# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO EMPRESARIAL

**DEMETRIUS NICHELE MACEI**

**MARCELO BENACCHIO**

**MARIA DE FATIMA RIBEIRO**

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – Conpedi**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
**Secretário Executivo** -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Conselho Fiscal**
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

**Secretarias**
**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Demetrius Nichele Macei, Marcelo Benacchio, Maria De Fatima Ribeiro–
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-042-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresarial. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO EMPRESARIAL

---

## Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Empresarial, durante o XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI realizado em Aracajú - SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, onde profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central - DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. Referida temática revela a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito em desenvolvimento no país, têm buscado enfrentar ao acolherem abordagens que possibilitem aprender de forma consistente a crescente complexidade do processo de globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e afim. Os temas apresentados do 13º GT foram agrupados por similitudes envolvendo as políticas de compliance e Lei Anticorrupção, Recuperação Judicial das Empresas, Função Social da empresa e sua preservação, a desconsideração da pessoa jurídica à luz do novo Código de Processo Civil entre outras temáticas específicas. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Os 24 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Direito do Trabalho, na medida em que abordam itens ligados à responsabilidade de gestores, acionistas e controladores, de um lado, e da empresa propriamente de outro. Resgata, desta forma, os debates nos campos do direito e áreas especificas, entre elas a economia. Os debates deixaram em evidência que na recuperação de empresas no Brasil há necessidade de maior discussão sobre o tratamento

adequado dos débitos tributários. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

Todas as publicações reforçam ainda mais a concretude do Direito Empresarial, fortalecendo-o como nova disciplina no currículo do curso de graduação e as constantes ofertas de cursos de especialização e de stricto sensu em direito.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos Eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias, com vistas ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, considerando também a realidade econômica e financeira internacional que estamos vivenciando, com possibilidades abertas para discussões e ensaios futuros.

Espera-se, que com a presente publicação contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

Convidamos os leitores para a leitura e reflexão crítica sobre a temática desta Coletânea e seus valores agregados.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e ao mesmo tempo agradecemos os autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - Unimar

Prof. Dr. Demetrius Nichele Macei  Unicuritiba

Prof. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

Coordenadores

# ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA PARA PROMOVER A PERMANÊNCIA NO DOMÍNIO ECONÔMICO

# STATUS OF NATIONAL MICROENTERPRISE AND COMPANY OF SMALL AND SYSTEMATIC INTERPRETATION TO PROMOTE STAY IN ECONOMIC AREA

**Rafael Aragos**
**Marlene Kempfer**

**Resumo**

Com o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte o Brasil avançou de modo decisivo para a efetividade jurídico-social da inclusão e permanência destas empresas no domínio econômico. Desde a aprovação da Lei Complementar 123 de 2006, várias alterações ocorreram para aperfeiçoar este sistema, tanto no aspecto normativo (Legislativo), quanto fiscalizatório (Executivo) e de incentivos (Legislativo e Executivo). Frente a este desafio, várias questões quanto a interpretação e aplicação dos direitos destas empresas foram levadas ao Judiciário, em busca de amparo Estatal para pleitear avanços especialmente com o objetivo de possibilitar a permanência no mercado. Entre questões que esta pesquisa destacou, tem-se: a proporcionalidade ou não da exclusão do programa de recolhimento simplificado de tributos; análise do princípio da isonomia para obter o parcelamento dos débitos tributários cobrados pelo regime simplificado; princípio da equidade para obter redução de multas previstas na legislação, sob o argumento de que legalidade estrita conduz a situações incompatíveis com a realidade econômica destas empresas; recuperação judicial em condições compatíveis com a capacidade de pagamento da empresa. Os fundamentos das decisões frente a tais discussões permite avaliar os percursos interpretativos do Judiciário em prol ou não da efetividade do princípio da permanência das empresas desta categoria no mercado, tendo em vista as externalidades positivas que sua atividade traz à sociedade e ao Estado.

**Palavras-chave:** Estatuto, Microempresa, Empresa de pequeno porte

**Abstract/Resumen/Résumé**

With the National Statute of Micro and Small Businesses Brazil advanced decisively to the legal and social effectiveness of inclusion and permanence of these companies in the economic domain. Since the adoption of Complementary Law 123 of 2006, several changes occurred to perfect this system, both from a regulatory viewpoint (Legislative), as fiscalization (Executive) and incentives (legislative and executive). However, several questions regarding the interpretation and application of the rights of these companies were taken to the courts, seeking State protection to plead advances especially in order to enable the continued market. Among issues that this research has highlighted, we have: the

proportionality or not the exclusion of the simplified collection program of taxes; analysis of the principle of equality for the installment payment of tax debts charged by the simplified scheme; principle of equity for reduction of fines provided for in the legislation, arguing that strict legality leads to situations incompatible with the economic reality of these companies; bankruptcy protection under conditions compatible with the company's ability to pay. The fundamentals of front decisions such discussions allows us to evaluate the interpretative paths of the judiciary in pról or not the effectiveness of the principle of permanence of companies in this category in the market, given the externalities posivitas your activity brings to society and the State.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Status, Microenterprise, Company in small.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a Lei Complementar 123 de 2006, Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, com suas sucessivas alterações, o Brasil avançou em termos de efetividade jurídico-social para a inclusão e permanência destas empresas no domínio econômico, viabilizando tratamento diferenciado e simplicicado, além de criar mecanismos de orientação, facilitação para constituição formal dos micro e pequenos empreendimentos.

No entanto, apesar da importância da referida lei, várias questões foram levadas ao Judiciário na busca de uma melhor interpretação da lei. A pesquisa abordará o estudo jurisprudencial com o escopo de verificar quais as questões estão sendo levadas ao judiciário e qual tem sido a postura deste.

Dentre os casos investigados aborda-se a proporcionalidade ou não da exclusão do programa de recolhimento simplificado de tributos quando há inadimplência por parte das empresas. Também estabece-se uma análise do princípio da isonomia no sentido de verificar se as empresas incursas no simples podem ou não obter o parcelamento dos débitos tributários cobrados pelo regime simplificado. Segue para estudo de caso em que com base no princípio da equidade, buscam as empresas obter redução de multas previstas na legislação, sob o argumento de que a legalidade estrita conduz a situações incompatíveis com a realidade econômica destas empresas de menor porte. Finalmente, o foco foi para a jurisprudência, que envolve a recuperação judicial em condições compatíveis com a capacidade de pagamento das empresas em estado de dificuldade, abordando-se a ausência de regulamentação específica para essas empresas saldarem seus débitos tributários e a atuação do Judiciário em prol da permanência da empresa.

Ingressa-se na pesquisa dos percursos interpretativos do Judiciário com a mudança de paradigma trazida pelo pós-positivismo, que por meio da interpretação sistemática e da hermenêutica que tem buscado o sentido das normas contidas em leis diante dos princípios constitucionais.

