

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

**GUILHERME GOLDSCHMIDT**

**INCLUSÃO NO SIMPLES NACIONAL DE EMPRESAS  
COM DÉBITOS PENDENTES**

(Artigo 17 da Lei Complementar 126/03)

**PORTO ALEGRE**

**2008**

# **INCLUSÃO NO SIMPLES NACIONAL DE EMPRESAS COM DÉBITOS PENDENTES**

## **1. RESUMO**

O Simples Nacional foi regulamentado pela Lei Complementar nº 123/2006, com a finalidade de incentivar o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, por meio de um tratamento tributário diferenciado. No entanto, ao exigir que essas empresas regularizem seus débitos pendentes, para fins de inclusão no programa acaba por criar desequilíbrio à ordem econômica, não fazendo valer dispositivos constitucionais que objetivam a criação de um regime diferenciado, que visa a fomentar o desenvolvimento e a geração de empregos.

Palavras – chave: Simples – inclusão – débitos.

## **2. INTRODUÇÃO**

A Lei Complementar nº 123/2006 instituiu, a partir de 01.07.2007, novo tratamento tributário diferenciado e favorecido, a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias, denominado “Simples Nacional” ou “Super Simples”.

O Simples Nacional tem como objetivo primordial incentivar a criação e a sobrevivência das micro e pequenas empresas, prevendo a redução da carga fiscal, por meio de uma modalidade de tratamento tributário diferenciado.

Para fins de tratamento do regime diferenciado, consideram-se microempresas: o empresário e a pessoa jurídica – ou a ela equipada –, que aufera receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) ao ano.

No caso de empresas denominadas de “pequeno porte”, para fins de inclusão no programa, a receita bruta deverá ser superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), porém sem ultrapassar o limite máximo de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), para cada ano-calendário.

Entretanto, a Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Simples Nacional, prevê, como critério de ingresso ao regime diferenciado de tributação, que o micro e pequeno empresário regularizem os seus débitos fiscais pendentes, seja com o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Assim, o objetivo do presente estudo é tecer considerações gerais sobre a previsão legal de óbice de adesão ao Simples Nacional de empresas com débitos fiscais pendentes, tendo em vista que o referido critério esbarra frontalmente com princípios consagrados na Carta Magna.

**3. DA ESPECIFICIDADE DO ARTIGO 17 DA LEI  
COMPLEMENTAR Nº 123/06 FRENTE AOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS CONSAGRADOS:**

Dispõe o artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06:

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

*(...)*

*V – que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*

*(...).”*

Ora, é inaceitável a exigência discriminatória imposta aos micro e pequenos empresários, nos moldes acima expostos, pois prevê a necessidade de quitação de débitos pendentes, para que aqueles possam usufruir do sistema tributário simplificado, disposição que fere os artigos 146, 170 e 179 da CF/88.

A legislação que instituiu o Simples Nacional, ao impor regras rígidas de acesso ao regime diferenciado, que dificultam o seu cumprimento pelo micro e pequeno

empresário, ao invés de criar facilidades para incentivar o desenvolvimento da empresa, cria obstáculos para a manutenção da atividade econômica dessas empresas, arremessando-as na informalidade e gerando prejuízos ao Poder Público e à sociedade.

Não é demais salientar que é tema corrente de debates de ordem econômica que o crescimento de nosso país deve passar necessariamente pelo incentivo e desenvolvimento das micro e pequenas empresas, em virtude da função social que desempenham diante da sociedade, como fonte de recursos financeiros e de geração de empregos.

Contudo, o que se percebe é uma grande dicotomia existente entre as exigências coercitivas e discriminatórias previstas na regulamentação do Simples Nacional e aquele tratamento diferenciado idealizado pelo Constituinte Originário, direcionado a todo o micro e pequeno empresário, sem distinção, conforme reza o art. 146, inciso III, alínea “d”, da Constituição Federal de 1988:

*“ Cabe a lei complementar:*

*(...)*

*III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

*(...)*

*d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no artigo 155, II, das contribuições previstas no artigo 195, I, e parágrafos 12 e 13, e da contribuição a que se refere o artigo 239.'*

Note-se que o objetivo do regime diferenciado, previsto na Constituição Federal, é incentivar o desenvolvimento da micro e pequena empresa, nos moldes de seus artigos 170 e 179.

Assim, quando a lei que instituiu o Simples Nacional impele o micro e pequeno empresário a aderir a parcelamentos com prazos menores ou exige o adimplemento de tributos pendentes, sentencia os micros e pequenos empresários à clandestinidade ou a até mesmo à quebra financeira.

Segundo bem destacou o Desembargador Álvaro Eduardo Junqueira, do TRF/4, em recente decisão em sede de Agravo de Instrumento:

*“(...) admitir a opção da espécie empresarial na mecânica tributária menos gravosa somente na hipótese do art. 17, V, da LC 123/06, no mínimo é coagir o contribuinte, diga-se de passagem, em situação desfavorável, economicamente falando, a pagar tributos, muitas vezes discutíveis, ou aderir a parcelamentos com condições menos privilegiadas quando, a contrário senso, a intenção do constituinte*

*originário é incentivar as suas atividades, nos restritos termos dos arts. 170 e 179 da CF/88.”<sup>1</sup>*

Nessa conjuntura, o texto constitucional, quando trata dos princípios gerais da atividade econômica, prevê:

*“Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme 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 sede e administração no País.”*

*“Art. 179 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão as microempresas e as 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.”*

---

<sup>1</sup> Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.026732-1*. Relator Álvaro Eduardo Junqueira. Origem: Porto Alegre, 1ª. Turma. D.J. 10.09.07.

