deveres, inclusive no que pertine à observância do que dispõe a Lei n. 9.711/1998” (fls. 227-233).

Resta evidente, portanto, o dissídio entre as teses: (a) do acórdão embargado, que considerou indevida a retenção, por empresa tomadora de serviços, de 11% a título de contribuição social incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, quando a empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra for optante pelo regime do Simples; (b) do acórdão paradigma, segundo o qual não há incompatibilidade entre a referida sistemática de arrecadação e o regime adotado pelos optantes do Simples.

2. A Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998, deu nova redação ao art. 31 da Lei n. 8.212/1991, estabelecendo nova técnica de arrecadação da contribuição previdenciária sobre a folha de salários, dela decorrendo que as empresas tomadoras de serviço são responsáveis tributárias, em regime de substituição, pela retenção do percentual de onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Por outro lado, a Lei n. 9.317/1996 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias. É o Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais (art. 3º), cuja base de cálculo é o faturamento, sobre o qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (§ 4º). É a seguinte a redação do citado dispositivo:

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples.

§ 1º A inscrição no Simples implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep;
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins;
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e a Lei Complementar n. 84, de 18 de janeiro de 1996.

(...) § 4º - A inscrição no Simples dispensa a pessoa jurídica do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.

Portanto, em relação à empresa optante pelo regime especial de tributação do Simples, a contribuição destinada à Seguridade Social já se encontra inserida na alínea **f** do art. 3º da Lei n. 9.317/1996, e é recolhida na forma de arrecadação simplificada e nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta, definidos naquela legislação. Tal sistema de arrecadação é incompatível, consequentemente, com aquele outro regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, que, conforme esclarece o próprio INSS em sua contestação (fls. 53-71), se constitui numa “nova sistemática de recolhimento” daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. Daí porque 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, além de implicar supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas, importaria arrecadação do mesmo tributo.

Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996). Foi esse o entendimento adotado pela Segunda Turma, no julgamento do REsp n. 511.853-MG, Min. Franciulli Netto, DJ de 10.5.2004.

3. Pelas considerações expostas, nego provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O exame que fiz dos fundamentos apresentados pelas partes induz-me a firmar entendimento conclusivo na mesma linha do adotado pelo eminente relator. Este, em síntese, entendeu que:

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência.

1. A Lei n. 9.317/1996 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, § 4).

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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

Deve, a meu pensar, prevalecer o voto do eminente relator, pelo improvimento dos embargos de divergência, que o acompanho.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 523.841-MG
(2004/0102144-6)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Milene Goulart Valadares e outros

Embargado: Carbometal Produtos Siderúrgicos Ltda.

Advogado: Henrique Gouveia da Cunha e outro

EMENTA

Tributário. Embargos de divergência. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviços. Retenção de 11% pela empresa tomadora. Opção pelo “Simples”. Desprovemento do recurso.

1. A retenção de 11% (onze por cento) a título de contribuição previdenciária, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não configura nova modalidade de tributo, mas tão-somente alteração na sua forma de recolhimento, não havendo qualquer ilegalidade nessa nova sistemática de arrecadação.

2. No caso específico daquelas empresas optantes pelo Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -, esta Primeira Seção, unificando o entendimento das Turmas que a compõem, decidiu pela incompatibilidade do sistema de recolhimento de tributos previsto na Lei n. 9.317/1996 - que permite que haja simplificação no cumprimento das obrigações tributárias com relação às microempresas e às empresas de pequeno porte - com a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços de que trata o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

3. Embargos de divergência desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos, mas negou-lhes provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Eliana Calmon, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 24 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 19.6.2006

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de embargos de divergência apresentados pelo *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS* - em face de acórdão proferido pela Segunda Turma, Relator o Ministro Franciulli Netto, cuja ementa é a seguinte (fls. 183-186):

Recurso especial. Alínea c. Tributário. Empresa prestadora de serviços de mão-de-obra optante do Simples (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Retenção antecipada pelo tomador do serviço de 11% a título de contribuição previdenciária. Impossibilidade.

A Lei n. 9.711/1998, ao alterar o artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, apenas modificou a sistemática de recolhimento da contribuição previdenciária, atribuindo à empresa contratante dos serviços de mão-de-obra a responsabilidade pela retenção antecipada da contribuição em nome da empresa cedente. Não houve, portanto, a criação de fonte de custeio diversa, tampouco foi eleito novo contribuinte (cf. REsp n. 433.814-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 19.12.2002; REsp n. 450.001-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU 17.11.2003; EEARES n. 432.570-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 17.11.2003 e AGREsp n. 433.799-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 5.5.2003).