Como aprofundamento ao estudo do fundamento de validade das normas que estabelecem o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, adentra-se no estudo informalidade e seus malefícios, bem como da necessidade de promover a inclusão e a permanência das empresas no mercado, a fim de que promovam de forma contributiva o desenvolvimento do sistema capitalista formal.

## 2 OS AVANÇOS TRAZIDOS PELO ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE NO BRASIL

Por meio da Lei Complementar 123 de 2006, Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, o Brasil avançou decisivamente para a efetividade jurídico-social da inclusão e permanência destas empresas no domínio econômico. Desde a aprovação da referida Lei sobrevieram várias alterações pertinentes ao aperfeiçoamento deste sistema, tanto no aspecto normativo (Legislativo), quanto fiscalizatório (Executivo) e de incentivos (Legislativo e Executivo), sendo a última e mais substancial alteração trazida pela novel Lei Complementar 147 de 2014. As finalidades deste sistema normativo são gerar oportunidades para a inclusão econômica, nos termos do seu artigo 1º:

> Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:
> I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;
> II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;
> III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.
> IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal.

Entre as oportunidades e simplificações que o referido Estatuto traz às microempresas e empresas de pequeno porte, vale destacar: tributação unificada (SIMPLES NACIONAL), prevista no artigo 13; simplicidade e unicidade nos processos de abertura, registro e alteração, inclusive por meio eletrônico[1], artigo 4º; isenção de custos ao microempreendedor individual (art. 4º, § 3º); informações e orientações facilitadas e unificadas disponibilizadas na rede mundial de computadores[2], inclusive para pesquisas prévias (art. 5º); apoio do SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Art. 26, §9º) no desenvolvimento e manutenção das soluções de tecnologia, capacitação e orientação aos usuários e etc.; preferência de contratação nas licitações (art. 44

[1] É o que se vê, por exemplo, no endereço eletrônico do portal do empreendedor: Disponível em <http://www.portaldoempreendedor.gov.br>. Acesso em: 23 de março de 2015.
[2] Idem à nota anterior

e 47); facilitação na exportação (art. 49-A); desoneração das obrigações trabalhistas (art. 51); fiscalização orientadora (art. 55); acesso a linhas de crédito facilitado e ágil (art. 57 e seguintes).

Também merece destaque a instituição do MEI - Micro Empreendedor Individual, (art. 18-E da Lei 123/2006), que pela sua simplicidade, baixo custo de implementação, tributação e tratamento diferenciado, oportuniza a milhares de micro empreendedores se regularizarem, formalizando seus empreendimentos, com inclusão econômico-social e previdenciária. Os empreendedores, cujo faturamento anual não ultrapasse 60 mil reais (art. 18-A, §1º), não estão obrigados a manter a escrituração contábil, nos termos do artigo 60 da Lei Complementar 123/2006.

A Lei nº 12.441/2011, que incluiu o artigo 980-A ao Código Civil, cria a possibilidade de empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI, que veio com objetivo de limitar a responsabilidade do empresário individual, eliminando aquela prática de constituir sociedade limitada com um pseudo sócio, que era incluído no contrato social apenas para atender exigência de pluralidade da sociedade limitada.

Como desdobramento desse sistema, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação (SDECTI) apresentou, em 21 de outubro de 2013, o novo módulo estadual de licenciamento do via rápida empresa. No Estado de São Paulo, por exemplo, a ferramenta on-line facilita a abertura e o licenciamento de empresas de baixo risco e está disponível para os 645 municípios paulistas[3], podendo ser acessada no site[4] da Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp).

Em São Paulo a SDECTI já conta com o sistema integrado que reúne os órgãos estaduais – Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária e Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (Cetesb), que em conjunto com 61 prefeituras municipais e disponibilizam o licenciamento de empresas de baixo risco em tempo reduzido[5]. Com a ampliação desse módulo às outras 584 cidades de São Paulo, a empresas podem aderir ao programa e contribuir com o Estado na agilização de todo o processo. Nessa integração, caberá aos municípios a análise de viabilidade de alto ou baixo risco e a emissão do alvará de funcionamento para o início de operação da empresa[6].

---

[3] Disponível em:< http://www.desenvolvimento.sp.gov.br/politica-de-incentivo-ao-empreendedorismo>. Acesso em 23 de março de 2015.
[4] Disponível em: < http://www.jucesp.sp.gov.br>. Acesso em 23 de março de 2015.
[5] Disponível em:< http://www.desenvolvimento.sp.gov.br/politica-de-incentivo-ao-empreendedorismo> Acesso em 23 de março de 2015.
[6] Idem à nota anterior

Esse aperfeiçoamento do sistema (nos aspectos normativos, fiscalizatório e incentivador) tem repercutido positivamente em fatores macroeconômicos, que indicam o crescimento da economia brasileira dos últimos anos. Estudos internacionais, realizado pelo Doing Business do Banco Mundial (http://portugues.doingbusiness.org/rankings), revelam que atualmente (projeção de 2015) o Brasil comparado com outros países em termos de apoio ao empreendedorismo, ocupa no ranking a posição 120ª de 189 países estudados, sendo que em 2014 estava na posição 123ª e no ano de 2012 ocupava a posição 126ª.

Essa evolução gradativa revela que o sistema em vigor, Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, está efetivamente proporcionando a inclusão econômica e sobrevida destas empresas no mercado, o que leva a crer que esse rítimo de desempenho irá melhorar ainda mais, já que as importantes alterações trazidas pela Lei Completar 143/2014 ao referido Estatuto, são recentes e ainda não tiveram tempo suficiente para produzir resultados avaliáveis por meio de pesquisas.

## 3 A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS QUESTÕES LEVADAS AO JUDICIÁRIO PARA POSSIBILITAR A PERMANÊNCIA NO MERCADO

Apesar dos avanços promovidos pelo Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, várias questões quanto a interpretaçao e aplicação dos direitos destas empresas foram levadas ao Judiciário, em busca de amparo Estatal para uma interpretação mais adequada acerca de seus direitos voltada para promover a inclusão desejada pela constituição e normas infraconstitucionais.

Devido ao princípio da legalidade estrita que rege a atuação da Administração Pública, fica o Administrador (no âmbito do Executivo), com limitações para deferir determinadas pretensões jurídicas não explícitas nos textos legais e regulamentares. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 101) ensina que “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às Leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”. Mais adiante o referido Autor consigna em palavras mais simples que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”.

Já no âmbito do Judiciário é possível o uso da interpretação sistemática, que faz superar as limitações do Executivo. Enquanto este último precisa obrigatoriamente estar pautado na legalidade estrita e literalidade dos textos e regulamentos, aquele primeiro pode e

deve interpretar a lei sistematicamente, em atenção a todo o sistema jurídico, em especial os princípios informadores, organizados hierarquicamente, a fim de harmonizar as leis. Com isso, o Judiciário tem a possiblidade de examinar a lei em conjunto com as demais, podendo ainda afastar a literalidade do texto se deste resultar violação aos princípios e objetivos constitucionais, hierarquicamente superiores, sendo esta a atividade precípua do Supremo Tribunal Federal.

