

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO
AOS MICROS E PEQUENOS EMPRESÁRIOS**

Sandro Cesar Ramos Bertasso

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO
AOS MICROS E PEQUENOS EMPRESÁRIOS**

Sandro Cesar Ramos Bertasso

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Edson Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

2011

O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO AOS MICROS E PEQUENOS EMPRESÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Edson Freitas de Oliveira
Orientador

Gilberto Notário Ligerio
Examinador

Geraldo Cesar Lopes Saraiva
Examinador

Presidente Prudente, 20 de Outubro de 2011

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais, Caio e Sandra, por terem sido pacientes ao suportar todos os obstáculos ao longo dos meus estudos, incentivando-me e auxiliando no que era necessário.

Agradecimentos

Ao Deus de Israel, meu Pai, ao seu único filho Jesus Cristo, meu mestre, base de toda minha estrutura principiológica, que sempre esteve presente me dando força para superar as dificuldades da vida.

Aos meus pais, e todos os familiares, pelo convívio e apoio incondicional às minhas decisões.

Ao meu orientador, Prof. Edson Freitas de Oliveira, por me influenciar através de seu exemplar histórico de vida e carreira, e por ter dividido comigo seus conhecimentos jurídicos ao longo do curso.

Aos bancas, o Dr. Gilberto Notário Ligerio e o Dr. Geraldo Cesar Lopes Saraiva, por aceitarem prontamente o convite para participarem da mesa examinadora

Aos grandes amigos que fiz ao longo do curso, companheiros de todos os momentos.

A minha namorada Laís Plins, pelo carinho, apoio e compreensão durante os meses em que seguirão a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho analisa o tratamento diferenciado e favorecido concedido aos Microempresários e Empresários de Pequeno Porte. Também foi objeto de discussão, o Microempreendedor Individual, e suas implicações. Para melhor compreensão do tema, primeiramente, foi tecida algumas considerações sobre as diretrizes gerais que norteiam o empresário, destacando suas diferenças em relação ao antigo comerciante. Também se dissertou acerca do conceito legal e doutrinário de empresário, bem como da descrição de suas principais características. Foi denunciado o emprego equivocado, atécnico, do termo empresário, confundido muitas vezes com as expressões empresa e estabelecimento comercial. O trabalho não se esquivou das atualizações legislativas pertinentes ao novo tipo empresarial, ou seja, tratou do novo tipo de empresário individual com responsabilidade limitada, além do empresário individual comum e da sociedade empresária. Em seqüência, elencou as obrigações comuns a todos empresários, para contrastar, mais tarde, com os benefícios concedidos aos pequenos empresários. O aspecto socioeconômico do micro e do pequeno empresário foi postado com bastante perspicácia e clareza, através da exposição de pesquisas estatísticas que comprovou a participação da classe empresarial no contexto brasileiro. Em outro ponto, raciocinou sobre a tutela constitucional, que sustenta todo arcabouço jurídico que prestigia o micro e pequeno empresário. A partir disso, explorou o assunto mais relevante do tema, qual sejam as principais vantagens que a Lei Complementar nº 123/2006, o Estatuto Nacional do Micro e Pequeno Empresário, normatiza. Assim, procurou ressaltar o suprasumo do estatuto, isto é, as facilidades de inscrição, alteração e baixa dos atos constitutivos, o regime tributário especial do Simples Nacional, e a simplificação das obrigações trabalhistas e previdenciárias. O trabalho analisou ainda, o tratamento diferenciado e favorecido concedido ao micro e pequeno empresário nas licitações públicas e na lei de falências. Com efeito, concluiu os estudos ponderando a respeito da necessidade de melhorar quantitativamente e qualitativamente, os benefícios burocráticos, fiscais, tributários, trabalhistas, previdenciários, e procedimentais nas licitações públicas, e na recuperação judicial de micros e pequenos empresários.

Palavras-chave: Microempresário. Empresário de Pequeno Porte. Microempreendedor Individual. Simples Nacional.

ABSTRACT

The present work analyzes the different and favored treatment given to Micro and Small Businessman. It was also the subject of discussion, the Individual Microenterprises, and its implications. For a better understanding of the theme, first, was woven a few remarks about the general guidelines that guide the businessman, highlighting their differences from the old merchant. Also spoke about the legal and doctrinal concept of businessman, as well as the description of its main features. Employment was complained wrong, the term businessman, often confused with the terms company and business premises. The work is not deflected from legislative updates relevant to the new type business, in the other words, was about a new type of individual businessman with limited responsibility, beyond the individual businessman common and of the business company. In sequence, listed the obligations common to all businessmen, by contrast, later, with the benefits provided to small businessman. The socioeconomic aspects of micro and small businessman owner has been posted with enough insight and clarity, through exposure to statistical research that proved the involvement of the business class in the Brazilian context. At another point, he reasoned on the constitutional protection, which supports the legal framework that honors all the micro and small businessman. From this, explored the subject more relevant issue, what are the main advantages that the Complementary Law No. 123/2006, the Statute of the National Micro and Small Business standardizes. Thus, caveat sought the best of statute, this is, the ease ways of registration, change and low constitutive acts, the special tax regime of the National Simple, and simplification of labor and social security obligations. The work also examined, and favored the differential treatment given to micro and small businessman in public procurement and bankruptcy law. Indeed, the studies concluded pondering about the need to improve quantitatively and qualitatively, the benefits of bureaucratic, fiscal, tax, labor, social security, and process in public procurement, and the judicial reorganization of micro and small businessman.

Keywords: Microentrepreneurs. Small Businessman. Individual microenterprise. National Simple.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS GERAIS DOS EMPRESÁRIOS	12
1.1 Comerciante ou Empresário	12
1.2 Conceito de Empresário	14
1.3 Características dos Empresários	18
1.3.1 Profissionalismo	18
1.3.2 Atividade Econômica	19
1.3.3 Organização	21
1.3.4 Produção ou Circulação de Bens ou Serviços	23
1.4 Tipos de Empresário	24
1.5 Obrigações Comuns a todos os Empresários	29
1.5.1 Registro de Empresário	29
1.5.2 Escrituração	32
1.5.3 Demonstrações Contábeis	38
1.6 Inatividade Empresarial	41
2. A IMPORTÂNCIA SOCIOECONÔMICA DOS PEQUENOS EMPRESÁRIOS NO CONTEXTO BRASILEIRO	42
2.1 Função Social dos Pequenos Empresários	42
2.2 A Importância Econômica dos Pequenos Negócios	44
3. DO MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	51
3.1 Previsão Constitucional	51
3.2 Princípios	56
3.2.1 Princípio da Isonomia	57
3.2.2 Princípio da Livre Iniciativa	58
3.2.3 Princípio da Livre Concorrência	61
4. ESTATUTO DO MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO	64
4.1 Considerações Iniciais	64
4.2 Conceito de Micro e Pequeno Empresário	65
4.2.1 Requisitos Objetivos	66
4.2.2 Requisitos Subjetivos	70
4.3 Conceito de Microempreendedor Individual	71
4.4 Inscrição e Baixa	73
4.5 Da Simplificação das Obrigações Tributárias	79
4.5.1 Simples Nacional	79
4.5.1.1 Vedações ao Ingresso no Simples Nacional	88
4.5.1.2 Alíquotas, Base de Cálculo e Recolhimento dos Tributos	91
4.5.1.3 Obrigações Fiscais Acessórias	94

4.5.1.4 Hipóteses de Exclusão do Simples Nacional	95
4.6 Da Simplificação das Obrigações Trabalhistas	100
4.6.1 Segurança e Medicina do Trabalho.....	100
4.6.2 Obrigações Trabalhistas Dispensadas	102
4.6.3 Acesso à Justiça do Trabalho	104
5 O MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO EM OUTRAS LEGISLAÇÕES	106
5.1 O Tratamento Diferenciado e Favorecido nas Licitações	106
5.2 O Tratamento Diferenciado e Favorecido na Lei de Falência	114
6. CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

INTRODUÇÃO

O tratamento diferenciado e favorecido dispensado aos micros e pequenos empresários foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seus artigos 170, inciso IX, e 179. A regulamentação desta previsão recebeu uma nova roupagem apenas em 2006, com o advento da Lei Complementar nº 123, o Estatuto Nacional do Microempresário e Empresário de Pequeno Porte.

Assim, o presente trabalho analisou os privilégios concedidos aos micros e pequenos empresários, bem como os microempreendedores individuais, previstos no estatuto. Foi objeto de pesquisa as facilidades de inscrição, alteração e extinção dos atos constitutivos, o regime tributário especial do Simples Nacional, a dispensa de algumas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Ainda analisou-se o incentivo à contratação com o Poder Público, através de um processo licitatório direcionado aos pequenos negócios. Fora do âmbito legislativo da Lei Complementar nº 123/2006, abordou-se o procedimento diferenciado e favorecido na recuperação judicial de microempresários e empresários de pequeno porte, em crise financeira.

O tema justifica-se pela essencialidade ao sistema econômico e social do país. Os microempresários, empresários de pequeno porte, e microempreendedores individuais formam a classe empresarial mais numerosa, são responsáveis por dinamizar a economia e conferir a ela mais segurança, além de contribuir para o produto interno bruto.

Os pequenos negócios são os que mais promovem a distribuição de renda, não só entre as classes sociais, mas também por todas as regiões brasileiras. Empregam um expressivo contingente de trabalhadores, com a peculiaridade de exigir pouca experiência, ou não discriminar sexo e idade.

Por esses motivos, o trabalho objetivou destacar o tratamento diferenciado e favorecido positivado na Constituição, e disciplinado no estatuto, denunciando suas virtudes e seus defeitos, com enfoque principal no regime especial do Simples Nacional. Também se buscou uma abordagem crítica das

obrigações, meramente burocráticas e fiscalizatórias, mas que ainda retardam e oneram o crescimento e desenvolvimento do segmento no país.

Para tanto, procurou-se, inicialmente, aclimatar o leitor aos termos técnicos que a disciplina exige. Destarte, foi necessário diferenciar o empresário do comerciante, bem como desvincular a confusão que o leigo, e até mesmo alguns juristas, cotidianamente e equivocadamente empregam às expressões “empresa” e “estabelecimento comercial”.

Com efeito, para adentrar ao núcleo do tema, adotou-se a melhor técnica explicativa, tratando-se das obrigações comuns a todos os empresários, para depois ressaltar aquelas que foram dispensadas aos micros e pequenos empresários.

Assim, através de uma dissertação clara, objetiva e concisa foi exposto os melhores exemplos doutrinários, as hipóteses mais relevantes para facilitar a compreensão do tema. Utilizou-se também a exposição de quadros comparativos, gráficos e demais lustrações extraídas dos órgãos e entidades governamentais responsáveis por mapear a participação dos micros e pequenos empresários no contexto socioeconômico brasileiro.

O tema foi pouco explorado pela doutrina comercialista pátria, razão pela qual o trabalho limitou-se às correntes doutrinárias mais consolidadas, bem como à legislação vigente. Porém, tendo vista o atual reconhecimento do papel desempenhado pelos pequenos negócios, o Poder Público está inclinando-se a incrementar as políticas de favorecimento do setor.

Com isso, ao tempo de elaboração do presente trabalho, e até mesmo logo após a sua conclusão, poderá ocorrer de aprovarem medidas que tragam novos benefícios aos micros e pequenos empresários, ou que pelo menos qualifiquem as já existentes.

1 ASPECTOS GERAIS DOS EMPRESÁRIOS

1.1 Comerciante ou Empresário

O Código Comercial Brasileiro de 1850, inspirado na codificação napoleônica de 1808, adotou a Teoria dos Atos de Comércio, que trazia em seu bojo a figura do comerciante, assim definido em seu artigo 4º, como aquele que fazia da mercancia uma profissão habitual. As dificuldades enfrentadas pelo sistema exigiram a edição do Regulamento 737, para tentar identificar objetivamente quais seriam os atos considerados como comerciais.

Apesar da limitação e das severas críticas, esse modelo legislativo vigorou até a promulgação do Código Civil de 2002, cuja referência foi o Codice Civile italiano de 1942, ao qual se filiou à Teoria de Empresa, uma nova concepção centrada no sujeito empresário.

A consagração da teoria de empresa unificou o direito privado, até então dividido entre Direito Civil e Direito Comercial, e concebeu o empresário como o praticante de uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços.

Desde então, parte da doutrina nacional passou a encarar as duas expressões como sinônimas, tendo em vista que o campo de atuação do comerciante simplesmente foi ampliado com o novo conceito de empresário. Além disso, trata-se de vocábulos correspondentes no que se referem ao exercício de atividades econômicas.

Partidário deste entendimento, o professor da Universidade Federal do Ceará, Fran Martins (2009, p. 83), explica que com a evolução da importância das empresas no exercício das atividades comerciais, os comerciantes são considerados *empresários*, isto é, os chefes das empresas (Código Civil italiano, de 1942, art. 2.086).

Acompanha esta corrente, o mestre em Direito Comercial, Marcelo M. Bertoldi (2009, p. 56):

“Seguindo este raciocínio, o empresário nada mais é senão o comerciante dos dias atuais, não existindo qualquer motivo para se fazer distinção entre essas duas figuras, que, na verdade, representam o sujeito com o qual se ocupa o direito comercial, ou, numa nomenclatura mais atualizada, o direito empresarial.”

Todavia, há aqueles que pregam a distinção ideológica dos termos, defendendo a relevância histórica que o comerciante representou para classe social burguesa, marcada pelo individual acumulo de riquezas, em face do empresário comercial cuja nova orientação é abalizada no princípio constitucional da função social da propriedade.

Neste sentido, o catedrático Rubens Requião (2009, p. 80) adverte:

“Mas é preciso compreender, por outro lado, que a figura do comerciante se impregnou de um profundo ressaibo exclusivista, egocêntrico, resultante do individualismo que marcou historicamente o direito comercial, cujas regras eram expressão dos interesses do sistema capitalista de produção. Hoje o conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada a produção ou circulação de bens ou serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o *empresário comercial* não continue sendo empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, porém um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da coletividade em que vive.”

A Carta Republicana de 1988 consagrou o princípio da função social da propriedade em seus artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, 184, parágrafo único, e 186, aos quais norteiam o direito empresarial moderno, insculpido na imagem do empresário comercial.

Ademais, as ponderações do mestre Waldirio Bulgarelli (1995, p. 59), são esclarecedores e frisam brilhantemente o assunto:

“Concorda de maneira geral a doutrina italiana em que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário e sim a adoção de um sistema dando preeminência a este e assim igualando os agentes das atividades econômicas da produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresário, mas, note-se, concebido este não como especulador, porém como responsável pela produção; desta forma, o comerciante antigo foi absorvido pela categoria de empresário, como titular da atividade intermediária. Há que atentar, pois, por outro lado, que o empresário comercial corresponde de certa forma ao antigo comerciante e não ao empresário em geral, ou seja, há correspondência entre os dois, no que se refere ao fato de que

ambos exercem uma atividade econômica organizada de intermediação e há diferença, no fato de que é considerado empresário porque é agente de produção e não mero especulador.”

Observa-se que a natureza jurídica dos dois institutos, ora em comento, constituem fator preponderante para diferenciá-los. O comerciante necessariamente posiciona-se como intermediário, entre o produtor e comprador. Enquanto que o empresário, essencialmente, trabalha na produção ou circulação, seja para outros empresários ou consumidor final.

A semântica das palavras também coaduna para esse raciocínio, conforme explica o professor Aurélio B. H. Ferreira (1999, p. 508 e 742):

“Comerciante – 1. Que exerce comercio. 2. Que tem vocação ou jeito para o comercio. 3. Fig. Diz-se de pessoa interesseira, que só faz algo visando a lucro pecuniário. 4. Individuo comerciante, negociante. Empresário – 1. Aquele que é responsável pelo bom funcionamento de uma empresa; homem de empresa: um empresário teatral. 2. Agente econômico que, percebendo oportunidades de lucro, toma a iniciativa de reunir fatores de produção numa empresa. 3. Aquele que se ocupa da vida profissional e de interesses de pessoas que se distinguem por seu desempenho perante o publico: o empresário de um pianista, de um boxeador. 4. Referente a empresa.”

Portanto, comerciante não é a mesma coisa que empresário comercial, esta é a nomenclatura oficialmente adotada pelo ordenamento jurídico e acompanha a onda evolutiva do Direito Comercial, ao passo que aquela nos remete a uma versão atrasada do direito, sufocada pelas transformações sociais.

1.2 Conceito de Empresário

A compreensão do significado jurídico de empresário requer do estudioso do direito que se desvencilhe da linguagem habitual, que freqüentemente substitui o termo por empresa ou estabelecimento comercial, em circunstâncias inapropriadas.

O conceito legal de empresário está no artigo 966 do Código Civil, o qual dispõe que:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou a circulação de bens ou serviços.

Parágrafo Único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Esta ressalva na parte final do parágrafo único do artigo acima citado, ainda causa certa confusão aos juristas, e por isso deve ser analisada cuidadosamente. A dúvida que surge é de que maneira o exercício da profissão intelectual pode constituir elemento de empresa?

Tentando resolver essa questão, a Comissão de Direito de Empresa manifestou-se na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, através do Enunciado 195 (2004, p. 61), in verbis:

“195 – Art. 966: A expressão elemento de empresa demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.”

Desponta do referido enunciado, o entendimento de que o exercício da profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística poderá ser considerado empresarial desde que seja encarado como uma parte constitutiva de um todo, ou seja, uma premissa menor que compõe a premissa maior, que é a atividade empresária.

Neste sentido ensina Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008, p. 72):

“Evidencia-se, assim, que “a única possibilidade de enquadrar a atividade intelectual no regime jurídico empresarial será considerando-a como parte de um todo mais amplo apto a se identificar como empresa – ou, mais precisamente, como um dos vários elementos em que se decompõe determinada empresa. Esse, realmente, é o sentido a ser dado à ressalva (da ressalva) contida no referido preceito, de tal sorte que a atividade intelectual, de natureza científica, artística ou literária, nunca poderá ser tomada isoladamente para identificar uma atividade capaz de subordinar quem a exerça ao regime jurídico próprio do empresário. É preciso que ela seja vista como um elemento, isto é, como um componente do conjunto que identifica uma empresa” (do autor, Lições de direito societário, v. 1, n. 47, p. 116-117).”

Por conseguinte, nota-se que empresário é um sujeito de direito com personalidade jurídica própria, que desenvolve uma atividade econômica específica, excluindo-se apenas os profissionais liberais, exceto aqueles que exerçam suas profissões como parte de uma atividade empresarial de premissa maior.

Assim leciona Amador Paes de Almeida (2008, p. 61) apud Waldirio Bulgarelli (1996, p. 319):

“Empresário é o titular da empresa, o seu sujeito, portanto, aquele que tem a iniciativa da criação da empresa e que a dirige, correndo o risco inerente à atividade empresarial, juridicamente é o sujeito de direito, o único, aliás, reconhecido pela lei em termos de representação empresarial.”

Da definição de empresário subentende-se que a empresa nada mais é que uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços voltada para o mercado. Assim, empresário é aquele que desempenha a prática empresarial, ou seja, o titular da empresa.

Não se confunde, portanto, empresário e empresa, conforme assevera o mestre em Direito Empresarial, André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 56):

“Ora, do conceito de empresário acima transcrito pode-se estabelecer, logicamente, que empresa é uma atividade econômica organizada com a finalidade de fazer circular ou produzir bens ou serviços. Empresa é, portanto, atividade, algo abstrato. Empresário, por sua vez, é quem exerce empresa. Assim, a empresa não é sujeito de direito. Quem é sujeito de direito é o titular da empresa. Melhor dizendo, sujeito de direito é quem exerce empresa, ou seja, o empresário, que pode ser pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária).”

Apesar da definição legal e dos inúmeros precedentes jurídicos, como o retro exposto, a permuta equivocada dos termos é constante. Basta analisar o engodo praticado pelo próprio legislador ordinário no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁰, onde se vale de empresa, ao invés de usar empresário para disciplinar o que venha ser empregador.

Também não se confunde empresa e empresário com estabelecimento empresarial, conforme previsto no Código Civil, artigo 1.142, o qual dispõe que “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

¹⁰ Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços.

Conforme explica Ricardo Negrão (2005, p. 60), a definição legal sugere a reunião de meios necessários para o exercício da atividade empresarial, isto é, um conjunto de bens que sirva de base econômica para o desenvolvimento da empresa.

O equívoco que geralmente ocorre, foi alertado pelo doutrinador Luiz Tzirulnik (2005) apud André Luiz Santa Cruz Ramos (2005, p. 57):

“[...] juridicamente (...) empresa é sinônimo absoluto de atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços, nada tendo a ver com estabelecimento empresarial, a despeito de muitas vezes poder haver esta confusão de ordem semântica.”

Esse engano que qualquer pessoa, até mesmo experientes juristas, cometeram ou ainda cometem, mereceu do Professor Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 12) anotações que, por sua genialidade e clareza, são dignas de citação integral:

“Na linguagem cotidiana, mesmo nos meios jurídicos, usa-se a expressão “empresa” com diferentes e impróprios significados. Se alguém diz “a empresa faliu” ou “a empresa importou essas mercadorias”, o termo é utilizado de forma errada, não-técnica. A empresa, enquanto atividade, não se confunde com o *sujeito de direito* que a explora, o empresário. É ele que fale ou importa mercadorias. Similarmente, se uma pessoa exclama “a empresa está pegando fogo!” ou constata “a empresa foi reformada, ficou mais bonita”, está empregando o conceito equivocadamente. Não se pode confundir a empresa com o local em que a atividade é desenvolvida. O conceito correto nessas frases é o de estabelecimento empresarial; este sim pode incendiar-se ou ser embelezado, nunca a atividade. Por fim, também é equivocado o uso da expressão como sinônimo de sociedade. Não se diz “separam-se os bens da empresa e os sócios em patrimônios distintos”, mas “separam-se os bens sociais e os dos sócios”; não se deve dizer “fulano e beltrano abriram uma empresa”, mas “eles contrataram uma sociedade”. Somente se emprega de modo técnico o conceito de empresa quando for sinônimo de empreendimento. Se alguém reputa “muito arriscada a empresa”, está certa a forma de se expressar: o empreendimento em questão enfrenta consideráveis riscos de insucesso, na avaliação desta pessoa. Como ela está se referindo à atividade, é adequado falar em empresa.”

Portanto, tecnicamente, empresa, empresário e estabelecimento empresarial são termos que juridicamente não podem ser confundidos pelo operador do Direito, apesar de serem constantemente utilizados erroneamente por leigos que não discernem a diferença, na maioria das vezes.

1.3 Características dos Empresários

A doutrina se debruça, e freqüentemente diverge no que diz respeito às características dos empresários. Os elementos estudados são extraídos do conceito legal, previsto no artigo 966, do Código Civil, tais como: profissionalismo, atividade econômica, organização, produção e circulação de bens ou serviços.

1.3.1 Profissionalismo

Tradicionalmente, começa-se a delinear os contornos típicos do empresário a partir de um traço marcante, o profissionalismo. O exercício da atividade empresarial deve guardar um aspecto profissional, conforme exige a lei, isto significa dizer que a produção ou a circulação de bens ou serviços deva ser feita de maneira habitual ou regularmente.

Assim pontua André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 57):

“[...] só será empresário aquele que exercer determinada atividade econômica de forma profissional, ou seja, que fizer do exercício daquela atividade a sua profissão habitual. Quem exerce determinada atividade econômica de forma esporádica, por exemplo, não será considerado empresário, não sendo abrangido, portanto, pelo regime jurídico empresarial.”

Do exposto retro, vê-se que, basicamente, a profissionalidade se perfaz como observa Fran Martins (2009, p.85), através da prática repetida de atos de modo permanente, visando sempre um objetivo. Torna-se, portanto, condição *sine qua non* para configuração de empresário comercial.

Além da habitualidade, alguns doutrinadores listam a pessoalidade para efeitos de profissionalidade, conforme Fabio Ulhoa (2008, p. 11):

“O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem

circular bens ou serviços. O requisito da pessoalidade explica por que não é o empregado considerado empresário. Enquanto este último, na condição de profissional, exerce a atividade empresarial pessoalmente, os empregados, quando produzem ou circulam bens ou serviços, fazem-no em nome do empregador.”

O comerciante ainda elenca o monopólio das informações como um terceiro requisito para definição de profissionalismo. Segundo ele, o empresário tem o dever de saber todas as informações a respeito do produto ou serviço que disponibiliza no mercado.

Assim, o profissionalismo visto tão somente sob a ótica da habitualidade carece de sentido prático que o empresário comercial carrega. Ao passo que, somando-se o aspecto da pessoalidade e o monopólio da informação, corrobora-se para a dinamicidade que a expressão caracteriza.

1.3.2 Atividade Econômica

O segundo elemento integrante do conceito legal de empresário é atividade econômica. A maioria dos doutrinadores nacionais aborda o assunto por sua finalidade lucrativa, esquecendo de referir-se ao seu conteúdo. É bem verdade que o lucro é o escopo dos empresários, porém, o desempenho de uma atividade econômica afeiçoada à lei, requer atenção dos juristas.

Entende-se por econômica aquela atividade de produção, intermediação ou distribuição de riquezas, destinada ao mercado consumidor. Nas palavras de Sebastião Jose Roque (2001, p. 71), como uma atividade criadora de riquezas, pois que as mercadorias e serviços produzidos devem representar um acréscimo no patrimônio social.

Tendo em vista que o empresário exerce atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, pode-se dizer que toda atividade empresarial será econômica, mas nem toda atividade econômica será empresarial.

Perceba a linha tênue que separa a atividade econômica empresarial das demais previstas na legislação, para efeito de qualificação como empresário.

A respeito desse importante traço diferenciador, é de bom alvitre o escólio de Ricardo Negrão (2005, p. 46):

“É econômica a atividade criadora de riqueza e de bens ou serviços patrimonialmente valoráveis para o mercado consumidor. Distingue-se a expressão “econômica” das que qualificam outras atividades previstas no Código Civil, tais como: intelectual, científica, literária ou artística, a atividade associativa, as fundacionais de fins religiosos, morais culturais e de assistência.”

A atividade econômica que a lei requer para configuração do empresário deverá ser aquela essencialmente de produção ou circulação de riquezas, isto é, bens ou serviços. No mais, as atividades intelectuais, científicas, literárias ou artísticas, não são consideradas empresariais por expressa previsão legal no parágrafo único do artigo 966, do Código Civil de 2002.

Ao exame das atividades econômicas empresariais, também não se pode olvidar do aspecto legal ou ilegal, bem como regular ou irregular, ou seja, atinentes à observância das disposições infraconstitucionais e exigências administrativas do Poder Executivo, principalmente de seus órgãos fiscalizadores.

Assim, partindo da premissa de que as atividades econômicas empresariais são aquelas de produção ou circulação de bens ou serviços, exercidos conforme o mandamento legal, destinados a suprir as necessidades do mercado consumidor, indubitavelmente, concluir-se-á que o empresário busca o lucro ou vantagem financeira para manejar o capital investido e auferir o próprio sustento.

Neste sentido, são as lições da professora em de direito comercial pela Universidade de São Paulo, Vera Helena de Mello Franco (2001, p. 42):

“Entenda-se a idéia de lucro aqui como utilidade. É lucrativa a atividade que produz uma utilidade, e não somente aquela que se traduz em dinheiro. De qualquer forma o critério de economicidade é essencial. A atividade deve produzir o suficiente para, pelo menos, remunerar os fatores da produção e, dentre eles, o capital investido, de modo a assegurar, por si mesma, a sua sobrevivência.”

