



P A R E C E R/PGFN/CRJ/Nº

/2011

A retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º- C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Súmula STJ nº 425.

Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

I

O escopo do presente Parecer é analisar a possibilidade de se promover, com base no inciso II do artigo 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e no Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, a dispensa de interposição de recursos ou o requerimento de desistência dos já interpostos **com relação às causas judiciais que fixam o entendimento de que a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º- C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**¹.

¹ Art.13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

(...)



2. Tal Parecer, em face da alteração trazida pela Lei nº 11.033, de 2004, à Lei nº 10.522/2002, terá também o condão de dispensar a apresentação de contestação pelos Procuradores da Fazenda Nacional, bem como de impedir que a Secretaria da Receita Federal do Brasil constitua o crédito tributário relativo à presente hipótese, obrigando-a a rever de ofício os lançamentos já efetuados, nos termos do citado artigo 19 da Lei nº 10.522/2002.

3. Este estudo é feito em razão da existência de decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que redundaram na publicação da Súmula nº 425 (DJe de 13 de maio de 2010), expressando que a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo SIMPLES. Todavia, com a alteração da Lei Complementar nº 123, de 2006, pela Lei Complementar nº 128, de 2008, a legislação do regime do Simples Nacional contém dispositivos claros que determinam a sujeição das empresas que desenvolvem as atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º - C do art. 18 à retenção do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, ainda quando optantes pelo regime simplificado, sendo mais prudente que o ato declaratório atinja apenas as situações anteriores a tal mudança legislativa.

II

4. A Fazenda Nacional tem defendido, em juízo, a legalidade da exigência das empresas tomadoras de serviço optantes pelo Simples da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de contribuição previdenciária, sob o argumento de que o sistema criado especialmente para as microempresas e empresas de pequeno porte é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91.

5. Ocorre que o Poder Judiciário entendeu diversamente, tendo sido pacificado no âmbito do STJ que as empresas optantes pelo SIMPLES não estão sujeitas à retenção de 11% de contribuição previdenciária sobre a fatura de serviços, uma vez que o sistema de arrecadação

§ 5º-C. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

I - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores;

II -(REVOGADO);

III - (REVOGADO);

IV - (REVOGADO);

V - (REVOGADO);

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

(...)

§ 5º-H. A vedação de que trata o inciso XII do caput do art. 17 desta Lei Complementar não se aplica às atividades referidas no § 5º-C deste artigo.



destinado às microempresas e empresas de pequeno porte não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91. Isso porque a retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/91 e no percentual de 11%, implicaria supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas. Ademais, aplicar-se-ia o princípio da especialidade, visto que haveria incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas.

6. Observe-se que a referida matéria já foi julgada pelo regime previsto no art. 543-C do CPC, tendo prevalecido o entendimento ora esposado. Confira-se trecho do referido acórdão proferido no RESP 1.112.467/DF a seguir:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (ERESP 511.001/MG).

1. A Lei 9.317/96 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias mediante opção pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre a qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (art. 3º, § 4º).

2. O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas.

3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317/96).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1.112.467/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/8/2009, DJe 21/8/2009) – sem destaques no original

7. O referido julgamento sintetiza o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão.



8. Nessa linha, citam-se exemplos de decisões que expressam o posicionamento pacífico firmado no âmbito do E. STJ: AGA 918369/RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 8/11/2007 p. 197; EDRESP 806226/RJ, Relator Ministro CARLOS FERNANDES MATHIAS – Juiz convocado do TRF/1ª Região, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/3/2008, DJe 26/3/2008; ERESP 511001/MG, Relator Ministro TEORI ALBANO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/3/2005, DJ 11/4/2005 p. 175; ERESP 523841/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/5/2006, DJ 19/6/2006 p.89; ERESP 584506/MG, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/11/2005, DJ 5/12/2005 p. 210; RESP 511201/MG, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/9/2006, DJ 10/10/2006 p. 293; RESP 826180/MG, Relator Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/2/2007, DJ 28/2/2007 p.212; RESP 855160/SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/9/2006, DJ 25/9/2006 p. 243; RESP 1112467/DF, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/8/2009, DJe 21/8/2009.

