

A TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA PARA PEQUENAS EMPRESAS: MECANISMO PARA POSITIVAR VALORES E PRINCÍPIOS ECONÔMICO-CONSTITUCIONAIS

DIFFERENT TAX FOR SMALL COMPANIES: MECHANISM TO POSITIVE VALUES AND CONSTITUTIONAL ECONOMIC PRINCIPLES

César Maurício ZANLUCHI*
Marlene Kempfer BASSOLI**

RESUMO

Visando a satisfazer os ideários dos modelos democráticos e republicanos do Estado brasileiro, que enaltecem os valores da liberdade e da igualdade, foi destinado ao Estado o dever de desferir um tratamento diferenciado aos pequenos empresários. O intuito é garantir o acesso e a permanência na atividade econômica ante a confirmada desigualdade de condições com as grandes empresas. Ao Estado é dado o patronato de estabelecer políticas públicas que concretizem as normas constitucionais reunidas no capítulo que apresenta o regime jurídico-econômico, a partir de 1988, no Brasil. Deve assim, conceder às microempresas e empresas de pequeno porte um tratamento diferenciado, no âmbito tributário, de deveres administrativos e creditícios, conforme prescrito na Constituição no Art. 170, IX e Art. 179. A União, no exercício da competência tributária, editou a Lei nº 9.317/96, instituindo o sistema integrado para pagamentos de tributos federais, denominado regime tributário SIMPLES FEDERAL. Em seu Art. 2º, indicou o critério do faturamento para qualificar empresas nesta categoria. No entanto, no Art.

* Mestre em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília, professor da UNIMEP, campus Lins e Piracicaba-SP, Curso de Pós-graduação da (ESA – Escola Superior de Advocacia), São João da Boa Vista (UNIFEQB), Bauru-SP (INTEGRALE) .

** Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP, professora dos Programas de Mestrado em Direito da UNIMAR -Universidade de Marília-SP e UEL - Universidade Estadual de Londrina-Pr.

9º, utilizou-se de critérios diferentes do faturamento e, com isto, exclui do direito constitucional a este tratamento especial. Ao impor um tratamento diferenciado aos pequenos empresários, garantiu-se a igualdade material, que por sua vez, positiva os direitos, já referidos, de acesso (livre iniciativa), permanência e de condições para o enfrentamento das regras da livre concorrência. As exclusões de pequenas empresas têm reflexos jurídicos, sociais e econômicos graves. Entre eles, a diminuição das oportunidades de emprego e o desenvolvimento sócio-econômico do País. Tais constatações comprovam um desencontro entre políticas públicas desejadas pelo Estado brasileiro e políticas públicas praticadas pelos governos. Sob o aspecto constitucional, as políticas do Estado são irrenunciáveis. Assim, a inconstitucionalidade da Lei deve ser discutida.

Palavras-chave: Tributação diferenciada; microempresas e empresas de pequeno porte; democracia e igualdade.

ABSTRACT

Aiming at satisfying the ideals of democratic and republic's patterns of the Brazilian State that exalt the values of freedom and equality, the government was in charge of striking a distinct treatment to small entrepreneurs. The purpose is to guarantee their access and permanence in the economic activity, trying to avoid the confirmed inequality of conditions when concerning bigger companies. To the government is given the patronage to establish public policies that can materialize constitutional rules congregated on the chapter that is destined for the legal economic regime adopted since 1988 in Brazil. Thus, it must grant micro and small business companies a distinct treatment in the tributary area, an administrative and credit duties as prescribed in the articles 170, IX and 179. The government, in the exercise of the tributary competency, has published the law number 9.317/96, establishing the integrated system for payments of federal tributes called "tributário SIMPLES FEDERAL" regime. Its second Article indicates a certain invoicing in order to qualify entrepreneurs in this category. Nevertheless, the ninth Article uses different criteria in invoicing excluding the Constitutional law to this special treatment. By imposing a different treatment to small entrepreneurs, equality was guaranteed and it makes its access permanence of rights (free of initiative), positive, and also allows them to confront the business competition free rules. The exclusion of small entrepreneurs has a bad juridical, social and economical reflex, such as: decrease of jobs opportunity and social economic development of the country. Such statements prove a disagreement between public policies wished by the governments and those effectively established. Under a

constitutional aspect, the State policies are not rejectable. So, the unconstitutionality of the law must be discussed.

Key-words: Different tax; micro and small business companies; democracy; equality.

1. Introdução

Neste ano de 2006, festejam-se 18 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. É oportuno fazer-se uma reflexão sobre os avanços esperados e aqueles efetivamente alcançados. O recorte proposto é para o âmbito dos direitos positivados, no capítulo da ordem econômica, especificamente quanto àqueles que deveriam ser vivenciados pelos micro e pequenos empresários. Sendo assim, esses estudos foram motivados pela busca em identificar atitudes governamentais que inviabilizam o acesso ao direito de tratamento diferenciado que estes empresários têm assegurado, em nível constitucional.

Algumas premissas precisam ser definidas, para o intento da pesquisa: reconhece-se que a solução do problema está no ordenamento jurídico, no nível constitucional, ao estabelecer o regime jurídico-econômico; é possível identificar um direito subjetivo dos destinatários dessas normas e o correlato dever jurídico dos governos de intervirem na ordem econômica, de forma indireta, por meio da regulação normativa e do incentivo, a partir de uma interpretação sistemática do Art. 170, IV, IX e parágrafo único, além do disposto no Art. 179, da Constituição Federal; que os parâmetros constitucionais são os únicos válidos para identificar quais empresas devem ser qualificadas como micro e pequenas empresas, titular dos direitos a tratamento diferenciado, sob pena do vício da inconstitucionalidade.