Em decorrência das possíveis interpretações sobre extensão dos direitos destas empresas, várias questões são levadas ao Judiciário, onde tais interpretações podem ser analisadas. Esta pesquisa destacou algumas delas, que envolvem as seguintes discussões: a proporcionalidade e adequação da medida de exclusão do programa de recolhimento simplificado de tributos; aplicação do princípio da isonomia para obter o parcelamento dos débitos tributários cobrados pelo regime simplificado; princípio da equidade para obter redução de multas previstas na legislação, sob o argumento de que a legalidade estrita conduz a situações incompatíveis com a realidade econômica destas empresas; recuperação judicial em condições compatíveis com a capacidade de pagamento da empresa.

## 3.1 PROPORCIONALIDADE OU NÃO DA EXCLUSÃO DO PROGRAMA DE RECOLHIMENTO SIMPLIFICADO DE TRIBUTOS

O recolhimento simplificado de tributos, denominado como Simples Nacional - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, está previsto no artigo 12 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Trata-se de um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável a essas empresas, que abrange a participação de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e viabiliza o recolhimento unificado (mediante documento único de arrecadação) dos seguintes tributos: IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP).

Referido regime é bastante benéfico às empresas nele enquadradas, tanto no aspecto de onerosidade como de praticidade, de modo que a exclusão da empresa repercute com um contundente impacto nos seus resultados (lucros). Pesquisa baseada nos dados do SEBRAE[7] apontam que em razão do Simples Nacional a carga tributária é reduzida em torno de 40%

[7] Disponível em:< http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/Menos-impostos,-mais-competitividade.> Acesso em: 23 de março de 2015.

(quarenta por cento), o que significa que a empresa excluída do regime simplificado paga esse percentual a mais de tributos em relação às outras que nele estão inseridas. Por isso, a exclusão do Simples é medida bastante severa e muitas vezes questionada no Judiciário pelas empresas.

A exclusão do regime simplificado pode se dar em duas modalidades, que são: a empresa sequer consegue acessar o regime por não atender a determinada exigência; a empresa está incursa no sistema, mas, é excluída por não manter a regularidade dos requisitos exigidos pela lei. No entanto, tem-se questionado no Judiciário a constitucionalidade da exclusão das empresas do Simples em razão da existência de débitos tributários, sendo este o motivo mais comum de exclusão, em ambas as modalidades supracitadas.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 627.543, do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com um caso em que uma empresa estava sendo obstada de aderir ao Simples, nos termos do artigo 17, inciso V da Lei 123 de 2006, em razão de possuir débitos fiscais. O recurso buscava o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo, sob os seguintes argumentos: a Lei Complementar nº 123/06 possui o intento de simplificar e incentivar as atividades das microempresas e das empresas de pequeno porte, tendo como fundamento principal justamente o fomento e a proteção aos empreendedores nessa condição; não poderia a legislação complementar restringir sobremaneira o acesso ao regime, consubstanciando medida contrária ao próprio ânimo da norma; condicionar a adesão ao regime diferenciado à ausência de débito perante às fazendas públicas ou ao INSS, decorrente de tributo cuja exigibilidade não tenha sido suspensa, configuraria uma forma de cobrança indireta; a imposição de confissão de dívida, mediante parcelamento de débito, para se aderir ao Supersimples, ofenderia os direitos ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa.

O Relator do referido recurso, Ministro Dias Toffoli, fixou como questão a ser perquirida no caso:

> se a exigência contida no inciso V do art. 17 da LC 123/06, ao diferenciar os contribuintes em débito com a Fazenda Pública ou com o INSS dos demais microempreendedores e pequenos empresários que cumprem com suas obrigações tributárias, para fins de opção pelo Simples Nacional, estaria impondo uma discriminação arbitrária, desarrazoada e incompatível com o princípio da isonomia, considerada a capacidade contributiva dos agentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 627.543, Plenário. 30 de outubro de 2013).

Decidiu Dias Toffoli em seu voto que o referido artigo questionado:

> não viola o princípio da isonomia. Ao contrário, confirma o valor da igualdade jurídica. O contribuinte inadimplente que não manifesta seu intento de se regularizar perante à Fazenda Pública não está na mesma situação jurídica daquele que suportou seus encargos. Entendimento diverso importa em igualar contribuintes em situações juridicamente desiguais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 627.543, Plenário. 30 de outubro de 2013).

O relator foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso. O Ministro Marco Aurélio foi voto vencido e argumentou em suas razões de decidir que "o Estado não pode dar com uma das mãos e tirar com a outra. E, a meu ver, foi isso que ocorreu".

Constam dos fundamentos do voto vencido o elenco dos artigos 146, "d", 170, IX e 179, todos da Constituição Federal e a Lei 126 de 2006, para argumentar que tanto a Constituição quanto a lei estruturam um sistema protetivo e ao mesmo tempo estabelece o artigo 17, inciso V da lei uma exclusão ao mesmo sistema, o que alija as empresas que estejam atravessando dificuldade, pois ao invés de socorrê-las, às exclui do sistema que visa estimular esse segmento importantíssimo da economia nacional. Asseverou que o Supremo Tribunal Federal tem uma história jurisprudencial contrária a coação política, visando a liquidação do débito fiscal, o qual deve ser cobrado pela via própria da execução fiscal.

O Ministro Marco Aurélio vai além com sua argumentação para sustentar a inconstitucionalidade do referido artigo 17, V da Lei 123 de 2006, invocando a violação ao principio da isonomia:

> Mas, há mais. Ferido de morte, para mim, na contramão da Carta da República, está o princípio isonômico. A pequena empresa sofre essa coação política, visando manter-se em dia com o Fisco, sob pena de ir – não aplicada a Lei Complementar, que contempla benefícios – para o buraco, ter a situação – que o Diploma Maior visa beneficiar, visa melhorar – prejudicada. O mesmo não ocorre com a grande empresa. Presidente, não tenho como dizer que o caso concreto difere daqueles outros que levaram este Tribunal a editar os três Verbetes a que me referi (o 70, o 323 e o 547) que integram a Súmula da jurisprudência predominante. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 627.543, Plenário. 30 de outubro de 2013).

Pertinente se fez o estudo detido do referido acórdão, tendo em vista tratar-se de decisão não unânime da Suprema Corte onde se foi possível verificar as duas vertentes interpretativas do Judiciário acerca da questão tratada no Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Além disso, o caso supra permite por meio de uma análise endoprocessual, verificar o percurso interpretativo que ocorreu desde a primeira instância, que havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 17, V da Lei 123 de 2006, passando pelo

Tribunal que reformou a sentença, até chegar no Supremo que manteve a aplicação do referido artigo.

