

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente credenciado (folha 16), foi protocolada no prazo legal. Conheço.

A impetração versa imunidade tributária, mais precisamente o que previsto nos artigos 149, § 2º, e 153, § 3º, inciso III, da Constituição Federal, a saber:

Art 149.[...]

[?]

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[?]

IV produtos industrializados;

[?]

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

[?]

III não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

Surge premissa básica: está-se diante de imunidade objetiva, e não de isenção. A imunidade é garantia constitucional a afastar a própria incidência do tributo. A isenção, decorrente de lei, torna-o inexigível, embora se tenha, inicialmente, como atendidos os elementos tributários: a definição de espécie, o fato gerador, a base de cálculo e a definição de contribuinte.

Na origem, concluiu-se que a opção pelo sistema Simples de incidência tributária obstaculiza a consideração da imunidade, articulando-se com o § 5º do artigo 5º da Lei nº 9.317/1996, a versar que:

Art. 5º [?]

[?]

§ 5º A inscrição no SIMPLES veda, para a microempresa ou empresa de pequeno porte, a utilização ou destinação de qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IPI e ao ICMS.

Potencializou-se a prática tributária de apenas excluir da incidência do percentual alusivo ao Simples, em termos de receita bruta do contribuinte, os valores concernentes a vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos. Então, na óptica fazendária endossada pelo Tribunal de origem, a opção pelo sistema simplificado de recolhimento de tributos estaria a neutralizar, a retirar do cenário jurídico constitucional, a imunidade, relativamente a contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, e ao IPI, consideradas receitas decorrentes de exportação.

O Direito substancial é fruto de certa organização os princípios, os institutos, as expressões e vocábulos têm sentido próprio, descabendo partir para mesclagem. Acabou-se por introduzir na disciplina das citadas imunidades exceção não prevista e que diz respeito à qualificação do contribuinte. Mais do que isso, presente quebra do próprio sistema tributário, colocou-se em segundo plano o objetivo dos artigos 170, inciso IX, e 179 da Lei Fundamental, a disporem:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[?]

IX tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[?]

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Vale dizer que o tratamento mais favorável exige o reconhecimento prévio de obrigação tributária. Uma vez inexistente esta última, ante imunidade, surge impróprio, contrariando-se o objetivo das normas do citados artigos 149 e 153, cogitar do elemento básico para a observância da

disciplina do Simples, ou seja, haver empresa devedora dos tributos. Atendem para o objetivo do Simples o recolhimento do que devido, sob o ângulo tributário, em base e mediante sistema mais favorável.

A par deste aspecto, descabe articular com a impossibilidade de verificação, no caso concreto, das receitas auferidas pela empresa optante do Simples alcançadas pela imunidade. A legislação de regência aplicada no presente caso, Lei nº 9.317/1996, ao estabelecer as alíquotas devidas para os segmentos econômicos que optarem pelo regime diferenciado, especifica o percentual correspondente a cada tributo, possibilitando, com isso o alcance da imunidade tributária.

A óptica permanece mesmo com a instituição do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições pela Lei Complementar 123/06. Tanto o é que o Comitê Gestor do Simples Nacional, na Resolução CGNS nº 94/2011, previu expressamente a não incidência tributária no caso de haver imunidade:

Art. 30. Na apuração dos valores devidos no Simples Nacional, a imunidade constitucional sobre alguns tributos não afeta a incidência quanto aos demais, caso em que a alíquota aplicável corresponderá ao somatório dos percentuais dos tributos não alcançados pela imunidade.

A previsão apenas é harmônica com a tese de que não há, sob qualquer hipótese, campo para incidência quando em jogo situação prevista pela Carta Maior como imune, ou seja, fora da competência dos entes de instituir tributos.

O Tribunal de origem deu alcance à Lei nº 9.317/1996 conflitante com o texto constitucional, isto é, presente a opção do contribuinte, desconsiderou a imunidade tributária. De forma imprópria, foram restaurados tributos expressamente afastados pela Carta Federal. O Simples, com o ônus característico, pressupõe o fato de ter-se o tributo como devido. Então, aí sim, parte-se para o mecanismo que lhe é próprio, quer no tocante à burocracia tributária, quer relativamente ao percentual de incidência. Os institutos imunidade e Simples são diversos, não se mesclam, não são passíveis de compensação.

Provejo o recurso interposto para deferir a ordem pleiteada.

Tese para o caso de vir a prevalecer esse entendimento: A opção pelo Simples não afasta as imunidades previstas nos artigos 149, § 2º, inciso I, e 153, § 3º, inciso III, da Constituição Federal.

Plenário Virtual - minuta de voto - 15/05/2020 00:00