Este estudo pretende demonstrar que os direitos constitucionais precisam de efetividade, especialmente face à relevância da atuação das pequenas e microempresas no mercado e pelo seu destaque em várias pesquisas econômicas. Elas têm atuação importante no mercado: geram empregos; oferecem produtos e serviços, atendendo ao princípio da defesa dos interesses do consumidor e às premissas da livre concorrência, desenvolvem tecnologias, possibilitam a vivência com a livre iniciativa, enfim, participam ativamente para o desenvolvimento sócio-econômico do Brasil e para alcançar os objetivos em direção de justiça social.

Sendo assim, todos os esforços de interpretação da ordem econômica constitucional devem ser no sentido de que os direitos a elas garantidos deixem de ser uma expectativa e passem, em breve tempo, a ser uma realidade.

1. A estruturação do ordenamento jurídico constitucional e a positivação de seus valores

O ordenamento jurídico é um sistema de proposições de direito composto por normas dispostas numa estrutura hierárquica convergente da norma fundamental,¹ formando com ela uma pirâmide normativa.² Cada uma das unidades normativas têm fundamento de validade formal e material, nas normas imediatamente superiores, retornando ao nível constitucional de onde originaram .

As normas componentes do ordenamento jurídico, conforme sistematização de Bobbio, dividem-se em dois grupos: normas de comportamento e normas de estrutura.³ As primeiras têm por destinatários as condutas das pessoas nas relações de intersubjetividade, que acontecem no nível dos fatos, da convivência humana. Prescrevem um dever-ser jurídico indicando comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos. As normas de estrutura têm por destinatários os sujeitos produtores de normas. Têm como conteúdo estabelecer limites para a produção de normas de comportamento ou mesmo outras normas de estruturas. Elas dispõem sobre órgãos do estado, procedimentos e modos pelos quais as normas devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema.⁴

1.1. Estrutura da norma jurídica

A norma jurídica é a unidade do ordenamento jurídico e sua composição é bímembre, ou seja, norma primária (direito material) e norma secundária (direito processual). Este é o posicionamento atual de Hans Kelsen⁵, para quem as normas primárias indicam o fato jurídico e prescrevem uma conduta humana a ser seguida e seus reflexos no universo jurídico (relação jurídica); já as secundárias são as que indicam a antijuridicidade (descumprimento de dever jurídico) e a respectiva sanção. Carlos Cossio,⁶ mesmo se coadunando com o entendimento de Kelsen, dá uma outra denominação às normas: endonormas e perinormas.

Da análise dessas normas, sob aspecto da Lógica Jurídica, especificamente nos estudos normativos em plano sintático, tem-se que elas podem ser construídas

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135-138.

² CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op cit.* p 138-139.

⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986, p. 181.

⁶ COSSIO, Carlos. 1964, *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 45-47.

a partir da moldura das proposições hipotéticas condicionais: “se (antecedente) **então** (conseqüente)”. É a composição interna das normas jurídicas. Para a norma primária, no antecedente, há a descrição de um fato de relevância jurídica (fato jurídico) e, no conseqüente, a prescrição de uma conduta proibida, obrigatória ou permitida (modais deônticos), relação jurídica material, em que está o direito subjetivo. Para a norma secundária, no antecedente, tem-se a descrição do descumprimento de um dever (antijuridicidade) e, no conseqüente, a prescrição da sanção jurídica, relação jurídica processual, em que estão os direitos de ação, de defesa e a pretensão a ser discutida perante o Estado-juiz.

Nessa estrutura são identificados dois “*dever-ser*”. O *dever ser* interproposicional, que seria o enlace entre o antecedente e o conseqüente, posto por uma decisão política pré-legislativa (liberdade do legislador), vinculando para determinado antecedente, a um ou mais conseqüentes. O *dever-ser* intraproposicional, alojado nas relações jurídicas, ou seja, prescrevendo as condutas jurídicas (modais deônticos) desejadas.

As normas jurídicas prescrevem, explícita ou implicitamente, o *deve-ser*, a conduta dos indivíduos, das autoridades e das instituições na vida social. “É um princípio diretivo da conduta”⁷.

Paulo de Barros Carvalho⁸, com amparo na teoria adotada por Norberto Bobbio, em sua obra *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, expõe que a norma jurídica apresenta-se como uma espécie do gênero “proposição prescritiva”, na forma de ação-tipo e força cogente, capaz de impor seus valores sociais hipotéticos.

[...] Comandos ou ordens seriam as proposições prescritivas de sujeito ativo coletivo ou pessoal e de sujeito passivo geral ou individual, mas que tivessem como objeto sempre um comportamento determinado concretamente, singular, vale dizer, aquele que uma vez cumprido exaure a força imperativa do comando. São as ‘prescrições concretas’. Por outro lado, normas seriam todas as proposições prescritivas, de sujeito ativo coletivo ou pessoal e de sujeito passivo geral ou individual desde que tivessem como objetivo um ação-tipo, em que a força cogente se renove sempre que o sujeito passivo venha a encontrar-se na situação hipoteticamente prevista. A esse tipo de proposições prescritivas Bobbio denomina de ‘prescrições abstratas’⁹.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 89.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

⁹ BOBBIO, Norberto. 1970, *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

Do exposto, é possível afirmar que por meio do fenômeno da produção normativa, a partir da estrutura apresentada, tem-se no Direito um dos instrumentos para que os valores eleitos pela sociedade como valores jurídicos possam ser realizados. Especialmente, porque na essência do Direito encontram-se os mecanismos da sanção e coerção estatal, para impor a conduta desejável. Essa imperatividade está presente em toda a norma jurídica, seja ela uma norma relacionada à organização e estruturação do Estado ou à regulação das relações sociais.