In casu, a questão envolve a retenção antecipada da contribuição previdenciária de empresa que aderiu ao sistema simplificado de recolhimento de impostos - Simples, instituído pela Lei n. 9.317/1996.

Em tal hipótese, já se pronunciou a egrégia Primeira Turma do STJ no sentido de que "a opção pelo Simples, ao permitir que haja simplificação no cumprimento das obrigações tributárias, não isenta a microempresa e a empresa de pequeno porte desses deveres, inclusive no que pertine à observância do que dispõe a Lei n. 9.711/1998" (REsp n. 552.978-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 9.12.2003). No mesmo sentido, o aresto chamado à colação pela recorrente, qual seja, o REsp n. 421.886-RJ, Rel. Min. José Delgado, DJU 10.6.2002.

Ouso divergir desse entendimento em respeito ao princípio da especialidade, que preconiza o afastamento da norma geral quando há disposição normativa específica acerca do tema.

No intuito de simplificar a arrecadação e estimular a atividade do micro e pequeno empresário, o Simples impõe ao contribuinte sistemática peculiar de recolhimento unificado de diversos impostos e contribuições, dentre as quais está incluída a contribuição para a seguridade social a cargo da pessoa jurídica, a que se refere o artigo 22 da Lei n. 8.212/1991. Exige-se, dessarte, da empresa que adere ao Simples, um único recolhimento mensal de percentual (entre 3% e 7%) da receita bruta auferida (cf. arts. 5º e 6º da Lei n. 9.713/1996).

É de elementar inferência, portanto, a incompatibilidade do Simples com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, visto que a Lei n. 9.317/1996, que instituiu o primeiro, é especial em relação ao artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, na redação dada pela Lei n. 9.711/1998 e prevalece o princípio *lex specialis derogat generali*.

Miguel Delgado Gutierrez, professor do Centro de Extensão Universitária-SP, ao analisar o tema, ponderou que, “caso fosse aplicado o ‘novo’ artigo 31 da Lei n. 8.212/1991 às empresas optantes do Simples, estaria sendo cometida uma afrontosa iniquidade. Estas empresas, além de já pagarem o valor de 3% a 7% sobre a sua receita bruta, a título de recolhimento mensal dos tributos enquadrados no sistema Simples, teriam de recolher o percentual de 11% sobre o seu faturamento. Assim, de saída, já teriam um brutal aumento em sua carga tributária. Com efeito, 11% sobre o faturamento destas empresas é mais do que 3% a 7% sobre a sua receita bruta. Ou seja, só o pagamento da contribuição sobre a folha de pagamento destas empresas suplantaria o que elas pagam a título de todos os tributos incluídos no sistema Simples” (Artigo intitulado “Exclusão das empresas optantes pelo Simples da sistemática de recolhimento da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento instituída pela Lei n. 9.711/1998”, in Revista Dialética de Direito Tributário, n. 92, Maio/2003, ps. 36-37).

O recorrente chamou à colação precedente da colenda Primeira Turma contrário ao posicionamento ora esposado, a autorizar o conhecimento do recurso especial pela divergência. Nada obstante, nega-se-lhe provimento para que prevaleça o entendimento no sentido da impossibilidade de retenção antecipada dos 11% a título de contribuição previdenciária das prestadoras de serviço optantes do Simples.

Recurso especial não provido.

Em suas razões, alega o embargante dissídio com o REsp n. 421.886-RJ, Relator o Ministro José Delgado, julgado em 14 de maio de 2002 pela Primeira Turma desta Corte Superior (DJ de 10.6.2002). Afirmar que “a divergência se configura na medida em que o acórdão embargado diz haver ‘incompatibilidade do Simples com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço’ e o paradigma, que ‘o Simples não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias’”. Ao final, sustenta que não há

incompatibilidade entre os dispositivos das Leis n. 9.317/1996 e n. 9.711/1998, sendo descabida a aplicação do princípio da especialidade das leis, razão pela qual deve prevalecer o entendimento adotado pelo aresto paradigma.

Os embargos de divergência foram admitidos às fls. 214-216.

A embargada apresentou contra-razões às fls. 227-233, pugnando pelo desprovimento dos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): Presentes os requisitos de admissibilidade, passa-se ao exame do mérito recursal.

Esta Corte já consolidou o entendimento de que a retenção de onze por cento (11%) a título de contribuição previdenciária, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não configura nova modalidade de tributo, mas tão-somente alteração na sua forma de recolhimento, não havendo qualquer ilegalidade nessa nova sistemática de arrecadação.

