

Ementa: Direito tributário. Recurso extraordinário. Imunidades. Não aplicação a optantes do sistema Simples da lei nº 9.317/1996. Constitucionalidade.

1. A Lei nº 9.317/1996 criou regime tributário opcional e diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte. A opção conferida ao contribuinte abre espaço para as empresas que julgarem ser mais vantajosa a manutenção da carga tributária original não aderirem ao regime ou pedirem sua exclusão após o fim do ano calendário.

2. A instituição do SIMPLES possui fundamento nos arts. 170, IX e 179, da Constituição Federal, que incluem a proteção das microempresas e das empresas de pequeno porte, por meio de tratamento diferenciado e simplificado, dentro dos princípios da ordem econômica. Além de estimular o surgimento e crescimento dos micro e pequenos empresários, o constituinte visa à diminuição da economia informal.

3. A Lei nº 9.317/1996 (i) simplificou o cumprimento da obrigação tributária principal, uma vez que determinou uma alíquota única incidente sobre a receita mensal; (ii) diminuiu o número de obrigações acessórias, com a criação da declaração anual simplificada; (iii) favoreceu a fiscalização e arrecadação por parte da Administração Pública.

4. Esta Corte já decidiu situação semelhante no RE 595.921 AgR em que julgou ser constitucional a previsão da Lei nº 9.317/1996, que excepcionou a aplicação do art. 153, §3º, II, da Constituição.

5. É, portanto, constitucional a exceção criada pela Lei nº 9.317/1996 em relação à aplicação das imunidades do art. 149, §2º (contribuições sobre receita de exportação) e 153, §3º, III (IPI sobre produtos exportados) às empresas optantes do SIMPLES.

6. Sendo assim, dirijo do relator para negar provimento ao recurso extraordinário e proponho a fixação da seguinte tese de repercussão geral: *é constitucional a exceção criada pela Lei nº 9.317/1996, em relação às imunidades dos arts. 149, §2º e 153, §3º, III, da Constituição às empresas optantes do SIMPLES.*

O Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso:

Relatório

1. A principal questão constitucional discutida no presente recurso é a possibilidade de não aplicação das imunidades previstas nos arts. 149, § 2º, e 153, § 3º, III, da Constituição Federal às microempresas e às empresas de pequeno porte optantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES - previsto na Lei nº 9.317/1996.

2. O SIMPLES, instituído em 1996, decorria de previsão direta dos arts. 170, IX, e 179 da Constituição, que dispõem que lei poderá instituir tratamento tributário diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias. Destaca-se que esse regime foi revogado com a edição da Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu novo SIMPLES Nacional.

3. O regime simplificado da Lei nº 9.317/1996 consistia no pagamento unificado de IRPJ, PIS/PASEP, COFINS, CSLL, IPI e contribuições para a seguridade social. Com exceção do IPI, os referidos tributos incidiam sobre a receita bruta mensal das empresas optantes sob uma alíquota única que variava com base na receita bruta anual. No caso dos contribuintes do imposto sobre produtos industrializados, acrescia-se 0,5% sobre a mencionada alíquota única.

4. Ressalta-se que, com a EC nº 33/2001, o art. 149, § 2º, da Constituição, passou a excluir as receitas decorrentes de exportação da incidência tão somente das contribuições previdenciárias, do PIS e da COFINS. Quanto à CSLL, esta Corte decidiu, em repercussão geral, no RE 564.413, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que o referido artigo não é aplicável, de modo que há incidência da contribuição sobre o lucro líquido sobre receitas de exportação. Por sua vez, o constituinte originário determinou no art. 153, §3º, III, a não incidência do IPI sobre produtos industrializados remetidos ao exterior.

5. No presente caso, a recorrente é empresa optante do regime simplificado e contribuinte das referidas contribuições e do IPI, promovendo operações tanto no mercado interno quanto no externo. Assim, requer a exclusão da base de cálculo dos valores decorrentes das operações afetadas à exportação por entender serem aplicáveis as referidas imunidades. Por outro lado, a União afirma ser impossível a aplicação das imunidades, uma vez que a Lei nº 9.317/1996 encontra amparo nos arts. 150, I; 170, IX; e 179 da Constituição.