1.2 Estrutura do Sistema Normativo Constitucional

Considerando-se o conjunto normativo identificam-se sistemas normativos menores, sendo um desses o constitucional.

A Constituição assim é um “[...] sistema de proposições normativas, integrante de outro sistema de amplitude global que é o ordenamento jurídico vigente [...]”¹⁰. Como um sistema normativo, ela é composta por normas de estrutura e normas de comportamento, que têm por conteúdo tratar de matérias essencialmente e formalmente constitucionais.

Para positivar os modelos de estado, de governo, os direitos fundamentais, indicar valores jurídicos e outros temas constitucionais, o legislador constituinte utiliza, para a produção do texto jurídico, linguagem com termos abertos, que permitem absorção das realidades sociais vigentes em cada época. A partir dessa linguagem, é possível identificar valores e normas que podem ser princípios ou regras, que têm a capacidade de permitir a produção de normas, infraconstitucionais, para disciplinar as relações humanas em diferentes momentos, adaptando-se às mudanças que ocorrem no nível social. José Gomes Canotilho elenca, de modo bastante claro, as características constitucionais:

[...] o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de descodificação: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* (Caliess), traduzido na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema e regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de regras.¹¹ (grifos do autor)

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 141-142.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1145.

No ordenamento constitucional, os princípios e as regras não ocupam o mesmo grau de importância. Os princípios, diante do nível axiológico que carregam, estão em um grau diferenciado em relação às regras. Eles são alicerce, base, normas elementares de um ordenamento jurídico. Revelam um conjunto de preceitos de maior carga axiológica que os das regras.

Vários autores, entre os quais Alexy¹², Canotilho¹³, Bandeira de Mello¹⁴, Carraza¹⁵, Bonavides¹⁶ e Grau¹⁷, desenvolveram a idéia de princípio como sendo o ponto fundamental para a construção de um ordenamento constitucional.

Nas palavras de Karl Larenz¹⁸, ao tratar das características dos princípios, enaltecem que representam um papel de grande relevância para o ordenamento jurídico, por estabelecerem comandos fundamentais, auxiliares dos intérpretes, na aplicação de outras normas. Não possuem capacidade de aplicação direta, pois ainda lhes falta o caráter formal de proposição jurídica. Têm caráter normativo, pois direcionam as condutas a serem seguidas, porém sem força coativa direta. São dotados de comandos imperativos, com menor intensidade em relação ao das regras, mas são capazes de impor suas prescrições.

Um outro critério distintivo dos princípios em relação às regras é a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.¹⁹ Eles, ao contrário das regras, possuem um conteúdo axiológico explícito, mas, para a positivação de tais valores, necessitam das regras, ou seja, passar pelo processo de positivação.

Os princípios podem ser analisados exaltando-se os valores por eles protegidos, sem, contudo, examinar os mecanismos necessários para a positivação desses mesmos valores. Por tal motivo, sobressaem como verdadeiros alicerces de um ordenamento jurídico.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que princípio é:

[...] por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre

¹² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op cit.*

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁵ CARRAZA, Roque Antonio. *Op cit.*

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁸ LARENZ, Karl. 1991. p. 23. *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 27.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁰

Para Geraldo Ataliba, princípios são

[...] as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.²¹

Os autores referidos sublinham a idéia de que princípio está, necessariamente, relacionado a origem, início de um estudo ou de alguma coisa. Para a Ciência do Direito, o estudo dos princípios guarda especial importância, na medida em que eles figuram em todos os micro-sistemas jurídicos. Por serem os alicerces do ordenamento, se encontram no topo da estrutura normativa, seguidos pelas regras.

As normas jurídicas são proposições lógico-jurídicas que prescrevem comandos reguladores das atividades do mundo real, do mundo do *ser*. Os princípios, na mesma linha, prescrevem comandos direcionadores das atividades do mundo do *ser*, estão presentes, como espécies de normas jurídicas, no mundo do *dever-ser*. A inobservância dos comandos trazidos pelos princípios acarreta também antijuridicidade e, conseqüentemente, sanção. Considerando o nível hierárquico que ocupam no ordenamento, a sanção é a de invalidar a norma (regra) produzida em desconformidade.

1.2.1 Valores jurídicos e princípios constitucionais

Os valores extraídos do mundo do *ser* estão presentes na construção das normas jurídicas. As normas jurídicas estão impregnadas por esse componente axiológico, seja com maior ou menor intensidade, a depender de sua graduação dentro do ordenamento jurídico.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807.

²¹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3ª tir. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

Existem enunciados normativos que possuem uma carga maior de valor, como é o caso dos princípios. Por esse motivo, acabam exercendo influência na construção das normas de nível inferior, projetando-se também nas condutas a serem adotadas nas relações jurídicas.