A lucratividade da atividade empresarial deve ser o fim almejado pelo empresário, mas a rigor não necessita ocorrer obrigatoriamente em todas as

transações, até porque o império do capitalismo é calcado nas leis flutuantes do mercado mundial, logo, não seria razoável apregoar um lucro constante.

1.3.3 Organização

O terceiro elemento que integra o conceito legal de empresário decorre, justamente, dos dois últimos já estudados. Assim, a atividade econômica empresarial exercida de forma profissional requer do empresário uma organização básica, doutrinariamente concebida através dos fatores de produção, a saber, capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia.

Nas palavras da advogada empresarial Vera Elisete V. L. Callegari (2008, p.12), a atividade empresária pressupõe a organização de pessoas (o empresário e seus colaboradores) e meios (capital, insumos, tecnologia) para a realização do fim visado.

Destarte, a doutrina comercialista discute quanto à necessidade de conjugarem-se todos os fatores de produção, sistematicamente, como forma de celebrar a organização essencial à atividade empresária. Defendendo esta posição, Fabio Ulhoa Coelho (2008, p. 13), comenta:

“A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. Não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores. O comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão-de-obra. A tecnologia, ressalte-se, não precisa ser necessariamente *de ponta*, para que se caracterize a empresarialidade. Exige apenas que o empresário se valha dos conhecimentos próprios aos bens ou serviços que pretende oferecer ao mercado – sejam estes sofisticados ou de amplo conhecimento – ao estruturar a organização econômica. “

O entendimento supracitado é acompanhado por Sílvio de Salvo Venosa e Cláudia Rodrigues (2010, p.19), que certificam:

“A organização a que o legislador se refere, embora natural do conceito econômico de empresário, representa o aparato produtivo que coordena os meios de produção (PAOLUCCI, 2008, p.5) por meio da reunião de quatro fatores de produção: capital, mão de obra, tecnologia e insumos. Assim, o empresário se vale do trabalho de outras pessoas, capitaliza-se com recursos próprios ou de terceiros e com esse capital e trabalho busca um fim produtivo, com intuito de lucro. Sem essa organização, a atividade econômica não será considerada profissional e, portanto, não será abrangida pelo direito empresarial.”

Os favoráveis a esta corrente, entendem que a combinação dos quatro clássicos fatores de produção é condição imprescindível para atividade empresarial, naturalmente organizada. Seria como quatro colunas sustentadoras da estrutura básica sobre a qual se desenvolvem atividades empresariais.

Por outro lado, há aqueles que discordam de tal posicionamento, justificando que a articulação dos quatro fatores de produção, pelo empresário, está em processo de alteração influenciada pelo capitalismo, o qual dispensa do mesmo alguns daqueles fatores.

Assim pondera André Luiz (2009, p. 58):

“Hodiernamente, essa idéia fechada de que a organização dos fatores de produção é absolutamente imprescindível para a caracterização do empresário vem perdendo força no atual contexto da economia capitalista. Com efeito, basta citar o caso dos microempresários, os quais, não raro, exercem atividade empresarial única ou preponderantemente com o trabalho próprio. Pode-se citar também o caso dos *empresários virtuais*, que muitas vezes atuam completamente sozinhos, resumindo-se sua atividade à intermediação de produtos ou serviços por meio da *internet*.”

A explanação supracitada é incisiva e coerente com a atualidade do direito empresarial brasileiro. Os microempresários e empresários virtuais trabalham a atividade empresarial em pequenas estruturas, aos quais não exigem um esforço no sentido de aliar capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. Ainda assim, desempenham profissionalmente atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, portanto, são empresários.

Além disso, a novidade trazida pela Lei Complementar 128/2008, que introduziu a figura do Microempreendedor Individual, cujos pressupostos minimizam a atuação do aspecto organizacional da empresa, reforçam a idéia da dispensabilidade dos quatro fatores de produção, para efeitos de empresarialidade.

Portanto, a organização de pessoas e meios, constitui elemento importante do conceito legal de empresário, todavia, não é essencial ao mesmo, tendo em vista as alterações legislativas dos últimos anos, que trouxeram novas figuras como o Micro e Pequeno empresário, bem como o Microempreendedor Individual, cuja organização da atividade empresarial é simplificada, sem a confluência de todos aqueles fatores.

1.3.4 Produção ou Circulação de Bens ou Serviços

A produção ou circulação de bens ou serviços é o último elemento que caracteriza o empresário comercial, e destaca importante diferença entre a teoria dos atos de comércio, adotada no Código Comercial de 1850, e a teoria de empresa consagrada no Código Civil de 2002.

Conforme visto anteriormente, o Código Comercial de 1850 disciplinava tão somente as atividades tipificadas no Regulamento 737, dessa maneira, restringia-se a incidência do referido diploma, deixando de aplicá-lo a vários segmentos importantes da economia, que na prática exerciam a mercancia.

Em contrapartida, o novo direito empresarial, positivado junto ao Código Civil de 2002, cobre quase que a totalidade dos setores econômicos na medida em que incide, a princípio, sobre todas as atividades de produção ou circulação de bens ou serviços. Isto significa a modernização e o avanço do direito empresarial contemporâneo.

Quanto à produção ou circulação de bens ou serviços que qualifica o empresário, é imprescindível anotar que indubitavelmente deverá ele visar o abastecimento do mercado consumidor, isto é, destinar o resultado de seus trabalhos à satisfação dos interesses econômicos de terceiros, ainda que seja de seu único cliente.

São oportunas as palavras de Ascarelli (1964) apud Ricardo Negrão (2003, p. 47), quanto à expressão em análise:

“A produção e a troca não devem, entretanto, estar destinadas necessariamente ao mercado em geral; pode ser suficiente sua destinação a um âmbito restrito (sempre que não seja familiar) ou só a uma pessoa determinada (como para uma atividade consistente em produtos reservados exclusivamente a um só adquirente) ou a um mercado pré-determinado, como sucede para uma cooperativa de consumo (expressamente definida como empresa no Código) que se dedique exclusivamente à aquisição de gêneros para os cooperados.”

Acompanhando este entendimento, Haroldo Malheiros D. Verçosa (2004) apud André Luiz Santa Cruz Ramos (2009, p. 59) acrescenta:

“O objetivo da atividade deverá ser, para a qualificação do empresário, a *produção ou a circulação de bens ou de serviços*, nos termos do art. 966, caput, do NCC. Considerando tratar-se de redação idêntica à do art. 2.082 do CCit, pode-se dizer – acompanhando Ascarelli – que tal atividade deve dirigir-se *diretamente* para tais finalidades, excluída a produção para uso próprio, pois esta não está destinada ao mercado. A destinação dos produtos da empresa para o mercado é, justamente, um dos elementos diferenciadores entre a atividade do empresário e a de outros sujeitos que também exercem uma atividade econômica.

(...)

Desta maneira, não poderá ser considerada “empresa”, para efeitos jurídicos, a atividade cujos benefícios sejam exclusivamente para uso próprio ou, ainda, com sentido mutualístico, tal como ocorre com as cooperativas. De outro lado, é empresarial a atividade exercida por uma sociedade controladora pura (holding) – ou seja, aquela cujo único objeto é participar do capital de outras sociedades, desde que as controladas sejam, por sua vez, sociedades empresárias. Neste caso, os requisitos da economicidade e produtividade são atendidos por via indireta.”

Portanto, a Produção ou Circulação de Bens ou Serviços é uma qualificadora do moderno conceito de empresário, adotado pelo Código Civil de 2002, em franco prestígio à adoção da Teoria italiana de empresa, que abrange as mais variadas formas possíveis de atividades empresariais, sem elencar um rol de atividades, excluindo várias outras do sistema, como fazia a legislação anterior.

1.4 Tipos de Empresário

A análise dos tipos de empresários leva em consideração a forma com que desenvolvem suas atividades, assim podem atuar individualmente ou

coletivamente sob a denominação de pessoa física ou jurídica, respectivamente. Isso implica em conseqüências práticas e jurídicas importantíssimas no plano do direito empresarial.

Assim, quando a pessoa natural exerce individualmente a atividade empresarial, diz-se empresária pessoa física ou firma individual, desde que observe as formalidades legais como capacidade civil e ausência de impedimentos, consoante ao artigo 972, do Código Civil de 2002.

Nas palavras da comercialista Monica Gusmão (2003, p.11):

“Empresário individual é pessoa física que se obriga através de seu próprio nome, responde com seus bens pessoais, assume a responsabilidade ilimitada e incide pessoalmente em falência. O seu patrimônio é único e indivisível, confunde-se com o do seu estabelecimento.”

O empresário individual assume pessoalmente todas as obrigações decorrentes da atividade empresarial, respondendo patrimonialmente de forma ilimitada, ou seja, aplica-se o disposto no art. 591, do Código de Processo Civil, “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Considerando a realidade econômica brasileira, os empresários individuais ganham vital importância, merecendo atenção especial por parte do Poder Público. Segundo dados do Departamento Nacional de Registro no Comércio (disponível em <http://www.dnrc.gov.br/>, acessado em 07.12.10), em 2005, registraram-se nas Juntas Comerciais por todo país, 240.306 mil empresários individuais, representando aproximadamente 48,98% dos empresários registrados.

Mas a realidade do empresário individual mudará substancialmente a partir de 08 (oito) de janeiro de 2012, data em que entrará em vigor a Lei nº 12.441/2011, que trata do novo tipo empresarial, o empresário individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

Atualmente a norma encontra-se no período de *vocatio legis*, mas quando entrar em vigor permitirá que empresários individuais, registrados sob a forma EIRELI, respondem patrimonialmente com o capital integralizado. Isto significa proteção aos bens pessoais do empresário, sem dúvidas um estímulo ao empreendedorismo no Brasil.

Para tanto, os interessados deverão destinar um capital social superior a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no país. Será permitida a constituição de apenas um empreendimento desta categoria empresarial por pessoa natural. Além disso, o empresário individual de responsabilidade limitada poderá resultar da concentração das quotas de uma modalidade societária num único sócio. As regras atinentes às sociedades limitadas serão aplicadas, desde que compatíveis.

Também poderá o empresário comercial atuar de forma coletiva através de uma pessoa jurídica. Leciona Láudio Camargo Fabretti (2003, p. 48) que a pessoa jurídica é uma criação do Direito. Portanto, uma entidade abstrata. A associação de duas ou mais pessoas, que visam a um objetivo comum e que se vinculam por um contrato, constitui a pessoa jurídica.

Entre as pessoas jurídicas de direito privado elencadas no art. 44, do Código Civil, destaca-se a do inciso II, as sociedades. Assim, quando duas ou mais pessoas celebram contrato de sociedade obrigando-se a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, denomina-se sociedade empresarial.

Neste sentido, o anota Amador Paes de Almeida (2008, p. 78):

“Do que se depreende que toda atividade econômica organizada e com finalidade lucrativa é empresária: se exercida individualmente, temos o empresário (art. 966); se sob a forma de sociedade, temos a sociedade empresária.”

Salienta-se, todavia, que a sociedade empresária equivale a uma pessoa jurídica ao qual adquire personalidade com o registro de seu ato constitutivo no órgão competente, que no caso seria o contrato social ou estatuto inscrito na Junta Comercial, observando o disposto no artigo 985, do Código Civil de 2002.

Acerca do registro esclarece Waldo Fazzio Junior (2009, p. 110):

“Por conseguinte, quer seja contratual, quer seja institucional, a personalidade jurídica da sociedade empresária começa com o registro, cujos efeitos retroagem à data do ato constitutivo. Em outras palavras, somente com o arquivamento de seu ato constitutivo (contrato ou estatuto, conforme o caso) no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Junta Comercial), a sociedade empresária adquire personalidade jurídica, quer dizer, o direito de ser, positivamente, no mundo jurídico.”

Com o registro na Junta Comercial a sociedade empresária adquire personalidade jurídica razão pela qual responderá patrimonialmente de forma ilimitada com o capital social próprio. Nada obsta, porém, que os sócios desta sociedade respondam com seus patrimônios pessoais de forma subsidiária, ocorrendo o fenômeno chamado de desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada para impedir que os integrantes de sociedades empresariais utilizem-na como meio para violação da lei ou para prática de atos fraudulentos que prediquem terceiros. Agindo desta maneira, o sócio responde diretamente com todo seu patrimônio pessoal.

O escólio do doutrinador comercialista Waldo Fazzio Junior (2009, p. 113) esclarece brilhantemente o assunto:

“Com a intenção de impedir que a personificação jurídica seja instrumento para assegurar a impunidade de atos sociais fraudulentos, a jurisprudência passou a adotar a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”, também chamada “da superação” e “da penetração”. Esta consiste em colocar de lado, episodicamente, a autonomia patrimonial da sociedade, possibilitando, a responsabilização direta e ilimitada do sócio por obrigação que, a princípio, é da sociedade. Afasta-se a ficção para que aflore a realidade.”

O professor Luiz Antonio Soares Hentz (1998, p. 139), ao seu turno, lembra que:

“A doutrina anglo-americana foi a que primeiramente formulou a teoria que seria chamada de “*disregard of legal entity*”. Na Inglaterra e nos E.U.A., a personificação das sociedades decorre, juridicamente, de um ato individual de concessão do poder político, podendo ser desconsiderada, no caso de abuso, para serem os sócios responsabilizados pessoalmente. A doutrina alemã também se debruçou sobre o problema, tendendo à superação da personalidade jurídica para atingir as pessoas que se ocultam sob ela, sendo o tema objeto de considerações em praticamente todos os sistemas legislativos.”

No Direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi consagrada em vários diplomas do ordenamento jurídico. No Código Civil de 2002, o artigo 50, estabelece que:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

O Código de Defesa do Consumidor aborda em seção própria a desconsideração da personalidade jurídica, em seu artigo 28, dispondo que:

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º. Vetado.

§2º. As sociedades integrantes dos grupos societários e das sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

[...]

§5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Ainda sobre a responsabilidade patrimonial dos sócios perante a sociedade, disciplina o artigo 1024, do Código Civil de 2002, que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”

Por fim, o artigo 596, do Código de Processo Civil, trata do direito de regresso por parte do sócio responsabilizado subsidiariamente à sociedade empresarial, ao regram:

“Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

§1º. Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.”

Portanto, o tipo empresarial poderá refletir na responsabilidade patrimonial daquele que explora a atividade econômica organizada com a finalidade lucrativa. Assim, o empresário individual responde diretamente e ilimitadamente com seu patrimônio pessoal. Ao passo que a sociedade empresária, a priori, também responderá direta e ilimitadamente com seu capital social, todavia, responderá subsidiariamente os sócios que a integram, em face de violações a lei ou práticas de

atos fraudulentos que prejudiquem terceiros, tendo em vista a expressa adoção pelo ordenamento jurídico da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

1.5 Obrigações Comuns a todos os Empresários

Os empresários individuais e sociedades empresárias devem observar determinadas regras impostas pelo Estado para que desenvolvam suas atividades regularmente, sob pena de sanções da legislação comercial e penal. Assim sendo, ao tratar das obrigações gerais dos empresários visa-se traçar um esboço daquelas que afetam todos os empresários do país.

As obrigações administrativas são aquelas que acompanham o empresário desde a inauguração, desenvolvimento e encerramento das atividades empresariais. São analisadas a partir do Registro de Empresa, Escrituração e Demonstrações Contábeis.

1.5.1 Registro de Empresário

Tanto o empresário individual quanto a sociedade empresária deverão registrar ou arquivar seus atos constitutivos no Registro das Empresas Mercantis (RPEM) na respectiva sede, antes do início de suas atividades, conforme artigo 967 do Código Civil. O requerimento dirigido à Junta Comercial deverá conter os requisitos do artigo 968, a saber: nome, nacionalidade, domicílio, estado civil, e se casado, o regime de bens; a firma, com a respectiva assinatura autógrafa; o capital; o objeto e a sede da empresa.

O arquivamento dos atos constitutivos foi regulamentado pela Lei 8.934/94, conforme explica Gladston Mamede (2005, p.7):

“Uma das obrigações elementares para o exercício da empresa é o registro do empresário (pessoa natural, física) ou da sociedade empresária (pessoa jurídica). Esse registro é regulado pelos artigos 967 a 970 do Código Civil e pela Lei 8.934, de 18 de novembro de 1994, que disciplinam o chamado Registro Público de Empresas Mercantis, que está a cargo das Juntas Comerciais que atuam sob a supervisão, orientação e coordenação do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), órgão integrante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, responsável pelo controle e pelas normas do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem).”

O arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial confere legalidade ao exercício da empresa, e qualquer alteração substancial exige a devida averbação, ou seja, atualização do registro segundo a realidade que a modificou, conforme §2º, do artigo 968, do Código Civil.

Também enseja registro e averbação no Registro das Empresas Mercantis, a instituição de sucursal, filial ou agência, conforme roga o artigo 969 do Código Civil:

“Art. 969. O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste também deverá inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.

Parágrafo Único. Em qualquer caso, a constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.”

Conquanto o *mandamus* legal oriente o empresário a registra-se, impõe também o prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados a partir da lavratura do ato constitutivo, para efeitos de registro conforme artigo 1.151, do Código Civil:

“Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

§1º. Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado a partir da lavratura dos atos respectivos.

§2º. Requerido além do prazo previsto neste artigo, o registro somente produzirá efeitos a partir da data de sua concessão.

§3º. As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora.”

Sobre o assunto, Maria Gabriela V. P. R. Gonçalves e Victor Eduardo R. Gonçalves explicam (2006, p. 27):

“Os documentos necessários ao registro de uma empresa deverão ser apresentados à Junta Comercial no prazo de 30 dias, contado da lavratura

dos atos respectivos, por exemplo, da assinatura do contrato social (art. 1.151, §1º). Requerido o registro além desse prazo, ele somente produzirá efeitos a partir da data de sua concessão e não da lavratura do ato constitutivo. Logo, se o registro é feito dentro do prazo legal, opera efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da lavratura dos atos constitutivos (§2º). Não sendo observado referido prazo, os efeitos serão apenas *ex nunc*, correndo a partir do efetivo arquivamento realizado pela Junta. Os responsáveis pelo registro respondem por eventuais omissões e demoras no desenrolar desse feito (§3º).”

A inobservância dos prazos legais implica numa importante alteração da responsabilidade patrimonial. O registro sob o efeito *ex nunc* confere a proteção da legislação comercial tão somente a partir do efetivo arquivamento dos atos constitutivos perante a Junta Comercial. Até esse momento o empresário individual ou os sócios de uma sociedade empresária responderão com seu patrimônio pessoal por todos os atos praticados em nome da empresarialidade.

A relevância do registro e sua finalidade foram brilhantemente destacadas por Gladston Mamede (2005, p. 8):

“O registro tem por finalidade dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas, cadastrando aquelas que estejam em funcionamento no país, nacionais e estrangeiras, e mantendo atualizadas as informações pertinentes.”

O empresário não inscrito deixa de gozar dos benefícios ora citados, e torna-se irregular ou de fato, conforme assevera Maria Gabriela V. P. R. Gonçalves e Victor Eduardo R. Gonçalves (2006, p. 27):

“A obrigação de arquivamento dos atos constitutivos, como ressaltado, é imprescindível à legalidade da atividade empresarial, bem como à aquisição, por parte das sociedades empresariais, de personalidade jurídica. Aquele que não cumprir esse dever será considerado empresário irregular ou de fato e, como consequência, sofrerá severas sanções, dentre elas:

1) Não poderia, nos termos da antiga lei falimentar, requerer o benefício da concordata preventiva, salvo se seu passivo inferior a 100 salários mínimos (Dec. Lei n. 7661/45, art. 140, I). A concordata, medida judicial de recuperação da empresa, que podia ser preventiva ou suspensiva, foi extinta pela nova lei falimentar, sendo substituída pelo instituto da recuperação judicial. Igualmente, para requerê-lo, o devedor deverá comprovar que exerce regularmente suas atividades há mais de 2 anos e que atende a outros requisitos (Lei n. 11.101/2005, art. 48). Assim, aquele que não registrou seus atos constitutivos não exerce atividade regular, de modo que não poderá ser beneficiado pelo instituto da recuperação judicial de empresas.

2) A empresa irregular não pode requerer a falência de um devedor seu, embora possa figurar no pólo passivo de um pedido de falência, bem como requer sua autofalência (Lei n. 11.101/2005, art. 97). A vedação impõe-se, pois o credor empresário que deseja requerer a falência de seu devedor

deve comprovar a regularidade de sua atividade mediante apresentação de certidão da Junta Comercial, o que o empresário irregular não possui. Já para a decretação da falência de alguém, basta a efetiva prática empresarial e não a regularidade registral.

3) Os livros comerciais de empresa irregular sem registro não poderão ser autenticados e, conseqüentemente, não gozarão de eficácia probatória em seu favor.

4) As sociedades irregulares sem registro não poderão participar de licitações públicas nem contratar com o Poder Público.

5) Os sócios de sociedades irregulares responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações da empresa (art. 990).

6) As sociedades não poderão ter o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), respondendo pelo descumprimento das obrigações tributárias disso decorrentes. Não terão, por exemplo, como emitir nota fiscal.

7) As sociedades e os empresários não serão cadastrados junto ao INSS e arcarão com as sanções decorrentes dessa irregularidade, inclusive penais, dependendo do caso.

8) Os bens e dívidas sociais serão patrimônio comum dos sócios, ou seja, não haverá autonomia entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios. Os bens de ambos responderão ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 988).

9) Os sócios só provarão as relações entre si e com terceiros por escrito (art. 987).

10) Não poderá ser adotada a forma de microempresa, não se beneficiando das vantagens disso decorrentes.

Cumpra ressaltar ainda que a proteção ao nome empresarial (firma ou denominação) decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial.”

O empresário irregular ou de fato está à margem da lei comercial e da própria Constituição Federal. Além de sofrer as conseqüências apontadas, prejudica a sociedade como um todo na medida em que não respeita o consumidor e não contribui para com os cofres públicos.

1.5.2 Escrituração

O dever de Escrituração Contábil está disciplinado no artigo 1.179, do Código Civil, e obriga, a princípio, todos os empresários a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

A respeito da escrituração contábil comenta o comercialista Waldo Fazzio Júnior (2009, p. 45):

“A escrituração é a radiografia da empresa. Por isso, a lei impõe ao empresário o dever de manter escrituração em ordem. É de seu próprio interesse, seja para atender os ditames legais, seja para propiciar a fiscalização tributária, seja para a eventualidade de fazer prova em juízo.”

Nas palavras de Amador P. Almeida (2008, p. 250), a escrituração contábil consiste no registro das operações empresariais, segundo as regras estabelecidas pela contabilidade, que por sua vez somente poderá ser prestadas por contabilista legalmente habilitado, conforme artigo 1.182, do Código Civil.

A escrituração poderá ser feita através de vários instrumentos como, por exemplo, as fichas ou folhas soltas, folhas contínuas e microfichas geradas por meio de microfilmagens de saída direta do computador, todavia, tradicionalmente utilizam-se os livros. Independente do tipo de instrumento adotado, a doutrina comercialista debruça sobre a obrigatoriedade e a facultatividade de alguns livros.

A obrigatoriedade da escrituração de alguns livros decorre da lei, a saber, o artigo 1.180, do Código Civil, que dispõe além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.

Acerca da obrigatoriedade de escriturar o Livro Diário, leciona Maria Gabriela V. P. R. Gonçalves e Victor Eduardo R. Gonçalves (2006, p.33):

“O único livro obrigatório comum previsto na legislação comercial é o Livro Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica (art. 1.180). A adoção das fichas não dispensa o uso de livro apropriado para o lançamento do balanço patrimonial e o de resultado econômico (parágrafo único).

No Diário são lançadas, com individualização, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escritura direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa. Nele são também lançados o balanço patrimonial e o de resultado econômico, devendo ambos serem assinados por técnico em ciências contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou representante legal da sociedade empresária (art. 1.184).”

O Livro Diário é o único livro comercial obrigatório comum a todos os empresários. Mas há aqueles chamados especiais, ou seja, existem livros obrigatórios para determinados empresários em situações particulares, conforme explica Fabio Ulhoa Coelho (2008, p. 47):

“Já na categoria dos livros obrigatórios especiais, cabe menção ao livro “Registro de Duplicatas”, cuja escrituração é imposta a todos os empresários que emitem duplicatas, em razão do prescrito pelo art. 19 da Lei n. 5.474, de 1968. O livro de “Entrada e Saída de Mercadorias” deve ser escriturado pelo empresário que explora Armazém-Geral, nos termos do art. 7º do Decreto n. 1.102, de 1903. Por sua vez, o art. 100 da Lei n. 6.404, de 1976, prevê uma relação de livros cuja escrituração é imposta a todas as sociedades por ações, da qual podem ser destacados os seguintes exemplos: “Registro de Ações Normativas”, “Transferência de Ações Normativas”, “Atas das Assembléias Gerais”, “Presença dos Acionistas” etc. São, todos os mencionados, exemplos de livros empresariais obrigatórios especiais, já que sua escrituração não é imposta a todos, mas apenas a uma parcela dos empresários. A relação completa dos livros desta categoria é bastante extensa e variada, contemplando menção a livros especiais de banco, leiloeiro, corretores navais e outros comerciantes e empresários.”

Os livros obrigatórios especiais são assim designados porque serão necessários para o desenvolvimento de atividades empresariais específicas como, por exemplo, os empresários que emitem duplicatas deverão escriturar o Livro de Duplicatas. Da mesma forma que o empresário explorador de armazém-geral deverá manter o Livro de Entrada e Saída de Mercadorias.

Além dos livros obrigatórios, que decorrem da lei, existem os livros facultativos ou auxiliares cuja utilização fica a critério do empresário comercial conforme sua necessidade ou para o melhor gerenciamento de suas atividades.

Sobre os livros facultativos, assinala o doutrinador Waldirio Bulgarelli (2000, p. 175):

“São pois os livros facultativos aqueles adotados livremente pelos comerciantes, para uma boa contabilidade e o seu sistema de controle de operações. Esses livros, que são passíveis inclusive de ser legalizados por força do que dispõe o art. 5º do Decreto-lei nº 486/69, em geral se constituem de: Razão-Caixa, Contas-Correntes, Borrador, Títulos a Pagar, Títulos a Receber.”

Sejam obrigatórios ou facultativos os livros empresariais para terem existência e validade jurídica deverão reunir requisitos extrínsecos e intrínsecos. Os requisitos extrínsecos ou externos são aqueles concernentes a autenticação dos livros empresariais, antes de postos em uso, no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme artigo 1.181, do Código Civil.

Já os requisitos intrínsecos ou internos dizem respeito à forma contábil de escrituração, referindo-se ao idioma e moeda corrente nacional, bem como a ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas,

borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens, tudo em conformidade com o artigo 1.183, do Código Civil.

A propósito manifesta-se Gladston Mamede (2005, p. 215):

“A escrituração deverá se concretizar respeitados requisitos extrínsecos e intrínsecos. No plano extrínseco, é indispensável a autenticação dos instrumentos obrigatórios de escrituração, antes de postos em uso, na Junta Comercial na qual está registrado o empresário ou a sociedade empresária. Também é possível autenticar livros não obrigatórios, em qualquer caso, desde que o titular da empresa (empresário ou sociedade empresária) esteja devidamente inscrito na Junta Comercial. Evita-se, por essa via, sejam forjados outros instrumentos de escrituração e, a partir dessa duplicidade, haja fraudes.

[...]