Não obstante isso, no caso específico daquelas empresas optantes pelo Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -, esta Primeira Seção, unificando o entendimento das Turmas que a compõem, decidiu pela incompatibilidade do sistema de recolhimento de tributos previsto na Lei n. 9.317/1996 - que permite que haja simplificação no cumprimento das obrigações tributárias com relação às microempresas e às empresas de pequeno porte - com a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços de que trata o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

Em tais hipóteses, em face do princípio da especialidade, deve prevalecer a sistemática definida na Lei n. 9.317/1996, desobrigando a pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte do recolhimento de onze por cento (11%) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência.

1. A Lei n. 9.317/1996 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(EREsp n. 511.001-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005).

Tributário. Embargos de divergência. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998. Retenção de 11% sobre faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade. Precedente da Primeira Seção.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 511.001-MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.4.2005, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo Simples é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991. A retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. Embargos de divergência providos.

(EREsp n. 570.657-SC, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 1º.8.2005).

Embargos de divergência em recurso especial. Contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre faturas. Empresa prestadora de serviço optante pelo “Simples”. Incompatibilidade com os ditames da Lei n. 9.317/1996. Entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ (EREsp n. 511.001-MG). Divergência superada. Súmula n. 168-STJ. Incidência.

1. A divergência jurisprudencial encontra-se superada. Entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de que: “O sistema de arrecadação destinado aos optantes do Simples não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas”. EREsp n. 511.001-MG, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005.

2. Aplicação da Súmula n. 168-STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

3. Embargos de divergência a que se nega seguimento.

(EREsp n. 584.506-MG, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 5.12.2005).

Diante do exposto, considerando a orientação consolidada nesta Primeira Seção, impõe-se o desprovemento dos embargos de divergência.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 584.506-MG
(2005/0030715-7)**

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Vinícius de Carvalho Madeira e outros

Embargado: MWF Assistência à Saúde S/C Ltda.
Advogado: Fátima Carvalho Abdalla Semião e outros

EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre faturas. Empresa prestadora de serviço optante pelo “Simples”. Incompatibilidade com os ditames da Lei n. 9.317/1996. Entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ (EREsp n. 511.001-MG). Divergência superada. Súmula n. 168-STJ. Incidência.

1. A divergência jurisprudencial encontra-se superada. Entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de que: “O sistema de arrecadação destinado aos optantes do Simples não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas”. EREsp n. 511.001-MG, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005.

2. Aplicação da Súmula n. 168-STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

3. Embargos de divergência a que se nega seguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar seguimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira,

Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 9 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 5.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de embargos de divergência interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social* objetivando discutir acórdão da Segunda Turma desta Corte que afastou a possibilidade de retenção antecipada dos 11% (onze por cento) a título de contribuição previdenciária das prestadoras de serviços optantes pelo Simples.

À fl. 178, decisão admitindo os embargos de divergência para discussão nos seguintes termos:

Vistos etc.

Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, visando à reforma de v. acórdão proferido pela colenda Segunda Turma em que se asseriu não ser exigível do contribuinte submetido ao Simples o recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, porquanto a Lei n. 9.317/1996, que o instituiu, seria especial em relação ao art. 31 da Lei n. 8.212/1991.

Afirma o embargante qual tal compreensão dissente daquela externada no REsp n. 552.978-MG, proferido pela Primeira Turma, segundo a qual "O Simples não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias, mas apenas permite que haja a simplificação do cumprimento de tais deveres."

Assim sendo, existente, em princípio, o dissídio jurisprudencial suscitado, *admito os divergentes*

Vista à embargada.

Após, ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Autos redistribuídos a esta Relatoria em face da assunção do eminente Ministro Francisco Falcão à presidência da Primeira Seção desta Corte.

Decorrido o prazo para resposta da parte contrária, conforme certidão de fl. 181v.

Em parecer de fls. 183-186, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e não-provimento dos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Como relatado, em decisão preliminar, foram admitidos os embargos de divergência para discussão.

Revendo a posição anteriormente tomada, verifico que a divergência encontra-se superada.

O acórdão embargado, oriundo da egrégia Segunda Turma desta Corte, afastou a possibilidade de retenção antecipada dos 11% (onze por cento) a título de contribuição previdenciária das prestadoras de serviços optantes pelo Simples.

Por sua vez, a posição firmada no acórdão paradigmático (REsp n. 552.978-MG, DJ de 9.12.2003) é de que mesmo sendo a empresa prestadora de serviço optante pelo Simples está obrigada à retenção de 11%, consoante dispõe o art. 31 da Lei n. 8.212/1991.