Tanto os princípios quanto os valores exercem uma influência marcante na condução das relações sociais, porém ambos não se confundem. Conforme sistematização de Paulo de Barros Carvalho²², os princípios possuem característica de norma jurídica de posição hierárquica privilegiada e são capazes de promover limites objetivos. Os valores compõem a formação tanto das normas de estrutura quanto das normas de comportamento, mas são considerados independentemente da estrutura da norma. A fim de se tornar objetiva, a expressão dos fundamentos dos valores requer objetos da experiência social, mas os valores não se esgotam diante desses objetos. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho:

[...] Ainda que o belo esteja presente numa obra de arte, sobrarão esse valor estético para muitos outros objetos do mundo. Essa transcendência é própria às estimativas, de tal modo que o objeto em que o valor se manifesta não consegue contê-lo, aprisioná-lo, evitando sua expansão para os múltiplos setores da vida social.²³

Já os princípios, por traçarem limites objetivos, demandam uma menor complexidade na construção do seu sentido. O princípio da igualdade prescrito pelo Art. 5º da Constituição Federal, de 1988, é um desses limites objetivos. A compreensão de tal princípio é mais facilitada que a do valor igualdade. Exemplificando: para reconhecer a observância às prescrições do princípio, basta analisar o instrumento que introduziu norma no ordenamento jurídico e verificar se há um tratamento igualitário a todos os destinatários da nova lei. Entretanto, para compreensão do valor igualdade, é necessário maior abstração. Ressalte-se, ainda, que o conteúdo do valor não se esgota diante da norma.

Os valores são construídos em um processo histórico e vivenciados por uma sociedade.²⁴ Os princípios que neles se fundamentam tem origem a partir da 4ª maneira como os valores serão percebidos.²⁵

Esses valores podem ser encontrados tanto em termos abstratos, como na construção de modelos jurídicos de Estado e de Governo. Na vivência com as estruturas positivadas, será possível identificar se são ou não realizados. Aqueles

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 144.

²³ *Ibidem*, p. 145.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

²⁵ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 170.

valores registrados em nível constitucional, através de atos políticos, se alojam em posição privilegiada, aguardando um processo de positivação para que possam alcançar o patamar de efetiva realização no plano das relações humanas.²⁶

2. Os valores da liberdade e igualdade positivados na Ordem Econômica: princípios da livre iniciativa e da livre concorrência

Os valores liberdade e igualdade estão indicados em várias passagens da Constituição Brasileira de 1988. A positivação desses valores pode ser vista, também, no capítulo destinado à ordem econômica. Em relação à liberdade, especialmente, quando garante direito a todo cidadão de exercer livremente uma atividade econômica, independente de autorização do Estado. É o ideário do Estado Liberal, concretizado pelo Princípio da Livre Iniciativa.

No Brasil, o livre exercício de uma atividade econômica não deve ser encarado de uma forma plena, pois há autorização constitucional para impor limitações à livre iniciativa, sempre por meio de norma jurídica introduzida por lei. As limitações são intervenções do Estado, para impor aos sujeitos das relações econômicas respeito a outros valores e princípios que integram a ordem jurídico-econômica nacional, entre eles, o de evitar o abuso do poder econômico. Tem-se a presença do ideário de um Estado Social que prima pela vivência com o valor da igualdade material. No texto constitucional, está expressa a positivação da liberdade contornada pela igualdade. O valor liberdade, garantido pela livre iniciativa, e o valor igualdade pela intervenção estatal, cumprindo seu dever de garantir a todos os agentes econômicos os mesmos direitos.

A idéia de livre iniciativa privada, como termo de liberdade de atuação dos particulares, no mercado econômico, está presente desde a Carta Imperial, que, em seu Art. 179, inciso XXIV, prescrevia: “[...] Nenhum gênero de trabalho, de cultura, de indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”²⁷.

O fundamento da livre iniciativa não parou de ser buscado pelo legislador constituinte como meio de regular e direcionar as relações econômicas: o Art. 72, § 24, de nossa primeira Constituição republicana, de 1891; o Art. 115, da Constituição de 1934; e o Art. 135, da Constituição de 1937²⁸.

²⁶ BASSOLI, Marlene Kempfer. Positivação de valores constitucionais. *ARGUMENTUM* – Revista de Direito. Marília, SP, Universidade de Marília (Unimar), v. 4, 2004, p. 167.

²⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 245.

²⁸ *ibidem*, p. 246.

Até 1946, a expressão *liberdade de iniciativa* não havia ainda sido textualizada em constituições. O Art. 145 da Constituição, desse mesmo ano, trazia a prescrição: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a *liberdade de iniciativa* com a valorização do trabalho humano”. Esas mesmas prescrições vieram a serem repetidas na Constituição de 1967²⁹.

A livre iniciativa passou, então, de um entendimento feito pelo intérprete constitucional para um comando expresso, em conformidade com um modelo de Estado Liberal, em que a liberdade é considerada o bem maior do cidadão. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69, não só expressaram textualmente a liberdade de iniciativa, como também lhes deram um tratamento privilegiado, o de um verdadeiro princípio da ordem econômica³⁰.

A Constituição de 1988, em seu Art. 170, traz a prescrição de ser a livre iniciativa um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, “[...] o princípio básico do liberalismo econômico”³¹. Galgou o nível de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, nos termos do Art. 1º, IV³².

A liberdade deve ser conjugada em harmonia com os objetivos da ordem econômica, isto é, garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo³³, enaltecendo os ideais de um modelo social de economia.

Complementando os ideais tanto do modelo liberal, fundado na liberdade, quanto do social, com bases na isonomia, a livre iniciativa, conforme prescrita no *caput* e parágrafo único do Art. 170, da Constituição, busca amparo nas bases da livre concorrência. Tanto é assim, que Eros Roberto Grau³⁴ prefere defini-las em conjunto.

Positivada no texto constitucional, em seu Art. 170, IV, a livre concorrência tem por fundamento básico a competição entre as empresas sem qualquer interferência do Estado. Essa competição seria dotada de elementos naturais de auto-regulação do mercado. Porém, a auto-regulação do mercado é uma realidade muitas vezes não alcançada, devido à influência de empresas voltadas à prática de atitudes ofensivas à ordem econômica.

²⁹ TAVARES, *loco citato*.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* p. 183.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 773.

³² Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

³³ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 251.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* p. 185.