Neste caso, verifica-se muito claramente a interpretação sistemática, pois o artigo 17, inciso V da lei 123 de 2006 ao ter desafiada sua constitucionalidade, teve invocado em sua defesa pela maioria dos julgadores o princípio da isonomia, sob o argumento de diferenciar as empresas que se encontram em situação díspar. Por outro lado, o voto vencido, também em uma interpretação sistemática, mais focado no escopo protetivo da lei às micro e pequenas empresas, aponta o referido artigo como inconstitucional por desvirtuar o objetivo da lei e da constituição de proteger as empresas com menor potencial competitivo. Observa-se que essa discussão sistemática interpretativa jamais seria possível no âmbito da administração pública, que deveria limitar-se a aplicar o referido dispositivo, sem qualquer análise acerca da sua constitucionalidade e dos princípios envolvidos.

## 3.2 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PARA OBTER O PARCELAMENTO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COBRADOS PELO REGIME SIMPLIFICADO

Verificam-se inúmeros pleitos no Judiciário por parte das empresas incursas do Simples, que tentam se beneficiar dos parcelamentos ordinários (que não os próprios do Simples), invocando em seu favor o princípio da isonomia. É o que buscou uma microempresa no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 709.315, sob o argumento de que se há uma Lei autorizando o parcelamento de débitos administrados pela Receita Federal do Brasil, sem qualquer menção à forma de apuração tributária optada pelas empresas, não há como discriminar em razão do regime, por afronta ao princípio da isonomia e da legalidade.

No referido julgamento o Ministro Relator Celso de Melo, acompanhado pelos demais, entendeu pela impossibilidade de deferir o parcelamento ordinário, pois não deve o Judiciário atuar como legislador positivo com a imposição de seus próprios critérios, que é papel do Legislativo e implicaria em usurpação de poderes essencialmente limitados à competência de cada um, com a transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça já está firmada a jurisprudência pela impossibilidade de deferir parcelamentos ordinários às microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples. Colhe-se como amostragem de estudo o acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.323.824 – PR, cujo relator foi o

Ministro Benedito Gonçalves, que teve como argumento sistemático central para a negativa do parcelamento, a questão dos débitos apurados pelo regime simplificado (Simples Nacional) regulado pela Lei Complementar 123 de 2006, englobarem débitos não apenas da União, como também dos Estados e dos Municípios.

Dentre os argumentos do referido recurso constava o de que a própria Lei Complementar 123/2006 autoriza em seu artigo 79 o parcelamento dos débitos do Simples. Esse argumento é desacolhido pelo referido acórdão, que consigna que a permissão de parcelamento prevista em tal artigo não tem o condão de autorizar o ingresso das empresas participantes do SIMPLES em outros regimes privilegiados de parcelamento de tributos, a exemplo do previsto da Lei 11.941/2009, esclarecendo, por fim, que o referido dispositivo legal (artigo 79, LC 123/2006) apenas autoriza que débitos anteriores ao ingresso no Simples sejam parcelados na forma ali prevista.

Leandro Paulsen (2008, p. 1040/1041) alerta sobre os riscos de distorções em conjugar dispositivos de diversas leis para concessão de parcelamento de débitos tributários:

> Parcelamento depende de previsão legal específica. A referência expressa à forma e condição estabelecidas em lei específica nos leva à conclusão de que, de um lado, o contribuinte não tem direito a pleitear o parcelamento em forma e com características diversas daquelas previstas em lei e, de outro, que o Fisco não pode exigir senão o cumprimento das condições nela previstas, sendo descabida a delegação à autoridade fiscal para que decida discriminatoriamente sobre a concessão do benefício. O artigo fala em lei específica e isso reforça que não tem cabimento a pretensão de conjugação dos dispositivos de diversas leis para a concessão de parcelamento mais benéfico ou mediante requisitos menos rígidos. A combinação de dispositivos de diversas leis distorce os benefícios concedidos, implicando a criação de uma nova espécie de parcelamento não autorizado pelo legislador".

O que se extrai dos entendimentos acima destacados é que o tratamento diferenciado que deve ser conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, sequencialmente preconizado na Constituição Federal, não deve ser tido como absoluto. Desse modo, o princípio da efetividade da inclusão econômico-social deve ser compatibilizado com outros princípios e regras do sistema (constitucional e infraconstitucional), dentre estes o respeito à distribuição constitucional de competência/poderes (sistema dos freios e contrapesos).

Aqui se vê mais uma vez a interpretação sistemática da lei sopesando princípios constitucionais envolvidos no caso concreto. Se por um lado há o princípio da efetividade da inclusão econômica a ser alcançado, há em outra vertente o princípio da distribuição constitucional de competência, envolvendo a estrutura dos poderes e suas atribuições. Nesta interpretação sistêmica deve-se estabelecer a hierarquia dos princípios e qual deles deve

prevalecer no caso concreto. Também por isso, poderia o resultado do julgamento ser alterado se por alguma razão houvesse uma mudança nas peculiaridades jurídicas e outros princípios viessem a ser introduzidos no cenário.

## 3.3 PRINCÍPIO DA EQUIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCINALIDADE PARA OBTER REDUÇÃO DE MULTAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO

O elevado valor das multas punitivas aplicadas em razão de infrações administrativas a depender do caso acaba por inviabilizar a continuidade das atividades da microempresa e empresa de pequeno porte. A legislação tributária prevê os mesmos percentuais de multa e forma de cálculo independentemente do porte da empresa. A aplicação literal da lei, por meio de uma legalidade estrita, pode acabar por criar situações totalmente desproporcionais, a ponto de aniquilar por completo o empreendimento. Essa desproporcionalidade vai contra os anseios de inclusão econômica. Basta verificar que diante da absoluta impossibilidade da empresa pagar essas elevadas multas, elas permanecem inadimplentes, saem da formalidade e entram para a informalidade, passando a operar à margem do sistema.

A quantificação da sanção pecuniária pode ser fatal à vitalidade da empresa que dispõe de estreitos recursos. Quando isso ocorre essas empresas buscam o Judiciário, invocando a aplicação dos princípios da equidade, proporcionalidade, razoabilidade e a tese da vedação do confisco também para multas.

Neste contexto, a equidade apresenta-se como um modo justo de aplicar o direito, adaptando a regra ao caso específico, mediante a observância dos critérios de igualdade e de justiça. Com isso, a equidade funciona como modo de interpretação justa, tanto na aplicação como no afastamento da lei em determinadas situações que se revele incompatível. Significa que pode ser interpretado por equidade o conteúdo da norma, levando em consideração o regime político do Estado e os princípios gerais do direito, a fim de evitar que aplicação da lei fria seja muito rígida, incompatível e desproporcional em determinados casos.