Eis a ementa:

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresa de pequeno porte prestadora de serviços. Opção pelo Simples. Retenção de 11% sobre a fatura ou nota fiscal. Lei n. 9.711/1998.

1. "A Lei n. 9.711, de 20.11.1999, que alterou o art. 31, da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento."

2. A novel legislação apenas determinou uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis, pela forma da substituição tributária.

3. A opção pelo Simples, ao permitir que haja simplificação no cumprimento das obrigações tributárias, não isenta a microempresa e a empresa de pequeno

porte desses deveres, inclusive no que pertine à observância do que dispõe a Lei n. 9.711/1998. Precedentes.

4. Recurso Especial provido.

Entretanto, ainda que a divergência esteja demonstrada nos moldes do Regimento Interno desta Corte o entendimento do aresto paradigmático não pode prevalecer, já que a Primeira Seção desta Casa Julgadora quando do julgamento do EREsp n. 511.001-MG, por unanimidade, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005, firmou posição no sentido de que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1991, que impõe a retenção de 11% sobre os valores brutos das faturas ou notas fiscais em benefício do Instituto Nacional do Seguro Social, por implicar supressão do benefício de pagamento unificado de tributos instituído pela Lei n. 9.711/1998.

A ementa do julgado pacificador da divergência outrora existente ficou assim sintetizada:

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência.

1. A Lei n. 9.317/1996 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

Como se percebe, o venerando acórdão não está a reclamar reparação, pelo que não há, conforme visto do posicionamento acima demonstrado, possibilidade de se apoiar a tese desenvolvida pela recorrente por ausência de suporte legal e jurisprudencial.

Sendo esse o panorama dos autos, inviável a pretensão de que se prossiga com o recurso interposto. Incide, no caso, a Súmula n. 168-STJ, que estatui: “Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Pelo exposto, *nego* seguimento aos embargos de divergência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 511.201-MG (2003/0032052-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Paulo Coelho de Sena e outros

Recorrido: Mecânica Pesada e Caldeiraria Divinópolis Ltda. - microempresa

Advogado: João Roberto Silva e outro

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre as faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade.

1. Revela-se improcedente argüição de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o Tribunal de origem

tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio, ainda que suas conclusões não tenham merecido a concordância da parte recorrente.

2. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o EREsp n. 511.001-MG, pacificou o entendimento de que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não se sujeitam à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 10.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)* com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e assim ementado:

Constitucional e Tributário. Contribuição previdenciária (11% da Lei n. 9.711/1998) da empresa prestadora de serviço. Empresa optante pelo Simples. Ilegalidade da OS/INSS/DAF n. 203/1999 e da OS/INSS/DAF n. 209/1999.

1. A sistemática do recolhimento da contribuição previdenciária sobre a folha de salários (Lei n. 8.212/1991, art. 31) instituída pela Lei n. 9.711/1998, consistente na retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura pela empresa tomadora do serviço, não altera a base de cálculo do tributo nem institui nova fonte de custeio sobre a mesma base de cálculo, resumindo-se, exclusivamente, à alteração do responsável tributário pelo recolhimento, com a conseqüente antecipação desse recolhimento, elementos que se situam no campo da política fiscal sem comprometimento de qualquer princípio constitucional.

2. A opção pelo sistema Simples, estatuto jurídico instituído pela Lei n. 9.317/1996 em cumprimento ao art. 179 da CF/1988, que prescreve “tratamento jurídico diferenciado” às microempresas e empresas de pequeno porte, consistente essencialmente no recolhimento unificado de tributos federais (incluídas as contribuições previdenciárias), exclui a empresa da modalidade do recolhimento prevista na Lei n. 9.711/1998, que, por ser norma geral, cede espaço à lei federal.

3. A OS/INSS/DAF n. 203/1999 e a OS/INSS/DAF n. 209/1999 são ilegais por não ser dado ao INSS dispor sobre matéria (Simples) reservada à lei e fora da sua competência. Os atos administrativos nulos não geram efeitos e sua nulidade opera *ex tunc* (fl. 172).

Sustenta o recorrente, nas razões do apelo extremo, que o aresto impugnado violou o disposto nos arts. 535, II, do CPC; 22 e 31 da Lei n. 8.212/1991 e 23 da Lei n. 9.317/1996, além de divergir da jurisprudência desta Corte. Aduz, em síntese, que “as empresas optantes pelo Simples não estão isentas da contribuição sobre a folha de salários para o INSS, pois do percentual total recolhido sobre seu faturamento mensal há uma correspondência percentual em relação aos vários tributos englobados no pagamento único”. (fl. 193).