As organizações societárias ou outras condutas da ordem econômica podem levar à concentração do poder econômico e à figura do monopólio. São atitudes empresariais capazes de quebrar a harmonia nas relações econômicas. Esse afastamento artificial da competição entre as empresas não é — e nem deve ser — tolerado em um mercado construído em bases ideológicas de Estado Social de Direito, em que o objetivo a ser alcançado com a livre concorrência não é mais aquele do liberalismo tradicional — no qual a atuação das empresas deve ser livre em todos os aspectos, deixando a natureza empresarial ditar as regras —, mas, sim, o equilíbrio entre as grandes corporações e os pequenos empresários.³⁵ A livre concorrência, nesse modelo, dá aos participantes do mercado econômico o direito de competirem entre si, utilizando meios lícitos, observando, acima de tudo, a igualdade material.

Em um mercado livre, como o idealiza o modelo liberal de Estado, a concentração econômica pode se tornar uma realidade. A atual Constituição reconhece a força do poder econômico, tanto que condena o abuso no termos do Art. 173, § 4º. Dessa forma, a intervenção do Estado vem para assegurar oportunidade a todos que querem ter acesso e permanecer atuando na atividade econômica. A proteção do mercado econômico deve ser realizada para impedir as atuações abusivas. Um mercado totalmente livre somente seria admitido com ausência do fenômeno do abuso do poder econômico³⁶.

3. Microempresas e Empresa de Pequeno Porte e as barreiras impostas pela Lei 9.317 de 05 de novembro de 1996

O Direito deve estar a serviço de realizar os valores e os princípios constitucionais. Considerando o exposto no item anterior, é dever do Estado, a partir dos ditames constitucionais, dar continuidade ao processo de produção de normas para que os valores da liberdade — livre iniciativa e livre concorrência — e da igualdade — controle estatal das relações econômicas — possam ser vivenciados, conforme o Direito. Assim, voltando-se à realidade da ordem econômica, para que a igualdade material seja possível, é preciso considerar as desigualdades entre os agentes econômicos, ou seja, reconhecer que há diferença entre grandes e pequenos empresários.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, há normas que buscam tutelar os pequenos empresários, para que tenham acesso e que possam permanecer

³⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 129.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op cit*, p. 192.

atuando no mercado, assim, garantir-se a livre iniciativa, a livre concorrência e a igualdade material.

O direito comparado indica que foi o Direito italiano quem deu sua contribuição mais precisa por meio da legislação, por meio da qual, as pequenas empresas foram assim classificadas conforme o critério de tamanho e capacidade de produção.³⁷ No México, Irlanda, Alemanha, Suíça, Irã e Austrália³⁸, a definição de microempresa e empresa de pequeno porte está vinculada ao número de empregos que elas fornecem. No Uruguai e Venezuela, na América do Sul; Estados Unidos, na América do Norte; Dinamarca, Espanha e Itália, na Europa; e Israel, no Oriente Médio, esta conceituação, além do número de empregos, analisa o faturamento anual das mesmas.³⁹ Para o MERCOSUL, a Resolução GMC 90/93, alterada pela Resolução GMC 59/98, estabelece critérios de qualificação dessas empresas, tanto relacionados ao seu faturamento anual, como ao número de empregos que são capazes de fornecer⁴⁰.

Para o Direito brasileiro, o critério de definição de uma microempresa e uma empresa de pequeno porte está relacionado ao seu faturamento. O Art. 2º, da Lei 9317, de 05 de dezembro de 1996, alterado pela Lei 11.196, em 21 de novembro de 2005, define como microempresa aquela pessoa jurídica que tenha auferido receita bruta até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) em um ano-calendário e, empresa de pequeno porte, aquela que tenha auferido receita bruta entre R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) em um ano-calendário.

Além de definir o conceito de microempresa e empresa de pequeno porte, cria o sistema SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – como meio de positivar um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, em conformidade com os fundamentos constitucionais.

³⁷ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social: contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do Mercosul. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, a. XL, n. 124. Out./Dez. 2001, p. 184.

³⁸ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sdp/mpm/forpermanente/dadSegmento/defineMPE.PDF>>. Acesso em: 04 set. 2006.

³⁹ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sdp/mpm/forpermanente/dadSegmento/defineMPE.PDF>> Acesso em: 04 set. 2006.

⁴⁰ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sdp/mpm/forpermanente/dadSegmento/defineMPE.PDF>>. Acesso em: 04 set. 2006.

As empresas com margem de faturamento dentro dos limites trazidos pelo Art. 2º, da Lei 9317/96, alterados pela Lei 11.196/05, devem ser abrangidas pelo regime jurídico das microempresas e empresas de pequeno porte. Passam a serem assistidas pelo tratamento fiscal diferenciado, instituído pelo sistema SIMPLES FEDERAL, posto possuírem a mesma capacidade contributiva. Esse critério está conforme fundamentos constitucionais. É o fator determinante para o *status* de micro ou pequena empresa. A escolha de qualquer outro fator será uma opção inconstitucional⁴¹.

Ao ser reconhecida, em nível constitucional, a existência de um direito subjetivo de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, quer-se garantir o equilíbrio nas relações econômicas, dispensando uma proteção àquelas com menor capacidade de competição. Esta também deveria ser a tônica da legislação infraconstitucional. Porém, o Governo Federal, por meio da Lei 9317/96, não se ateu com fidelidade aos valores eleitos pela Constituição. Criou barreiras dentro do universo das microempresas e empresas de pequeno porte capazes de desigualá-las.