Verifica-se que a Lei 123 de 2006, em seu artigo 55, já com a nova redação trazida pela Lei 147 de 2014, prevê a fiscalização orientadora “no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo das microempresas e empresas de pequeno porte”. Com isso, salvo exceções específicas da Lei, é exigida a natureza orientadora da fiscalização, bem como a dupla visita para a lavratura do auto de infração.

No entanto, a fiscalização quanto ao aspecto tributário não foi prevista no referido dispositivo que preconiza o caráter orientador, ao contrário, foi vedada a aplicação nos termos do §4º do mesmo artigo, com a previsão de que o processo administrativo fiscal relativo a tributos deve ser dar na forma dos artigos 39 e 40 da Lei 123 de 2006, ou seja, a lei parte do pressuposto que as microempresas e empresas de pequeno porte tenham pleno conhecimento de todo o aspecto tributário que a envolve. No entanto, é notória a simplicidade dessas empresas e pouca escolaridade de seus proprietários, que apresentam dificuldades para compreender o emaranhando da legislação tributária e não raras vezes acabam por cometer equívocos, sem poder contar com a fiscalização orientadora prevista no dispositivo supracitado. O que se vê na realidade é um temor da punição, o que inibi essas empresas de buscar orientação junto ao fisco.

Isso faz com que o Judiciário seja mais demandado pelas empresas para mediante a equidade fazer cessar as multas excessivamente onerosas e desproporcionais. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI-MC 1075 (Relatoria do Ministro Celso de Mello) e da ADI 51(Relatoria do Ministro Ilmar Galvão), entendeu que o Poder Público, ainda que "tratando-se da definição do quantum pertinente ao valor das multas fiscais, não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade dos atos estatais".

Ainda com relação a ADI-MC 1075/DF, o Relator Ministro Celso de Mello, registra que:

> É inquestionável, senhores ministros, considerando-se a realidade normativa emergente do ordenamento constitucional brasileiro, que nenhum tributo — e, por extensão, nenhuma penalidade pecuniária oriunda do descumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias — poderá revestir-se de efeito confiscatório. Mais do que simples proposição doutrinária, essa asserção encontra fundamento em nosso sistema de direito constitucional positivo, que consagra, de modo explícito, a absoluta interdição de quaisquer práticas estatais de caráter confiscatório, com ressalva de situações especiais taxativamente definidas no próprio texto da Carta Política (artigo 243 e seu parágrafo único). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1075-1, Distrito Federal, D.J 24 de novembro de 2006).

Vale citar a decisão do Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, em decisão de 21 de novembro de 2002 (DJE 4 de fevereiro de 2003), proferida pelo Juiz Guilherme de Souza Nucci, nos autos do processo nº 596.053.01.009930-3, que sob a ótica dos princípios constitucionais, decidiu:

> O Poder Legislativo não pode criar leis que firam os princípios gerais de direito e também os princípios implícitos na Constituição Federal da razoabilidade e da proporcionalidade. Do mesmo modo que não se deve admitir, somente porque existe lei, penas excessivas na esfera do Direito Penal — doutrina pacífica atualmente; da mesma maneira que não se pode aceitar a fixação de tributos de caráter confiscatório, que agridam o princípio da capacidade contributiva, porque abusivos e desproporcionais — pacífico na doutrina igualmente; enfim, se em qualquer ramo do direito não se pode acolher, passivamente, que o Estado legisle ferindo preceitos básicos do sistema de equilíbrio entre o seu poder e os direitos e garantias individuais, com maior razão, no contexto do direito administrativo o mesmo não pode se dar. A multa cobrada é nitidamente desproporcional à infração cometida e fere a capacidade de pagamento do autor. Por isso, vemos sentido em cancelar a aplicação da multa, considerando inconstitucional a lei que fixa seu valor, por desrespeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Portanto, os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade atuam com forte carga axiológica nestas questões, especialmente para estabelecer os limites para a legislação que esteja em descompasso com a constituição, se prestando a analisar se determinada multa prevista na lei está condizente com a conduta/infração empresarial (razoabilidade), bem como ponderar racionalmente se a punição fere ou não a capacidade de pagamento da empresa (proporcionalidade). Havendo incongruência entre a multa e infração verifica-se a ausência de razoabilidade, do mesmo modo que o elevado valor da multa face a capacidade econômica da empresa revela a desproporcionalidade. Nessas situações é que cabe ao Judiciário atuar para restabelecer tais princípios constitucionais.

Hugo de Brito Machado (2013, p. 121/122) argumenta que no âmbito da tributação, e especialmente no que diz respeito às sanções tributárias, é importante considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A proporcionalidade em matéria tributária está estreitamente relacionada com o princípio da capacidade contributiva, ao passo que o princípio da razoabilidade, se presta para ministrar a solução racional aos conflitos entre os humanos, funcionando como critério a orientar a escolha de uma interpretação, entre as várias possíveis, limitando o formalismo jurídico.

## 3.4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CONDIÇÕES COMPATÍVEIS COM A CAPACIDADE DE PAGAMENTO DA EMPRESA

No cenário da recupração judicial o passivo tributário tem sido o maior empecilho em desfavor da superação da crise empresarial, já que os tributos e as consequentes execuções fiscais, em razão da indispobibilidade do interesse público, não se submetem, em regra, à recuperação e ao plano recuperacional. Com isso, essas dívidas acabam por suforcar a

empresa que não consegue ao mesmo tempo honrar o plano de recuperação e regularizar a situação fiscal dos tributos na forma dos parcelamentos convencionais.

O Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte não tratou dessa hipótese das empresas passarem por crise financeira e impetrarem pedido de recuperação judicial. Isso significa que em caso de crise a ferramenta mais benéfica em prol dessas empresas é a Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005). Entretanto, em termos de pagamento diferenciado de tributos referida lei apenas prevê no artigo 68 a possibilidade das Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, na forma estabelecida no Código Tributário Nacional[8].

Somente em 2015 é que o Poder Executivo possibilitou o parcelamento de alguns tributos em condições compatíveis com a capacidade de pagamento da empresa em debilidade financeira (recuperação judicial), nos termos das Portarias Conjuntas nº 1 e nº 2, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e da Receita Federal, ambas do dia 13 de fevereiro de 2015[9]. Significa dizer que por um logo período inexistiam parcelamentos para amparar essas empresas fragilizadas pela crise, as quais foram ao Judiciário buscar um suprimento face à ausência tanto no aspecto normativo (Legislativo), quanto no incentivador (Legislativo e Executivo).