Admitido o recurso, sem as contra-razões, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O apelo não reúne condições de êxito.

Inicialmente, afastado a alegada ofensa ao art. 535, II do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes

e necessários ao deslinde do litígio, ainda que suas conclusões não tenham merecido a concordância da parte recorrente.

Passando à análise do mérito, verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os EREsp n. 511.001-MG, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005, pacificou o entendimento de que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não se sujeitam à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

Nesse sentido, destaco o recente julgado desta Corte Superior de Justiça:

Embargos de divergência em recurso especial. Contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre faturas. Empresa prestadora de serviço optante pelo "Simples". Incompatibilidade com os ditames da Lei n. 9.317/1996. Entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ (EREsp n. 511.001-MG). Divergência superada. Súmula n. 168-STJ. Incidência.

1. A divergência jurisprudencial encontra-se superada. Entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de que: "O sistema de arrecadação destinado aos optantes do Simples não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas". EREsp n. 511.001-MG, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005.

2. Aplicação da Súmula n. 168-STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

3. Embargos de divergência a que se nega seguimento (EREsp n. 584.506-MG, Primeira Turma, relator Ministro José Delgado, DJ de 5.12.2005).

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 826.180-MG (2006/0021031-9)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Ildete dos Santos Pinto e outros

Recorrido: C J V Transportes Ltda. - microempresa e outros

Advogado: Edson Carlos Cordeiro

EMENTA

Tributário. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998. Retenção de 11% sobre faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade. Precedente da Primeira Seção.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 511.001-MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.4.2005, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo Simples é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991. A retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 28.2.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal e interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

Tributário. Processual Civil. Contribuição previdenciária. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991. Retenção de 11% sobre faturamento. Empresa prestadora de serviço optante pelo Simples. Não cabimento. Recurso adesivo. Ausência de sucumbência recíproca. Não conhecimento.

1. Inexistindo sucumbência recíproca não deve ser conhecido o Recurso Adesivo interposto pela parte vencedora.

2. A retenção de 11%, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviço, a título de contribuição previdenciária, configura-se legal, uma vez que a legislação sobre o tema atribuiu às empresas contratantes de mão-de-obra terceirizada a responsabilidade pelo recolhimento do referido tributo. Tem-se entendido, portanto, não se tratar de instituição de contribuição nova, mas de alteração da sistemática de recolhimento da exação, pelo regime da substituição tributária por antecipação, pelo que não há que se falar ou sustentar em empréstimo compulsório, aumento de alíquota, confisco ou transgressão a qualquer princípio constitucional, muito menos o da capacidade contributiva.

3. Estando a empresa prestadora de serviços enquadrada no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples, regime jurídico instituído pela Lei n. 9.317/1996 em cumprimento à determinação do art. 179 da CF/1988, não pode haver a retenção da contribuição de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura da prestação de serviços tendo em vista que a modalidade de recolhimento prevista na Lei n. 9.711/1998 por ser norma de caráter geral não se aplica às microempresas e empresas de pequeno porte cujo tratamento jurídico diferenciado é regulado por lei específica.

4. Recurso adesivo não conhecido.

5. Apelação parcialmente provida.

Segundo o recorrente, o aresto em destaque, ao considerar indevida a retenção de 11% sobre o valor dos serviços prestados pela empresas optantes pelo Simples, teria violado o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.711/1998, bem como divergido de precedente desta Corte.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 307-verso).

Inadmitido o recurso especial (fl. 309), subiram os autos a esta Corte por força de agravo de instrumento provido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A matéria não é nova neste Tribunal Superior. A Primeira Seção, ao julgar o EREsp n. 511.001-MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.4.2005, pacificou o entendimento de que as empresas optantes pelo Simples estão desobrigadas do aludido recolhimento, conforme se verifica com a ementa do julgado:

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência.

1. A Lei n. 9.317/1996 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Embargos de divergência a que se nega provimento.

Como se vê, o sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo Simples é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991. A retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse mesmo sentido, confirmam-se: REsp n. 524.132-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 17.10.2006; EREsp n. 523.841-MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 19.6.2006; EREsp n. 584.506-MG, Rel. Min. José Delgado, DJU de 5.12.2005.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 855.160-SP (2006/0115285-5)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Luciana Bueno de Arruda da Quinta e outros

Recorrido: Rio Preto Serviços Auxiliares de Transportes Aéreos Ltda.