Apesar de estabelecer um tratamento fiscal diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei 9.317/96 impede que algumas delas — em função de algumas características de sua organização — optem pelo regime SIMPLES FEDERAL, ou seja, nos termos do prescrito no Art. 9º, não podem optar por esse sistema a pessoa jurídica:

[...]

III – constituída sob a forma de sociedade por ações;

IV – cuja atividade seja banco comercial, banco de investimentos, banco de desenvolvimento, caixa econômica, sociedade de créditos, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores imobiliários, empresa de arrendamento mercantil, cooperativas de créditos, empresas de seguros privados e de capitalização e entidade de previdência privada aberta;

[...]

XIII - que preste serviço profissional de corretor, representação comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculo, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, en-

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 223.

fermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

[...]

XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Os critérios de *discrimem* apontados não estão autorizados pela lei fundamental, o que torna essas barreiras inconstitucionais. A Constituição Federal, ao estabelecer o direito subjetivo à qualificação de microempresas e empresas de pequeno porte, quer possibilitar tratamento diferenciado. O intento é promover condições igualitárias a essas empresas, em relação aos demais agentes econômicos.

O sistema SIMPLES FEDERAL foi instituído para realizar os valores republicano-democráticos positivados por meio dos princípios e regras extraídas dos Art. 170, IX; Art. 179 e Art. 146, *d*, da Constituição Federal. É a forma de promover a igualdade de condições entre todos os agentes econômicos. Tal tratamento exige dos entes federados União, Estado, Distrito Federal e Municípios tributação favorecida, simplificação de deveres administrativos, facilitação de acesso a créditos. São direitos subjetivos de nível constitucional. Não é essa interpretação que se extrai das prescrições do Art. 9º, da Lei 9.317/96. Há diversos fatores de discriminação, dentro do universo das microempresas e empresas de pequeno porte não autorizados pela Constituição. A igualdade material pretendida se faz por meio dos fatores de discriminação relacionados aos interesses constitucionalmente protegidos⁴², evitando a promoção de desigualdades não positivadas.

O texto constitucional, em várias passagens, garante direitos aos seus destinatários na tentativa de equilibrar as estruturas sociais, em conformidade com os ideais de um modelo social de Estado. As prescrições referidas pelo Art. 179, Art. 170, IX e Art. 146, *d*, da Constituição Federal, servem para a promoção de um quadro de equilíbrio nas competições dentro de um mercado econômico e, assim, não só garantir a liberdade de iniciativa, mas também realizar a igualdade.

A criação, pelo Governo, de uma lei destinada a promover um tratamento fiscal diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte é uma forma indireta de intervenção na ordem econômica, destinada a garantir a positivação dos valores eleitos e protegidos pela Constituição. Em outras palavras, concede a

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 41.

elas condições igualitárias materiais e dessa forma vivenciar os atributos de uma concorrência justa.

A desigualdade de tratamentos entre empresas situadas em universos diferentes, tendo como base o seu faturamento, demonstra uma correlação lógica e racional entre os critérios de discriminação adotados e a isonomia positivada pelo texto constitucional.

Não seria suficiente a norma ater-se aos pressupostos fáticos e racionais para o estabelecimento de desigualdades. Deve-se caminhar, principalmente, sobre os fundamentos essenciais, positivados na lei fundamental, pois, caso contrário, ter-se-á uma incompatibilidade com o preceito igualitário⁴³.

Entre as restrições impostas pela Lei 9.317/96, destaque-se aquela que não possibilita a qualificação para acesso ao regime simples das pessoas jurídicas devedoras de tributos federais. Nesses casos, a União pode usar da prerrogativa legal de promover a Execução Fiscal (Lei 6830/80) e exigir os tributos nesse processo, sem, no entanto, tirar da empresa o direito constitucional ora em análise. Essa restrição é uma sanção política promovedora de exclusão de empresas momentaneamente em dificuldades. A consequência poderá ser a sucumbência desta atividade empresarial e, então, os princípios constitucionais da ordem econômica da livre concorrência, da geração de empregos, das oportunidades para o consumidor, do desenvolvimento social e especialmente da função social da empresa estarão comprometidos.

Contemporaneamente, a empresa tem relevância especial para as relações humanas. As empresas são agentes executores de políticas sócio-econômicas estatais. Sendo assim, deve-se promover o acesso e permanência no mercado, porque elas têm função e responsabilidade social a cumprir. Somente por meio da igualdade material é possível alcançar tais finalidades. Por tal motivo, as desigualdades devem vir expressas na lei, de forma a garantir a não promoção de fatores de injustiça, mas sim, de efetividade das heranças axiológicas, trazidas pela sociedade durante os vários anos de luta pela positivação dos direitos e garantias fundamentais⁴⁴.

Diante das prescrições constitucionais, é inadmissível discriminar pessoas ou situações, mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes⁴⁵. Não se resguarda de constitucionalidade a criação de um regime diferenciado que utilize como critério de discriminação o fato de a empresa ser devedora de tributos federais ou por estar constituída sob diferentes formas juridicamente admitidas ou mesmo por diferentes atividades.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op cit.* p. 43.

⁴⁴ JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005, p. 8.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op cit.* p. 29.

Quando o Governo trata empresas situadas em um mesmo universo — devido a seu faturamento — de forma diferenciada, deixa de observar os fundamentos e finalidades constitucionais destinados à ordem econômica. O legislador infraconstitucional, quando da criação do sistema SIMPLES, criou elementos de discriminação não positivados pela Constituição.

4. Os reflexos do descumprimento da norma constitucional que garante o direito ao tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte

O desrespeito dos governos relativamente ao direito de tratamento diferenciado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte reflete-se danosamente no desenvolvimento das atividades empresariais e da sociedade. A empresas hoje representam uma propriedade e, como tal, devem cumprir com sua função social.