No plano dos requisitos intrínsecos, ou seja, pertinentes à escrituração em si, exige-se utilização da língua portuguesa e da moeda nacional para os registros contábeis, transação em moeda estrangeira será registrada em moeda nacional, em valor convertido pela cotação oficial. Deve-se adotar forma contábil, motivo pelo qual o próprio Código Civil, em seu artigo 1.182, exige que a escrituração esteja a cargo de contabilista legalmente habilitado, excetuando-se a hipótese de não haver nenhuma na localidade. Podem-se usar abreviaturas, ícones e códigos numéricos, desde que haja livro próprio, regularmente autenticado, do qual conste sua respectiva significação, garantindo uniformidade de escrituração. A escrituração será disposta em ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens. Havendo erro, será corrigido por meio de lançamento de estorno.”

Os livros obrigatórios que cumprem, satisfatoriamente, os requisitos extrínsecos e intrínsecos corroboram para regularidade da escrituração empresarial. Por outro lado, aqueles que não observam as exigências legais expõem o empresário comercial a sérias conseqüências de ordem civil e penal.

Na área civil, a regularidade da escrituração contábil confere eficácia probatória das informações constantes nos livros, por força do artigo 226, do Código Civil. Mas atenção, o artigo 380, do Código de Processo Civil, estabelece a indivisibilidade da escrituração contábil, isto significa considerar em conjunto todos os fatos resultantes dos lançamentos, tanto os favoráveis quanto os contrários ao interesse do autor.

Todavia, as irregularidades extrínsecas e intrínsecas comprometem a eficácia probatória, além de desarmarem processualmente o empresário, conforme ilustra Fabio Ulhoa Coelho (2008, p. 49):

“Com efeito, pelo art. 358, I, do CPC, se for requerida a exibição de livro obrigatório contra o empresário, não o possuindo, ou possuindo-o irregular,

presumir-se-ão como verdadeiros os fatos relatados pelo requerente, acerca dos quais fariam prova os livros em questão. Esta é a sanção, na esfera do direito civil, mais séria para o empresário que não cumpre a obrigação de manter a escrituração regular de seu negócio.”

O empresário também sofrerá conseqüências da má escrituração contábil no plano do Direito Falimentar, Lei 11.101, de 2005. Assim pontua Vera Elisete V. L. Callegari (2008, p. 24), que a falta ou a irregularidade de escrituração acarreta a inacessibilidade à recuperação judicial (LF, art. 51, §1º).

Na área penal, a escrituração viciada poderá submeter o empresário a severas sanções. A começar pelo Código Penal, em seu artigo 297, §2º, o qual equipara os livros empresariais aos documentos públicos, tipificando assim a conduta do empresário que falsifica ou altera, no todo ou em parte, livro empresarial obrigatório. A pena varia de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, e multa.

Tratando da tutela penal sobre os livros empresariais nos ilumina Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 49):

“Para fins penais (CP, art. 297, §2º), os livros mercantis (comerciais ou empresariais) se equiparam ao documento público. Assim sendo, quem falsificar a escrituração do livro comercial estará sujeito a pena mais grave que a reservada para o crime de falsificação de documentos administrativos não-contábeis do empresário.”

O Direito Falimentar, ao seu turno, pune a omissão de documentos contábeis obrigatórios, conforme tipificação do artigo 178, da Lei 11.101, de 2005:

“Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios. Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constituir crime mais grave.”

As conseqüências apontadas revelam a importância e utilidade da escrituração contábil para o empresário comercial e o Estado. Por esta razão que o Legislador disciplinou a obrigatoriedade de escriturar alguns livros empresariais bem como lhes atribuiu força probatória.

Sobre a importância e utilidade da escrituração contábil merece citação integral a ponderação de Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla P. Ribeiro (2009, p. 79):

“Internamente, sua utilidade relaciona-se com a necessidade de um controle gerencial das atividades empresariais, de forma a auxiliar no acompanhamento dos resultados do negócio, corrigir possíveis desvios e implementar posturas administrativas com o objetivo de aumentar o lucro ou diminuir os prejuízos. Ainda internamente, serve a escrituração para posicionar os sócios a respeito do andamento dos negócios da sociedade empresária.

A escrituração tem também grande utilidade externa à empresa, na medida em que é através dos apontamentos escriturais que o Estado irá fiscalizar e cobrar tributos, e é por meio dos registros comerciais que se fará prova perante o Poder Judiciário a respeito da atividade empresarial.

Devido à grande utilidade e importância da escrituração, deixa ela de ser uma recomendação administrativa e gerencial e passa a ser uma obrigação legal de todo empresário, devendo seguir uma ordem uniforme e respeitar normas contábeis correntes, para que possa ser interpretada e utilizada não só pelo empresário, mas também por terceiros autorizados para tanto.”

A escrituração contábil contém preciosas informações acerca das atividades empresariais. Assim, visando protegê-las, o Código Civil, em seu artigo 1.190, consagrou expressamente o princípio do sigilo dos livros empresariais, conforme esclarece Vera Elisete V. L. Callegari (2008, p. 23):

“Os livros empresariais gozam da proteção segundo o princípio do sigilo (art. 1.190). Tal proteção tem como escopo impedir a concorrência desleal. Nas escriturações da empresa se encontram todas as estratégias utilizadas pelo empresário para o sucesso da sua atividade, como, por exemplo, onde obteve melhores preços, custos e etc.”

O sigilo da escrituração contábil é vital para o sucesso dos empresários. Entretanto, excepcionalmente, poderá o juiz de direito autorizar a exibição dos livros empresariais nas hipóteses previstas nos artigos 1.191, do Código Civil, e artigo 381, do Código de Processo Civil, apesar de limitar às transações entre os litigantes, conforme Súmula 260 do Supremo Tribunal Federal.

Outra exceção ao sigilo refere-se às autoridades fazendárias que terão acesso aos livros empresariais por conta do artigo 1.193, do Código Civil, desde que no exercício da fiscalização do pagamento de impostos, nos termos da lei especial. A Súmula 439 do Supremo Tribunal Federal também limita o acesso das autoridades fazendárias aos pontos objetos da investigação.

Por fim, assim como devem escriturar, o empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar toda escrituração contábil enquanto não

operar a prescrição ou decadência de seus lançamentos, por inteligência do artigo 1.194, do Código Civil.

1.5.3 Demonstrações Contábeis

A terceira obrigação comum a todos os empresários são as demonstrações contábeis que deverão ser apresentadas anualmente conforme se abstrai da parte final do artigo 1.179, do Código Civil. Sua finalidade é indicar a real situação econômica do empresário através do inventário, balanço patrimonial e balanço de resultado econômico ou demonstração do resultado do exercício.

O inventário é uma lista dos bens utilizados na atividade empresarial onde são descritos a qualidade, quantidade e valor unitário, para avaliação do patrimônio empresarial, em conformidade com as regras do artigo 1.187, do Código Civil. A realização desta lista é imprescindível para aferir outro demonstrativo contábil, o balanço patrimonial.

A respeito do inventário, Gladston Mamede (2005, p. 222) explica:

“Para que seja possível concretizar o balanço, torna-se indispensável realizar o inventário, ou seja, verificar o que existe no patrimônio da empresa e que, por consequência, deverá ser lançado no balanço patrimonial. Na prática do comércio, fala-se em fechar para balanço, quando, a bem da precisão técnica, fecha-se o estabelecimento para permitir o inventário (físico) dos bens, a partir do qual será feito o balanço patrimonial. De qualquer sorte, é no dia do término do exercício que se faz a listagem e a contagem dos bens, ou seja, listam-se os bens existentes e especifica-se a quantidade de cada bem. Para efeito do balanço, os bens são levados por seu valor. Assim, após levantar-lhes a existência e a quantidade respectiva, por meio do inventário, deve-se atribuir-lhes valor correspondente.”

Ao listar os itens que compõem o patrimônio do empresário, informa o inventário os bens tangíveis que em conjunto com os intangíveis e demais créditos formam o ativo empresarial. O passivo é representado pelas dívidas e obrigações assumidas. A demonstração do ativo e do passivo constitui o balanço patrimonial.

Assim, o balanço patrimonial deverá exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa e, atendidas as peculiaridades desta, bem como as disposições das leis especiais, indicando, distintamente, o ativo e o passivo, conforme regra do artigo 1.188, do Código Civil.

O escólio do ilustre professor Silvio de Salvo Venosa e Cláudia Rodrigues (2010, p. 65) sobre o balanço patrimonial é esclarecedor:

“Especificamente, o balanço patrimonial é aquele que deve exprimir no final de cada exercício social, com fidelidade e clareza, a situação real do patrimônio empresarial. É elaborado com base nos dados fornecidos pelo inventário indicados no art. 1.187, devendo expressar, distintamente, o ativo e o passivo, observando as disposições constantes de leis especiais.

O balanço patrimonial abrange todos os bens, créditos e débitos da empresa. Indica o ativo permanente (patrimônio imobilizado); o ativo circulante (bens, capital de giro etc.) e ativo realizável a longo prazo e o passivo (dividas e encargos).”

O terceiro demonstrativo contábil é o balanço de resultado econômico que por sua vez deverá ser entendido como demonstração do resultado do exercício, prestigiando assim as atualizações legislativas neste sentido bem como as normas brasileiras de contabilidade.

A demonstração do resultado do exercício, nas palavras de Vera Elisete V. L. Callegari (2008, p. 25), indica com precisão como e quanto o fator de formação de preço da atividade operacional (por ex.: matéria-prima, mão-de-obra, energia elétrica etc.) influiu no resultado final (lucro ou prejuízo). A partir desta análise, o empresário poderá modificar ou não a maneira com que produz ou circula bens ou serviços.

A riqueza de detalhes com que o catedrático Láudio C. Fabretti (2003, p. 86) expõe a respeito do resultado do exercício, merece destaque:

“O resultado econômico é informado pela “Demonstração do Resultado do Exercício”, instituída pelo art. 187 da Lei das Sociedades por Ações, adotada pela NBC e pelo RIR/99.

As mutações que se verificam no capital inicial da empresa, produzidas pelas operações próprias de sua atividade econômica, se positivas, ou seja, se aumentam o patrimônio líquido, são receitas, se negativas, isto é, se diminuem o patrimônio líquido, são despesas.

No decorrer de suas operações, a empresa arrecada receitas e paga despesas, fatos esses que produzem mutações em seu patrimônio.

As contas de resultado são as que representam graficamente as receitas e as despesas. Confrontando-se as receitas e as despesas, a diferença entre

elas é o resultado do período. Se a receita for maior do que a despesa, o resultado obtido é o lucro ou superávit. Em caso contrário, isto é, se a receita for menor do que a despesa, o resultado é negativo, ou seja, prejuízo ou déficit.”

A demonstração do resultado do exercício conduzirá o empresário a ponderar se a forma com que desenvolve suas atividades está conduzindo-o a compensações financeiras que justifiquem a conjugação daqueles fatores de produção, já mencionados no item 1.3.3-da organização empresarial, referindo-se a pessoas (empresários e colaboradores) e meios (capital, insumos e tecnologia).

Esses três demonstrativos contábeis deverão ser fielmente elaborados e registrados junto ao Registro das Empresas Mercantis. O empresário que não observa essa exigência corre o risco de praticar o delito falimentar previsto no artigo 178, da Lei 11.101/2005, além de ficar impedido de receber alguns benefícios concedidos aos que mantêm a demonstração contábil regular.

A respeito do crime falimentar, os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 53):

“A Lei de Falências, no art. 178, define como crime falimentar a inexistência dos documentos de escrituração contábil obrigatórios, entre os quais se incluem os balanços patrimoniais e de resultado econômico. Assim, incorrem em conduta criminosa o empresário e os representantes legais da sociedade empresária caso venha a ser decretada a sua falência se os balanços anuais não tinham sido levantados, escriturados e autenticados pelo Registro do Comércio.”

Abordando as demais conseqüências da omissão de demonstrações contábeis periódicas, Maria Gabriela V. P. R. Gonçalves e Victor Eduardo R. Gonçalves (2006, p. 36) pontuam:

“A ausência de levantamento dos balanços enseja severas conseqüências, como a responsabilização pessoal dos administradores da sociedade pela omissão, a dificuldade de obtenção de créditos e financiamentos bancários, a impossibilidade de participação em licitações da Administração Pública, e até a prática de crime, nos termos da Lei de Falências, art. 168, §1º, II.”

As demonstrações contábeis periódicas são exigências legais que uma vez não observadas poderão afetar diretamente os interesses dos empresários, como a obtenção de financiamento junto às instituições bancárias e a possibilidade de contratar com a Administração Pública ou participar de suas licitações.

Mais do que uma mandamento legal, os demonstrativos contábeis também apontam o futuro econômico dos empresários de todo o país, possibilitando o planejamento de políticas financeiras no sentido de viabilizar e incentivar o crescimento da classe empresarial. Portanto, institui-se uma obrigação que auxilia não só ao empresário, mas também ao Estado.

1.6 Inatividade Empresarial

O empresário que não informa a Junta Comercial a respeito de suas atividades empresariais, através do arquivamento de sua escrituração e demonstrativos contábeis periódicos, durante um período de 10 (dez) anos, faz-se presumir inativo, conforme artigo 60 da Lei 8.934/94.

Tratando da inatividade empresarial, recomenda Fabio Ulhoa Coelho (2008, p. 41) que:

“O empresário individual e a sociedade empresária que não procederem a qualquer arquivamento no período de dez anos devem comunicar à Junta que ainda se encontram em atividade, nos termos do art. 60 da LRE. Se não o fizerem, serão considerados inativos. A inatividade da empresa autoriza a Junta a proceder ao cancelamento do registro, com a conseqüente perda da proteção do nome empresarial pelo titular inativo. Exige a lei que a Junta comunique, previamente, o empresário acerca da possibilidade do cancelamento, podendo fazê-lo por edital. Se atendida a comunicação, desfaz-se a inatividade; no caso de não-atendimento, efetua-se o cancelamento do registro, informado-se o fisco. Se, no futuro, o empresário pretender reativar o registro, deverá obedecer aos mesmos procedimentos relacionados com a constituição de uma nova empresa, não tendo o direito de reivindicar o mesmo nome empresarial anteriormente adotado, caso este tenha sido registrado por outro empresário.”

A inatividade empresarial implica no cancelamento do registro, dessa forma perde-se a proteção do nome empresarial. Todavia, antes que isso aconteça a Junta Comercial deverá notificar o interessado a respeito da manutenção de suas atividades, de modo a oportunizar-lhe a comunicação ou algum arquivamento.

2. A IMPORTÂNCIA SOCIOECONÔMICA DOS PEQUENOS EMPRESÁRIOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

2.1 Função Social dos Pequenos Empresários

O Princípio da Função Social da Propriedade está expressamente consagrado no artigo 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, 185 e 186, da Constituição Federal de 1988, cuja finalidade é indicar um estado ideal em que o titular de um bem jurídico exerça seus direitos sobre a coisa, de tal forma que satisfaça seus interesses particulares bem como os da sociedade que está inserido.

Neste sentido leciona o professor J. J. Calmon de Passos, da Universidade Federal da Bahia, em seu artigo publicado na revista eletrônica Jus Navegandi (2010, s.p.):

“Função Social, conseqüentemente, pode ser entendida como sendo o resultado que se pretende com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente. Pouco importa traduza essa atividade exercício de Direito, dever, poder ou competência. Relevantes serão, para o conceito de função, as conseqüências que ela acarreta para a convivência social. O modo de operar, portanto, não define a função, qualifica-a.”

A função social decorre dos efeitos de uma atividade humana que extrapola os limites do interesse individual, atingindo os do coletivo. Neste diapasão insere-se a função social dos pequenos empresários, uma vez que a empresa é uma atividade econômica, fruto da criação do homem, necessariamente introduzida na sociedade, pois não há como concebê-la de outra forma, portanto, perfeitamente aplicável uma destinação social.

Por oportuno, são as palavras do advogado e mestre em Direito Civil pela UNESP, Dr. Carlos Eduardo de Castro Palermo, tratando da função social da empresa e o novo Código Civil, também publicado na revista eletrônica Jus Navegandi (2010, s.p.):

“A função social da empresa é abraçada ampliando-se o conceito constitucional de propriedade, na forma explicada por Fábio Konder Comparato que afirma: “Observe-se, antes de mais nada, que o conceito constitucional de propriedade é bem mais amplo que o tradicional do direito Civil.” Segundo o consenso geral da melhor doutrina, incluem-se na proteção constitucional da propriedade bens patrimonial sobre os quais o titular não exercem nenhum direito real, no preciso sentido técnico do termo, como as pensões devidas pelo Estado, ou as contas bancárias de depósito. Em consequência, também o poder de controle empresarial, o qual não pode ser qualificado com um *ius in re*, há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional de propriedade. Se assim é, parece irrecusável que também ao poder de controle empresarial se aplique a norma que impõe respeito à função social da propriedade.

A função social da propriedade vista como mandamento constitucional obrigatório para todos os jurisdicionados, inclui também os pequenos empresários. Dessa forma, cabe ao empresário individual e sociedade empresaria enfrentar a questão de conciliar sua finalidade capitalista com o papel social que lhe foram incumbidos.

Uma forma de encarar este desafio é respeitar o consumidor, seus empregados e o meio ambiente. Até porque o sucesso empresarial depende da satisfação dos clientes, que atualmente consideram aspectos não só de qualidade e preço, mas também outros relacionados à ética social na hora de definir onde adquirir produtos e serviços.

Outra maneira simples de desempenhar uma função social é o exato cumprimento da lei, conforme assevera o jurista Helio Capel Filho (2010, s.p.):

“Ao recolher os tributos devidos, ao empregar com dignidade, ao comercializar produtos e serviços que atendam ao clamor de zelo, confiança e respeito ao meio ambiente e ao consumidor, a empresa já estará cumprindo algumas de suas funções sociais. Seria hora de alguém exclamar: - Mas isso não é função social, é obrigação legal! E ponderar-se-ia que, estando a empresa cumprindo com suas obrigações legais, estará ela atendendo à vontade social, posto que foi a consciência coletiva legislativamente representada que as criou. Então a idéia é a de que cumprir a função social da empresa é exatamente buscar a finalidade capitalista do lucro, sem, contudo se olvidar das responsabilidades que farão com que sua existência resulte em desenvolvimento social, cultural, econômico, etc.”

Acompanhando este raciocínio, Luiz Antonio Ramalho Zanoti (2009, p. 97) ainda complementa:

“Quando a empresa cumpre, em termos sociais, apenas o que está previsto no direito positivado, em seus estritos limites, ela tem uma visão

eminentemente legalista, a que se atribui o nome de função social, ao passo que a efetiva responsabilidade social se inicia justamente a partir desse marco. Ou seja, uma empresa pode ser considerada socialmente responsável quando, além de cumprir rigorosamente todas as obrigações legais junto aos seus *stakeholders*, proporcionar um *plus*, um adicional, e oferecer uma cesta variada de benefícios sociais para esse mesmo público, que ultrapassa as fronteiras do direito positivado. É possível dizer, então, que a empresa cumpre sua função social quando se limita a atender a todas as exigências positivadas nos textos legais, em benefício de seus *stakeholders*. Por outro lado, somente será considerada uma empresa socialmente responsável se, além de cumprir plenamente a sua função social, proporcionar, por mera liberalidade, porém, sem imposição coercitiva, e de forma regular, perene, uma gama de benefícios sociais para a sociedade, com o intuito de se promover a valorização da dignidade da pessoa humana, comprometendo-se, inclusive, com eficácia da aplicação desses recursos financeiros e/ou materiais, bem como com os resultados sociais que se pretende atingir. Tanto a função social quanto a responsabilidade social corporativista diferem, portanto, da filantropia empresarial, pois esta se limita a auxílios esparsos, acidentais, descompromissados e voluntários, invariavelmente movida por sentimentos religiosos ou de *marketing* institucional, sem que haja o acompanhamento da empresa para com a efetiva solução do problema que se quer focar.”

Os pequenos empresários não precisam enveredar-se em atividades filantrópicas para justificar sua participação social. Basta que coadunem para o fiel cumprimento da lei no exercício de suas atividades para irradiar os efeitos além da esfera do interesse próprio, ou seja, favoreça a sociedade como todo.

Entretanto, há aqueles que contribuem financeiramente para o chamado terceiro setor, que nada mais é do que instituições destinadas ao serviço público através da ajuda privada. Atitude esta, que é perfeitamente plausível e de grande jubilo social, e que apesar de inexigível também configura o exercício da função social.

2.2 A Importância Econômica dos Pequenos Negócios

Segundo projeções mais recentes do Fundo Monetário Internacional, a economia brasileira ocupará, em 2011, a sétima posição entre as maiores economias do mundo, com um produto interno bruto estimado, aproximadamente, em 2 (dois) trilhões de dólares (IMF, s.d.; s.p.).

A crescente expansão da economia deve-se ao desenvolvimento da agricultura, indústria e comércio, além de outros fatores econômico-financeiros que elevaram a balança comercial. Mas qual seria a participação dos micro e pequenos empresários para o progresso da economia brasileira?

Segundo dados obtidos junto ao site do SEBRAE, em 2008, havia cerca de 5.786.696 milhões de micros e pequenos empresários legalmente registrados no Brasil (2011, s.d.; s.p.). Além de constituírem a maioria da classe empresarial, também colaboram para diminuição das desigualdades regionais, promovendo a distribuição de riquezas em vários estados da federação, conforme revela pormenorizadamente a seguinte tabela:

TABELA 1 – QUANTIDADE DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM 2008

Estado	Quantidade
AC	10.776
AL	39.391
AP	8.550
AM	37.304
BA	260.907
CE	164.950
DF	87.358
ES	113.252
GO	173.046
MA	63.366
MT	93.946
MS	64.015
MG	649.860
PA	70.568
PB	58.525
PR	463.994
PE	136.610
PI	42.355
RJ	398.977
RN	60.437
RS	593.745
RO	33.915
RR	8.829
SC	314.888
SP	1.783.962
SE	27.495
TO	25.675

Região	Quantidade
Centro-Oeste	418.365
Nordeste	854.036
Norte	195.617
Sudeste	2.946.051
Sul	1.372.627

Indicadores	Número de MPE
Ficha Técnica	Quantidade de MPE, com ou sem empregados, que declaram ao Ministério do Trabalho e Emprego a Relação Anual de Informações Sociais. Estão excluídas dessas bases as empresas públicas, setor agropecuário e outras atividades não relacionadas às MPE.
Unidade de Medida	Quantidade
Fonte de Referência	RAIS/MTE
Referência	2008
Mais Informações	http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas/temas-estrategicos/emprego
Brasil	5.786.696

A pesquisa atribui alguns aspectos para essa desconcentração regional, tais como a guerra fiscal entre os estados, o crescimento populacional em algumas regiões e estados, e o aumento do salário mínimo. O que se deve salientar é a efetiva participação no combate às desigualdades regionais.

Ainda segundo o site SEBRAE, as exportações brasileiras arrecadaram US\$ 152,7 bilhões, em 2009. Dos 19.272 empresários exportadores registrados, 12.230 são micros ou pequenos empresários, aos quais colaboraram com US\$ 1,9 bilhões. Apesar da disparidade de valores em relação às médias e grandes empresas, a pesquisa destaca a crescente participação de pequenos negócios nas exportações.

Ademais, as características econômicas da classe empresarial em comento, corroboram com elementos vitais para o setor econômico de qualquer Estado. De modo geral, os micros e pequenos empreendedores conferem dinamicidade, flexibilidade e poder de reação aquele setor frente às adversidades do mercado.

A pequena estrutura e organização interna dos pequenos negócios lhes conferem flexibilidade no mercado financeiro, respondendo de maneira adequada ao panorama enfrentado. Assim, acompanham as oscilações do mercado de ações e investem no momento oportuno.

A tabela seguinte ilustra as exportações brasileiras por porte empresarial e valores exportados:

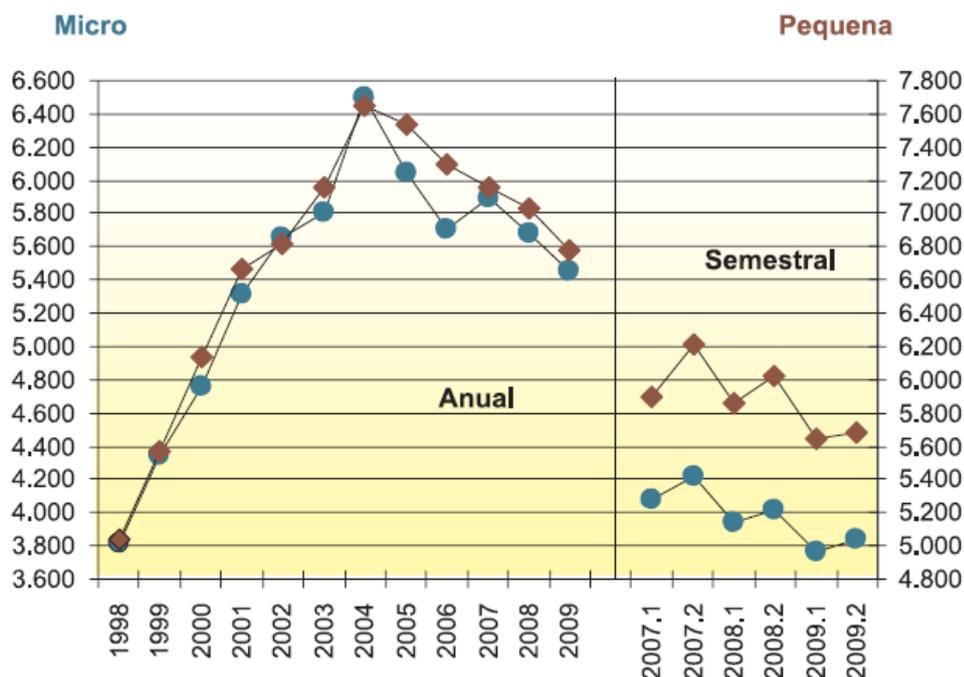
**TABELA 2 – EXPORTAÇÕES SEGUNDO TAMANHO DAS FIRMAS
(2008-2009)**

Tamanho	2008	2009	Var. %	2008.2	2009.2	Var. %
Número de empresas						
Micro	5.678	5.452	-4,0	4.014	3.841	-4,3
Pequena	7.037	6.778	-3,7	6.022	5.681	-5,7
MPEs	12.715	12.230	-3,8	10.036	9.522	-5,1
MP Especial	1.383	1.156	-16,4	1.346	1.133	-15,8
Média	3.762	3.709	-1,4	3.459	3.373	-2,5
Grande	1.937	1.957	1,0	1.797	1.789	-0,4
Não classificada	-	220	-	-	190	-
Total	19.797	19.272	-2,7	16.638	15.692	-5,7
Valor exportado (US\$ Milhões)						
Micro	183,7	156,7	-14,7	91,7	82,7	-9,8
Pequena	2.080,8	1.738,0	-16,5	1.054,8	921,3	-12,7
MPEs	2.264,4	1.894,7	-16,3	1.146,6	1.004,0	-12,4
MP Especial	15.430,5	10.061,5	-34,8	8.458,1	5.498,4	-35,0
Média	23.538,2	17.997,5	-23,5	12.691,7	10.176,1	-19,8
Grande	156.364,6	122.675,6	-21,5	84.755,9	66.129,6	-22,0
Não classificada	-	78,8	-	-	73,4	-
Total	197.597,7	152.708,1	-22,7	107.052,3	82.881,4	-22,6
Valor médio exportado por firma (US\$ Mil)						
Micro	32,3	28,7	-11,2	22,8	21,5	-5,7
Pequena	295,7	256,4	-13,3	175,2	162,2	-7,4
MPEs	178,1	154,9	-13,0	114,2	105,4	-7,7
MP Especial	11.157,3	8.703,7	-22,0	6.283,9	4.852,9	-22,8
Média	6.256,8	4.852,4	-22,4	3.669,2	3.016,9	-17,8
Grande	80.725,1	62.685,5	-22,3	47.165,2	36.964,6	-21,6
Não classificada	-	358,1	-	-	386,2	-
Total	9.981,2	7.923,8	-20,6	6.434,2	5.281,8	-17,9

Fontes: Secex/MDIC, Rais/MTE e IBGE (PIA e Cadastro Central de Empresas).