E em alguns casos o Judiciário interpretou e decidiu em fundamentos de inclusão, tais qual aquela proferida pelo Juiz João Alexandre Sanches Batagelo, nos autos do processo nº 0002632-19.2010.8.26.0076, da Vara Única da Comarca de Bilac, Estado de São Paulo. Diante das circunstâncias do caso concreto, e após colher estudos econômicos, manifestação favorável do Ministério Público e do Administrador Judicial, o Magistrado limitou a penhora das execuções fiscais ao percentual global de 0,7% do faturamento bruto da empresa, valor este que seria destinado como parcela única mensal ao pagamento do passivo tributário, tal como um parcelamento. Além disso, indeferiu todos os pedidos individuais das Fazendas que tivessem por objeto qualquer disposição patrimonial e desobrigou a empresa a aderir a parcelamentos que não fossem específico para empresas em recuperação, o que inexistia. Em rigor essa decisão violaria o sistema normativo e iria contra os ensinamentos de Leandro Paulsen (2009, p. 1072) o qual afirma que "o contribuinte não tem direito a pleitear em

---

[8] Artigos do CTN que preveem a possibilidade de instituição de parcelamento e suspensão do crédito tributário: 97, inciso I; 151, inciso VI e 155-A.

[9] Disponível em: <http://perquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/02/2015&jornal=1&pagina=18&totalarquivos=92. Acesso em 23 de março de 2015.

parcelamento em forma e com características diversas daquelas previstas em lei e [...] o Fisco não pode exigir senão o cumprimento das condições nela previstas".

Entretanto, as empresas em recuperação judicial estão em uma situação peculiar, além do que há uma série de princípios e valores constitucionais que prestigiam a continuidade do organismo empresarial a fim de colher as externalidades possitiva dessa continuidade empresarial.

Essas decisões amparadas pelo princípio da preservação da empresa e da continuidade do organismo empresarial (fonte de riquezas) começaram a ser mantidas pelos Tribunais, que reconheciam que o juízo por onde tramita a recuperação judicial tem melhores condições de avaliar como um todo o que pode ou não comprometer a recuperação. Foi isso que ocorreu, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0122203-81.2011.8.26.0000, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Parece claro, clareza essa que tem repercutido seguidamente nas decisões desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, que qualquer ato de disposição patrimonial, derive de execução forçada ou de cumprimento de cláusula do plano de recuperação, há de passar pelo crivo do juízo da recuperação judicial. Não fosse assim, não haveria como dar continuidade a qualquer plano porque o devedor estaria sujeito a desfalque patrimonial a qualquer momento. E, na condução do processo recuperatório, não se há de permitir, mesmo quando seja caso de execução fiscal, constrição que recaia sobre parcela do patrimônio com destinação específica no cumprimento do plano. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0122203-81.2011.8.26.0000, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresaria. Julgamento 26 de julho de 2011).

O Superior Tribunal de Justiça também passou a amparar as decisões dos Juízes que impediam o seguimento das execuções fiscais, interpretando o artigo 6º, §7º[10]da Lei 11.101/2005 sob a ótica dos princípios da norteiam o sistema da lei (princípio da universalidade e da preservação da empresa - artigo 47 da mesma lei), conforme se colhe do trecho do Agravo Regimental no Conflito de Competência 127.674/DF, proferido pela Ministra Nancy Andrighi:

> Frise-se que não houve, na decisão agravada, declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais, tampouco negativa de vigência a texto expresso da lei. Apenas se extraiu da norma invocada pelo embargante seu verdadeiro alcance, desde uma interpretação lógico-sistemática do próprio diploma falimentar, de sorte que não há falar em desrespeito à cláusula de reserva de plenário. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência 127.674/DF,. Julgamento 25 de setembro de 2013).

[10] Lei 11.101/2005 - Art. 6º, § 7º :As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Referido acórdão ainda justifica que mesmo a recuperação judicial não suspendendo a execução fiscal, os atos judiciais que impliquem em redução do patrimônio da sociedade recuperanda não podem ser praticados por juízo diverso do que é competente para o processamento de sua recuperação judicial, pelo que afastaram a interpretação literal do artigo. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, a fim de não inviabilizar o cumprimento do respectivo plano recuperacional.

Vale ressaltar que os argumentos invocados nas decisões supramencionadas decorrem de uma interpretação sistemática acerca dos textos da constituição e da lei infraconstitucional (Lei 11.101/2005), em consonância com aquela primeira, que sob a ótica dos valores e princípios constitucionais da preservação da empresa e continuidade do organismo empresarial, determinam o alcance e aplicação dos dispositivos da lei. Com essa interpertação, atenta às questões de ordem jurídica, política, social e econômica foi possível avançar significativamente, proporcionando a recuperação de inúmeras empresas, além de pressionar os demais poderes (Legislativo e Executivo) a suprir a lacuna quanto ao tratamento diferenciado às empresas que passam por situações expecionais, conforme acima tratado.

Verifica-se pelo estudo da jurisprudência contemporânea que em determinados aspectos, como nos casos aborados neste tópico, há uma forte intervenção do Estado no domínio econômico, por meio do Judiciário, que pautado por princípios, despreendem-se da literalidade da norma para através da interpretação sistemática incutir efetividade à preservação das empresas debilitadas, a fim de implementar a economia inclusiva com todas duas externalidades positivas.

## 4 PERCURSOS INTERPRETATIVOS DO JUDICIÁRIO ACERCA DA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PERMANÊNCIA DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Os fundamentos das decisões frente as discussões apontadas neste trabalho permitem avaliar os percursos interpretativos do Judiciário em pról ou não da efetividade do princípio da permanência das microempresas e empresas de pequeno porte no mercado, tendo em vista as externalidades posivitas que sua atividade traz à sociedade e ao Estado.

De fato, muito tem se desenvolvido a atividade jurisdicional contemporânea, que está pautada em um novo paradigma pós-positivista, em que o texto normativo e norma jurídica são conceitos distintos, esta última (norma) deve demonstrar-se-á através da interpretação que leva em conta aspectos valorativos, históricos, ambientais, econômicos, sociais e diversos

outros fatores importantes para que se atinja a justiça, não sendo possível, por tais motivos, simplesmente acoplar um fato concreto a uma lei predeterminada e abstrata.

Nas palavras de Antônio Carlos Nedel (2009. p.174):

> Se o direito reside na natureza do problema, incumbe ao pensamento jurídico, que tem a missão de revelá-lo, não ficar adstrito a uma transcendente e abstrata investigação metodológica da estrutura sistêmica do direito positivo, intentando subsumir o caso à normatividade num operar lógico dedutivo, pois, para que aconteça o encontro do direito com o direito na sua metódica aplicação, o centro de gravidade da reflexão jurídica que o materializa, um princípio axiológico-normativo que sendo a expressão da validade global do direito, poderá ou não estar especificado numa norma positiva.