Advogado: José Luís Polezi e outros

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência. Precedente da 1ª Seção (EREsp n. 511.001-MG).

1. A Lei n. 9.317/1996 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 5 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 25.9.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do TRF da 3ª Região que, em mandado de segurança a inexigibilidade da retenção de 11% sobre o valor das notas fiscais ou faturas emitidas pela cessão de mão-de-obra, a título de contribuição previdenciária, deu provimento à apelação e reformou a sentença denegatória da ordem, decidindo, em síntese, que a alteração promovida pela Lei n. 9.711/1998 no art. 31 da Lei n. 8.212/1991 representou a instituição de nova contribuição previdenciária, eis que modificou a base de cálculo, o fato gerador e o lapso temporal da hipótese de incidência da exação (fls. 194-204).

No recurso especial (fls. 219-224), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) art. 31 da Lei n. 8.212/1991, aduzindo que a nova redação do dispositivo em questão não criou nova contribuição, distinta daquela incidente sobre a folha de pagamento, mas somente introduziu um novo mecanismo de arrecadação; (b) arts. 121, II, e 128 do CTN, já que “há, pois, autorização legal, dada pelo art. 128 do CTN, para que ao tomador de serviços possa ser atribuída a obrigação de proceder à retenção das contribuições devidas pelo cedente de mão-de-obra” (fl. 222).

Em contra-razões (fls. 261-272), a recorrida pugna pela manutenção do acórdão recorrido, aduzindo que é optante pelo Simples, o que exclui sua sujeição à sistemática de recolhimento da exação imposta pela Lei n. 9.711/1998.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Verifica-se dos autos que a impetrante fez a opção pelo Simples (fls. 24 e 113). Em caso análogo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp n. 511.001-MG, em 11.4.2005, firmou entendimento, à unanimidade, segundo o qual,

em respeito ao princípio da especialidade, é ilegítima a exigência das empresas tomadoras de serviço optantes pelo Simples (na forma da Lei n. 9.713/1996) a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de contribuição previdenciária, na sistemática instituída pela Lei n. 9.711/1998. Naquela ocasião, proferi voto nos seguintes termos:

1. Ao apreciar o recurso especial em que o INSS buscava ver declarado que, para fins da retenção antecipada da contribuição previdenciária nos moldes impostos pela Lei n. 9.718/1998, é irrelevante a opção pelo Simples, a Segunda Turma desta Corte negou-lhe provimento, sob o fundamento de que “é de elementar inferência, portanto, a incompatibilidade do Simples com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, visto que a Lei n. 9.317/1996, que instituiu o primeiro, é especial em relação ao artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, na redação dada pela Lei n. 9.711/1998 e prevalece o princípio *lex specialis derogat generali*” (fls. 183-201).

Diversamente, o acórdão apontado como paradigma entendeu que “a opção pelo Simples, ao permitir que haja simplificação no cumprimento das obrigações tributárias, não isenta a microempresa e a empresa de pequeno porte desses deveres, inclusive no que pertine à observância do que dispõe a Lei n. 9.711/1998” (fls. 227-233).

Resta evidente, portanto, o dissídio entre as teses: (a) do acórdão embargado, que considerou indevida a retenção, por empresa tomadora de serviços, de 11% a título de contribuição social incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, quando a empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra for optante pelo regime do Simples; (b) do acórdão paradigma, segundo o qual não há incompatibilidade entre a referida sistemática de arrecadação e o regime adotado pelos optantes do Simples.

2. A Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998, deu nova redação ao art. 31 da Lei n. 8.212/1991, estabelecendo nova técnica de arrecadação da contribuição previdenciária sobre a folha de salários, dela decorrendo que as empresas tomadoras de serviço são responsáveis tributárias, em regime de substituição, pela retenção do percentual de onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Por outro lado, a Lei n. 9.317/1996 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias. É o Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais (art. 3º), cuja base de cálculo é o faturamento, sobre o qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais

contribuições instituídas pela União (§ 4º). É a seguinte a redação do citado dispositivo:

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples.

§ 1º A inscrição no Simples implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep;
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins;
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;
- f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e a Lei Complementar n. 84, de 18 de janeiro de 1996”.

(...) § 4º - A inscrição no Simples dispensa a pessoa jurídica do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.