A evolução dos micro e pequenos empresários exportadores está graficamente representado a seguir:

EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE MICRO E PEQUENOS EMPRESÁRIOS EXPORTADORES (1998-2009)



Fontes: Secex/MDIC, Rais/MTE e IBGE (PIA e Cadastro Central de Empresas).

Importa consignar que os pequenos empreendimentos exportadores concentram-se nos ramos industrial e de comércio. Ao longo do período apurado, os empresários industriais compunham 60% (sessenta por cento) a 70% (setenta por cento) do total de empresários exportadores. Enquanto que os empresários comerciais representavam 24% (vinte e quatro por cento) a 28% (vinte e oito por cento).

O SEBRAE também publicou em 2009, o anuário do trabalho na micro e pequena empresa, que nada mais é do que uma importante pesquisa que traça as características dos empregos oferecidos pelos pequenos empreendimentos, bem como a sua distribuição pelo país.

A pesquisa foi realizada durante os anos de 2007 e 2008, e revela que em conjunto, micro e pequenos empresários respondem, aproximadamente, por 52% (cinquenta e dois por cento) dos empregos registrados no Brasil, conforme tabela:

TABELA 3 – DISTRIBUIÇÃO DOS EMPREGOS POR PORTE DE ESTABELECIMENTOS E SETOR DE ATIVIDADE ECONÔMICA – BRASIL 2008 (EM %)

Porte	Comércio	Serviços	Indústria	Construção	Total
Micro e Pequena	73,7	42,9	42,5	48,7	52,3
Micro	37,8	19,8	17,8	20,3	24,5
Pequena	35,9	23,0	24,7	28,4	27,7
Média	9,9	9,0	26,0	28,4	16,0
Grande	16,4	48,1	31,4	23,0	31,7
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
TOTAL (em nº abs.)	7.323.490	8.032.917	7.652.696	1.914.596	24.923.699

Fonte: MTE. Rais
Elaboração: DIEESE

Os micros e pequenos empresários empregam um contingente consideravelmente superior às outras classes empresariais. E neste aspecto há uma relevância ainda maior, haja vista que os postos de emprego abrangem todos os trabalhadores indistintamente, isto é, independente de qualificação, experiência ou em razão da idade, cor e sexo.

Todos esses indicadores apontam para a conclusão de que os micros e pequenos empreendimentos são verdadeiros baluarte da economia brasileira, e importante fator de equilíbrio social e regional do país. Portanto, são merecedores de especial atenção do Estado, no sentido de incrementar políticas públicas de fomento e desenvolvimento desta classe empresarial.

3. DO MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 Previsão Constitucional

A novel Carta Republicana de 1988, carinhosamente apelidada de Constituição Cidadã, rompeu totalmente com o paradigma ditatorial militar que manchou as constituições passadas, inaugurando, assim, um novo período marcado pela consagração do Estado Social Democrático de Direito.

Nas palavras de Pedro Lenza (2008, p. 59):

“Nos termos do preâmbulo da CF/88, foi instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar os seguintes valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias: o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento; a igualdade; a justiça.”

Pautando-se nesses valores, o Legislador Constituinte reuniu no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, uma variedade de direitos e garantias individuais fundamentais, gravando-os como cláusula pétrea consoante artigo 60, §4º, inciso IV, do referido diploma.

Em que pese reconhecer a concentração desses direitos no rol do artigo 5º, não se pode olvidar, e a Constituição tratou expressamente acerca do assunto, que a matéria não foi esgotada nesta oportunidade, conforme preconiza o §2º, deste dispositivo, *in verbis*:

“Art. 5º. [...]”

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No comentário de Alexandre de Moraes (2006, p. 459):

“Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente, ou seja, fora do rol do art. 5º, que é meramente exemplificativo. Importante ressaltar que as normas constitucionais cuja natureza jurídica configura-se como direito ou garantia individual, mesmo não estando descritas no rol do art. 5º, da Carta Magna, são imodificáveis, pois serão inadmissíveis emendas tendentes a suprimi-las, total ou parcialmente, por tratar-se de cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º, IV).”

Assim sendo, outros direitos e garantias individuais fundamentais estão previstos em outros dispositivos da Magna Carta, mas que igualmente tratados, inclusive pela proteção conferida pelo citado artigo 60, §4º, inciso IV, o chamado núcleo intangível constitucional, posto tratar-se o rol do artigo 5º, apenas exemplificativo.

Neste diapasão, insere-se o tema do direito comercial-constitucional, matéria pouco desenvolvida pela doutrina pátria, a respeito da inclusão do direito ao tratamento jurídico diferenciado e favorecido dispensado aos micros e pequenos empresários, como direito e garantia individual fundamental tutelado por cláusula pétrea.

Vislumbrando o direito comercial na Constituição, a dissertação de Alfredo de Assis Gonçalves Neto merece destaque (2008, p.61):

“Nossa doutrina comercialista, no entanto, preocupada com a análise das leis ordinárias que se entulhavam na regulação e no aperfeiçoamento das relações jurídico-privadas de natureza econômica, descurou-se, com raríssimas exceções, dos referenciais constitucionais que deviam ser tomados em conta para o balizamento e para a perfeita compreensão dessa matéria. Como é sabido, esses referenciais constitucionais, essencialmente a partir do advento da nossa Carta Política de 1988, e do desenvolvimento da chamada teoria material da Constituição (na linha da concepção normativo-realista, pensamento jurídico que orienta esta exposição), apontam para os valores igualitários de Justiça, ou seja, para aqueles valores que, antes desprezados pela visão marcadamente formalista do direito (no apogeu do positivismo), culminaram por se constitucionalizar em princípios que, por isso, não mais podem ficar relegados ao simples papel de preencher lacunas da legislação infraconstitucional, mas se alçam à condição de regras condutoras da aplicação e do alcance das próprias disposições constitucionais, na moderna concepção de um “Estado principialista”, como bem o define Paulo Bonavides (Curso de direito constitucional, p. 17-19). Toda nossa legislação ordinária, pouco importando o ramo do direito onde se insira, está subordinada, portanto, à observância desses princípios, desses comandos contidos na Constituição, que têm de ser por ela respeitados e que influem decisivamente no seu alcance e na sua interpretação. Nossa Lei Fundamental destaca, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que adotou, a livre iniciativa (art. 1º, IV), a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, I), a liberdade de trabalho, ofício e profissão (art. 5º, XIII) e a defesa dos direitos do consumidor (art. 5º,

XXXII). Mais adiante, ao regular a atividade econômica, garante a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego (art. 170 e incisos). Do conjunto dessas disposições extrai-se o princípio constitucional implícito da preservação da empresa, como forma de assegurar seu cumprimento.”

Deduz-se que alguns vetores que balizam os direitos e garantias individuais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade de trabalho, ofício e profissão, a busca do pleno emprego, a livre concorrência, a livre iniciativa, a construção de uma sociedade mais justa, a defesa dos direitos do consumidor e a defesa do meio ambiente, dentre outros, unem-se para formar o princípio constitucional implícito da preservação do empresário.

Tendo em vista que tais postulados compõem os direitos e garantias individuais fundamentais, concluir-se-á que o princípio da preservação do empresário que lastreia todo enunciado normativo referente ao tratamento jurídico dispensado ao micro e pequeno empresário, também se encontra tutelado pelo núcleo imutável constitucional.

Isto se torna evidente quando se traz a baila a importância socioeconômica dos micros e pequenos empresários, tema discorrido no capítulo anterior, bem como os objetivos da República Federativa do Brasil, traçados no artigo 3º, da Carta Política de 1988.

Portanto, não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir ou suprimir os direitos e garantias individuais fundamentais que versam sobre o tratamento jurídico diferenciado e favorecido dispensado aos micros e pequenos empresários.

Observe que o Legislador Constituinte preocupou-se de tal forma com o micro e pequeno empreendedor, que elevou o tratamento diferenciado e favorecido à categoria de princípio norteador da Ordem Econômica e Financeira, bem como incumbiu a todos os entes federados o dever de proteger e incentivar a classe, conforme expressa disposição dos artigos 170, inciso IX, e 179, ambos da Constituição.

Neste sentido leciona José Afonso da Silva (1999, p. 772):

“Microempresas. O princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte consta do art. 170, IX, como dissemos. A Constituição não se contentou com o simples enunciado do princípio, pois já estabeleceu que 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 da lei (art. 179).”

A respeito do sentido principiologicamente disposto no artigo 170, inciso IX, leciona Marins e Bertoldi (2007, p. 75):

“O artigo 170 estabelece a base principiológica para a Ordem Econômica do Estado brasileiro, assentando-a em valores de grande alcance e generalidade, como a valorização do trabalho humano, a garantia da livre iniciativa, a existência digna e a justiça social. Entre os princípios consagrados à atividade econômica, como os da soberania nacional, propriedade privada e sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e a busca do pleno emprego, figura o princípio do tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte.”

Em correspondência ao exposto, os referidos autores ainda se manifestam acerca do disposto no artigo 179, conforme segue (2007, p.77):

“Esta norma constitucional, de conteúdo nitidamente programático (denunciado pelas locuções “dispensarão”, “definidas em lei”, e “por meio de lei”, contidas no texto normativo), adiciona a noção de “tratamento jurídico diferenciado” ao postulado de favorecimento contido no artigo 170. Compreendida em sua sistematicidade, a idéia de favorecimento contém sentido material, relativo a vantagens econômicas, tributárias, competitivas ou de mercado que possam ser concedidas, enquanto o tratamento diferenciado dirige-se literalmente a incentivos formais, relativos à simplificação ou eliminação de barreiras burocráticas, administrativas, previdenciárias ou creditícias. Em um exemplo: conceder juros subsidiados à micro e pequenas empresas é “favorecimento”, vantagem de natureza material; simplificar exigências cadastrais para a concessão do mesmo empréstimo é “tratamento jurídico diferenciado”, incentivo meramente formal.”

Compreende-se que o texto constitucional infira a regra do tratamento jurídico diferenciado e favorecido, no sentido de implementar políticas públicas, a cargo de todos os entes federados, que promovam a desburocratização e a concessão de benefícios econômico-financeiros que corroborem para o crescimento quantitativo e qualitativo do micro e pequeno empresário brasileiro.

Por obsequio, faz-se mister chamar a atenção do cidadão comum e do jurista carregado de senso crítico, fazendo assim um pequeno parêntese no assunto corrente, para ressaltar o interesse do Estado em assegurar, constitucionalmente,

políticas de favorecimento aos micros e pequenos empresários, nas palavras de Carlos Montaño (2001, p. 57):

“No contexto das novas necessidades do capital e da atual retração do poder sindical, a reestruturação produtiva promove demissão em massa, precarização do vínculo de trabalho, perda dos direitos trabalhistas e terceirização, significando uma enorme involução nas conquistas históricas obtidas pelos trabalhadores. Isto não ocorre passivamente, ao contrário, tende a recriar as lutas de classes. Para isto, e considerando as características apontadas, o Estado neoliberal desenvolve uma medida estratégica central de legitimação da ordem e da lógica capitalista, agora na órbita da sociedade civil: *O Estado promove a formação de Pequenas e Microempresas, que absorvem e empregam parte importante das massas desocupadas ou expulsas do mercado formal – promoção que se faz mediante o desenvolvimento, no Estado, de certas condições sociais (legislação que desburocratize e favoreça sua criação, que reduza ou isente a PeME de certas obrigações tributárias etc.) e financeiras (fundamentalmente créditos mais acessíveis, mas, claro, socializando os custos) para seu fomento* (cf. Acquaviva, 1986: 183-206 e 269-281), e mediante estímulo à terceirização, via, fundamentalmente, programas de incentivo à Demissão Voluntária (PDV) e à flexibilização do contrato de trabalho. Por outro lado, para cobrir os vácuos que deixa este novo Estado “mínimo”, a sociedade civil – ou melhor, o chamado “terceiro setor” – se organiza em torno de instituições de promoção daqueles setores prejudicados no mercado (dentre eles as PeMEs, neste caso, oferecendo créditos, capacitação e assessoria). Elas, mesmo sem querer, entram no esquema de “dês-burocratização” (ou privatização) das áreas “econômicas”, ou de re-filantropização das áreas “sociais”, tomando para si tais funções. Tornam-se, assim, esta instituição e ONGs, mais uma forma em certa medida funcional ao neoliberalismo, e alvo da nova estratégia do capital, contribuindo para deslocar as questões “econômica” e “social”, desvinculadas totalmente do “político”, passando do Estado para a sociedade civil.”

O crescimento e desenvolvimento dos micros e pequenos empresários, indubitavelmente, alivia vários setores sobre os quais recaem as pressões sociais. Sendo assim, o Estado neoliberal utiliza-se destes empresários como verdadeiras válvulas de escape, para atuar minimamente nas áreas da segurança, saúde e educação. Desta forma, reduzem-se os investimentos em políticas públicas sociais, aumentando-se a arrecadação estatal com tributos.

Mas retornando ao palco das discussões eminentemente jurídicas, ainda na seara constitucional, Marins e Bertoldi (2007, p. 77) adverte que o regime tributário diferenciado e favorecido deve obedecer a regramento com *status* de norma geral em matéria de legislação tributária, precisa e exatamente na forma como estabelecido pelo art. 146, inciso III, alínea d, e seu parágrafo único.

Isto significa que toda matéria normativa que discipline o regime tributário diferenciado e favorecido, deverá revestir-se das formalidades

concernentes às leis complementares. Conseqüentemente, ocuparão o mesmo nível hierárquico que o Código Tributário Nacional, uma vez que este foi recepcionado pela novel Carta Republicana como lei complementar.

Entretanto, apesar de equiparar-se, hierarquicamente, não há conflito de normas, por dois motivos. A uma, que toda legislação tributária que concede tratamento diferenciado e favorecido, aplica-se aos contribuintes enquadrados como micro e pequenos empresários, ao passo que o Código Tributário Nacional continua válido aos demais contribuintes.

A duas, que toda legislação tributária que concede tratamento diferenciado e favorecido ao micro e pequeno empresário, derroga o Código Tributário Nacional naquilo que for incompatível, por critério de posterioridade e especialidade.

Portanto, em face de todo exposto, pode-se concluir que o aparato constitucional realmente confere um tratamento jurídico diferenciado e favorecido aos micros e pequenos empresários, inclusive com algumas minúcias de cunho infraconstitucional, tal como ocorre com status de legislação complementar. Além de incumbir aos entes federados o dever de guarda e incentivo ao desenvolvimento da classe empresarial no país.

3.2 Princípios

Segundo a Teoria da Norma, de Norberto Bobbio, os Princípios são normas que indicam estados idéias a serem perseguidos e alcançados pelo operador do direito. Isto posto, analisar-se-á alguns vetores da Ordem Econômica que fundamentam e norteiam o tratamento diferenciado e favorecido dispensado ao micro e pequeno empresário.

3.2.1 Princípio da Isonomia

A Constituição Federal consagra o Princípio da Isonomia em dois momentos importantes para o micro e pequeno empresário. Na primeira oportunidade, ao tratar dos direitos e garantias individuais fundamentais, no artigo 5º, *caput*, dispondo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Na segunda passagem, ao disciplinar as limitações do poder de tributar, no artigo 150, inciso II, vedando a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Mas o princípio da isonomia que explica o tratamento diferenciado e favorecido dispensado ao micro e pequeno empresário, deve ser interpretado sob a ótica do filósofo Aristóteles, segundo o qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na exata medida da sua desigualdade.

Acompanhando este raciocínio, Gladston Mamede (2007, p. 04):

“O estabelecimento de um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte não rompe, absolutamente, com o princípio da isonomia entre as pessoas. Em fato, é constatação vetusta, que o princípio da isonomia expressa-se pelo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Normas como a presente concretizam tal máxima de forma fundamentada e justificada. Reconhece-se a importância para a economia dos microempreendimentos e empreendimentos de pequeno porte, reconhece-se as dificuldades enfrentadas por tais empreendimentos e busca-se, a partir de um lastro constitucional, atribuir-lhes condições mais propícias ao sucesso.”

O princípio da isonomia alicerça o tratamento diferenciado e favorecido dispensado ao micro e pequeno empresário porque este ocupa uma posição de inferioridade em relação ao médio e grande empresário. Assim, tratam-se desigualmente os casos desiguais na medida em que desigualam.

As disparidades entre as classes empresariais em comento são explicadas, sucintamente, por Carlos Montaña (2001, p. 89):

“Quando se trata das PeMEs “de produção final”, elas se relacionam com as grandes corporações enquanto concorrentes que disputam espaços de mercado; aqui, parece clara e evidente a força e predomínio das grandes

empresas sobre as PeMEs. Esta concorrência, claramente desigual, se desenvolve em torno da qualidade, preço e fixação da imagem das mercadorias. Isto, claro está, é atingido, com maior solvência, mais eficiência e menor margem de risco por aquelas empresas que têm uma maior produção, menores custos e tecnologia mais evoluída – evidentemente pelas grandes firmas.”

A posição de superioridade e a relação de concorrência entre as classes empresariais, com o predomínio dos médios e grandes sobre os micros e pequenos empresários, afeta o equilíbrio social e econômico. Sendo assim, o princípio da isonomia, ligado à idéia de justiça, estabelece um tratamento desigual entre esses dois grupos, viabilizando a vontade constitucional de tutelar e favorecer a parte mais fraca, com amparo do Direito.

Esta discriminação realizada pelo legislador constituinte reveste-se de constitucionalidade tendo em vista a finalidade almejada. Neste sentido leciona Alexandre de Moraes (2002, p. 64):

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio das leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.”

Portanto, conforme anotam Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães (2007, p. 27), o tratamento diferenciado, não deverá ir além do estritamente necessário para eliminar as diferenças entre pequenas e grandes empresas sob pena de afrontar o princípio da isonomia.

3.2.2 Princípio da Livre Iniciativa

Mais do que um princípio constitucional da ordem econômica, a livre iniciativa também é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, positivada no artigo 1º, inciso IV, e no caput do artigo 170, ambos da Constituição Federal de 1988.

O princípio da livre iniciativa indica um estado ideal em que o particular goza de liberdade econômica, ou seja, autonomia para exercer qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, exceto nos casos previstos na lei.

Referindo-se ao princípio da livre iniciativa, André Ramos Tavares (2003, p. 246) anota que:

“Em conformidade com a dimensão atingida pela doutrina da livre iniciativa no final do século XX, o constituinte brasileiro de 1988 tratou-a como princípio constitucional e, mais do que isso, como fundamento da República Federativa do Brasil, inserido no inc.IV do art. 1º da Constituição, em que se lê: “A República Federativa do Brasil, fundada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” Tal tratamento privilegiado da matéria aponta para a posição de destaque que deve ocupar ou, como afirma Celso Bastos, coloca a livre iniciativa como “um dos fins de nossa estrutura política, é dizer, um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito”. Como já apontado anteriormente, a livre iniciativa é também citada no caput do art. 170 da Constituição vigente, que a aponta como basilar na ordem econômica e financeira, ao lado da valorização do trabalho humano. O enquadramento dúplice, pela Constituição, da livre iniciativa acaba por enfatizar ainda mais a relevância do princípio no ordenamento constitucional brasileiro. “Erigida à condição de fundamento da ordem econômica e simultaneamente princípio constitucional fundamental (CF, art. 1º, IV, in fine), a livre iniciativa talvez constitua uma das mais importantes normas de nosso ordenamento constitucional.”

Acerca do caráter normativo do postulado em apresso, o escólio de Luiz Alberto David Araujo (2001, p. 375):

“À parte os aspectos traçados, a liberdade de iniciativa constitui princípio constitucional denso em normatividade, pois de seu enunciado podemos inferir ao menos dois direitos básicos: a) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado. Veja-se, no ponto, que mesmo o Estado, quando exerce a livre iniciativa, sujeita-se “ao regime próprio das empresas privadas” (CF, art. 172, caput), de tal modo que a iniciativa pública constitui espécie e não exceção ao gênero, conquanto esteja sujeita a diversas restrições; b) não-sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei. Digno de nota que a ilação encontra reprodução textual no parágrafo único do art. 170, que afirma que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.”

O princípio da livre iniciativa incumbe ao setor privado, especificamente o empresarial, a função de protagonista do crescimento e desenvolvimento da economia nacional. Ao Estado, reserva-se o papel coadjuvante, complementar à exploração das atividades econômicas consideradas estratégicas aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme preceitua o caput do artigo 173, da Carta Política vigente.

Partidário desta corrente Luiz Antonio Ramalho Zanoti (2009, p. 83) ensina:

“Assim, o constituinte privilegiou as empresas privadas com a prerrogativa de desenvolver atividades econômicas, admitindo-se ao Estado a função de apenas desempenhar o papel de facilitador para que tais operações fossem coroadas de pleno êxito. Logo, ao Estado é vedado o exercício de atividades concorrenciais com a iniciativa privada. Pode, contudo, desempenhar atividade supletiva a esta, fato que denota a presença do ideário caracterizador do liberalismo econômico.”

Em que pese reconhecer a participação complementar do Estado no desenvolvimento da economia, os juristas e os economistas não contestam que a intervenção estatal ocorre de forma contundente seja quando fiscaliza, seja quando regulamenta ou impõe limitações à prática de determinadas atividades econômicas. Desta forma, não se concebe o princípio da livre iniciativa de maneira absoluta.

Ponderando os temperamentos do princípio da livre iniciativa, e destacando o aspecto histórico, as palavras de Eros Roberto Grau (2006, p. 203) são esclarecedoras:

“O princípio da liberdade econômica – originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 – inscreve-se plenamente no decreto d’Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprovesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Meses após, na chama Lei Le Chapelier – decreto de 14-17 de junho de 1791 – que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado. Vê-se para logo, nestas condições, que no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.”

Conquanto o princípio da livre iniciativa tutele a liberdade econômica privada, as limitações que lhe são postas através da lei, favorece o micro e pequeno empresário na medida em que controlam as pressões naturais do sistema capitalista. Contrapõe-se, assim, a idéia de que somente os mais fortes sobreviverão no mercado. A adoção do neoliberalismo é caracterizada pela intervenção do Estado na economia.

Como bem ressalta José Afonso da Silva (1999, p. 768):

“Cumpre, então, observar que liberdade de iniciativa econômica não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei, quer regulando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens. Acontece que o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas.”

O que se nota nas economias capitalistas, é que caso não houvesse intervenção estatal, ou seja, não existisse controle sobre a iniciativa privada, a disputa por mercados consumidores, bem como a concentração de capitais sufocaria o desenvolvimento dos micros e pequenos empresários. Afrontar-se-ia, desta maneira, a vontade do legislador constituinte de 1988.

3.2.3 Princípio da Livre Concorrência

Outro princípio constitucional da ordem econômica, a livre concorrência, encontra-se positivada no artigo 170, inciso IV, e 173, §4º, ambos da Constituição vigente, e também compõe os fundamentos da República Federativa do Brasil, uma vez que guarda íntima relação com o princípio da livre iniciativa.

A respeito da livre concorrência, leciona Luiz Antonio Ramalho Zanoti (2009, p. 92):

“O princípio da livre concorrência, previsto no inc. IV, do art. 170, da Constituição Federal de 1988, é complementar ao da livre-iniciativa, pois assegura, a todos o direito de captar clientela, em igualdade de condições. Ou seja, sem vantagens jurídicas individuais, observando os princípios éticos, de lealdade, uns para com os outros, sem intervenção do Estado no domínio econômico, não se permitindo a formação de blocos empresariais que visem a anular a ação dos competidores, provocar o estrangulamento do abastecimento, em detrimento dos consumidores.”

O caráter complementar da livre concorrência em relação à livre iniciativa está claramente delineado nos ensinamentos de Carlos Jacques Vieira Gomes (2004, p. 110), segundo o qual a liberdade de iniciativa empresarial, pressupõe não apenas a idéia de liberdade para acessar o mercado, mas também a idéia de liberdade para permanecer no mercado, isto é, a livre concorrência.

Assim, a livre concorrência conjurada com a livre iniciativa traduz uma garantia para o empresário de acessar o mercado, bem como de permanecer no mesmo, disputando por clientela em condições iguais aos demais agentes econômicos. O Estado jamais poderá intervir na relação concorrencial, exceto quando houver abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Nesta mesma linha de raciocínio, Luiz Aberto David Araujo (2001, 375) preleciona:

“Segue-se que o preceito constitucional abomina formas de dominação do mercado, como cartéis, trustes e oligopólios em geral. É que o princípio busca sedimentar situação “em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de recursos. Nestas condições, os preços de mercado formam-se perfeitamente segundo correção entre oferta e procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados”. Assim sendo, o princípio da livre concorrência implica a observância dos seguintes padrões normativos: a) faculdade de conquistar a clientela, desde que não mediante concorrência desleal; b) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência; c) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, posta a igualdade dos concorrentes.”

Veja que a livre concorrência é importante fator de sobrevivência empresarial, ainda mais relevante para o micro e pequeno empresário que compete por clientela num mercado acirrado e globalizado. Além disso, contribui na fixação dos preços de produtos e serviços, favorecendo o equilíbrio inflacionário, e por consequência a economia nacional e o consumidor final.

Por estas razões, deverá o Estado intervir na ordem econômica, não só para salvaguardar a livre concorrência, mas também para efetivar a vontade constitucional de conferir tratamento diferenciado e favorecido ao micro e pequeno empresário.

Destaca a necessidade de efetivar-se a livre concorrência, Celso Ribeiro de Bastos (1997, p. 453):

“Em diversos aspectos pode manifestar-se a livre concorrência, como no preço das mercadorias ou serviços, na qualidade dos mesmos etc. De tal sorte que é essa atividade concorrente e competitiva dos diversos agentes, que expõem no mercado produtos assemelhados, que leva à otimização dos recursos econômicos e a preços justos, na medida em que, por intermédio da concorrência recíproca evitam-se os lucros arbitrários e os abusos do poder econômico. É por essas razões que a Constituição cuida de determinar que, por meio de lei competente, o Estado puna as modalidades que distorcem a livre concorrência, tais como o monopólio e o oligopólio. Todas são modalidades de dominação de mercados, pelos quais os agentes econômicos procuram escapar das leis da livre concorrência, assegurando para si uma fatia cativa desse mercado ou, até mesmo, o mercado na sua totalidade.”

Em face de todo exposto, pode-se concluir que a livre concorrência é essencial à manutenção do micro e pequeno empresário no contexto de mercado atual. Qualquer forma de dominação dos mercados atenta contra a ordem econômica e ao micro e pequeno empresário, devendo, portanto, ser reprimida pelo Estado, que se diz democrático de direito.

4. ESTATUTO DO MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO

4.1 Considerações Iniciais

Após anos de reivindicações por uma legislação que efetivamente tutelasse a classe empresarial dos pequenos negócios, o micro e pequeno empresário brasileiro, e posteriormente o microempreendedor individual puderam comemorar o advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional do Microempresário e do Empresário de Pequeno Porte.

Esta lei estabelece, em suas disposições preliminares, o objetivo de traçar normas gerais que concedam tratamento diferenciado e favorecido aos microempresários e empresários de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para tanto, a Lei designa instâncias responsáveis pelo gerenciamento do tratamento diferenciado e favorecido. Conforme os incisos do artigo 2º, do Estatuto, criaram-se o Comitê Gestor do Simples Nacional, o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, e o Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios.