Significa dizer que as peculiaridades das situações jurídicas colocadas ao Judiciário, tal como a especialidade da problematização das microempresas e empresas de pequeno porte, não pode ser relegada pela simples subsunção, aplicando-se a premissa maior na resolução da premissa menor. Desta forma, o pós-positivismo brota de uma nova concepção de texto/norma, mitigando a pura subsunção da lei ao caso concreto e valorizando aspectos extrajurídicos como o período histórico, os objetivos de inclusão econômica e de modo geral o momento valorativo de determinada sociedade.

Como exemplo disso estão as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.033 DF, que em um trecho do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, então Relator, bem ilustra essa forma de atuação do Judiciário. No referido caso, a ADI tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade do artigo 13, §3º da Lei 123/2006, que insentou as microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Simplicado, do recolhimento das contribuições instituídas pela União, inclusive as destinadas para entidades privadas de serviço social.

O voto do Relator proferido na referida ADI traça uma interpretação sistemática à luz da Constituição Federal, valendo-se também da hermenêutica para decidir sob a ótica da necessidade de desenvolvimento econômico no momento histórico, consignado que o incentivo da atividade das pessoas jurídicas submetidas à Lei 123/2006 “tem primazia ou prioridade sobre a literalidade das disposições especificas sobre a materia tributária”, além de fundamentar que

> O fomento da atividade das empresas de pequeno porte e das microempresas é objetivo que deve ser alcançado, nos termos da Constituição, na maior medida possível diante do quadro fático e jurídico que estiverem submetidas. Dentre as medidas que podem ser adotadas pelo Estado Brasileiro está a elaboração de regime tributário diferenciado, que tome por premissa a circuntancia de as empresas com menor receita não tem potencia competitivo tão desenvolvido como as empresas de maior porte. Para alcançar tais objetivos e ainda atende ao principio da capacidade

> contributiva (art. 145, § 1º da Constituição), não é adequado afirmar que o regime tributario diferenciado deve se limitar a certo tributor. Em cálculo de ponderação, vejo que a proposta de limitação do regime tributario diferenciado a espécies tributárias especificas pode amesquinhar ou mesmo aniquilar o porpostio da instituição de tal regime, que é assegurar o acesso da microempresa e da empresa de pequeno porte à livre-concorrencia e à livre-iniciativa. Importa, aqui, aquilatar a carga tributária como um todo. Assim, deve-se dar ao texto do art. 146, III, d da Constituição carater exemplificativo e não taxativo, no que se refere aos tributos que poderão ter alcance modulado em função de o contribuinte ser empresa de pequeno porte. Aqui, o Sistema Tributário subordina-se ao objetivo que o Sistema Econômico e Social demarcam no campo juridico. Dito de outro modo, o fomento da atividade das pessoas jurídicas submetidas á LC 123/2006 tem primazia ou prioridade sobre a literalidade das disposições especificas sobre a materia tributária. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – 4.033, Distrito Federal, Julgamento 31 de março de 2008).

Sérgio Alves Gomes (2011, p. 152) explica que no pós-positivismo é papel da teoria do direito "a interpretação dos textos constitucionais e de todos os demais depositivos legais em consonância com a constituição". Referido Autor expõe que essa empreitada deve se dar por meio da hermenêutica jurídica constitucional, atenta a valores e princípios constitucionais, que preciam ter seu alcance e consequencias definidos para a interpretação das questões de ordem jurídica, política, social e econômica vigente.

Com efeito, para se estabalecer a adequada interpretação do texto visando à norma acerca do escopo constitucional no que tange ao aspecto econômico da microempresa e empresa de pequeno porte, o Judiciário precisa enveredar-se por outros ramos do direito, no caso, em especial a economia, sociologia, filosofia, psicologia etc.

A respeito do fundamento de validade das normas constitucionais que estabelecem o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, embora seja bastante clara a intenção da Constituição em promover a economia inclusiva e criar mecanismos de sobrevivência para essas empresas, às vezes não se tem a noção do quanto os ditames jurídicos podem influenciar na economia e no desenvolvimento de uma nação.

Hernando de Soto (2001, p. 20-26) em sua obra "o mistério do capital", escreve-a como o resultado de um estudo de campo realizado pelo autor e sua equipe, por anos, com o intuito de estudar o modo de vida dos povos da Ásia, Oriente Médio, América Latina e Caribe, especialmente a informalidade, denominado por ele de contratos sociais informais (aquilo que se realmente faz e não o que o Estado tenta impor). Um dos principais objetivos do livro foi estudar a disparidade de riquezas entre o ocidente e o resto do mundo, bem como analisar a crise de legitimidade das normas face ao elevado percentual de informalidade.

Referida obra de Soto (2001, p. 183-204) conclui que a riqueza das nações dependerá da capacidade de seus líderes de criar ordens legais que reflitam e articulem adequadamente o

contrato social de seus povos (regras observadas de fato nas comunidades), para que estes possam com seu modo natural de vida contribuir para criar, fomentar e multiplicar o capital. As leis que conduzem a criação de capital precisam gozar de credibilidade das pessoas. Estas precisam antes acreditar para depois acatar seu uso. O sistema normativo, tal como o dinheiro, é uma criação humana e depende de consenso para que funcione.

O estudo de Soto (2001, p. 39), verificou que a burocracia dos sistemas dessas nações em desenvolvimento faz com que haja um enorme percentual de informalidade, inclusive porque é quase tão difícil permanecer na legalidade quanto tornar-se legalizado, de modo que não são os imigrantes que quebram as leis, mas sim as leis que quebram os imigrantes, que acabam por optar em ficar fora do sistema, obedecendo regras próprias de acordos informais, gerando o chamados contratos sociais extralegais.

A pesquisa de Soto (2001, p. 45) aponta que há altos percentuais de informalidade nessas nações em desenvolvimento, por ele denominado de "capital morto". Para ilustrar, vale constar que um levantamento realizado pelo Autor no Peru, Filipinas, Egito, Haiti, constou, respectivamente que os percentuais de moradias urbanas informais, são: 53%, 57%, 92% e 68%. Nas habitações rurais é ainda maior o percentual, chegando o Haiti a 97%, quase a totalidade na informalidade. A mesma realidade é verificada no comércio, que se tornou um setor vibrante, mas subcapitalizado, à margem do sistema forma.

No Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE[11], a maioria das empresas se enquadra como microempresa e empresa de pequeno porte, fato este que por uma análise econômica do direito, facilmente aponta pela plausibilidade do tratamento diferenciado e simplificado a essas empresas, a fim de que possam desenvolver todas as externalidade positivas à economia (empregos, produção de bens, recolhimento de impostos) dentro do sistema formal. Incumbe ao Estado por meio dos aspectos normativo, fiscalizador e incentivador promover a inclusão e permanência dessas empresas no domínio econômico.