Para André Ramos Tavares, o direito econômico teve uma importância grande para essa nova conceituação de propriedade. “[...] Parece uma realidade que o poder econômico — seja representado pela detenção de propriedades imóveis, de bens de produção, de tecnologia ou valor mobiliário — constitui um dos pressupostos do poder político.”⁴⁶ Se a propriedade empresarial é considerada bem de produção, deve produzir para atingir sua função social.

O *caput* do Art. 170 assegura a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Nota-se o caráter *distributivo prioritário*. A iniciativa empresarial não traz apenas lucro ao empresário, mas também promove a distribuição de riquezas e o desenvolvimento do Estado.

A produção empresarial de bens ou serviços aborda a questão do ato de *produzir* e do fato *produção*. Torna-se parte da política social, quando introduz elementos sociais a seu conceito. Assim, o fato produtivo e o ato de produção empresarial promovem a distribuição de riquezas, bem como o desenvolvimento do Estado, trazendo a função social da empresa como vértice de um desenvolvimento econômico.

Para cumprir a função social, as empresas necessitam de amparo governamental, por meio da intervenção indireta. Políticas de incentivo fiscal devem ser adotadas, com o intuito de baratear os custos de produção e da prestação de serviços, possibilitando concorrer em igualdades de condições com as grandes empresas. Assim, mantêm-se no mercado, poderão investir mais em seu negócio e proporcionar desenvolvimento mais consistente de sua atividade. Esse deve ser também, o objetivo das políticas governamentais.

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 159.

Promover não só o ingresso de novas empresas no mercado econômico (modelo econômico de Estado Liberal), mas, principalmente, garantir a permanência das já existentes (modelo econômico de Estado Social) é dever dos governos que não têm discricionariedade frente a tais decisões que, por estarem registradas em nível constitucional são políticas do Estado Brasileiro. Nessa condição, são irrenunciáveis.

A maioria das empresas de pequeno porte e microempresas do país passam por dificuldades financeiras, devido à impossibilidade de exercerem um direito que lhes foi outorgado pela Constituição, direito esse cerceado pelo Art. 9º, XV da Lei 9.317/96. Cerca de 60% das microempresas e empresas de pequeno porte encerram suas atividades em um prazo de cinco anos, sendo que 31% não sobrevivem mais de um ano⁴⁷.

Os artigos 170, IX ; 179 e Art. 146, *d* prescrevem ao Estado o dever de dispor a estas empresas um tratamento fiscal, contábil, comercial e creditício diferenciado, conforme já foi exposto. Implementar tais prescrições por meio de políticas públicas é dever dos governos. Os mecanismos estão indicados na Constituição Federal, e são o normativo e o incentivo. Esses dispositivos constitucionais são normas e, nessa qualidade, têm a estrutura sintática apresentada neste estudo. O direito ao tratamento diferenciado é o objeto da relação jurídica em que os sujeitos são o Estado, por meio de seus governos, e as pequenas empresas.

Todos os pequenos empresários têm direito a um tratamento diferenciado. “[...] É de ser analisado que o legislador constituinte tencionou que fosse dispensado tratamento jurídico diferenciado para todas as microempresas e empresas de pequeno porte, independentemente da atividade a que se dedicam”⁴⁸.

O Direito Subjetivo a um tratamento fiscal diferenciado objetiva privilegiar a base republicano-democrática adotada pelo Brasil, isto é, vivenciar o valor da igualdade material. A diferenciação legitimada pela Constituição serve como meio de positivação do princípio da capacidade contributiva, posto ser o faturamento o único ponto diferencial permitido⁴⁹. Qualquer outro critério adotado pelo Estado não seria passível de legitimação.

O crescimento da atividade empresarial facilita e melhora as condições de desenvolvimento do país. As microempresas e empresas de pequeno porte são

⁴⁷ SUZA, Marcos Moura e. Semana da Micro e Pequena na Fiesp debate leis e política de apoio para o setor. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticia/secao2/index.asp?tipo=1&tit=Geral&cid=5911&css=250>>. Acesso em: 04 set .2006.

⁴⁸ GUTIERREZ, Miguel Delgado *apud* TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 230.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 231.

responsáveis por 67% dos empregos formais existentes no estado de São Paulo⁵⁰ e cerca de 41% dos existentes no país.⁵¹

André Ramos Tavares já traçou compreensão nesse sentido, quando discorreu acerca do princípio da livre iniciativa, ao dizer:

[...] ao promover a tutela de referido grupo de empresas, a Constituição está assegurando, indiretamente, a manutenção e ampliação do princípio da livre iniciativa, permitindo que novas empresas, ainda que com estrutura reduzida ou diminuída, possam aventurar-se em mercados já povoados por grandes empresas⁵².

Completa o autor, ao analisar o tema sob a óptica da livre concorrência, ser importante a prevalência do tratamento diferenciado com o objetivo de conceder as condições para que as microempresas e empresas de pequeno porte, mesmo com uma estrutura menor, possam experimentar uma competição mais justa diante das grandes corporações⁵³.

Os reflexos danosos desta ofensa à Constituição não ficam adstritos apenas aos pequenos empresários. A sociedade e o Estado sofrem por via de consequência. Não conseguir espaço para desempenhar a livre concorrência — 31% das microempresas e empresas de pequeno porte encerram suas atividades num prazo de um ano — gera, entre outras consequências, o aumento do desemprego e um retardamento de desenvolvimento do País. São sinais de crise sócio-econômica.