6. Em 29.07.2010, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo desprovimento do recurso.

7. Em julgamento iniciado em 10.11.2016, o relator, Min. Marco Aurélio, deu provimento ao recurso do contribuinte. O Min. Edson Fachin divergiu apenas no que se refere à aplicação da imunidade de exportação à CSLL, provendo o recurso em parte. Na mesma data, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Min. Luiz Fux.

8. Em 30.04.2020, o Min, Luiz Fux devolveu os autos para continuidade de julgamento em ambiente virtual. Em seu voto-vista, seguiu a divergência iniciada pelo Min. Edson Fachin e proveu parcialmente o recurso, propondo a fixação da seguinte tese: ***As imunidades previstas pelos artigos 149, §2º, I, e 153, § 3º, III, da Constituição Federal são aplicáveis às empresas optantes pelo Simples Nacional .***

9. Sendo esse o breve relatório, passo a votar.

Voto

10. Início o presente voto pedindo vênia para divergir do relator e dos Ministros que me antecederam para negar provimento ao recurso extraordinário. Explico.

11. A constitucionalidade da não aplicação dos art. 149, § 2º, e art. 153, § 3º, III, da Constituição, às empresas optantes do SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317/1996, recai sobre três fundamentos: (i) a adesão ao regime simplificado é opcional, portanto permite ao contribuinte escolher a situação que julgar mais benéfica; (ii) os arts. 170, IX, e 179 determinam tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, permitindo ao legislador infraconstitucional criar regime em que esses contribuintes sejam privilegiados com base na praticabilidade; (iii) há precedentes desta Corte definindo que o legislador, a fim de promover o tratamento diferenciado e mais benéfico às micro e pequenas empresas, pode excepcionar determinados mandamentos constitucionais.

12. *Em primeiro lugar*, a Lei nº 9.317/1996 criou regime tributário opcional e diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte. O fato da adesão e de sua posterior desistência ser opção do contribuinte abre espaço para as empresas que julgarem ser mais vantajosa a manutenção da carga tributária original não aderirem ao regime ou, ainda, pedirem sua exclusão após o fim do ano calendário.

13. Com a instituição do regime simplificado pela Lei nº 9.317/1996, o legislador criou um tratamento padronizado e diferenciado disponível às microempresas e às empresas de pequeno porte utilizando presunções. Instituiu-se alíquota única para quatro diferentes tributos, que passam a incidir sobre a base de cálculo já presumida pelo legislador. Como toda regra com fundamento na praticabilidade, considerou-se uma média razoável de casos que levou à elaboração do texto legal apto a oferecer método de tributação que, por fim, fosse mais benéfico à maioria.

14. A faculdade que os contribuintes dispõem para adesão ao regime faz com que as mencionadas presunções não tenham caráter absoluto e caso as circunstâncias concretas sejam mais vantajosas do que as presunções assumidas pelo legislador, o contribuinte terá os dados para ponderar e decidir.

15. É necessária a existência de cláusula que permita ao contribuinte escolher entre o tratamento especial e a tributação com base na realidade. Dessa forma, a faculdade estabelecida pela lei é a cláusula que permite ao contribuinte sair da regra excepcional e ser tributado de acordo com a realidade, caso conclua que o regime diferenciado lhe é mais prejudicial.

16. *Em segundo lugar*, o regime simplificado da Lei nº 9.317/1996 foi criado com fundamento nos arts. 170, IX e 179, da Constituição Federal, que incluem a proteção das microempresas e das empresas de pequeno porte, por meio de tratamento diferenciado e simplificado, dentro dos princípios da ordem econômica. Assim, além de estimular o surgimento e crescimento dos micro e pequenas empresas, o constituinte visa à retração da economia informal.

17. A Lei nº 9.317/1996 (i) simplificou o cumprimento da obrigação tributária principal, uma vez que determinou uma alíquota única incidente sobre a receita mensal; (ii) diminuiu o número de obrigações acessórias, com a criação da declaração anual simplificada; (iii) favoreceu a fiscalização e arrecadação por parte da Administração Pública, pois com a adesão dos contribuintes, era possível ter ciência da base de cálculo e da alíquota de diferentes tributos. A unificação e centralização do pagamento dos tributos permitiu a identificação de eventual inadimplência com maior clareza.