Portanto, em relação à empresa optante pelo regime especial de tributação do Simples, a contribuição destinada à Seguridade Social já se encontra inserida na alínea **f** do art. 3º da Lei n. 9.317/1996, e é recolhida na forma de arrecadação simplificada e nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta, definidos naquela legislação. Tal sistema de arrecadação é incompatível, conseqüentemente, com aquele outro regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, que, conforme esclarece o próprio INSS em sua contestação (fls. 53-71), se constitui numa “nova sistemática de recolhimento” daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. Daí porque 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, além de implicar supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas, importaria arrecadação do mesmo tributo.

Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996). Foi esse o

entendimento adotado pela Segunda Turma, no julgamento do REsp n. 511.853-MG, Min. Franciulli Netto, DJ de 10.5.2004.

2. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.112.467-DF (2009/0045520-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: SINDAG - Sindicato Nacional das Empresas de Aviação
Agrícola

Advogado: Eduardo Antonio Felkl Kümmel e outro(s)

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples. Retenção de 11% sobre faturas. Ilegitimidade da exigência. Precedente da 1ª Seção (EREsp n. 511.001-MG).

1. A Lei n. 9.317/1996 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 n. 8.212/1991, 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 n. 8.212/1991 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 n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 21.8.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em mandado de segurança coletivo, reconheceu que as empresas associadas à impetrante e que sejam optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de

Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples, não estão sujeitas à retenção de 11% de contribuição previdenciária sobre a fatura de serviços, prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991 (fls. 204). Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados (fls. 226-232).

No recurso especial (fls. 237-244), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos artigos 22 e 31 da Lei n. 8.212/1991 e 23 da Lei n. 9.317/1991, ao argumento de que “as empresas optantes pelo Simples não estão isentas da contribuição sobre a folha de salários para o INSS, pois do percentual total recolhido sobre seu faturamento mensal há uma correspondência percentual em relação aos vários tributos englobados no pagamento único” (fl. 240), concluindo que há compatibilidade entre a sistemática de recolhimento das contribuições sociais pela Lei n. 9.711/1991 e o Simples.

Em contra-razões, o recorrido pugna pela manutenção do julgado (fls. 299-305).

Submetido o recurso à sistemática do art. 543-C do CPC (fl. 331), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo seu desprovimento (fls. 335-342).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em caso análogo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp n. 511.001-MG, em 11.4.2005, firmou entendimento, à unanimidade, segundo o qual, em respeito ao princípio da especialidade, é ilegítima a exigência das empresas tomadoras de serviço optantes pelo Simples (na forma da Lei n. 9.713/1996) a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de contribuição previdenciária, na sistemática instituída pela Lei n. 9.711/1998. Naquela ocasião, proferi voto nos seguintes termos:

1. Ao apreciar o recurso especial em que o INSS buscava ver declarado que, para fins da retenção antecipada da contribuição previdenciária nos moldes impostos pela Lei n. 9.718/1998, é irrelevante a opção pelo Simples, a Segunda Turma desta Corte negou-lhe provimento, sob o fundamento de que “é de elementar inferência, portanto, a incompatibilidade do Simples com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, visto que a Lei n. 9.317/1996, que instituiu o primeiro, é especial em relação ao artigo 31 da Lei n.

8.212/1991, na redação dada pela Lei n. 9.711/1998 e prevalece o princípio *lex specialis derogat generali*" (fls. 183-201).

Diversamente, o acórdão apontado como paradigma entendeu que "a opção pelo Simples, ao permitir que haja simplificação no cumprimento das obrigações tributárias, não isenta a microempresa e a empresa de pequeno porte desses deveres, inclusive no que pertine à observância do que dispõe a Lei n. 9.711/1998" (fls. 227-233).

Resta evidente, portanto, o dissídio entre as teses: (a) do acórdão embargado, que considerou indevida a retenção, por empresa tomadora de serviços, de 11% a título de contribuição social incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, quando a empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra for optante pelo regime do Simples; (b) do acórdão paradigma, segundo o qual não há incompatibilidade entre a referida sistemática de arrecadação e o regime adotado pelos optantes do Simples.

2. A Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998, deu nova redação ao art. 31 da Lei n. 8.212/1991, estabelecendo nova técnica de arrecadação da contribuição previdenciária sobre a folha de salários, dela decorrendo que as empresas tomadoras de serviço são responsáveis tributárias, em regime de substituição, pela retenção do percentual de onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Por outro lado, a Lei n. 9.317/1996 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias. É o Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais (art. 3º), cuja base de cálculo é o faturamento, sobre o qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (§ 4º). É a seguinte a redação do citado dispositivo:

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples.

§ 1º A inscrição no Simples implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep;
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins;

e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e a Lei Complementar n. 84, de 18 de janeiro de 1996.

(...) § 4º - A inscrição no Simples dispensa a pessoa jurídica do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.