Cada uma dessas instâncias elaborará seus regimentos internos por meio de resolução. A composição se dará por designação pelos Ministros de Estado da Fazenda e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, mediante indicação dos órgãos e entidades vinculados.

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) é uma das principais instâncias, pois lhe compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime tributário especial unificado e facultativo aos empresários tutelados pelo Estatuto.

O Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte tem por finalidade orientar e assessorar a formulação e coordenação da política nacional de desenvolvimento dos microempresários e empresários de pequeno porte, bem como acompanhar e avaliar a sua implantação. Caberá ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior a presidência e coordenação dos trabalhos.

O Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios será competente para regulamentar a inscrição, cadastro, abertura e alvará, arquivamento, licenças, permissões, autorização, registros e demais itens relativos à abertura, legalização e funcionamento de empresários e de pessoas jurídicas de qualquer porte, atividade econômica ou composição societária.

4.2 Conceito de Micro e Pequeno Empresário

O conceito de microempresário e empresário de pequeno porte acompanhou as alterações legislativas infraconstitucionais que os delinearam com o transcorrer do tempo. Assim, para efeitos meramente didáticos, a Lei nº 7.256/84 inaugurou a definição, sendo reformada em 1996, pela Lei nº 9.317, esta por sua vez também sofreu modificações através da Lei nº 9.841/99, que foi revogada pela Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional do Micro e Pequeno Empresário.

Apesar de o Estatuto Nacional do Micro e Pequeno Empresário sofrer algumas mudanças calhadas pelas leis complementares nº. 127/2007 e 128/2008, a definição de micro e pequeno empresário ainda advêm de seu texto original, a saber, o artigo 3º, *in verbis*:

Art.3º- Para efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas

Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Ignorando as imperfeições técnicas do dispositivo acima transcrito, nota-se a presença de alguns requisitos que definem o microempresário e o empresário de pequeno porte. No caput encontram-se os requisitos de caráter subjetivo, relativos à pessoa favorecida pelo tratamento diferenciado e favorecido, ou seja, a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário do artigo 966, do Código Civil de 2002. Nos incisos encontram-se os requisitos de caráter objetivo, atinentes ao *quantum* limite de receita bruta acumulada no ano-calendário para efeitos de enquadramento.

Neste sentido, James Marins e Marcelo M. Bertoldi (2007, p. 35) comentam:

“Para efeitos da presente lei, o legislador utiliza-se de duplo critério para caracterizar o sujeito favorecido pelo tratamento diferenciado que institui. O primeiro critério, de ordem objetiva, diz respeito aos níveis de faturamento do agente e seu enquadramento como microempresário (receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 240.000,00) ou empresário de pequeno porte (receita bruta anual superior a R\$ 240.000,00 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00). O segundo critério, este de ordem subjetiva, refere-se às características pessoais do favorecido, devendo o mesmo enquadrar-se nos conceitos de empresário, sociedade empresária ou sociedade simples.”

Os requisitos objetivos e subjetivos são repletos de pequenos pormenores que exigem uma abordagem extensa e aprofundada, até para o melhor entendimento dos contornos que definem o micro e pequeno empresário. Desta forma, passa-se a estudá-los.

4.2.1 Requisitos Objetivos

A começar pelo que se entende por receita bruta. O legislador foi cauteloso ao tratar do assunto no §1º, do artigo 3º, *in verbis*:

“Art. 3º. [...]”

§1º. Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.”

Em primeira análise extrai-se a expressão “o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria”. Isto significa que compõe a receita bruta todo rendimento oriundo da atividade econômica desenvolvida pelo empresário, seja ela mercantil ou prestação de serviços. O que caracteriza essa operação é ser realizada em nome do empresário, sob sua responsabilidade, em face do seu interesse.

Já analisando expressão subsequente, “o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia”, verifica-se que também compõe a receita bruta os proventos adquiridos em comissão por intermediação nas negociações realizadas em nome de outrem, sob a responsabilidade e interesse deste.

A respeito da receita bruta, o comentário de Gladston Mamede (2007, p. 19) é esclarecedor:

“Em primeiro lugar, portanto, lista-se o produto da venda de bens e da prestação de serviços nas operações de conta própria, ou seja, operações realizadas pela própria empresa, em seu nome, interesse e às suas custas, para seus clientes. Trata-se da hipótese mais simples, por certo. O valor apurado com a venda de bens, locação, cessão de direitos, juros, prestação de serviços etc. Isso, independentemente do lucro de cada operação. Também compõem a receita bruta, segundo o §1º do artigo 3º, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia. Tem-se aqui duas possibilidades de um único fenômeno: a operação em conta alheia. Há operação por conta alheia quando o seu executor realiza-a para outrem, no nome e no interesse daquele, bem como às custas dele. O agente, nesta situação, atua como mero intermediário, agindo a bem da realização de negócio de terceiro. É o que se passa, por definição, no contrato de agência e, como espécie deste, no contrato de representação comercial. Também na corretagem de imóveis há uma operação em conta alheia, já que o corretor apenas busca encontrar um comprador (ou, conforme a situação, um vendedor) para o seu cliente. O negócio será efetivamente realizado por esse cliente, em nome próprio, em conta própria. Portanto, na operação em conta alheia o agente não está efetivamente negociando – no sentido de estabelecendo a relação jurídica principal -, mas apenas assumindo as tratativas ou a execução de negócio que está sendo, juridicamente, estabelecido por outrem.”

Como se pôde perceber, a definição de receita bruta infere conseqüências diretas ao *quantum* limite para enquadramento de micro ou pequeno empresário. Portanto, o artigo 3º, §1º, da Lei Complementar nº 123/2006, deverá ser interpretado de maneira restritiva, com ampla incidência do princípio da legalidade.

Sendo assim, pouca importa se o microempresário ou empresário de pequeno porte auferiu lucro, ou teve prejuízos no exercício da empresa ao final de cada ano calendário. Para efeitos de tratamento diferenciado e favorecido, basta avaliar a receita bruta acumulada.

Mais uma vez, Gladston Mamede (2007, p. 21) explica:

“Somente importa a receita bruta em cada ano-calendário. É indiferente a margem de lucro, percentual ou real, em cada operação realizada e, igualmente, ao longo de todo o exercício contábil e/ou ano-calendário. A atividade negocial que teve R\$ 2,41 milhões de receita bruta no ano-calendário, registrando prejuízo de R\$ 0,5 milhão não será uma empresa de pequeno porte e, portanto, não se beneficiará do tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar 123/2006; *mutatis mutandis*, a atividade negocial que registre receita bruta de R\$ 2,399 milhões e espantoso lucro líquido de R\$ 2 milhões, estará enquadrada como empresa de pequeno porte, beneficiando-se do respectivo regime de tratamento diferenciado e favorecido. A referência lucro (percentual maior ou menor) é simplesmente alheia à lei, assim como é o prejuízo, sua referência complementar. Por isso o adjetivo bruta qualificando o substantivo receita, dando ao sintagma uma conotação própria. Não é só. Também é indiferente o patrimônio da azienda, incluindo o seu patrimônio bruto, o valor de seu passivo e seu patrimônio líquido. Uma sociedade empresária que tenha um patrimônio bruto de R\$ 40.000,00 e receita bruta anual de R\$ 2,399 milhões será uma empresa de pequeno porte, ao passo que uma que tenha patrimônio bruto de R\$ 500 mil e R\$ 2,41 milhões de receita bruta no ano calendário, não o será. Igualmente indiferentes são os valores anotados nas rubricas ativo imobilizado, ativo circulante e, mesmo, caixa e investimentos, por mais elevados que sejam.”

Por fim, independente de ser a conta própria ou alheia, não se contabiliza na receita bruta, as operações canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Com efeito, o cancelamento da operação em nada acrescenta à receita bruta empresarial. De igual sorte os descontos incondicionais, que nada mais são do que abatimentos definitivos.

Prosseguindo com as observações relacionadas aos requisitos objetivos, passa-se a análise significativa da expressão “ano-calendário”, disciplinado no §2º, *in verbis*:

“Art.3º. [...]”

§2º. No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o caput deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.”

O ano-calendário a ser considerado é o ano civil, compreendido entre 1º de janeiro a 31 de dezembro. Caso a atividade empresarial inicie-se ao longo do ano-calendário, os limites de receita bruta acumulada deverão ser calculados proporcionalmente ao número de meses e dias.

Por exemplo, supondo que o início de uma atividade empresarial ocorra em março de 2010, a apuração da receita bruta deverá ser contada proporcionalmente aos dez meses restantes daquele ano para que respeite os limites legais. Sendo assim, o faturamento máximo para microempresário será de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), enquanto que para o empresário de pequeno porte será de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Para melhor compreensão do assunto, é de melhor técnica a explicação de Gladston Mamede (2007, p. 24):

“Se a atividade comercial iniciou-se ao longo de um ano-calendário, o cálculo da receita bruta se fará por cálculo proporcional, levando-se em conta o número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses, por força do §2º do artigo 3º. Assim, para as microempresas, multiplicar-se-á os meses de existência, entre a constituição e o fim do primeiro exercício, por R\$ 20.000,00; já as frações de meses (ou seja, os dias que não se completarem num mês) serão multiplicados por R\$ 666,67. Para as empresas de pequeno porte, por seu turno, R\$ 200.000,00 por mês e R\$ 6.666,67 por dia.”

Mas atenção aos §§ 7º, 8º e 9º do presente artigo, por tais disposições o microempresário e o empresário de pequeno porte que não observar o limite de faturamento, no ano-calendário inaugural de suas atividades, poderá sofrer o reenquadramento, o desenquadramento ou até mesmo a exclusão do regime previsto pelo Estatuto, no ano-calendário seguinte, conforme o caso.

Ainda pelo §10º, o microempresário e o empresário de pequeno porte deverá ater-se ao limite-médio de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) mensais de faturamento bruto, ao longo do ano-calendário de início de suas atividades, para permanecerem tutelados pelo regime mais benéfico.

Caso contrário, serão excluídos com efeitos retroativos, isto é, desde o início de suas atividades. No entanto, há a exceção do §12, caso em que o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do respectivo limite-médio referido acima, a exclusão ocorrerá no ano-calendário subsequente.

O §11, estabelece um limite médio de receita bruta ainda menor, na hipótese de o Distrito Federal, os Estados e seus respectivos Municípios adotarem o disposto nos incisos I e II do caput do artigo 19 e 20, conforme elucida James Marins e Marcelo M. Bertoldi (2007, p. 44):

“Por fim, o legislador faz referência aos limites diferenciados de receita bruta constantes nos incisos I e II do caput do art. 19 (R\$ 1.200.000,00 e R\$ 1.800.000,00, a depender do nível de participação no Produto Interno Bruto brasileiro do respectivo Estado da Federação), determinando que, caso o agente venha a auferir em média, superior ao limite de R\$ 100.000,00 ou R\$ 150.000,00, respectivamente, tal microempresa ou empresa de pequeno porte estará excluída do regime tributário previsto nesta Lei, mantendo-se, no entanto, enquadrada nela para todos os efeitos (regime diferenciado relativo ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, acesso ao crédito e ao mercado, nos termos dos incisos II e III do art.1º).”

Portanto, os micros e pequenos empresários deverão estar atentos aos requisitos objetivos, para efeitos de enquadramento, se assim pretenderem permanecer protegidos pelo Estatuto Nacional. Para aqueles que iniciam um empreendimento, maior atenção será necessária nos primeiros anos de exercício das atividades, principalmente com o volume de faturamento bruto acumulado.

4.2.2 Requisitos Subjetivos

Os requisitos subjetivos já foram consignados no primeiro capítulo deste trabalho, dispensando maiores comentários nesta oportunidade. O que insta ressaltar é o que a doutrina convencionou chamar de restrições subjetivas, ou seja, situações em que a pessoa jurídica não se beneficiará do tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar 123/2006.

As hipóteses restritivas ao regime diferenciado e favorecido dispensado ao micro e pequeno empresário estão normatizadas no §4º, do artigo 3º, conforme segue:

“Art. 3º. [...]”

§4º. Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

- I- de cujo capital participe outra pessoa jurídica;
- II- que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;
- III- de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar, desde que a receita bruta ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- IV- cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- V- cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- VI- constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;
- VII- que participe do capital de outra pessoa jurídica;
- VIII- que exerça atividade de banco comercial, de investimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretor ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;
- IX- resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;
- X- constituída sob a forma de sociedade por ações.

Constando-se qualquer um dos eventos acima destacados, o microempresário ou empresário de pequeno porte será excluído do regime mais benéfico, ainda reúna os demais requisitos objetivos que regraciona a lei. Os efeitos desta exclusão ocorrerão a partir do mês seguinte ao que incorreu a situação impeditiva.

4.3 Conceito de Microempreendedor Individual

O Código Civil de 2002, nos artigos 970 e 1.179,§2º, já fazia menção à expressão “pequeno empresário”. Com o advento do Estatuto Nacional do Micro e Pequeno Empresário, a definição finalmente foi positivada no artigo 68. No entanto, devido às modificações que a Lei Complementar nº 128/2008 trouxeram ao estatuto, o termo “pequeno empresário” teve que ser renomeado como “Microempreendedor Individual”.

Maiores especificações a respeito do Pequeno Empresário ou Microempreendedor Individual foi consignado no artigo 18-A, §1º, conforme se pede vênha para transcrever:

“Art.18-A. [...]

§1º. Para efeitos desta Lei, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.”

Novamente se nota, no texto normativo supracitado, a presença de requisitos objetivos e subjetivos, bem como restrições subjetivas para conceituar o Microempreendedor Individual. Assim, uma vez mais será necessário estudá-los, especificamente, para o completo entendimento desse modelo empresarial.

Como requisito objetivo, a receita bruta acumulada no ano-calendário anterior poderá ser de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), ou quantia média de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais para efeitos de enquadramento como Microempreendedor Individual.

O faturamento que ultrapassar o limite legal, anual ou proporcional, importará no reenquadramento como microempresário. O excesso verificado em até 20% (vinte por cento), ou seja, R\$ 42.300,00 (quarenta e dois mil e trezentos reais) surtirá efeitos somente a partir de janeiro do ano seguinte. Todavia, caso a receita bruta acumulada extrapole esse valor, os efeitos incidirão retroativamente a 1º de janeiro do ano-calendário, hipótese em que haverá acréscimo de juros e multa.

Entre os requisitos subjetivos, o empresário deverá ser individual e optante pelo Simples Nacional, bem como poderá contratar apenas um empregado, remunerado com salário mínimo nacional ou com o piso da categoria. As restrições subjetivas encontram-se listadas nos incisos do §4º, e impedem que o

Microempreendedor Individual possua mais de um estabelecimento, participe de outro sujeito empresarial como titular, sócio ou administrador, e desenvolva alguma das atividades tributadas pelos Anexos IV ou V da Lei Complementar 123/2006.

O Microempreendedor Individual é mais do que um fomento ao empreendedorismo no Brasil, também significa cidadania. A desmarginalização de diversas profissões autônomas garante a milhões de trabalhadores brasileiros, o direito à previdência social, o acesso a serviços bancários, a contratar com o Estado, bem como uma diversidade de direitos e garantias que lhes conferem segurança jurídica para atuar no mercado.

4.4 Inscrição e Baixa

O registro público é pressuposto de existência regular das pessoas jurídicas. Assim, a inscrição e baixa será indispensável para o empresário individual e para a sociedade empresaria, devendo ser realizada nas Juntas Comerciais. O tema em questão já foi pormenorizado no primeiro capítulo deste trabalho, devendo ser destacado, neste momento, apenas as facilidades concedidas ao micro e pequeno empresário.

Destarte o excesso burocrático para a constituição ou extinção do registro de empresários individuais e sociedades empresariais dificulta o surgimento de novos empreendimentos. Além disso, o tempo e dinheiro gasto com taxas e honorários desestimula a regularização dos pequenos negócios, que muitas vezes permanecem na clandestinidade.

Para evitar isso, o legislador estabeleceu, no capítulo III do Diploma nº 123/2006, que o processo de inscrição e baixa do microempresário e do empresário de pequeno porte observará um procedimento unificado, integrado e linear para todos os órgãos e entidades das três esferas de governo. A simplificação visa evitar a duplicidade de exigências, e facilitar o acesso às informações sobre o usuário.

Sendo assim, o beneficiário do tratamento diferenciado e favorecido gozará não só de facilidades para se registrar, alterar o registro, bem como encerrá-lo, também terá à sua disposição todas as informações, orientações e instrumentos que lhe permita acompanhar de perto o status de seu registro.

Vê-se, pela leitura do artigo 5º, do estatuto, a preocupação do legislador em zelar pela qualidade, publicidade e acesso à informações concernentes à constituição, alteração e extinção do registro empresarial:

“Art. 5º. Os órgãos e entidades envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo, no âmbito de suas atribuições, deverão manter a disposição dos usuários, de forma presencial e pela rede mundial de computadores, informações, orientações e instrumentos, de forma integrada e consolidada, que permitam pesquisas prévias às etapas de registro ou inscrição, alteração e baixa de empresários e pessoas jurídicas, de modo a prover ao usuário certeza quanto à documentação exigível e quanto à viabilidade do registro ou inscrição.

Parágrafo Único. As pesquisas prévias à elaboração de ato constitutivo ou de sua alteração deverão bastar a que o usuário seja informado pelos órgãos e entidades competentes:

I – da descrição oficial do endereço de seu interesse e da possibilidade de exercício da atividade desejada no local escolhido;

II – de todos os requisitos a serem cumpridos para obtenção de licenças de autorização de funcionamento, segundo a atividade pretendida, o porte, o grau de risco e a localização; e

III – da possibilidade de uso do nome empresarial de seu interesse.”

O micro e pequeno empresário também desfrutam da prerrogativa de iniciar sua atividade econômica independentemente de qualquer autorização. Os órgãos responsáveis por emitir licenças de funcionamento, somente realizarão vistorias após o início das operações do estabelecimento.

Mas este procedimento deverá ser compatível com o grau de risco que a atividade desenvolvida naturalmente oferece a todos os envolvidos, conforme reza os artigos 6º e 7º, respectivamente, *in verbis*:

“Art. 6º. Os requisitos de segurança sanitária, metrologia, controle ambiental e prevenção contra incêndios, para os fins de registro e legalização de empresários e pessoas jurídicas, deverão ser simplificados, racionalizados e uniformizados pelos órgãos envolvidos na abertura e fechamento de empresas, no âmbito de suas competências.

§1º. Os órgãos e entidades envolvidos na abertura e fechamento de empresas que sejam responsáveis pela emissão de licenças e autorizações de funcionamento somente realizarão vistorias após o início de operação do estabelecimento, quando a atividade, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

§2º. Os órgãos e entidades competentes definirão, em 6 (seis) meses, contados da publicação desta Lei Complementar, as atividades cujo grau de risco seja considerado alto e que exigirão vistoria prévia.”

“Art. 7º. Exceto nos casos em que o grau de risco da atividade seja considerado alto, os Municípios emitirão Alvará de Funcionamento Provisório, que permitirá o início de operação imediatamente após o ato de registro.

Parágrafo Único. Nos casos referidos no caput deste artigo, poderá o Município conceder Alvará de Funcionamento Provisório para o microempreendedor individual, para microempresas e empresas de pequeno porte:

I – instaladas em áreas desprovidas de regulação fundiária legal ou com regulação precária; ou

II – em residência do microempreendedor individual ou do titular ou sócio da microempresa ou empresa de pequeno porte, na hipótese em que a atividade não gere grande circulação de pessoas. “

Em comento aos dispositivos citados, James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p.23) discorrem:

“Normalmente tais autorizações devem ser obtidas antes do início das atividades, justamente para que o órgão fiscalizador tenha condições de previamente aferir se o empresário se enquadra nos requisitos para o seu regular funcionamento. A presente lei altera esta sistemática com o objetivo de evitar que o microempresário ou empresário de pequeno porte, cuja atividade não importe em grande risco para terceiros, arque com o ônus da espera por uma licença ou autorização de funcionamento prévio. Estabelece a lei que as vistorias somente serão realizadas após o início das atividades do favorecido, desde que tal providência não signifique alto risco para os envolvidos (trabalhadores, prestadores de serviços, consumidores etc.).”

Outro importante tratamento favorecido concedido ao micro e pequeno empresário está previsto no artigo 9º, da lei *in examine*, que dispensa a regularidade tributária, previdenciária e trabalhista, principal ou acessória, na hora de registrar, alterar ou extinguir os atos constitutivos.

Caso o micro e pequeno empresário não registre movimento há mais de 3 (três) anos, isto é, não apresente mutação patrimonial e atividade operacional durante todo o ano-calendário, e verificando-se alguma daquelas obrigações, poderá solicitar a baixa perante os órgãos públicos independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso das declarações de inatividade nesses períodos.

Mas isto não impedirá que sejam lançados e cobrados impostos, contribuições e penalidades oriundas do não recolhimento ou da prática de

irregularidades, comprovada através de processo administrativo ou judicial. O titular, sócios e administradores responderão solidariamente.

Sobre o assunto abordado, James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 54) prelecionam:

“Em boa hora o legislador, na hipótese de se tratar de beneficiados com a presente lei, deixa claro que a existência de débitos, seja de natureza tributária, previdenciária ou tributária, não impede que o microempresário ou empresário de pequeno porte venha a ter seus atos devidamente registrados pela Junta Comercial ou pelo Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso. Tal dispositivo é bastante amplo, de forma a permitir o registro dos atos societários ou daqueles inerentes à firma individual mesmo existindo débitos de responsabilidade da sociedade, de seus sócios ou administradores. Evidentemente que essa estipulação não significa um salvo-conduto para que o microempresário ou empresário de pequeno porte deixe de cumprir suas obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas. Muito ao contrário, preocupou-se o legislador em afirmar que, muito embora o agente possa ver os atos devidamente arquivados no órgão competente, as respectivas obrigações permanecem devidas e seus responsáveis deverão ser cobrados na forma da lei. Logo, ainda que permaneça exigível todas as espécies de obrigações, o microempresário e o empresário de pequeno porte não observará nenhum obstáculo quanto à sua regularidade perante os respectivos órgãos de registro em decorrência de eventuais obrigações não pagas.”

Ainda em relação ao registro dos atos constitutivos, alterações e baixa, o microempresário e o empresário de pequeno porte são dispensados da certidão de inexistência de condenação criminal. Esta exigência foi substituída pela declaração de ausência de impedimentos ao exercício de atividade mercantil ou administração de sociedade, em virtude de condenação criminal, a ser prestada pelo titular ou administrador.

Com propriedade, Gladston Mamede (2007, p. 86) elucida:

“O inciso I do artigo 9º, §1º, do Estatuto dispensa microempresas e empresas de pequeno porte, para inscrição e arquivamento, da apresentação de certidão de inexistência de condenação criminal. Essas certidões são habitualmente exigidas, já que, de acordo com o artigo 1.011, §1º, do Código Civil, não podem ser administradores de sociedades empresárias, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. Para aqueles que, preenchendo os requisitos subjetivos para tanto, declarem que a atividade comercial que se iniciará enquadrar-se nos limites de receita bruta de microempresa e empresa de pequeno porte, bastará a declaração, pelo titular da empresa (ou seja, o empresário) ou pelo administrador da sociedade, simples ou empresária, de não estar impedido de exercer a atividade mercantil ou a administração de sociedade,

em virtude de condenação criminal. Essa declaração se fará sob as penas da lei, o que quer dizer que, se a declaração for falsa, o ato de firmá-la caracterizará crime de falsidade ideológica, tipificado no artigo 299 do Código Penal. Frise, todavia, que a declaração exigida limita-se a impedimento em virtude de condenação criminal; não os demais impedimentos.

Os órgãos públicos responsáveis pelo registro empresarial, nos 3 (três) âmbitos de governo, deverão efetivar a baixa dos cadastros no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a partir do qual, não havendo manifestação do órgão competente, presumir-se-á devidamente realizados.

As sociedades empresariais, micro ou de pequeno porte, também foram dispensadas a proceder ao registro de seus atos constitutivos com a rubrica de um advogado, conforme determina o §2º, do artigo 9º, que os excluí do disposto no §2º do artigo 1º, da Lei nº 8.906/94.

Por fim, o legislador ordinário enfatizou a finalidade de desburocratizar o processo de registro, alteração e baixa dos atos constitutivos através da vedação de qualquer exigência que não reserve pertinência ao ato, conforme prescreve os artigos 10 e 11, in verbis:

“Art. 10. Não poderão ser exigidos pelos órgãos e entidades envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo:

I – excetuados os casos de autorização prévia, quaisquer documentos adicionais aos requeridos pelos órgãos executores do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e do Registro Civil de Pessoas Jurídicas;

II – documento de propriedade ou contrato de locação do imóvel onde está instalado a sede, filial ou outro estabelecimento, salvo para comprovação do endereço indicado;

III – comprovação de regularidade de prepostos dos empresários ou pessoas jurídicas com seus órgãos de classe, sob qualquer forma, como requisito para deferimento de ato de inscrição, alteração ou baixa de empresa, bem como para autenticação de instrumento de autenticação.

Art. 11. Fica vedada a instituição de qualquer tipo de exigência de natureza documental ou formal, restritiva ou condicionante, pelos órgãos envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo, que exceda o estrito limite dos requisitos pertinentes à essência do ato de registro, alteração ou baixa de empresa.”

Em comentário aos artigos supracitados, a doutrina de Gladston Mamede (2007, p. 89):

“No plano de abertura e do encerramento de atividades negociais não é, infelizmente, diferente. Embora da proliferação de tais iniciativas dependa o desenvolvimento econômico do país, com benefícios para todos, a praga do burocratismo, em nome de uma segurança segura, prolifera exigências, taxas, procedimentos, declarações. Eis a razão de ser o artigo 10 da Lei Complementar nº 123/06 que, seguindo as razões expedidas na seção 4 do artigo 6º, acima, aplica-se não somente às microempresas e empresas de pequeno porte, mas a toda e qualquer atividade comercial, certo que o dispositivo não traz qualquer limitação: na abertura e fechamento de empresas, os órgãos e entidades envolvidos dos três âmbitos de governo não poderão exigir as provas listadas nos incisos do artigo 10. Em primeiro lugar, quaisquer documentos adicionais aos requeridos pelos órgãos executores do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, excetuados os casos de autorização prévia. Em segundo lugar, documento de propriedade ou contrato de locação do imóvel onde será instalada a sede, filial ou outro estabelecimento, salvo para comprovação do endereço indicado. Deve-se lamentar essa ressalva inscrita ao final da disposição; obviamente, sob o fundamento de que a exigência faz-se para comprovar o endereço, os documentos continuarão a ser exigidos, embora tal exigência não tenha conseguido, até hoje, impedir o registro de empresas fantasmas, ou seja, atividades que se dizem em determinado lugar, sem ali estar (lotes vagos, imóveis abandonados etc.) mostrando que a exigência de comprovação é ineficaz e, portanto, inútil. Por fim, também não se poderá exigir comprovação de regularidade de prepostos dos empresários ou pessoas jurídicas com seus órgãos de classe, sob qualquer forma, como requisito para deferimento de ato de inscrição, alteração ou baixa de empresa, bem como para autenticação de instrumento de escrituração.”