Tanto os grandes quanto os pequenos empresários têm participação estrutural no mercado, portanto, a perda de um estabelecimento empresarial afeta a estrutura econômica do Estado brasileiro. Segundo Paulo Skaf, presidente da FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), as microempresas e empresas de pequeno porte “[...] respondem por 99% das empresas formais do Estado [...]”⁵⁴. Pesquisa realizada pelo IBGE, no ano 2000, mostrou que elas representavam cerca de 98% do total de empresas formais⁵⁵. O encerramento

⁵⁰ BOGUS, Milton. Semana da Micro e Pequena na Fiesp debate leis e política de apoio para o setor. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticia/secao2/index.asp?tipo=1&tit=Geral&id=5911&ss=250>>. Acesso em: 04 de setembro de 2006.

⁵¹ SKAF, Paulo. Entrevista na Câmara dos Deputados Federais. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.fiesp.com.br/noticias/secao2.index.asp?ss=139&id=7797>>. Acesso em: 06 set.2006.

⁵² TAVARES, André Ramos. *Op cit.* p. 232.

⁵³ *Ibidem*, p. 233.

⁵⁴ SKAF, Paulo. Semana da Micro e Pequena Empresa, na Fiesp, debate leis e política de apoio para o setor. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo disponível em <http://www.fiesp.com.br/noticias/secao2/index.asp?tipo=1&tit=Geral&id=5933&ss=250>. Acesso em: 04 set. 2006.

⁵⁵ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/sdp/proAcao/micEmpPequeno/micEmpPequeno.php>. Acesso em: 04 set. 2006.

precoce de suas atividades reflete-se desfavoravelmente na formação do PIB (Produto Interno Bruto), cujos índices são utilizados, em nível internacional, para a classificação do grau de desenvolvimento econômico de um País.

Não obstaculizar o acesso a um direito constitucional, garantido em norma constitucional, que é o acesso ao sistema SIMPLES FEDERAL, é uma forma de positivar os valores e princípios que integram a estrutura democrática brasileira. Esta é uma conquista do povo brasileiro.

Conclusão

1. O corte metodológico proposto nestes estudos foi para o capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O texto do direito avaliado permite afirmar que neste sub-sistema constitucional são identificáveis valores e normas que são princípios ou regras jurídicas, dirigidos a nortear a atuação dos governos e dos particulares diante das relações econômicas.

2. Dentre estas relações, destacaram-se aquelas em que um dos sujeitos de direito são as microempresas e empresas de pequeno porte, que ganharam *status* constitucional, conforme Art. 170, IX e Art. 179. Esses dispositivos registram uma política pública do Estado Brasileiro: tratamento tributário, de deveres administrativos e créditos diferenciados ante empresas de maior envergadura atuantes no mercado.

3. O objetivo deste tratamento diferenciado possibilita a vivência com os valores da liberdade e da igualdade material, positivados, também, nos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência. A livre iniciativa, de fundamento ideológico liberal, é a base para garantir a todos a possibilidade de atuação no mercado por meio de atividades econômicas. A livre concorrência aplaude a presença de grande número desses atores, a variedade de ofertas de produtos, mercadorias e serviços. Para tanto, é preciso garantir o acesso e a permanência no mercado. Este nobre objetivo será alcançado com a intervenção estatal indireta, por meio da regulação normativa e do incentivo. É a presença da ideologia social de Estado, que interfere para garantir conquistas sócio-econômicas. Diante desse panorama, aos governos, não resta alternativa que não aquela de produzir normas e incentivos que efetivem tais ditames constitucionais.

4. O governo federal, por meio da Lei 9.317 de 05 de novembro de 1996 se propôs a esta finalidade, ao disciplinar o regime diferenciado em discussão. A Lei em pauta indicou, em seu Art. 2º, o critério do faturamento para permitir às empresas serem qualificadas como micro ou de pequeno porte. No entanto, no Art. 9º, exclui empresas do acesso a esse regime especial, considerando critérios de

atividade, de sanções políticas tributárias, de forma de organização empresarial. Desviou-se das orientações constitucionais. Ao definir outros critérios que não o constitucionalmente indicado (faturamento que mede o porte das empresas), os governos não estão realizando uma política pública do Estado Brasileiro para o plano das relações econômicas. Esta antijuridicidade tem como sanção a inconstitucionalidade do Art. 9º da Lei 9.317/96.

5. Os reflexos da aplicação da Lei 9.317/96, não atribuindo a titulação para as pequenas empresas são, entre outras, das seguintes ordens: ordem jurídica, à medida que, enquanto não declara inconstitucional, as normas excludentes do direito constitucional expõem a inefetividade de direitos de nível constitucional; ordem social, à medida que as pequenas empresas não sobrevivem num mercado altamente competitivo, se não puderem usufruir de tratamento diferenciado e com isto contribuem para desvalores como o desemprego, o retardo do desenvolvimento sócio-econômico do país; ordem econômica, à medida que restringe o acesso e impossibilita a permanência no mercado das pequenas empresa, possibilitando a concentração do poder econômico que poderá desembocar em estruturas econômicas monopolísticas.

Nestes 18 anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, os microempresários e os de pequeno porte vivem na expectativa de usufruir direitos que são inviabilizados por uma inadequada interpretação dos valores, princípios e regras que compõem o regime jurídico-econômico nacional.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3ª tir. atualizado por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASSOLI, Marlene Kempfer. Positivização de valores constitucionais. *ARGUMENTUM – Revista de Direito*. Marília, SP, Universidade de Marília (Unimar), v. 4, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.fiesp.com.br>.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russell, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Disponível em. <http://www.desenvolvimento.gov.br>.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social: contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do Mercosul. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, a. XL, n. 124. Out./Dez. 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