De fato, a informalidade é um sério obstáculo à multiplicação de riquezas e traduz, sob a ótica de Soto, uma incapacidade de gerar capital formal, impedindo que o conjunto de bens dessas empresas gozem de transparência e representatividade, o que obsta uma série de oportunidades negociais, que reflete diretamente no desempenho da economia nacional como um todo, inclusive na arrecadação aos cofres públicos.

[11]Disponível em: < http://www.cni.org.br/portal/data/pages/FF808081272B58C0012730BE50E17D8C.htm >. Acesso em 23 de março de 2015.

O fomento dessas empresas ganhou status de princípio constitucional, com claras orientações aos entes federados para que estes criem normas e mecanismos para a efetivação do tratamento favorecido aos micro e pequenos empreendedores, dotados de menos recursos (em todos os sentidos). No entanto, como se viu nos tópicos anteriores, os casos levados ao Judiciário revelam que os entes federados, tanto na elaboração como na aplicação das normas, acabam por praticar distorções que desvirtuam o fundamento de validade da norma, implicando em violação dos direitos dessas empresas destinatárias da norma.

No cenário contemporâneo, em que está latente a necessidade de efetivação de direitos pautados em base principiológica, têm o judiciário suportado forte pressão por parte de quem o busca como último socorro, para obter o reconhecimento de direitos por meio de uma interpretação adequada, tendo o Judiciário na maioria dos casos, como já demonstrado, entendido que a literalidade da lei deve ceder lugar à interpretação mais adequada e harmônica com o fito de assegurar a equivalência de condições para as empresa de menor porte.

Com a Constituição Federal de 1988 inaugura-se o processo de redemocratização no Brasil, assegurando uma gama de direitos fundamentais, reforçando o papel do Judiciário, com aplicação de mecanismos de controle de constitucionalidade. O texto constitucional também passou a prever inúmeros princípios com forte carga axiológica e poder de irradiação. Isso, como dito, trouxe uma mudança de paradigma do direito constitucional brasileiro, que na opinião de Sarmento há dois momentos distintos nesta evolução: o "constitucionalismo brasileiro da efetividade", marcado pela ideia, hoje óbvia, da constituição como norma e aplicável sem mediação legislativa (tirar do papel as generosas garantias do texto constitucional), segundo o Autor, isso foi um importante passo para o surgimento do segundo momento que é o "pós positivismo constitucional".

Conforme se colheu das decisões estudadas no desenvolver do trabalho, esse novo paradigma tem efetivamente influenciado nos atuais julgamentos desde a primeira instância até nas Cortes Especiais, havendo um encurtamento da distância entre as pesquisas da academia e os entendimentos do Judiciário. A Corte tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao principio da proporcionalidade com frequência e até mesmo se valido de referências filosóficas na fundamentação das decisões. A doutrina também tem influenciado na atuação do Judiciário.

Verifica-se que a maioria dos julgadores estão atentos à modificação de paradigma (em tempos de pós-positivismo) e valorizavam o direito constitucional, reconhecendo a força normativa dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, o que tem sido terreno fértil

para mitigar a literalidade da lei e prol da efetividade do princípio da permanência da microempresa e empresa de pequeno no domínio econômico, evitando-se que as imperfeições do sistema levem à informalidade.

## 5 CONCLUSÕES

Apesar dos avanços trazidos pela Lei 123 de 2006, há situações concretas e peculiares para as quais as disposições literais da lei não dão o tratamento condizente com os valores e objetivos do Estado democrático de direito, especialmente em situações de crises e instabilidades enfrentadas no desenvolvimento econômico. Neste ponto, o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, ao invés de prever mecanismos de recuperação dessas empresas (independente de recuperação judicial) exclui do programa simplificado por motivo de inadimplência. As instabilidades do mercado refletem mais severamente em quem está menos preparada para suportar essas variações do cenário econômico, que são as empresas de menor poder econômico, tanto que quase todos os casos encontrados de microempresas e empresas de pequeno porte levados ao Judiciário versam sobre dívidas dessas empresas, na maior parte passivo tributário.

Neste cenário ganha relevo o papel do Judiciário, que por meio da interpretação sistemática prestigiando os fundamentos principiológicos promove o avanço na efetividade dos direitos e possibilidades da lei, em consonância com os valores e princípios constitucionais que possibiltam a preservação da empresa. Essa atividade interpretativa, levada a efeito por meio da hermenêutica jurídica constitucional, tal como se destacou na pesquisa, possibilita a recuperação de inúmeras empresas, além de pressionar os demais poderes (Legislativo e Executivo) a suprir a lacuna quanto ao tratamento diferenciado às empresas que passam por situações expecionais de crise. Assim, como resulatdo final de um direito interpretado sistematicamente pelo Judiciário, conquista-se a economia inclusiva, que reduz os indices de informalidade e fomenta o desenvolvimento da nação.

No entanto, atividade interpretativa encontra limites nela própria, na medida em que nenhum princípio deve ser tido como absoluto, mas deve ser compatibilizado harmonicamente com os demais, tendo em conta as funções típicas do Legislativo, de modo a sopesar os princípios constitucionais envolvidos no caso concreto, para que o Judiciário não atue como legislador positivo. Se por um lado há os princípios que possibilitam a preservação da empresa e efetividade da inclusão econômica, há em outra vertente o princípio da distribuição constitucional de competência, envolvendo a estrutura dos poderes e suas

atribuições. Nesta interpretação sistêmica deve-se estabelecer a hierarquia dos princípios e qual deles deve prevalecer no caso concreto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 627.543**, Plenário. 30 de outubro de 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1075-1**, Distrito Federal, D.J 24 de novembro de 2006.;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – 4.033, Distrito Federal**, Julgamento 31 de março de 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Conflito de Competência 127.674/DF**,. Julgamento 25 de setembro de 2013;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0122203-81.2011.8.26.0000,** da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresaria. Julgamento 26 de julho de 2011

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**./ Sergio Alves Gomes./ 1° ed. (ano 2008), 3° reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011. 496 P.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: < http://www.cni.org.br/portal/data/pages/FF808081272B58C0012730BE50E17D8C.htm >. Acesso em 23 de março de 2015.

LICENCIAMENTO DE EMPRESAS. Disponível em: < http://www.jucesp.sp.gov.br>. Acesso em 23 de março de 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34ª ed., Malheiros, São Paulo, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 26ª edição.

NEDEL. Antônio Carlos **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008-2009. ISBN 978-85-7348-52-57

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**, 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Editora Livraria do Advogado, 2009.

PORTAL DO EMPREENDEDOR. Disponível em: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br>. Acesso em: 23 de março de 2015.

POLÍTICA DE INCENTIVO DO EMPREENDEDORISMO. Disponível em:< http://www.desenvolvimento.sp.gov.br/politica-de-incentivo-ao-empreendedorismo>. Acesso em 23 de março de 2015.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2009, p. 113 a 146.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001;