Mais adiante, o autor completa o raciocínio:

“Também o artigo 11 do Estatuto insere-se no esforço de desburocratização da abertura de empresas, sobre o qual falei nos comentários ao artigo 10. Trata-se, porém, de norma aberta, genérica, instituída com o objetivo de estabelecer uma inclusão geral e, destarte, tentar afastar as resistências que, certamente, se formarão nas trincheiras do burocratismo brasileiro. Sua enunciação, portanto, constitui uma reiteração, um esforço, afastando qualquer dúvida sobre a ampla vigência de novos princípios jurídicos aplicáveis a abertura e ao encerramento (extinção fechamento, baixa) de atividades negociais: princípio da simplificação; princípio da racionalização; princípio da uniformização; princípio da unicidade processual; princípio da ampla informação, orientação e instrumentalização. Lembre-se que o princípio da unicidade processual concretiza-se por meio de articulação das competências próprias dos órgãos e entidades envolvidos, dos três âmbitos de governo, no âmbito das quais se exige compatibilização e integração de procedimentos. Para tanto, sua concretização exige atenção aos princípios gerais da simplificação, racionalização e uniformização, evitando a duplicidade de exigências e assegurando linearidade do processo, da perspectiva do usuário, segundo expressas previsões normativas, acima estudadas. Neste contexto, o artigo 11 veda qualquer tipo de exigência de natureza documental ou formal, ou seja, não podem ser exigidos documentos, nem podem ser impostas formalidades que excedam o estrito limite dos requisitos pertinentes à essência do ato de registro, alteração ou baixa da empresa.”

A inscrição, alteração e baixa do Microempreendedor Individual seguirá um trâmite mais simplificado que o estabelecido para micro e pequeno empresário. Contudo, deverá reunir os requisitos mínimos do artigo 968, do Código Civil, na forma a ser disciplinado pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM.

O Microempreendedor Individual é isento de qualquer taxa, emolumentos ou custos referentes à inscrição, ao registro, ao alvará, à licença, ao cadastro e as demais exigências legais. A formalização poderá ser feita pela Internet no endereço <http://www.portaldoempreendedor.gov.br>. Após inscrever-se, o interessado obterá imediatamente o número do CNPJ e da inscrição na Junta Comercial. Não é necessário enviar qualquer documento ou cópias.

4.5 Da Simplificação das Obrigações Tributárias

No planeta, não existe carga tributária maior que a brasileira. Isto inviabiliza o crescimento econômico do país, uma vez que obstruí o surgimento de novos empreendimentos, além de onerar gravemente os empresários já constituídos. Talvez por esta razão, o crime de sonegação fiscal é o que mais ataca a ordem tributária nacional.

Apesar deste panorama, pouco se discute no Congresso Nacional sobre políticas de reforma tributária. Em linhas gerais, a Lei Complementar nº 123/2006 melhorou, ainda que timidamente, o regime tributário do micro e pequeno empresário, através do Simples Nacional. Assim, cumpre-se destacar quais os benefícios oferecidos por esta sistemática.

4.5.1 Simples Nacional

Conforme a definição legal disposta no artigo 12, do Estatuto Nacional do Micro e Pequeno Empresário, “fica instituído o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional”.

Destacando a finalidade do Simples Nacional, Carlos Mauro Naylor (2011, s.p.) comenta:

“O Simples Nacional surgiu da necessidade de o sistema tributário nacional tornar eficazes os princípios constitucionais do favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte, da simplificação e da redução das obrigações dessas empresas e do tratamento jurídico diferenciado a elas, dispostos explicitamente no art.170, IX e art.179 da Constituição Federal. Doravante, diante dos dispositivos do art. 179 da Carta Magna, teríamos a efetiva instauração do princípio do tratamento diferido e favorecido às ME’s e EPP’s, que apesar de algumas críticas doutrinárias, veio com o escopo maior de propiciar condições para que as microempresas e empresas de pequeno porte, pudessem estruturar-se economicamente, saindo da informalidade e gerando as rendas e os empregos que são próprios a sua atividade.”

Os microempresários e empresários de pequeno porte, que optarem pela sistemática do Simples Nacional poderão recolher os impostos e contribuições devidos em guia única, conforme explica Amador Paes de Almeida (2009, p. 37):

“De fato, reduzir a quantidade de guias que deverão ser calculadas e recolhidas é uma interessante forma de simplificação, dado a enorme quantidade de tributos que as empresas normais brasileiras têm o dever de calcular e recolher. Muitos deles possuem quase a mesma base de cálculo e a mesma forma de cálculo e de recolhimento, como, por exemplo, o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, dentre tantos outros impostos e contribuições que uma lei futura poderia muito bem unir em um só tributo. Sendo assim, reduzir a quantidade de guias de recolhimento, unificando-as em uma só, é uma forma, senão a melhor, de simplificação do recolhimento dos impostos e contribuições devidos. Melhor ainda seria simplificar e reduzir significativamente a carga tributária do sujeito passivo, propiciando melhor ambiente econômico e de concorrência entre as microempresas e empresas de pequeno porte. Como sabemos a carga tributária galga patamares insustentáveis para um país em desenvolvimento como o Brasil.”

O documento de arrecadação simplificado, batizado de DAS, reúne em uma guia todos os tributos listados no artigo 13, conforme segue:

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

I – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ;

II – Imposto sobre os Produtos Industrializados – IPI, observado o disposto no inciso XII §1º, deste artigo;

III – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;

IV – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, observado o disposto no inciso XII do §1º deste artigo;

V – Contribuição para o PIS/PASEP, observado o disposto no inciso XII do §1º deste artigo;

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

VII – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS;

VIII – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.”

Como bem observa James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 86), o art. 13 fixa três características funcionais da instituição do Simples Nacional: a) periodicidade mensal; b) unificação documental; c) abrangência limitada a determinados tributos.

De fato, a periodicidade mensal e a unificação documental facilitam a vida do micro e pequeno empresário. No entanto, o alcance limitado a determinados tributos, bem como as exceções previstas, enfraquecem o sistema do Simples Nacional, que recebeu várias reprimendas neste sentido.

Para melhor compreender as críticas, debruça-se sobre cada um dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional. A começar pelo Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, que incide sobre as rendas e proventos ganhos por pessoas jurídicas durante certo período.

O IRPJ pode ser apurado através do regime de lucro real ou presumido, isto é, a base de cálculo do imposto pode ser o real acréscimo de patrimônio, ou pode ser um valor presumido, calculado sobre a renda bruta da pessoa jurídica. A apuração do imposto, pelo Simples Nacional, ocorre de maneira semelhante ao do regime de apuração do lucro presumido, com a diferença de utilizar alíquotas menores.

Entretanto, não se aplica o regime do Simples Nacional aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável,

ganhos de capital auferido na alienação de bens do ativo permanente, e pagamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica a pessoas físicas. Nesses casos, o IRPJ será apurado com alíquotas maiores, do sistema normal.

O imposto seguinte incide sobre produtos industrializados - IPI. Em função da essencialidade dos produtos, o imposto é seletivo e não-cumulativo, o que significa uma variedade de alíquotas e o desconto do valor devido em cada operação com o que foi cobrado nas anteriores. Pelo Simples Nacional, a alíquota é única e ligeiramente menor.

Além disso, o regime especial do Simples Nacional excepciona a incidência facilitada do IPI nas operações de importação de bens e serviços, hipótese em que seguirá a disposição legislativa normal do imposto, no momento em que entra no país.

A Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL incide sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas. Os optantes pelo Simples Nacional recolhem a contribuição com incidência de alíquotas menores, conforme a atividade desenvolvida. Neste tributo não há exceção a se observar.

Já a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS incide sobre o faturamento mensal. Os empresários optantes pelo Simples Nacional recolhem o tributo com base em alíquotas menores. Neste caso, também se observa a exceção relativa à importação de bens e de serviços, cuja base de cálculo seguirá regramento normal.

Seguindo a análise dos incisos do artigo 13, a Contribuição para o PIS/PASEP também incide sobre o faturamento mensal das pessoas jurídicas. Os optantes do Simples Nacional deverão observar as mesmas regras para a COFINS, inclusive no que diz respeito à exceção relativa à importação.

A Contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sem dúvidas, é o maior encargo suportado pelos empresários brasileiros. Isto porque, segundo o art. 22, da Lei nº 8.212/91, “a contribuição incide sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos

decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

Esta contribuição também será recolhida com alíquotas menores para aqueles que optarem pelo regime unificado do Simples Nacional. Entretanto, para a maioria dos micros e pequenos empresários cuja atividade econômica consiste na prestação de serviços, o regime de apuração e recolhimento da contribuição será normalmente tributado.

Outro imposto que onera, demasiadamente, os empresários brasileiros é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, que incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O ICMS guarda semelhanças ao IPI, no tocante a não-cumulatividade e seletividade em função da essencialidade dos produtos e serviços. Assim como o IPI, os optantes pelo regime do Simples Nacional recolhem o ICMS à alíquota menor. Porém, nas hipóteses previstas no §1º, inciso XIII, do artigo em estudo, a tributação do imposto seguirá regime geral, inclusive de forma antecipada.

Por fim, o último imposto abrangido pelo Simples Nacional incide sobre serviços de qualquer natureza – ISS ou ISSQN, que também favorece o micro e pequeno empresário com alíquotas menores. Em contrapartida, excepciona os prestadores de serviços nas situações de substituição tributária, retenção na fonte e importação de serviços.

Aliás, a substituição tributária, que interfere principalmente no ICMS, revela-se como um fenômeno em que ocorre a dupla tributação, prática vedada pelo ordenamento jurídico. Por esta razão, a doutrina denuncia a inconstitucionalidade, conforme explica Gladston Mamede (2007, p. 104):

“Há Estados-membros que tributam as entradas de certas mercadorias em seu território, de forma antecipada. Quando as mercadorias entram no Estado, o ICMS incidente sobre sua venda a consumidor é pago de forma antecipada, na fronteira. Em seguida, quando a empresa vende a mercadoria, não há mais o que recolher eis que o imposto já foi pago. Em face da “ressalva aqui comentada”, porém, pode ocorrer de uma microempresa ser compelida a pagar o ICMS antecipado, quando da

entrada das mercadorias no território nacional, sem prejuízo do pagamento por meio do Simples Nacional. Isso implicará, como é claro, dupla tributação, até porque a adesão ao Simples impõe ao contribuinte que não mais se utilize da sistemática de “créditos” e “débitos” inerentes à não-cumulatividade do ICMS. Por essa razão, e por implicar tratamento desnecessariamente mais gravoso à microempresa e à empresa de pequeno porte, a ressalva de que o ICMS antecipado pode continuar sendo exigido das empresas integrantes do Simples Nacional parece-nos inconstitucional, por ofensa aos arts. 146,III,“d”, 170,IX e 179 da CF/88. Isso para não referir a violação ao princípio da capacidade contributiva, indiscutivelmente menor nas microempresas e empresas de pequeno porte, não se justificando o tratamento mais gravoso também por isso.”

Caberá ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) disciplinar a forma e as condições em que o micro e pequeno empresário, optantes pelo Simples Nacional, figurarão como substituto tributário. Além de estabelecer o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo.

Ainda pelo artigo 13, §3º os optantes pelo Simples Nacional são dispensados do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para entidades privadas de serviço social e formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o artigo 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo.

Como se pode notar, o regime especial do Simples Nacional abrange apenas oito tributos, aos quais contemplam várias hipóteses em que seguirão a aplicação da disciplina tributária própria de cada um deles. Nesses casos, os micros e pequenos empresários recolherão os tributos com base de cálculo e alíquotas maiores, como se fossem médios e grandes empresários.

Os impostos e contribuições não abrangidos pelo Simples Nacional, também foram listados no artigo 13, §1º, em caráter residual e apenas didático, como bem observa James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 97) que ainda consideram a listagem tecnicamente desnecessária. Para se ter uma noção dos tributos excluídos, imperioso é a transcrição do dispositivo:

“Art. 13. [...]”

§1º. O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

I - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF;

II - Imposto sobre a Importação de Produtos Estrangeiros - II;

III - Imposto sobre a Exportação, para o Exterior, de Produtos Nacionais ou Nacionalizados - IE;

IV - Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;

V - Imposto de Renda, relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável;

VI - Imposto de Renda relativo aos ganhos de capital auferidos na alienação de bens do ativo permanente;

VII - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF;

VIII - Contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

IX - Contribuição para manutenção da Seguridade Social, relativa ao trabalhador;

X - Contribuição para a Seguridade Social, relativa à pessoa do empresário, na qualidade de contribuinte individual;

XI - Imposto de Renda relativo aos pagamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica a pessoas físicas;

XII - Contribuição para o PIS/Pasep, Cofins e IPI incidentes na importação de bens e serviços;

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

XIV - ISS devido:

a) em relação aos serviços sujeitos à substituição tributária ou retenção na fonte;

b) na importação de serviços;

XV - demais tributos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, não relacionados nos incisos anteriores.”

Os empresários optantes pelo regime especial de tributação do Simples Nacional também foram isentos do Imposto de Renda, retido na fonte ou declarados como ajuste do beneficiário, sobre os valores efetivamente pagos ou distribuídos ao titular ou sócio, exceto aqueles a título de pró-labore, aluguéis ou serviços prestados, conforme roga o artigo 14, do Estatuto.

Quem melhor esclarece esta isenção, é James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 101):

“Essa regra isentiva do IR é altamente salutar, na medida em que evita a dupla incidência sobre o mesmo fato econômico (o lucro das pequenas empresas é o lucro de seus sócios), e, por isso, foi adotada expressamente no art. 14 do Estatuto, evitando que sócios da empresa optante sofram retenção na fonte, e permitindo que possam declarar como isentos os valores recebidos da sociedade, desde que – naturalmente – esses valores tenham de fato natureza jurídica de distribuição de resultados e que não se constituam em recebimentos relativos a pró-labore, aluguéis ou remuneração por serviços prestados pelo sócio à sociedade. Essa isenção, entretanto, está limitada ao valor do lucro presumido que seria encontrado com a aplicação das regras gerais para a apuração da base de cálculo no regime de lucro presumido, constantes do art. 15 da Lei 9.249/95, nas hipóteses de antecipação de fonte ou da receita bruta total anual, no caso declaração de ajuste. Sem embargo, permite a lei que essa não seja aplicada no caso de a pessoa jurídica manter escrituração contábil apta a evidenciar existência de lucro superior ao limite presumido, hipótese em que a limitação se afiguraria lesiva ao contribuinte.”

O ingresso no sistema do Simples Nacional deverá obedecer às disposições do artigo 16, que confere ao Comitê Gestor a responsabilidade para estabelecer a forma. Seja como for, a opção pelo regime tributário em comento será irrevogável para todo o ano-calendário.

Os interessados deverão manifestar a opção através do portal eletrônico do Simples Nacional, no site da Receita Federal do Brasil, até o último dia útil do mês de janeiro, caso em que os efeitos retroagirão ao primeiro dia do ano-calendário em que se verificou a manifestação.

Segundo o §3º, do artigo 16, o empresário também poderá optar pelo Simples Nacional a partir da data do início das atividades, quando exercida nos termos, prazos e condições estabelecidos pelo Comitê Gestor, conforme anteriormente referido.

Em comento ao dispositivo acima citado, James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 103) lecionam:

“Anualidade: como regra geral, a opção do contribuinte “deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção”. Há, no entanto, para essa regra, duas exceções: a) as empresas em início de atividade poderão formalizar sua opção pelo Simples Nacional após a obtenção das inscrições fiscais ou cadastrais que sejam inerentes à sua atividade (federal, estadual e municipal, conforme o caso), no prazo de 10 dias contados do último deferimento de tais inscrições, na forma disciplinada pelo Comitê Gestor; b) para o ano-calendário de 2007, a opção poderá ser feita no prazo estabelecido pelo Comitê Gestor, em virtude de tratar-se do ano de início do novo regime, e seu deferimento gera efeitos a partir de 1º de julho de 2007.”

A opção pelo Simples Nacional poderá ocorrer automaticamente, nos termos disciplinados pelo §4º, para os micros e pequenos empresários inscritos no regime especial federal, regido pela Lei nº 9.317/96, exceto aqueles que estiverem impedidos por alguma vedação imposta pela Lei Complementar 123/2006.

Eventuais débitos fiscais, referentes a períodos anteriores à opção pelo Simples Nacional, deverão ser devidamente quitados, nos prazos estipulados pelo Comitê Gestor, para efeitos de inscrição automática. Maiores explicações sobre o assunto foram explanadas por James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 104):

“Opção expressa e opção automática: a opção deve ser expressa, nos termos regulamentares, para toda microempresa ou empresa de pequeno porte. Será, no entanto, automática (migração automática), nas hipóteses em que já esteja inscrita no regime especial federal regido pela Lei 9.317/96 (Simples Federal), desde que não incida em nenhuma nova vedação da LC 123/2006 ou estejam em situação fiscal ou cadastral irregular. Convém lembrar que, para as ME e EPP que se enquadram na situação de migração automática, é facultado o cancelamento dessa opção. Caso a empresa possua débito fiscal que não seja suspenso, deverá regularizá-lo no prazo assinalado pelo Comitê Gestor. Com a finalidade de facilitar essa regularização, o art. 79 da LC 123/2006 prevê a concessão de parcelamento especial (em até 120 parcelas), que abrange os tributos alcançados pelo regime especial ou os decorrentes de regimes similares dos Estados e Municípios. Como o parcelamento especial não inclui os tributos não abrangidos pelo Simples Nacional (como IPTU, IPVA e outros), deverão ser pagos ou parcelados de acordo com a legislação específica para cada imposto ou contribuição.”

Diferentemente da sistemática aplicada ao micro e pequeno empresário, o microempreendedor individual poderá optar pelo sistema de recolhimento em valores fixos mensais dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional (SIMEI), independentemente da receita bruta auferida no mês.

Segundo a resolução nº 58, e posteriores alterações, do Comitê Gestor do Simples Nacional, o microempreendedor individual também recolherá seus tributos através do DAS, cujo valor fixo mensal corresponderá à soma de 5% (cinco por cento) do salário mínimo a título de INSS, R\$ 1,00 (um real) a título de ICMS, e R\$ 5,00 (cinco reais) a título de ISS.

Os Microempreendedores Individuais estarão dispensados dos demais impostos e contribuições. A opção pelo SIMEI também será irretratável para todo o ano-calendário, e surtirá efeitos desde o início das atividades quando realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.

Por todo exposto pode-se concluir que o Simples Nacional, regime tributário especial, unificado e opcional aos micro e pequenos empresários, é, na verdade, um sistema complexo, limitado e repleto de falhas. Em contrapartida, o sistema aplicado ao microempreendedor individual, o SIMEI revela-se como corolário da vontade constitucional em conceder um tratamento diferenciado e favorecido.

4.5.1.1 Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

A previsão de vedações ao ingresso no Simples Nacional é mais um argumento dos incontáveis críticos que repudiam o desperdício de uma preciosa oportunidade de promover políticas tributárias que viabilizem o desenvolvimento do micro e pequeno empresário. Além de avançar na contramão do que preconiza a Constituição Federal de 1988.

Caminhando nesse passo, pode-se vislumbrar alguma inconstitucionalidade dessas vedações, no sentido de estabelecer distinções entre contribuintes em situação tributária semelhante. Ponderando esta possibilidade, Amador Paes de Almeida (2009, p. 50) comenta:

“Muitas empresas ainda estão proibidas de ingressar no Simples Nacional, devendo recolher impostos e contribuições nos mesmos moldes das empresas normais, mesmo com receita bruta inferior aos limites estabelecidos. Para estas empresas não é dado tratamento diferenciado e

favorecido, conforme é o mandamento do art. 179 da Constituição Federal. Quadra afirmar, então, que a constitucionalidade das vedações é discutível, levando-se em conta os princípios da igualdade, isonomia, proporcionalidade e razoabilidade.”

Assim, apesar de serem microempresários ou empresários de pequeno porte, aqueles que incidirem em alguma das hipóteses listadas nos incisos do artigo 12, da Resolução nº 04/2007, do Comitê Gestor do Simples Nacional, não poderão optar pelo Simples Nacional. É de melhor técnica colacionar a referida resolução, juntamente com as alterações posteriores.

“Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

I - que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);

II – de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

III – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

IV – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso I do caput deste artigo;

V – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso I do caput deste artigo;

VI – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso I do caput deste artigo;

VII – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VIII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;

IX – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

X – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

XI – constituída sob a forma de sociedade por ações;

XII – que explore atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, gerenciamento de ativos (asset management), compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

XIII – que tenha sócio domiciliado no exterior;

XIV – de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal;

XV - para os fatos geradores até 31 de dezembro de 2008, que preste serviço de comunicação; ([Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008](#))

XVI – 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;

XVII – que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros;

XVIII – que seja geradora, transmissora, distribuidora ou comercializadora de energia elétrica;

XIX – que exerça atividade de importação ou fabricação de automóveis e motocicletas;

XX – que exerça atividade de importação de combustíveis;

XXI - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de: ([Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008](#))

a) cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes; ([Incluída pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008](#))

b) bebidas a seguir descritas: ([Incluída pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008](#))

1. Alcoólicas;

2. Refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas;

3. Preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até dez partes da bebida para cada parte do concentrado;

4. Cervejas sem álcool;

XXII – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

XXIII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

XXIV – que realize atividade de consultoria;

XXV – que se dedique ao loteamento e à incorporação de imóveis.

XXVI - que realize atividade de locação de imóveis próprios, exceto quando se referir a prestação de serviços tributados pelo ISS.” (Incluído pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008)

As atividades descritas nos §§ 5º-B a 5º-E, do artigo 18, da Lei Complementar nº 123/2006, não estarão vedadas ao ingresso no Simples Nacional, ainda que desenvolvidas em conjunto com outra atividade que não tenha sido objeto de vedação, conforme roga o §1º, do artigo 17, do estatuto.

Neste mesmo sentido, preconiza o §2º, ao dispor que os micros e pequenos empresários prestadores de serviço que exercem atividades não expressamente vedadas, poderão optar pelo Simples Nacional desde que não incorram em nenhuma das hipóteses expressamente vedadas.

A relação entre as atividades prestadoras de serviço, que permitem ou proíbem o acesso ao Simples Nacional, foi corretamente interpretada por James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 122):

“A LC 127/2007 modificou a redação do §2º do art. 17. Essa modificação não teve o condão de alterar o sentido do texto original, mas apenas o de reforçar a proibição de ingresso no regime especial de microempresa ou empresa de pequeno porte que preste qualquer espécie de serviço proibido, ainda que em conjunto com atividade permitida; ou seja, a prestação, por mínima que seja, de serviço vedado contamina toda a atividade e converte a empresa em impedida de realizar a opção.”

De certa forma, os autores inferem a idéia de uma maçã podre no mesmo saco contamina as demais. Ainda neste sentido, a teoria dos frutos da árvore envenenada, também explica porque certos empresários prestadores de serviços foram vedados de ingressar no sistema do Simples Nacional.

4.5.1.2 Alíquotas, Base de Cálculo e Recolhimento dos Tributos

Apesar de chamar-se Simples Nacional, o regime especial de tributação do micro e pequeno empresário optante é bastante complexo, de difícil compreensão. Talvez, a dificuldade maior está em entender a forma com que se definem a base de cálculo e alíquota para apuração do tributo.

Para condensar os oito tributos abrangidos, em valor único a ser apurado e recolhido mensalmente, o contribuinte deverá considerar a receita bruta anual ou proporcional que determinará a alíquota correspondente, a incidir sobre a receita bruta mensal.

Assim é que se preconizam os três primeiros parágrafos do artigo 18, da Lei Complementar nº 123/2006, ao dispor que se determina a alíquota incidente

sobre a receita bruta mensal, com base nas faixas anuais ou proporcionais de receita bruta acumulada.

Pela clareza com que discernem o assunto, James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 132) merecem citação integral:

“Apuração mensal. O contribuinte optante pelo regime deverá promover mensalmente a apuração do valor devido, para fins da realização do recolhimento, que também será mensal. Essa apuração será formalizada através de “documento único de arrecadação”, que representa modalidade de “autolancamento”, de caráter declaratório de receita bruta do contribuinte optante, e deverá obedecer às formalidades previstas na Lei e regulamentadas pelo Comitê Gestor. Alíquota determinada pela receita bruta anual. Embora a apuração seja mensal, a determinação da alíquota se faz com base na receita bruta anual, com base nos 12 meses anteriores ao do período de apuração, independentemente do ano-calendário. Nos casos em que a empresa optante tenha menos de 12 meses de atividade, será considerada a média dos meses de atividade efetiva. Para a determinação da alíquota, o contribuinte deverá enquadrar-se em uma das quatro tabelas que integram a Lei Complementar, referentes às seguintes atividades: I- comércio; II- indústria; III- serviços e locação de bens móveis; e IV – serviços. Em cada tabela por atividade, encontram-se 20 diferentes alíquotas, que correspondem a 20 faixas de faturamento alcançadas pelo regime tributário especial. Incidente sobre a receita bruta mensal. Determinada a alíquota em bases anuais, a base de cálculo será apurada mensalmente, de acordo com dois critérios à escolha do contribuinte: receita bruta auferida no mês ou receita recebida no mês. Contabilmente, a primeira refere-se ao regime de competência, apurável de acordo com o valor das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, e a segunda consiste no regime de caixa, que corresponde à resultante das receitas abrangidas pelo regime especial, efetivamente recebidas no mês de apuração (dinheiro ingressado no caixa ou reconhecimento de receitas, na medida de recebimento). A opção pelo regime de competência ou pelo regime de caixa deverá ser regulamentada pelo Comitê Gestor e será irrevogável para todo o ano-calendário. No entanto, enquanto não se dá a regulamentação pelo Comitê, deverá ser adotado obrigatoriamente o regime de competência.”

Superada a dificuldade inicial em estabelecer a alíquota incidente sobre a receita bruta mensal, resta analisar a base de cálculo, isto é, valor sobre o qual se incide a alíquota para efeitos de apuração do imposto ou contribuição devido. Segundo o §4º, do artigo 18, podem ser consideradas bases de cálculo, in verbis:

“Art. 18. [...]”

§4º. O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

- I- as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;
- II- as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;
- III- as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;
- IV- as receitas decorrentes da venda de mercadoria sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa

(monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

V- as receitas decorrentes de exportação de mercadorias para o exterior inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico previsto no art. 56 desta Lei Complementar.”

A respeito do dispositivo acima transcrito, Amador Paes de Almeida (2009, p. 76) explica:

“A base de cálculo é a receita bruta total auferida no mês, segregada entre as atividades econômicas exercidas pela ME e pela EPP. No pagamento da guia de recolhimento, o contribuinte deverá observar destacadamente, ou seja, de forma individualizada, as receitas decorrentes: a) da revenda de mercadorias; b) da venda de serviços, bem como a de locação e bens móveis; c) da prestação de serviços, bem como a de locação de bens moveis; d) da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e e) da exportação por meio de comercial exportadora ou do consórcio, previsto na Lei Complementar. No caso da empresa possuir mais uma atividade econômica, como, por exemplo, exercer simultaneamente as atividades de comércio e prestação de serviços, haverá cálculos diferenciados para cada atividade econômica, com alíquotas diferenciadas.”

Em linhas gerais, a apuração dos tributos a serem recolhidos através da sistemática do Simples Nacional, envolve a identificação das alíquotas e bases de cálculo correspondentes, conforme acima consignado. Há várias exceções, bem como diferentes maneiras de apuração dos impostos e contribuições em casos específicos, aos quais pela profundidade e extensão não permitem a exploração total neste trabalho. Ao interessado remete-se ao exame dos parágrafos do artigo 18, em conjunto com as resoluções pertinentes, do Comitê Gestor, e tabelas de atividades econômicas anexas à Lei Complementar nº 123/2006.

Destarte, o recolhimento do Simples Nacional será realizado através do DAS, cujo preenchimento poderá ser feito com a alimentação do aplicativo específico, disponibilizado no site da Receita Federal do Brasil, com as informações necessárias.

Conforme disciplina do artigo 21, do presente estatuto, o documento poderá ser recolhido em qualquer agência bancária, conforme regulamentação do Comitê Gestor. O prazo para pagamento vai até o último dia útil da primeira quinzena do mês de competência.