Conforme ensina Gustavo Zagrebelsky, os princípios diferenciam-se das regras. Como as regras albergam uma *fattispecie* determinada, a tarefa do intérprete é, tão-somente, aplicar a consequência da realização de hipótese normativa previamente estabelecida. Os princípios, por outro lado, como não possuem uma esfera de aplicação determinada, requerem a colaboração (*collaborazione*) do intérprete, mediante a adesão do mesmo, ao reconhecer a sua aplicabilidade ao caso concreto.<sup>2</sup>

Os princípios, pois, são linhas mestras, de acordo com as quais o intérprete se deve pautar quando tiver de aplicar as normas, uma vez que aqueles são mais amplos do que estas, conforme ensinamentos de Alexy.<sup>3</sup>

Nessa esteira, percebe-se que os princípios consagrados nos artigos 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal, prevêem melhores condições de trabalho e desenvolvimento econômico para o micro e pequeno empresário, por meio de um programa de tratamento tributário diferenciado.

Cumprе ressaltar que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil incentivar o princípio da livre iniciativa, tal como prescrito no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal. Isso porque é por meio da iniciativa privada que o Estado promove seu desenvolvimento.

---

<sup>2</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. Su ter aspetti della ragionevolezza. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale - riferimenti comparatistici*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 186.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86.



Segundo CELSO RIBEIRO BASTOS <sup>4</sup>, “esse princípio pressupõe a liberdade de se lançar à atividade econômica sem encontrar as peias ou as restrições do Estado.”

Por essa razão, a determinação discriminatória prevista no artigo 17, da Lei Complementar nº 123/06, contraria frontalmente o princípio da livre iniciativa.

Destaca-se, ainda, que o Estado possui formas legais de cobrança de seus créditos, devendo utilizá-las, ao invés de coagir o contribuinte a pagar os débitos fiscais em aberto.

O correto, na hipótese da União ser credora de uma empresa com supostos débitos pendentes, é inscrever o nome dessa empresa em dívida ativa e ingressar com a competente execução fiscal, de modo a promover sua cobrança judicial, nos termos da Lei 6.830/80, garantindo, dessa forma, o devido processo legal, o contraditório e à ampla defesa, que constituem princípios consagrados na Constituição Federal.

Aliás, mesmo havendo débito em execução fiscal, promovido no âmbito do Poder Judiciário, não é permitido, ao legislador ordinário, criar barreiras aos micro e pequenos empresários, que os impeçam de exercer livremente sua atividade empresarial. É preciso frisar que o legislador ordinário não tem essa permissão para tratar de forma desigual os contribuintes.

---

<sup>4</sup> *Dicionário de Direito Constitucional*, São Paulo – Saraiva, 1994, p. 113.

Nesse sentido, oportuno citar as lições do professor Humberto Ávila, ao abordar com muita propriedade a aplicação do princípio da igualdade: “O princípio da igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório (...)”.<sup>5</sup>

Apesar disso, o legislador ordinário, de forma arbitrária, cria exigências discriminatórias e inconstitucionais, as quais impossibilitam a própria atividade do contribuinte, caso este não regularize seus débitos fiscais, junto aos órgãos competentes.

#### **4. CONCLUSÃO**

A regra imposta no artigo 17, da Lei Complementar nº 123/06 é totalmente discriminatória, injusta e abusiva, indo de encontro aos princípios e regras previstas na Carta Magna, vez que o regime diferenciado idealizado na Constituição Federal objetiva, acima de tudo, fomentar o desenvolvimento econômico da micro e pequena empresa, por meio de uma mecânica tributária menos gravosa, nos moldes do artigo 146, inciso III, alínea “d” da CF/88.

Em razão disso, impor às micro e pequenas empresas, que estão com dificuldades financeiras, já que possuem débitos pendentes de pagamento, restrições não previstas constitucionalmente, que as impeçam de aderir ao programa, importa criar desequilíbrio à ordem econômica, não fazendo valer dispositivos constitucionais que

---

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 97, Ed. Malheiros, 2008

objetivam a criação de um regime diferenciado, que visa a fomentar o desenvolvimento e a geração de empregos.

Destarte, a imposição coercitiva prevista no artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06, contraria também as Súmulas 70 e 547 do Supremo Tribunal Federal, conforme abaixo transcritas, respectivamente:

*“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.”*

*“Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”*

Diante de todo o exposto, ressoa evidente que a legislação que instituiu a exigência de quitação de débitos não suspensos (não parcelados), como critério de adesão ao programa, é inconstitucional, contrariando inclusive o entendimento do STF, impedindo a manutenção e o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte.

## **5. BIBLIOGRAFIA:**

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Ed. Malheiros, 2008, p. 150.

BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de Direito Constitucional, São Paulo – Saraiva, 1994, p. 113.

ZAGREBELSKI, Gustavo. Su ter aspetti della ragionevolezza. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale - riferimenti comparastistici. Milano: Giuffrè, 1994, p. 186.