Portanto, em relação à empresa optante pelo regime especial de tributação do Simples, a contribuição destinada à Seguridade Social já se encontra inserida na alínea **f** do art. 3º da Lei n. 9.317/1996, e é recolhida na forma de arrecadação simplificada e nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta, definidos naquela legislação. Tal sistema de arrecadação é incompatível, conseqüentemente, com aquele outro regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, que, conforme esclarece o próprio INSS em sua contestação (fls.53-71), se constitui numa "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. Daí porque 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 n. 8.212/1991 e no percentual de 11%, além de implicar supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas, importaria arrecadação do mesmo tributo.

Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/1996). Foi esse o entendimento adotado pela Segunda Turma, no julgamento do REsp n. 511.853-MG, Min. Franciulli Netto, DJ de 10.5.2004.

No mesmo sentido, ainda, a jurisprudência recente de ambas as Turmas da 1ª Seção:

Tributário. Recurso especial. Retenção na fonte de IRPJ, CSLL, Cofins e PIS/Pasep. Agências de turismo e viagens. Pagamentos efetuados por entes estatais (Lei n. 9.430/1996). Opção pelo Simples. Lei n. 9.317/1996. Princípio da especificidade. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF.

1. A Lei n. 9.317/1996, que concedeu regime tributário diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, implicou a possibilidade do pagamento mensal unificado de tributos e contribuições federais, mediante opção da empresa pelo Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Nessa sistemática de arrecadação, todos os tributos federais devidos pela empresa enquadrada no Simples são recolhidos de maneira

agregada, dispensando-se a pessoa jurídica contribuinte do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (art. 3º, § 4º da Lei n. 9.317/1996). (Precedentes: REsp n. 845.792-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 7.10.2008, DJe 3.11.2008; EDcl no REsp n. 806.226-RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 4.3.2008, DJe de 26.3.2008)

2. O art. 64 da Lei n. 9.430/1996, a seu turno, dispõe que, *in verbis*: “Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep.”

3. A sistemática da retenção não é aplicável às empresas optantes pelo Simples, porquanto ostentam regime de arrecadação diferenciado - instituído pela Lei n. 9.317/1996 - que se consubstancia na realização de pagamento único de todos os tributos federais. (Precedente: EREsp n. 511.001-MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 11.4.2005).

4. É que “Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei n. 9.711/1998, 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 n. 9.317/96)” *in casu*.

5. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas n. 282 e n. 356 do STF.

6. *In casu*, o art. 97 do CTN não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-lo, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp n. 974.707-PE, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 17.12.2008).

Recurso especial. Processual Civil. Tributário. Prestação jurisdicional devida. Contribuição previdenciária. Retenção de 11%. Legalidade. Empresa prestadora de serviços. Cessão de mão-de-obra. Matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Recurso desprovido.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A retenção de onze por cento (11%) a título de contribuição previdenciária, na forma do art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação introduzida pela Lei n. 9.711/1998, não configura nova modalidade de tributo, mas tão-somente alteração na sua forma de recolhimento, não havendo qualquer ilegalidade nessa sistemática de arrecadação.

3. Não há como elidir a conclusão a que chegaram os desembargadores do TRF da 4ª Região, no sentido de considerar a empresa como cedente de mão-de-obra, porque, para tanto, seria necessário adentrar o conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula n. 7-STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

4. Recurso especial desprovido. (REsp n. 665.551-RS, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJ de 17.5.2007).

Tributário. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998. Retenção de 11% sobre faturas de prestação de serviços. Empresas optantes pelo Simples. Impossibilidade. Precedente da Primeira Seção.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 511.001-MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.4.2005, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo Simples é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei n. 8.212/1991. A retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. Recurso especial improvido. (REsp n. 826.180-MG, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 28.2.2007).

Processual Civil. Embargos de declaração contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre faturas de prestação de serviços. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998. Empresas optantes pelo Simples. Ilegitimidade da exigência.

1. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 511.001-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.4.2005, assentou o entendimento de que as empresas optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n. 9.711/1998, vez que o sistema de arrecadação a elas destinado é incompatível com o regime de substituição tributária previsto nessa norma.

2. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para, suprimindo a omissão do julgado em relação às empresas optantes pelo Simples, dar parcial provimento ao recurso especial para que a exação seja recolhida de acordo com o disposto na Lei n. 9.711/1998, exceto das empresas optantes pelo Simples. (EDcl no REsp n. 806.226-RJ, 2ª T., Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), DJe de 26.3.2008).

2. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.