Havendo filiais de micros ou pequenos empresários, caberá à matriz o recolhimento dos tributos devidos. Vencido o documento de arrecadação do simples nacional, incidirão encargos legais na forma prevista na legislação do imposto de renda. Qualquer recolhimento indevido ou em montante superior, poderá ser restituído ou compensado na forma a ser disciplinado pelo Comitê Gestor.

4.5.1.3 Obrigações Fiscais Acessórias

As obrigações fiscais acessórias estão disciplinadas dos artigos 25 a 27, do Estatuto Nacional do Micro e Pequeno Empresário, e obviamente guardam correlação ao regime especial tributário do Simples Nacional. A principal obrigação fiscal acessória é a declaração única e simplificada, a ser prestada à Secretaria da Receita Federal.

Anualmente, os micros e pequenos empresários, e também os microempreendedores individuais, deverão informar a suas respectivas situações socioeconômicas e fiscais, que serão disponibilizadas aos órgãos tributários e previdenciários, conforme os prazos e modelos aprovados pelo Comitê Gestor do Simples Nacional.

Esta declaração carrega certa importância, uma vez que poderá constituir confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para exigir eventuais tributos que não tenham sido recolhidos, mas que resultaram das informações, nela consignadas.

Por força dos §§2º e 3º, do artigo 25, os micros e pequenos empresários em situação de inatividade também deverão informar esta condição. A inatividade configura-se pela ausência de qualquer mutação patrimonial e atividade operacional durante todo o ano-calendário.

Outra obrigação fiscal acessória que os micros e pequenos empresários deverão observar é a emissão de nota fiscal de venda ou prestação de serviços. Este documento deverá ser redigido em qualquer operação econômica,

conforme as instruções do Comitê Gestor, e deverá ser mantido em boa ordem e guarda até que transcorra o prazo decadencial ou prescreva o direito às ações pertinentes.

O microempreendedor individual, por disposição do §1º, do artigo 26, está dispensado da emissão do documento fiscal, salvo as hipóteses de emissão obrigatória previstas pelo Comitê, e nos casos regradados pelo §6º, deste mesmo dispositivo. No entanto, deverá registrar as vendas e prestações de serviços como forma de comprovação da receita bruta.

Ainda pelo artigo 26, §2º, os microempresários e os empresários de pequeno porte deverão manter o livro caixa em que serão escrituradas todas as movimentações financeiras e bancárias. Outras obrigações fiscais acessórias, que não estão previstas no estatuto, poderão ser disciplinadas através da competência própria do Comitê Gestor do Simples.

4.5.1.4 Hipóteses de Exclusão do Simples Nacional

Como se não bastasse às exceções e as vedações ao regime especial tributário do Simples Nacional, os micros e pequenos empresários também deverão estar atentos às hipóteses de exclusão da sistemática, consoante disposição expressa dos artigos 28 a 32, do estatuto sob exame.

A exclusão do Simples Nacional poderá ser feita de ofício ou mediante comunicação dos empresários optantes. Mais uma vez, caberá ao Comitê Gestor do Simples Nacional a incumbência de regulamentar todas as regras e formalidades do procedimento de exclusão.

Sobre as modalidades de exclusão do Simples Nacional, Gladston Mamede (2007, p. 206) comenta:

“É importante observar, a propósito, que o ato administrativo de exclusão pode dar-se de ofício, vale dizer, sem qualquer provocação de quem quer que seja, ou mediante comunicação do sujeito passivo, que leva ao conhecimento da autoridade: (i) sua intenção de sair do programa; ou (ii) a

ocorrência de fatos que implicam a sua exclusão do programa. Deve-se ter atenção para esse aspecto: nem toda exclusão motivada pela comunicação do contribuinte será, necessariamente, uma exclusão “a pedido”, vale dizer, motivada pela vontade do sujeito passivo de retornar à sistemática ordinária de tributação. Isso porque a comunicação pode estar apenas levando ao conhecimento da autoridade fazendária a ocorrência de um fato que, de uma forma ou de outra, ensejaria a exclusão do contribuinte.”

De fato, a exclusão do Simples Nacional por meio de comunicação do optante, poderá ocorrer de forma espontânea, isto é, o empresário naturalmente se desliga do programa, ou por meio de requerimento, caso em que o interessado manifesta o desejo de sair do programa. Já a exclusão *ex officio* ocorre através de ato administrativo das autoridades competentes, a saber, a Receita Federal, as Secretarias de Fazenda e Finanças dos Estados ou Distrito Federal e, conforme o caso, as Fazendas Públicas Municipais.

As hipóteses de exclusão *ex officio* foram positivadas nos incisos do artigo 29, a saber, a falta de comunicação de exclusão obrigatória; o oferecimento de embaraços ou resistência à fiscalização; a constituição de empresário por interposta pessoa; prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar; inaptidão da inscrição de empresário; comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho; falta de escrituração do livro-caixa; presunção legal de omissão de receitas e demais faltas formais.

Manifestando-se a respeito da exclusão de ofício, James Marins e Marcelo Bertoldi (2007, p. 168) ressaltam:

“A exclusão de ofício por infração está prevista no *caput* do art. 29 da LC 123/2006. Seus incisos prevêm diversas hipóteses de condutas que constituem violação ao regime especial e, quando praticadas, ensejam a declaração administrativa de exclusão e suas respectivas conseqüências jurídicas. Excetuando-se o inciso I do art. 29, que trata da exclusão de ofício por falta de comunicação da exclusão obrigatória, e também o inciso V, que se refere ao conceito vago de “prática reiterada” de infração á Lei, as demais causas previstas no dispositivo descrevem infrações formais e materiais que podem, em alguns casos, tipificar ilícitos tributários de natureza penal. Como a exclusão gera não apenas efeitos formais, mas, sobretudo efeitos materiais relativos à cobrança de tributos, sua aplicação deverá ser objeto de cuidadosa tarefa regulamentar pelo Comitê Gestor, em seus aspectos procedimentais e processuais.”

Segundo o §1º, do artigo 29, os micros e pequenos empresários que incidirem nos casos dos incisos II a XII, do *caput*, sofrerão os efeitos da exclusão a partir do mês em que incorreram. Neste caso, ficarão impedidos à optar pelo regime

diferenciado e favorecido, regrado pela Lei Complementar 123/2006, nos 03 (três) anos-calendários seguintes.

Esse prazo poderá elevar-se à 10 (dez) anos caso for constatado o emprego, por parte do micro ou pequeno empresário, de insídia que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com a finalidade de pagar menor valor a título de tributos apurados conforme a sistemática do Simples Nacional.

Em qualquer das hipóteses de exclusão *ex officio*, o microempresário ou empresário de pequeno porte deverá ser notificado pela autoridade competente do ato administrativo de exclusão, bem como das razões que o motivaram, por meio eletrônico com prova de recebimento, sem prejuízo de outros meios regulamentados pelo Comitê.

Neste ponto, sempre é de bom alvitre as palavras de Gladston Mamede (2007, p. 207):

“Em face do princípio constitucional do devido processo legal, aplicável, indiscutivelmente, não apenas aos processos judiciais, mas também ao chamado processo administrativo, o ato de exclusão de um contribuinte do âmbito do Simples deve sujeitar-se à possibilidade de controle interno de sua legalidade. É o que decorre, de forma clara, dos incisos LIV, LV, e XXXIV, “a”, todos da CF/88. O contribuinte tem o direito de peticionar à autoridade competente, reclamando da eventual ilegalidade de sua exclusão, e tem direito a que esse seu pedido se processe nos termos do devido processo legal, com amplas oportunidades de defesa.”

Mais adiante o autor completa o raciocínio (2007, p. 208):

“Em se tratando de exclusão de ofício, então, não há a menor dúvida de que o sujeito passivo excluído tem o direito de impugná-la, não só em juízo, mas no âmbito administrativo. E, o que é mais importante, tem o direito de que essa sua impugnação seja recebida com efeito suspensivo, nos termos do art. 151, III, do CTN, que apenas explicita consequência necessária do princípio da ampla defesa.”

As hipóteses de exclusão mediante comunicação do empresário optante pelo Simples Nacional foram positivadas nos incisos do artigo 30, do presente estatuto. A saber, por opção, ou por obrigatoriedade em função de incorrerem em alguma vedação prevista na lei, ou por excederem aos limites para enquadramento como microempresários ou empresários de pequeno porte, em respeito ao disposto nos §§ 6º, 9º, 10 e 11, do artigo 3º.

Supondo que a exclusão ocorra por opção do empresário, a mesma deverá ser manifestada perante a Receita Federal até o último dia útil do mês de janeiro. Caso seja a incidência de alguma vedação prevista na lei, o prazo vai até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorreu a situação de vedação. E, tratando-se do desenquadramento como micro e pequeno empresário, a comunicação poderá ser feita até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente ao do início de atividades.

Os efeitos da exclusão mediante comunicação, também começarão a surtir em momentos distintos, conforme cada caso, nos termos do artigo 31, in verbis:

“Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

I – na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

II – na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

III – na hipótese do inciso III do caput do art. 30 desta Lei Complementar:

a) desde o início das atividades;

b) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, na hipótese de não ter ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite proporcional de que trata o § 10 do art. 3º desta Lei Complementar, em relação aos tributos federais, ou os respectivos limites de que trata o § 11 do mesmo artigo, em relação aos tributos estaduais, distritais ou municipais, conforme o caso;

IV – na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão.

§ 1º Na hipótese prevista no inciso III do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a microempresa ou empresa de pequeno porte não poderá optar, no ano-calendário subsequente ao do início de atividades, pelo Simples Nacional.

§ 2º Na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contado a partir da ciência da comunicação da exclusão.

§ 3º A exclusão do Simples Nacional na hipótese em que os Estados, Distrito Federal e Municípios adotem limites de receita bruta inferiores a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) para efeito de recolhimento do ICMS e do ISS seguirá as regras acima, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.

§ 4º No caso de a microempresa ou a empresa de pequeno porte ser excluída do Simples Nacional no mês de janeiro, na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, os efeitos da exclusão dar-se-ão nesse mesmo ano.

§ 5º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, uma vez que o motivo da exclusão deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício no caso do inciso I do caput do art. 29 desta Lei Complementar, o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, limitado, porém, ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir. (Incluído pela Lei Complementar nº 128, de 2008)”

Pela clareza com que comenta o dispositivo transcrito, as palavras de Amador Paes de Almeida (2009, p. 115) merecem citação integral:

“A exclusão opcional feita pela empresa produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente. Porém, se for feita no mês de janeiro, os efeitos da exclusão dar-se-ão nesse mesmo mês. No caso da comunicação obrigatória, por descumprimento das situações que ensejam a vedação da participação no Simples Nacional, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva. A exclusão obrigatória em decorrência do estouro do limite de receita bruta da empresa no ano-calendário de início de atividades, proporcionalmente aos meses do ano, produzirá efeito retroativo desde o início das atividades. Se não ultrapassou em mais de 20% (vinte por cento) o limite de receita bruta proporcional ao número de meses, desde o início das atividades da pessoa jurídica, a exclusão produzirá efeitos somente a partir de 1º de janeiro do ano-calendário seguinte. Na hipótese de receita bruta superior ao permitido, não poderá mais a empresa optar no ano-calendário seguinte pelo Simples Nacional. No caso dos Estados e Municípios optarem por estabelecer limites de receita bruta inferior ao limite a R\$ 2,4 milhões, para efeito de recolhimento do ICMS e do ISS, observar-se-ão as mesmas regras de exclusão, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor. Em caso de a empresa possuir débito, cuja exigibilidade não esteja suspensa, com as Fazendas Públicas federal, estadual ou municipal, ou ainda débito com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, os efeitos da exclusão dar-se-ão somente a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão. Se comprovada a regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão, a pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional poderá permanecer nesta condição.”

Uma vez excluídos do Simples Nacional, os microempresários e empresários de pequeno porte sujeitar-se-ão às normas de tributação comuns às médias e grandes empresas e demais pessoas jurídicas, a partir do momento em que se verificarem processados os efeitos da exclusão.

Por força do §1º, do artigo 32, os micros e pequenos empresários que incidirem na hipótese elencada pela alínea “a”, do inciso III, do caput do art. 31, que trata do desenquadramento desde o início da atividade, ficarão sujeitos ao pagamento da totalidade ou da diferença dos tributos devidos na forma normal de incidência, apenas acrescidos de juros de mora, quando pagos antes do procedimento de exclusão de ofício.

Com a exclusão do Simples Nacional, o empresário passará a observar a legislação normal pertinente a cada tributo, inclusive podendo optar pelo lucro presumido ou lucro real trimestral ou anual, para efeitos de recolhimento do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

4.6 Da Simplificação das Obrigações Trabalhistas

A simplificação das obrigações trabalhistas, sobretudo a diminuição de seus encargos, sempre foi objeto de cobiça dos microempresários e empresários de pequeno porte. Apesar das expectativas, o advento do novo Estatuto Nacional não trouxe grandes mudanças nesta seara, razão pela qual também foi não poupada de críticas.

A ser registrado, o ponto de vista de Amador Paes de Almeida (2009, p. 129):

“O novo Estatuto (Lei n. 123/2006), no aspecto trabalhista, foi muito tímido, poderia ter avançado mais, especialmente na eliminação dos excessos da burocracia administrativa. A nossa legislação trabalhista há tempos necessita de mudanças para se adequar à realidade do mundo globalizado. A flexibilização permitida pela LC n. 123/2006 foi bastante acanhada, deixando de acompanhar os ventos soprados pela Constituição de 1988, que abriu espaço para o estabelecimento de normas negociadas pelas partes interessadas, desde que respeitado o padrão mínimo legal de proteção do trabalhador, sem perder de vista os princípios norteadores do Direito do Trabalho.”

4.6.1 Segurança e Medicina do Trabalho

A proteção ao empregado sempre foi preconizada pelo ordenamento jurídico pátrio, obviamente com mais intensidade na Consolidação das Leis do

Trabalho (CLT). Sendo assim, a disciplina da segurança e medicina do trabalho é encarada com muito rigor e seriedade pela doutrina e jurisprudência.

Por sua vez, a Lei Complementar 123/2006 sempre objetivou alcançar melhores condições de sobrevivência e desenvolvimento para o micro e pequeno empresário. Mas isto não significa que o diploma irá beneficiar seus tutelados empregadores em detrimento aos empregados trabalhadores.

O que se vislumbrou foi justamente a somatória de forças com o intuito de encontrar alternativas que garantissem certa margem de segurança aos empregados, mas que também facilitasse o cumprimento dos imperativos de segurança e medicina do trabalho, e de quebra reverter-se em medida de contenção de despesas para os micros e pequenos empresários.

Tanto assim foi, que a regra contida no artigo 50, da Lei Complementar 123/2006, que possibilita ao microempresário a utilização de consórcios para acesso a serviços de segurança e medicina do trabalho, em nada prejudicou o que está regulamentado pelo Ministério do Trabalho, através da Norma Regulamentadora nº. 04 (quatro).

A referida norma já permite que empresários comuns utilizem-se dos consórcios para obterem condições adequadas de segurança e medicina do trabalho, a depender do grau de risco da atividade desenvolvida e do número de empregados.

Sobre o assunto, comenta Gladston Mamede (2007, p. 313):

“O artigo faz referência apenas a microempresas e não a empresas de pequeno porte. Estas estão excluídas da referida previsão. Serviços Sociais Autônomos são o SESC, SESI, SEST. Segurança e medicina do trabalho tem previsão nos artigos 154 a 201 da CLT, na redação determinada pela Lei nº 6.514, de 22-12-77. Os consórcios serão formados para acesso a serviços especializados em segurança e medicina do trabalho e não para outros fins. O objetivo da norma é tornar os referidos serviços mais baratos para as microempresas, que poderão fazer a contratação em grupo e não individualmente. Quanto às empresas de pequeno porte, não haverá estímulo, partindo-se do pressuposto de que elas têm condições de pagar pelos serviços especializados em segurança e medicina do trabalho, o que nem sempre pode ser verdade. A norma não dispõe como será a forma de estímulo realizado pelo Poder Público ou pelo SESC, SESI, SEST.”

Neste sentido, o tratamento diferenciado e favorecido concedido ao microempresário consubstanciam-se na permissão de valer-se de consórcios para

obtenção de serviços de segurança e medicina do trabalho, independentemente do grau de risco da atividade ou do número de empregados. Desta maneira, cumpre-se uma obrigação trabalhista de forma menos dispendiosa.

4.6.2 Obrigações Trabalhistas Dispensadas

Como já dito, o tratamento diferenciado e favorecido concedido ao micro e pequeno empresário na seara trabalhista foi criticado pela falta de ousadia em prever medidas que efetivamente trouxessem encargos menores. Conforme se verá, algumas obrigações foram dispensadas, outras apenas foram atenuadas, sobrevivendo, no entanto, suas obrigações acessórias.

O artigo 51, do estatuto, dispensa os micros e pequenos empresários da afixação de quadros de trabalho nas dependências do estabelecimento; da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Os quadros de trabalho, ao bem da verdade são quadros de horário de trabalho, cujo conteúdo normativo encontra-se no artigo 74, e parágrafos, da CLT, e nos regulamentos expedidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Apesar de serem dispensados pela Lei Complementar 123/2006, os quadros de horário de trabalho já haviam sido dispensados desde 1991 pelo artigo 13 da Portaria GM/MTPS nº 3.626. No entanto, importa registrar que as obrigações acessórias previstas nos parágrafos do artigo 74, da CLT, continuam sendo aplicadas aos micros e pequenos empresários.

Em relação a estas obrigações acessórias, Amador Paes de Almeida (2009, p. 132) explica:

“Pela nova lei, as microempresas e as empresas de pequeno porte ficam dispensadas apenas do uso do quadro de horário de trabalho, e não do

cumprimento das obrigações acessórias do art. 74 da CLT, como preceituava a lei revogada, sendo que essas obrigações estão descritas nos parágrafos do mencionado art. 74 e compreendem: anotação do horário de trabalho no registro de empregados (livro ou fica); obrigatoriedade de anotação da hora de entrada e saída, em registro manual (livro de ponto, folha de presença etc), mecânico (cartão de ponto) ou eletrônico (cartão magnético) para os estabelecimentos com mais de dez empregados; e obrigatoriedade, para os serviços externos sujeitos a controle, do uso de ficha ou papeleta, contendo o horário de trabalho.”

Os micros e pequenos empresários não precisam anotar as férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro. Também não é mais necessário comunicar o Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas. Entretanto, continuam obrigados a informar das férias coletivas aos empregados e aos sindicatos, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, especificando os setores abrangidos, bem como as datas de início e fim, em conformidade com os parágrafos do artigo 139, da CLT.

Por força do artigo 429, da CLT, os empresários de qualquer natureza deverão empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem, número de aprendizes equivalente a 5% (cinco por cento), no mínimo, e 15% (quinze por cento), no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. Contudo, o micro e o pequeno empresário foi dispensado desta obrigação.

A posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho” foi dispensada ao micro e pequeno empresário. Este livro nada mais é do que o registro das fiscalizações anteriores, realizadas pelos fiscais do trabalho, onde constará o relatório das vistorias realizadas. A despeito de ser dispensável, a prática recomenda mantê-lo, por questões de conveniência.

As demais obrigações trabalhistas deverão ser observadas pelo micro e pequeno empresário, assim, até por critério residual não há razões que justifiquem o conteúdo normativo do artigo 52, do presente estatuto, sendo completamente desnecessário.

Importa consignar que a Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 84, introduz o §3º ao artigo 58, da CLT, que não trata especificamente de uma obrigação dispensada, mas sim de um benefício que possibilita ao micro e pequeno empresário customizar despesas.

A esta possibilidade, Amador Paes de Almeida (2009, p. 150) chamou de flexibilização das horas “*in itinere*”, conforme segue:

“Pelo parágrafo acrescido ao artigo 58 da CLT, as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, poderão negociar: a duração do tempo despendido no transporte, a forma de seu pagamento (simples ou com adicional) e a natureza desse pagamento, que poderá ser, inclusive, de indenização. Por não haver prestação de serviço durante o tempo de trânsito, o §3º do art. 58, acrescido pela LC n. 123/2006, permite que as partes, por meio de negociação coletiva (convenção ou acordo coletivo de trabalho), flexibilizem a duração das horas *in itinere*, sua forma de pagamento e sua natureza jurídica.”

Encerrando o tema das obrigações trabalhistas dispensadas, registre-se que o Microempreendedor Individual também gozará de certos benéficos. Como é sabido, permite-se a contratação de apenas um empregado, remunerado pelo mínimo nacional ou pelo piso da categoria profissional.

Seja qual for o salário percebido, ao MEI caberá o cumprimento de todas as obrigações normalmente impostas aos micros e pequenos empresários. Entretanto, será de apenas 3% (três por cento) a alíquota incidente sobre o salário de contribuição patronal previdenciária.

4.6.3 Acesso à Justiça do Trabalho

Pelo que é disposto no artigo 54, do estatuto, ao micro e pequeno empresário é facultado fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho, por terceiros que conhecem dos fatos, ainda que não possuam vínculo empregatício ou societário.

A regra é reforçada pela Súmula 377, do Tribunal Superior do Trabalho, e merece apenas uma observação que é bem dirimida por Gladston Mamede (2007, p. 323):

“A palavra correta parece ser *representar* e não *substituir*, pois substituir implica trocar pessoas numa relação. O terceiro irá representar o empregador em audiência, podendo fazer acordos, prestar depoimento pessoal. O preposto não precisará ter vínculo de emprego ou societário com

a empresa. Poderá ser o contador da empresa, que elabora a folha de pagamentos, ou qualquer outra pessoa. O importante é que conheça os fatos objetos da lide, ainda que por ouvir dizer. Se desconhecer os fatos, o empregador será confesso quanto a matéria de fato. A lei atende a peculiaridade das microempresas e empresas de pequeno porte de serem representadas em audiência pela pessoa que conhece o trabalhador, que elabora a folha de pagamento. Em relação às pessoas jurídicas que não sejam microempresas ou empresas de pequeno porte aplica-se a orientação da Súmula 377 do TST, que mostra que exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. A súmula interpreta a previsão do parágrafo 1º do artigo 840 da CLT: é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto, que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente.”

O apelo pela utilização dos termos técnicos das expressões jurídicas já foi manifestado anteriormente neste trabalho. Na seara processualista o rigor das palavras ganha relevo e, uma vez empregada de forma equivocada, poderá conduzir o sujeito à um destino diverso do que realmente pretendido.

Neste enfoque, representar não é o mesmo que substituir, quando se estiver referindo-se às pessoas envolvidas numa relação jurídica processual. Da explicação do autor, extraem-se diferentes conseqüências jurídicas para aqueles que não discernem devidamente as expressões.

5 O MICRO E PEQUENO EMPRESÁRIO EM OUTRAS LEGISLAÇÕES

5.1 O Tratamento Diferenciado e Favorecido nas Licitações

A abordagem do tratamento diferenciado e favorecido nas licitações torna imperiosa uma sucinta explicação de todo procedimento licitatório, para que melhor se entenda os benefícios concedidos aos micros e pequenos empresários. Para tanto, a melhor técnica orienta uma leitura paralela da Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações, com a Lei Complementar 123/2006, Estatuto Nacional do Micro e Pequeno Empresário.

A licitação está expressamente prevista no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, e basicamente consiste num procedimento administrativo para selecionar a proposta mais vantajosa a ser contratada pela Administração Pública.

Neste sentido, leciona Amador Paes de Almeida (2009, p. 29):

“Licitação é um procedimento administrativo que objetiva selecionar as melhores propostas para a realização de obras e serviços para administração pública, expressamente previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal: “Ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” Na expressão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “licitação é um processo administrativo vinculado destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a administração.””

Existem várias modalidades de licitação, como por exemplo, a concorrencial, a tomada de preços, o convite, o leilão, o concurso e o pregão. Entre todas elas, a que mais interessa ao micro e pequeno empresário é a concorrencial, haja vista admitir qualquer interessado que reúna os requisitos do edital, portanto, bastante abrangente em número de pessoas, além de destinar-se aos contratos de maior valor.

O fim da licitação é a celebração do contrato administrativo, mas para isso devem-se cumprir as fases de edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. O edital de abertura é o instrumento pelo qual a Administração Pública define o objeto da futura contratação, divulga a abertura da licitação e fixa os requisitos para participar do certame.

A fase de habilitação é aquela em que o Poder Público averigua as condições pessoais dos concorrentes. Nesse passo, verifica-se a regularidade e registro perante os órgãos competentes, a capacidade de cumprimento específico do contrato, a situação econômico-financeira, e a regularidade fiscal através de certidões negativas de débitos. Qualquer irregularidade ou insuficiência importará em exclusão do certame.

Após esta fase, inicia-se a fase de classificação das propostas. Nesta fase, as propostas serão sopesadas, levando-se em consideração o menor preço e a melhor qualidade do produto ou serviço oferecido. Em termos gerais avalia-se o custo-benefício em contratar com aquele licitante.

A fase seguinte é homologatória, ou seja, ratifica-se a legalidade dos atos até este ponto praticados. Trata-se de uma etapa em que uma autoridade superior à que preside o procedimento licitatório, confirma ou não os atos administrativos anteriormente praticados.

Por fim, a fase final do procedimento licitatório é a adjudicação, momento em que se declara o licitante vencedor e atribui-lhe o objeto licitado. Com efeito, desobrigam-se os demais licitantes quanto às propostas apresentadas, e obriga-se a Administração Pública a contratar com o licitante vencedor, este por sua vez também deverá manter os termos de sua proposta pelo prazo de 60 (sessenta) dias.

Destarte, é desejo do legislador que as aquisições públicas sejam feitas, preferencialmente, com os micros e pequenos empresários, até como forma de incentivar o crescimento e desenvolvimento da classe. Tanto é assim, que o artigo 47, da Lei Complementar 123/2006, expressamente dispõe neste sentido, conforme se pede vênua para transcrever:

“Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do

desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.”

Sobre o assunto, Gladston Mamede (2007, p. 269) comenta:

“Apesar de o capítulo V da Lei Geral referir-se ao acesso aos mercados, nota-se que seus dispositivos tratam prioritariamente ao acesso a um “mercado” específico, qual seja, o do fornecimento de bens e serviços ao Poder Público, em consonância com o que determina o inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 123/06. Um dos principais objetivos contemplados no art. 1º da Lei Geral refere-se à preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público. Há tempos os órgãos públicos são considerados por determinadas empresas como um mercado atraente para celebração de inúmeros contratos e existem até empresas que se voltaram a esse filão do mercado, especializando-se na participação de licitações. Estima-se que as compras governamentais brasileiras, incluídas no cálculo as Administrações Direta e Indireta de todos os âmbitos federativos, movimentam cerca de 260 bilhões de reais anuais.”

Em que pese reconhecer a preocupação estatal em promover o desenvolvimento dos micros e pequenos empresários, através das aquisições públicas, algumas ressalvas merecem atenção. A leitura do dispositivo mencionado infere a idéia de facultatividade do Poder Público em contratar com tais empresários, bem como a necessidade de previsão regulamentar do respectivo ente federativo.

Neste ponto, Jonas Lima (2008, p. 87) tece algumas notas:

“A primeira conclusão que tem da leitura desse dispositivo é de que está em questão uma “faculdade”, que depende do regulamento de cada um dos entes mencionados, em contraposição às regras da “regularização de documentos” e do “desempate” ficto, que entram em vigor imediatamente à publicação da Lei Complementar nº 123/2006. Ademais, existem condições incorporadas ao artigo 47 que o relacionam intrinsecamente às regras dos artigos 48 e 49 da Lei, especialmente, quanto à finalidade de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Tem-se também a clara percepção de que a faculdade da Administração de realizar ou não uma licitação diferenciada, de acordo com essas condições específicas, será objeto de decisão ainda quando da elaboração de cada edital licitatório. Nesse momento haverá discricionariedade do agente público. Depois de decidida a aplicação das regras ao caso concreto passará a haver a efetiva vinculação.”