III

9. Dimana da leitura das decisões acima transcritas a firme posição do STJ, contrária ao entendimento da Fazenda Nacional acerca da matéria.

10. De se notar que a questão não tem natureza constitucional, pois se trata de indiscutível interpretação de norma infraconstitucional, motivo pelo qual não caberá ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se sobre a mesma.

11. Nesses termos, não há dúvida de que futuros recursos que versem sobre o mesmo tema, apenas sobrecarregarão o Poder Judiciário, sem nenhuma perspectiva de sucesso para a Fazenda Nacional. Portanto, continuar insistindo nessa tese significará apenas alocar os recursos colocados à disposição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em causas nas quais, previsivelmente, não se terá êxito.

12. Outrossim, deve-se buscar evitar a constituição de novos créditos tributários que levem em consideração interpretação diversa daquela adotada pelo STJ nessa matéria.

13. Cumpre, pois, perquirir se, em face do sobredito, e tendo por fundamento o disposto no art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, e no art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10.10.97, é o caso de ser dispensada a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como a dispensa de apresentação de contestação. Ora, os artigos citados têm o seguinte teor:

“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

...

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda. ”



“Art. 5º. Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos”.

14. Decorre dos dispositivos legais acima reproduzidos que a possibilidade de ser dispensada a interposição de recurso ou a desistência do que tenha sido interposto, bem como a autorização para não contestar, desde que inexista outro fundamento relevante, pode ser exercida pela Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, mediante ato declaratório, a ser aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, observados os seguintes requisitos:

a) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional tenha competência para representar, judicialmente, a União, nas respectivas causas; e

b) haja decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência.

15. Examinando-se a hipótese vertente, desde logo, conclui-se que:

I) nas causas em que se discute a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço, a competência para representar a União é da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, já que se trata de matéria fiscal (art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993); e

II) as decisões, citadas exemplificativamente ao longo deste Parecer, manifestam a reiterada Jurisprudência do STJ no sentido de a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço não se aplicar às empresas optantes pelo SIMPLES.

16. Destarte, há base legal para a edição de ato declaratório da Senhora Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, a ser aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, que dispense a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como de apresentar contestação, acerca da matéria ora abordada.

17. Por fim, merece ser ressaltado que o presente Parecer não implica, em hipótese nenhuma, o reconhecimento da correção da tese adotada pelo STJ. O que se reconhece é a pacífica jurisprudência desse Tribunal Superior, a recomendar a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, eis que os mesmos se mostrarão inúteis e apenas sobrecarregarão o Poder Judiciário e a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Todavia, em face da alteração legislativa que permite, a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 2008, a compatibilidade do regime do Simples com a retenção da contribuição previdenciária de que trata o art. 31 da Lei nº 8212, de 1991, para as atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º-C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 2006, é prudente continuar contestando e recorrendo nos mencionados casos.



IV

18. Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, c/c o art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10.10.97, recomenda-se sejam autorizadas pela Senhora Procuradora-Geral da Fazenda Nacional a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço, quando a empresa prestadora é optante pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º - C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

À consideração superior.

2011. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 20 de julho de

ALEXANDRE BUDIB
Procurador da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

2011. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 21 de julho de

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional

Nacional De acordo. Submeta-se à apreciação da Sra. Procuradora-Geral da Fazenda

2011. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 28 de outubro de

FABRÍCIO DA SOLLER
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário

Aprovo. Submeta-se à apreciação do Senhor Ministro de Estado da Fazenda para os fins da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, e do Decreto nº 2.346, de 10.10.97. Após, publiquem-se os respectivos despachos e atos declaratórios. Com a publicação, dê-se ciência do presente Parecer ao Senhor Secretário da Receita Federal do Brasil, para a finalidade prevista nos §§ 4º e 5º do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19.07.2002.

de 2011. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 10 de novembro

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO
Procuradora-Geral da Fazenda Nacional