18. A Lei nº 9.317/1996 colocou em prática os referidos dispositivos e objetivos contidos na Constituição com a diminuição da carga tributária e dos dispêndios com as obrigações acessórias. Ocorre que a recorrente pretende manter os benefícios do regime simplificado e, ao mesmo tempo, excluir da tributação eventuais operações imunizadas pelos arts. 149, § 2º e 153, § 3º, III, da Constituição.

19. Ocorre que a Lei nº 9.317/1996 não fere preceitos constitucionais ao criar exceção à aplicação de dispositivos determinados em prol de outros.

20. É possível afirmar que, com a instituição do SIMPLES pela Lei nº 9.317/1996, houve uma ponderação na aplicação de normas constitucionais, deixando de aplicar aquelas que, naquele momento, ameaçariam toda a estrutura do sistema simplificado, e privilegiando outras que incentivam as micro e pequenas empresas. Em outras palavras, aplicar as imunidades dos

arts. 149, § 2º e 153, § 3º, III, da Constituição, significaria analisar operação por operação para concluir se as receitas envolvidas e os produtos industrializados estariam relacionados à exportação, para, então, excluí-los da incidência dos respectivos tributos.

21. É inconteste que o reconhecimento desse direito inviabilizaria, no presente caso, a existência do tratamento distinto consubstanciado no regime especial de tributação. Além disso, o sistema da Lei nº 9.317/1996 institui padrão de tributação diferenciado, que equilibra eventuais prejuízos causados a contribuintes que dispõem, no caso concreto, de situações que lhes seriam vantajosas como as imunidades e isenções com a criação das vantagens acima enumeradas. Perde-se por um lado, mas se ganha no cômputo geral, e, se assim não for, cabe ao contribuinte solicitar o retorno ao estado de coisas original.

22. *Em terceiro lugar*, este Supremo Tribunal Federal já decidiu situação semelhante no RE 595.921 AgR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que julgou ser constitucional a previsão do art. 2º, §5º, da Lei nº 9.317/1996, que proibiu o aproveitamento de créditos de IPI oriundos de insumos adquiridos de empresas optantes pelo SIMPLES.

23. No referido acórdão, esta Corte decidiu que a vedação legal ao aproveitamento de crédito de IPI não fere a técnica da não cumulatividade prevista no art. 153, § 3º, III, da Constituição. É constitucional, portanto, a não aplicação de regra constitucional em prol da manutenção diferenciado. Veja-se a ementa:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Creditamento. Insumos adquiridos de empresas optantes pelo SIMPLES nacional. Impossibilidade. Ausência de ofensa ao postulado da não cumulatividade. Inadmissibilidade de atuação do judiciário como legislador positivo.

1. O Simples Nacional é um regime favorecido que reduz o encargo fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte. A redução foi concebida prevendo-se a vedação a apropriação ou a transferência de créditos de IPI.

2. Ao retirar tal óbice, o Poder Judiciário estará concedendo um regime híbrido ao contribuinte, no qual passariam a conviver o

tratamento favorecido e o aproveitamento de créditos. Tal favor poderia aviltar a proporcionalidade e o equilíbrio sob os quais o legislador baseou-se originalmente.

3. O acréscimo de 0,5 (meio) ponto no percentual aplicado sobre a receita bruta mensal dos fornecedores contribuintes de IPI (Lei nº 9.317/96, art. 5º, § 2º), utilizado para definir o valor devido mensalmente por esses enquanto inscritos no SIMPLES, não serve de critério de delimitação do crédito pretendido pelas empresas adquirentes de seus produtos.

4. Agravo regimental não provido. (Negrito do original)

Conclusão

24. Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário, sugerindo a fixação da seguinte tese de repercussão geral : *é constitucional a exceção criada pela Lei nº 9.317/1996, em relação às imunidades dos arts. 149, §2º e 153, §3º, III, da Constituição às empresas optantes do SIMPLES.*

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 2010/03/20/12:45