Conforme ponderou o preclaro doutrinador, as condições incorporadas ao artigo 47 relacionam-o intrinsecamente com o disposto nos artigos 48 e 49, do estatuto, ou seja, a faculdade para promoção de uma licitação diferenciada e

destinada aos micros e pequenos empresários, somente será exercida nas hipóteses legais. Nos demais casos, nenhum privilégio poderá ser concedido.

Assim, a primeira condição para um certame licitatório exclusivo para micros e pequenos empresários é que haja previsão expressa neste sentido desde a publicação do instrumento convocatório. É igualmente necessário um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresários ou empresários de pequeno porte sediados local ou regionalmente, e capazes de cumprir as exigências estabelecidas.

Ainda assim, é imprescindível que a contratação com micros e pequenos empresários seja vantajosa para a Administração Pública, ou que pelo menos não represente maiores prejuízos quanto ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Por derradeiro, a última condição para que se inicie um procedimento administrativo licitatório, exclusivo para micros e pequenos empresários, é que a mesma seja realmente necessária, isto é, a licitação não poderá ser dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da lei nº 8.666/93, Lei de Licitações.

Ademais, as licitações poderão ser direcionadas, exclusivamente, ao micro e pequeno empresário quando a contratação do objeto licitado não exceda à R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); quando exigir-se dos licitantes a subcontratação de micros ou pequenos empresários para execução máxima de 30% (trinta por cento) do total licitado; ou quando estabeleça a contratação de micros ou pequenos empresários para executar até 25% (vinte e cinco por cento) dos objetos licitados, cuja natureza seja divisível.

No caso de subcontratação de micros e pequenos empresários, os empenhos e pagamentos poderão ser realizados diretamente aos subcontratados. Independentemente da situação que permita uma licitação destinada aos micros e pequenos empresários, o valor licitado não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

Mas, para que micros e pequenos empresários participem das licitações públicas, é imperioso que comprovem sua regularidade fiscal até o momento da assinatura do contrato, nos termos do artigo 42. Vê-se, pois, que o legislador deslocou a fase de habilitação para uma ocasião posterior à fase de

adjudicação. Destacando a finalidade desta alteração, Gladston Mamede (2007, p. 287) discorre:

“O artigo 42 da Lei Complementar determina que, nas licitações públicas em geral, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura de contrato. Significa dizer que as certidões negativas de débito de tais empresas para com as Fazendas serão apenas analisadas posteriormente, quando elas forem declaradas vencedoras da licitação. Este dispositivo foi inspirado, apesar das peculiaridades, na facilitação provocada pelo uso do pregão nas Administrações Públicas, pois essa modalidade de licitação é mais célere e simples, uma vez que inverte a ordem tradicional das fases da licitação e a habilitação é feita posteriormente, o que provoca a análise da documentação apenas de empresas cujas propostas tenham sido classificadas. Ademais, conforme exposto, existe projeto encaminhado pelo governo federal, que tramita no Congresso, que objetiva a inversão, a critério da Administração Pública, da habilitação em todas as modalidades de licitação. O dispositivo objetivou a inclusão social de pequenas empresas no processo de licitação, pois muitas microempresas e empresas de pequeno porte não tinham condições de participar de licitações por não contarem com um departamento ou funcionários especialmente treinados para acompanhar o processo de cadastramento nos diversos órgãos das Administrações Públicas, o qual demanda um sistema de contínuo e criterioso acompanhamento do prazo de expiração das variadas certidões exigidas.”

Acompanhando a disciplina anterior, o artigo 43, e seus parágrafos, dispõem que o micro ou pequeno empresário vencedor da licitação, que apresentar qualquer irregularidade fiscal, terá prazo de 02 (dois) dias úteis, contados a partir da fase de adjudicação, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para regularizar a documentação e viabilizar a emissão das certidões pertinentes.

Caso não seja respeitado o prazo, o interessado decairá do direito à contratação com a Administração Pública, que poderá convocar os demais licitantes ou revogar a licitação, sem prejuízo das sanções previstas no artigo 81, da Lei de Licitações.

Em outra oportunidade, o legislador reforça a idéia de preferência aos micros e pequenos empresários para contratação das aquisições públicas, ao dispor, no artigo 44, que a condição dos mesmos será utilizada como critério de desempate, durante a fase de classificação das propostas.

Considera-se empatada a proposta apresentada pelos micros e pequenos empresários, que seja igual ou até 10% (dez por cento) superior à

proposta melhor classificada. Tratando-se de licitação na modalidade pregão, a margem percentual cai para 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Sobre a prerrogativa de empate, para micros e pequenos empresários, é de bom alvitre o pensamento de Jonas Lima (2008, p. 74):

“A primeira observação a ser feita diz respeito à correção do sentido da norma do *caput* ao artigo, porque aqui não se trata de uma situação de “empate”, mas sim de uma verdadeira possibilidade para que a microempresa ou a empresa de pequeno porte possa, se desejar, exercer a “faculdade” de “cobrir” a oferta da outra empresa, não enquadrada na lei. Admite-se dizer: uma ficção de empate, com preferência para a microempresa ou a empresa de pequeno porte. Um exemplo dessa situação pode ser colocado com uma proposta de R\$ 1.000,00 (mil reais) de uma grande empresa, sendo que a proposta da microempresa tenha sido de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais). Nesse caso, o chamado “desempate”, com “preferência”, acontecerá se a microempresa se dispuser a baixar o seu preço, pelo menos, para R\$ 999,99 (novecentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos).”

E mais a frente, o autor complementa (2008, p. 75):

“Uma ressalva que precisa ser feita é que o §1º do artigo 44 estabelece a regra básica de diferença de até 10% (dez por cento) entre as propostas, mas o §2º reduz esse patamar para 5% (cinco por cento) no pregão, exatamente, porque é ínsita a essa modalidade licitatória a grande redução de preços em decorrência da normalmente acirrada disputa de lances. Imagina-se que, depois de tantos lances sucessivos, já resta muito pouco a ser “cortado” pelo empresário em proposta final. Eis o sentido da regra específica do menor percentual para o caso do pregão. Cabe destacar que, em razão da sua própria sistemática, a nova regra se aplicará apenas em relação às licitações do tipo menor preço, não sendo viável aplicá-la em licitações do tipo técnica e preço ou melhor técnica, uma vez que o fator “preço” não conseguirá decidir o desempate.”

Verificando-se o empate das propostas nos termos do que rege o artigo 44, o procedimento a ser adota para aferir-se o vencedor do certame será aquele disciplinado nos incisos do artigo 45, *in verbis*:

“Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do *caput* deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos

intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.”

Por questões óbvias, estas disposições serão aplicáveis quando o vencedor da licitação tratar-se de empresário não amparado pela Lei Complementar 123/2006. Principalmente no caso do inciso I, uma vez que sendo micro ou pequeno empresário, o vencedor do certame, não há razão para conceder uma segunda chance a outro empresário desta categoria.

Veja que, por conta do §1º, do artigo 45, caso o procedimento dos incisos citados, não implique na contratação com micro ou pequeno empresário, pelos mais variados motivos, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame. Indubitavelmente, a proposta originalmente vencedora foi ofertada por um empresário comum, de porte médio ou grande.

Nas licitações sob a modalidade de pregão, o microempresário ou o empresário de pequeno porte melhor classificado, será convocado à expor nova proposta durante 5 (cinco) minutos, após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Acerca do procedimento de desempate, em favor de micros e pequenos empresários, uma vez mais as ponderações de Jonas Lima (2008, p. 77) são esclarecedoras:

“Verifica-se que o “desempate” não é automático, em favor da microempresa ou da empresa de pequeno porte, uma vez que existe no inciso I uma condição para que isso aconteça, qual seja, que a interessada apresente proposta com “preço inferior” àquela considerada, até então, vencedora do certame. Atendida a condição de “cobrir” a outra oferta, tem-se o direito da microempresa ou da pequena empresa de ser declarada vencedora do certame. Por outro, lado, caso a convocada não tenha interesse em assim proceder, esse direito ou prerrogativa passa para a microempresa ou empresa de pequeno porte imediatamente seguinte, que deve ser convocada de acordo com a ordem de classificação de propostas, conforme dispõe o inciso II do citado artigo. Por fim, para evitar problemas práticos decorrentes de verdadeiros empates entre propostas de empresas beneficiadas pela Lei, o inciso III do artigo 45 estabelece um sorteio a ser realizado entre essas empresas para que se identifique aquela que primeiro poderá exercer o direito de apresentar a melhor oferta (de preço inferior a proposta vencedora, de empresa não beneficiada pela Lei). É preciso considerar que essas regras não impedem que determinada empresa convocada (seja a primeira, segunda ou última colocada) tenha sua proposta desclassificada por não atendimento às condições impostas ou inabilitada por eventual falha em sua documentação. Enfim, nem sempre o benefício do “desempate” será suficiente para que a microempresa ou empresa de pequeno porte seja a vencedora do certame. Ademais, a

convocação das microempresas ou empresas de pequeno porte deve se limitar às propostas com diferenças em relação à vencedora que se comportem dentro dos percentuais de diferenças previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006.”

Em face do exposto, pode-se concluir que o Estado brasileiro realmente incentiva a participação de micros e pequenos empresários nas licitações públicas, e conseqüentemente a celebração de contratos públicos. Acontece que é de conhecimento geral, que a Administração Pública freqüentemente atrasa seus pagamentos, fato que, inibe ou afasta a presença de pequenos empreendimentos na disputa por uma conta.

Na tentativa de atenuar esta realidade, o legislador criou a cédula de crédito microempresarial, disposta no artigo 46, do estatuto. O micro ou pequeno empresário credor de empenhos liquidados por órgãos e entes federativos, não pagos em até 30 (trinta) dias, contados a partir da data de liquidação poderão emitir a referida cédula.

Sobre a cédula de crédito microempresarial, Gladston Mamede (2007, p. 300) comenta:

“Para contornar as dificuldades que o atraso nos pagamentos podem gerar especialmente às micros e pequenas empresas, houve a previsão de tratamento diferenciado em matéria de empenhos. Assim, o dispositivo em comento enuncia que se a microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por entidades públicas não receberem o pagamento em até 30 (trinta) dias da data da liquidação, elas poderão emitir cédula de crédito microempresarial, que tem como lastro o empenho do Poder Público. Essa regra, contudo, não tem aplicabilidade imediata, pois cabe ao Poder Executivo a sua regulamentação. De qualquer forma, a cédula de crédito microempresarial é título de crédito regido subsidiariamente pela legislação prevista para cédulas de crédito comercial. Trata-se, portanto, de título executivo extrajudicial, assim, seu sacador ou quem com ele tenha negociado o papel, mediante endosso, poderá mover contra o Estado execução de título extrajudicial, sem a necessidade de ingressar com a ação de conhecimento, que se presta à obtenção de título judicial. Trata-se de alternativa legítima na medida em que a Súmula nº 279 do STJ determina que “é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.”

Outrossim, a cédula microempresarial tem natureza jurídica de título de crédito extrajudicial, regido subsidiariamente pelas regras concernentes às cédulas de crédito comercial. A cédula de crédito microempresarial terá como lastro o empenho do poder público, cuja regulamentação caberá ao Poder Executivo.

5.2 O Tratamento Diferenciado e Favorecido na Lei de Falência

A exposição do tratamento diferenciado e favorecido concedido aos micros e pequenos empresários na Lei nº 11.101/2005, Lei de Falência, ficará restrito ao exame do instituto da recuperação judicial. Vale antecipar que em função da dimensão das atividades exploradas, bem como dos recursos disponíveis, o rito processual adotado será o mais simplificado possível.

Nesses termos é que Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 265) inicia sua abordagem sobre a recuperação judicial de microempresários e empresários de pequeno porte:

“De fato, se a crise assola microempresário ou empresário de pequeno porte, em vista das reduzidas dimensões das atividades econômicas exploradas, não se justifica observar a complexa sistemática prevista pela lei para as sociedades devedoras de médio ou grande porte. Os recursos disponíveis são parcos e modesto o passivo. Se não houvesse na lei regras específicas para reorganização das empresas de micro ou pequeno porte, seguramente quem as explora não acabaria tendo acesso ao benefício. Assim, em função da pequena complexidade da recuperação dos microempresários e empresários de pequeno porte, a lei define que essa se operará, via de regra, pelo parcelamento das dívidas quirografárias existentes na data da distribuição do pedido.”

Destarte, o plano especial de recuperação judicial de microempresários e empresários de pequeno porte inicia-se com uma petição inicial expondo as causas concretas da situação patrimonial e as razões da crise econômico-financeira, instruída com os documentos arrolados no artigo 51, da Lei de Falência.

Basicamente, o plano de recuperação judicial consistirá no parcelamento em até 36 (trinta e seis vezes) parcelas mensais, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros anuais de 12% (doze por cento), de todo crédito quirografário, exceto os decorrentes de repasses oficiais, previstos nos §§ 3º e 4º, do artigo 49, da Lei de Falências. A primeira parcela deverá ser paga em até 180 (cento e oitenta) dias contados da data em que foi distribuído o pedido de recuperação judicial.

Entenda-se por crédito quirografário, aquele de natureza residual, ou seja, todo crédito que não foi especialmente classificado na ordem de credores, ao

qual não goza de nenhuma garantia ou preferência quanto ao seu pagamento. Melhor explicação é feita por Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios Gonçalves (2010, p. 107):

“Essa categoria, geralmente, é a que contém o maior número de credores, já que, por exclusão, alcança os créditos não abrangidos em categoria superior ou inferior, nos termos do artigo 83, IV, a. Alcança, por exemplo, credores decorrentes de relação contratual desprovida de garantia real, créditos fundados em títulos de crédito (promissórias, cheques e duplicatas etc.), créditos fiscais não inscritos na dívida ativa, obrigações decorrentes de indenização por ato ilícito etc.”

Os credores não atingidos pelo plano não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial, por força do artigo 70, §2º, da Lei de Falência. Aliás, o processo de recuperação judicial do micro e pequeno empresário não implica na suspensão do curso prescricional das ações de conhecimento e execução de créditos não abrangidos pelo plano.

Como já dito, o procedimento é tão simples, que o magistrado verificando atendidas as exigências legais, decide de pronto acerca do pedido. Assim, dispensa-se a convocação da assembléia geral de credores. Porém, pode ocorrer que, eventualmente, os titulares de mais da metade dos créditos quirografários reúnam-se para opor objeções, caso em que, sendo acolhidas pelo juiz, poderão levar o micro ou pequeno empresário à falência.

Tratando especificamente do processo de recuperação judicial de micros e pequenos empresários, Fábio Ulhoa Coelho (2011, p.266) esclarece:

“Inicia-se o processo com a petição devedor expondo as razões da crise e apresentação de proposta de renegociação do passivo, dentro das balizas legais acima indicadas. Na expressiva maioria das vezes, a proposta é apresentada pela hipótese mais favorável ao devedor preponente, quer dizer, contemplando a divisão do passivo cível em até 36 parcelas. Apresentado e recebido o pedido de recuperação judicial, o juiz já decide de pronto, homologando a proposta apresentada pelo microempresário ou empresário de pequeno porte ou decretando sua falência. Há, também, a alternativa de determinar a retificação do plano especial, quando desconforme com os parâmetros da lei, hipótese em que a decretação da falência caberá quando desobedecida ou não atendida a determinação. Cabe aos credores eventualmente interessados a iniciativa de suscitar em juízo suas objeções. Em sendo suscitado objeção – cujo conteúdo só pode versar sobre a adequação da proposta à lei -, o juiz determinará ao requerente que se manifeste, oportunidade em que poderá ser superado o desentendimento, mediante revisão da proposta por acordo entre as partes. Se, porém, a microempresa ou empresa de pequeno porte devedora questionar a manifestação do credor e insistir na proposta inicial, o juiz decidirá o conflito, determinando seu aditamento ou homologando-o. Com a sentença de homologação de proposta de parcelamento, operam-se os

efeitos do benefício, como a suspensão das ações e execuções e a novação das obrigações compreendidas no plano especial.”

Concluí-se que o tratamento diferenciado e favorecido dispensado ao micro e pequeno empresário na Lei nº 11.101/2005, Lei de Falência, consubstancia-se num parcelamento dos créditos quirografários, sob a chancela judicial, quando observados os requisitos exigidos, e nas hipóteses previamente estabelecidas na lei.

6. CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado na pesquisa pode-se concluir que:

O Código Civil de 2002 promoveu importantes alterações no Direito Privado, sobretudo com a adoção da teoria de empresa que significou importante evolução do Direito Empresarial. Assim, não se concebe os termos, empresário e comerciante, como semelhantes.

O empresário é o sujeito que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços. Esta expressão é carregada de responsabilidade social, não apenas por força do novo diploma civil, mas também por mandamento constitucional.

Sendo assim, importa advertir os juristas, e até mesmo os legisladores que freqüentemente utilizam a colocação de maneira equivocada, confundindo muitas vezes com o significado de empresa e estabelecimento comercial. O emprego deturpado das expressões induz os jurisdicionados a erro, além de ser atécnico e contrário à objetividade e clareza das normas.

Os interessados em explorar uma atividade empresarial, poderão exercê-la individualmente, inclusive com a novidade da responsabilidade limitada, ou sob a forma de sociedade, com a responsabilidade limitada ao capital social investido.

Seja qual for o tipo de empresário, todos eles deverão proceder ao registro de seus atos constitutivos perante a Junta Comercial do respectivo estado, para regularmente desenvolverem suas atividades. Deverão manter atualizadas e organizadas todas as escriturações fiscais e contábeis.

Também se pôde concluir que, diferentemente do que muitos alegam, os pequenos negócios podem e devem cumprir sua função social, exatamente nos termos que manda a Constituição. Conforme asseverado, além das atividades filantrópicas, o fiel cumprimento da lei, bem como o respeito aos empregados, aos consumidores, e ao meio ambiente, são maneiras distintas de exercer uma função social.

Em arremate à função social, o aspecto socioeconômico do micro e pequeno empresário foi outro ponto relevante para extrair-se a participação desta classe empresarial no contexto brasileiro. Com efeito, foi possível concluir, da análise de dados estatísticos apresentados, que os pequenos empreendimentos são verdadeiros baluarte da economia, e importante fator de equilíbrio social e regional do país.

Por esta razão, o legislador constituinte prevendo o crescimento e desenvolvimento dos pequenos negócios no Brasil, tratou de positivar regras específicas que concedessem aos mesmos, tratamento diferenciado e favorecido, conforme se constatou dos artigos 170, inciso IX, e 179, ambos da Constituição Federal. Foi importante frisar que a disciplina em nada contrariou os princípios constitucionais da isonomia, livre iniciativa e livre concorrência.

Os apontamentos iniciais a respeito da Lei Complementar nº 123/2006, recaíram sobre os critérios de enquadramento como micro ou pequeno empresário. O ponto mais importante, foi a conclusão de que a receita bruta acumulada nas operações em nome próprio, e em nome alheio, não infere a idéia de lucro ou prejuízo, isto é, não se relaciona com questões econômico-financeiras.

Por força desta lei, o procedimento de inscrição, alteração e baixa dos atos constitutivos de micros e pequenos empresários obedecem a um rito simplificado, unificado, integrado e linear, como medida de desburocratização e combate à clandestinidade por facilitação da regularização.

A simplificação das obrigações tributárias, através do regime especial do Simples Nacional, que reúne o recolhimento de apenas oito tributos em documento único, denominado DAS, recebeu severas críticas doutrinárias, que foram devidamente justificadas na pesquisa.

Do exame do Simples Nacional restou-se frutífera a constatação de que o sistema é limitado não apenas pelos tributos abrangidos, mas também pelas exceções previstas. Isto, sem contar com as hipóteses de exclusão e vedação ao ingresso no regime tributário.

O optante pelo Simples Nacional não goza de facilidades em apurar o valor devido a título de tributos. Para isso deverá observar uma variedade de alíquotas e bases cálculo, estabelecidas nos numerosos anexos que acompanham a

lei. As hipóteses variam conforme as operações e as atividades desenvolvidas, portanto, o regime de simples não tem nada.

A simplificação das obrigações trabalhistas e previdenciárias foi igualmente criticada, uma vez que não trouxeram soluções que diminuíssem os pesados encargos. Nesta seara, o estatuto foi tímido, covarde e medíocre, uma vez que as obrigações dispensadas não conferem aos micros e pequenos empresários um tratamento diferenciado e favorecido.

Entretanto, no que tange à facilitação em acessar os mercados, através das aquisições públicas, o estatuto em parceria com a lei nº 8.666/93, Lei de Licitações, realmente prestigiou o micro e pequeno empresário com um tratamento diferenciado e favorecido.

A única ressalva a ser feita, é que os prazos concedidos durante o procedimento licitatório são demasiadamente curtos, devendo ser alargados em face da dificuldade e morosidade em reunir os documentos e certidões necessárias ao cumprimento satisfatório da fase de habilitação.

Em relação ao procedimento especial de recuperação judicial de microempresários e empresários de pequeno porte, disposto na lei nº 11.101/05, baseado no parcelamento das dívidas quirografárias, a conclusão que faz é que a lei poderia ser mais audaciosa, no sentido de permitir a inclusão das demais dívidas, oriundas de outra natureza.

Portanto, a legislação pertinente aos micros e pequenos empresários evoluiu significativamente nos últimos anos, acompanhando o crescimento e desenvolvimento da classe empresarial. Entretanto, ainda há espaço para avançar, corrigir alguns aspectos, e melhorar em outros.

Felizmente, o Poder Público vem reconhecendo a importância do micro e pequeno empresário para o Brasil, mobilizando-se no sentido de intensificar as políticas de favorecimento do setor. Mas vale dizer, compete a todos, especialmente aos Operadores do Direito, posicionar-se favoravelmente aos pequenos empreendedores brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador de Paes - **Direito de Empresa no Código Civil**- 2ª edição rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Comentários ao Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte** - São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David – **Curso de Direito Constitucional** – 4ª Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro – **Curso de Direito Constitucional** – 18ª Ed. Ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 1997

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia C. Pereira - **Curso Avançado De Direito Comercial** - 5º ed. rev. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERTOLDI, Marcelo M., MARINS, James. **Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte Comentado: LC 123 de 14.12.2006; LC 127, de 14.08.2007**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

BERTOLDI, Marcelo M. – **Curso Avançado de Direito Comercial**, v. 1: teoria geral do direito comercial, direito societário – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BULGARELLI, Waldirio - **Direito Comercial** - 15ª ed. - São Paulo: Atlas, 2000.

CALLEGARI, Vera Lívero. **Direito Comercial** - Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CITAÇÃO DE PESQUISA DO DNRC (disponível em <http://www.dnrc.gov.br/>, acessado em 07.12.10)

CITAÇÃO DE JORNADAS DE DIREITO CIVIL – Enunciado Aprovado nº 195, (disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>, acessado em 03.03.11)

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 3, São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Manual de Direito Comercial, Atual. de acordo com o novo código e alterações da LSA, e ampl. com estudo sobre o comércio eletrônico**. 14º Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas – 8 ed.** – São Paulo: Saraiva, 2011.

COMETTI, Marcelo Tadeu. **Direito Comercial Direito de Empresa**. v.3, São Paulo: Saraiva 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Perfis da empresa**. Revista de Direito Mercantil, v. 104, p. 109-126, out.-nov. 1996.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Manual Jurídico da Empresa**. Brasília: Brasília Jurídica, 1988.

FILHO, Helio Capel. **A função social da microempresa**. Revista Jus Vigilantibus, pub. 27 de julho 2004. (Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2069>. Acesso em: 15/03/10)

FABRETTI, Láudio Camargo - **Direito de Empresa no novo Código Civil** - São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Simplex Nacional: Estatuto Nacional da Microempresas – ME e das Empresas de Pequeno Porte – EPP: Regime tributário Simplificado, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Lei Complementar nº 124, de 14 de agosto de 2007**. São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO Junior, Waldo - **Manual de Direito Comercial** - 10ª edição - São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua portuguesa/ Novo Aurélio Século XXI** - 3º. ed. totalmente revisada e ampliada - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Lições de direito comercial**. 2ª ed. São Paulo: Maltese, 1995.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Carlos Jacques Vieira – **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste** – Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis - **Direito de Empresa** -2ª edição, atualizada e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Maria Gabriela V. P. Rios, Vitor Eduardo Rios, – **Direito Falimentar** – 3 ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2010

_____. **Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias** - São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto – **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – Editora Malheiros – 11ª Edição, revista e atualizada – São Paulo, 2006.

GUSMÃO, Monica - **Direito Empresarial** - 1ª edição, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª Ed., São Paulo: Saraiva 2008.

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. **Licitações à luz do novo estatuto da microempresa (Lei Complementar nº 123/2006): incluindo o Decreto nº 6.204/2007, legislação correlata, experiências internacionais e análise de editas** – Campinas/SP: Servanda Editora, 2008.

MAMEDE, Gladston, Outros autores: Hugo de Brito Machado Segundo, Irene Patrícia Nohara, Sergio Pinto Martins - **Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte** – São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. ET. AL. **Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MONTAÑO, Carlos E. - **Microempresa na Era da Globalização: uma abordagem histórico-crítica** - 2 ed. - São Paulo: Cortez, 2001(Coleção Questões da Nossa Época; v. 69)

MORAIS, Alexandre de - **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional** - São Paulo: Atlas, 2006

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial**. Campinas: Bookseller, 1999.

NERY Junior, Nelson, Rosa Maria de Andrade Nery - **Código Civil Comentado** - 7.ed. rev. ampl.e atual. até 25.08.2009.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: RT, 1997

NAYLOR, Carlos Mauro. **Fundamentos Constitucionais do Simples Nacional**. Teresina, 2008. (disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11529>>. Acesso em: 21.09.2011)

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A função social da empresa e o novo Código Civil**. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. (disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763). Acesso em: 28. 04. 2010)

PASSOS, J. J. Calmon de. **Função Social do Processo**. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago.2002. (disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198). Acesso em: 15. 03. 2010)

PESQUISA ESTATISTICA FMI (disponível em: <http://www.imf.org/external/data.htm>, Acessado em:02.03.11).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva,2003.

ROQUE, Sebastião Jose - **Moderno Curso de Direito Comercial** - 2ªed. rev. e ampl.,São Paulo:Icone, 2001.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Eduardo. **Licitações e o Novo Estatuto da pequena e microempresa: Reflexos práticos da LC nº 123/06**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SEBRAE. (disponível em: <http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas/temas-estrategicos/exportacoes> - acessado em 05.03. 11)

SEBRAE-SP. (disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/QueroAbrirUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MPEsEmNumeros/Paginas/MPEsEmNumeros.aspx> - acessado em 03.03.11)

_____. (disponível em:
<http://www.sebraesp.com.br/QueroAbrirUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/Paginas/EstudosePesquisas.aspx> - acessado em 04. 03. 11)

SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed., rev. e atual. Nos termos da reforma const. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marcelo Henrique da. **A verdade verdadeira do Simples nacional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1458, 29 jun. 2007. (disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10083>>. Acesso em: 21 09. 2011)

TAVARES, Andre Ramos. **Direito Constitucional Econômico** - São Paulo: Editora Método, 2003.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na Ordem Econômica: princípios e função social** - Curitiba: Juruá Editora, 2009.