XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

JONATHAN BARROS VITA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jonathan Barros Vita; Liane Francisca Hüning Pazinato; Yuri Nathan da Costa Lannes. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-636-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito tributário. 3. Financeiro. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

Apresentação

O XXIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em parceria com a UNIVALI, entre os dias 07 e 08 de dezembro de 2022, apresentou como temática central "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities". Esta questão suscitou intensos debates desde o início e, no decorrer do evento, com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que ocorreram em Balneário Camboriú.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados como artigos no Grupo de Trabalho "DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II", realizado no dia 08 de dezembro de 2022, que passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido produzidos na temática central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes, a exemplo do direito tributário, do direito financeiro e das preocupações que surgem na relação entre fisco e contribuinte no tocante a proteção de dados pessoais, bem como políticas públicas e tributação sob o prisma da solidariedade social.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Profa. Dr. Jonathan Barros Vita– UNIMAR

Prof. Dra. Liane Francisca Hüning Pazinato - FURG

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie/FDF

INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL PELAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS QUE POSSUAM SÓCIO DOMICILIADO NO EXTERIOR

UNCONSTITUTIONALITY OF THE PROHIBITION FOR MICRO AND SMALL COMPANIES WITH A PARTNER DOMICILED ABROAD TO OPT FOR THE "SIMPLES NACIONAL" PROGRAM

Jamol Anderson Ferreira de Mello
Carolina Silva Campos
Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Resumo

A Constituição Federal brasileira estipula a necessidade de tratamento diferenciado e mais benéfico às micro e pequenas empresas como princípio estruturante de sua ordem econômica e também baliza necessária nos mais variados ramos jurídicos, como medida de isonomia material. O diploma legal que conferiu concretude às determinações constitucionais foi a Lei Complementar 123/06, que instituiu o Estatuto da Micro e da Pequena Empresa. Na seara tributária, criou o regime simplificado e favorecido chamado “Simples Nacional”, que unificou o recolhimento de diversos tributos de todos os entes federados, além de reduzir significativamente as obrigações acessórias. No entanto, apesar de avanços com relação à proteção dos menores negócios, a LC 123/06 obsta de opção pelo Simples Nacional algumas empresas, dentre elas, as pessoas jurídicas que tenham sócio domiciliado no exterior. Nesse sentido, o presente artigo busca demonstrar a inconstitucionalidade de referida exclusão, ao se comparar o tratamento fiscal mais benéfico concedido às pessoas físicas que investem em capital especulativo, em detrimento do investimento em capital produtivo das MPE, o que prejudica o desenvolvimento das pequenas empresas.

Palavras-chave: Pequenas empresas, Simples nacional, Vedação, Sócio domiciliado no exterior, Inconstitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Federal Constitution stipulates the need for differentiated and more beneficial treatment to micro and small companies as a structuring principle of its economic order and also as a necessary beacon in the most varied legal branches, as a measure of material equality. The legal diploma that gave concreteness to the constitutional determinations was the Complementary Law 123/06, which established the Micro and Small Company Statute. In the tax field, it created the simplified and favored regime called "Simples Nacional", which unified the collection of several taxes of all federated entities, besides significantly reducing the accessory obligations. However, despite the advances regarding the protection of small businesses, LC 123/06 prevents some companies, among them, those that have a partner domiciled abroad, from opting for Simples Nacional. In this sense, this article seeks

to demonstrate the unconstitutionality of such exclusion, when comparing the most beneficial tax treatment granted to individuals who invest in speculative capital, to the detriment of investment in productive capital of MSC, which harms the development of small businesses.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Small business, Simples nacional, Prohibition, Partner domicilied abroad, Unconstitutionality

1.INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA

O presente artigo trata da inconstitucionalidade da exclusão de pessoa jurídica que tenha sócio domiciliado no exterior do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conhecido como Simples Nacional.

Tal tema apresenta especial relevância tendo em vista a importância de micro e pequenas empresas para o desenvolvimento socioeconômico do país, motivo esse que ensejou a dispensa de um tratamento favorecido e diferenciado a elas, pela Constituição Federal de 1988.

E não só foi definida a necessidade de se estabelecer, por todos os entes federados, um regime jurídico capaz de atender as especificidades das empresas de menor compleição econômica, inclusive, com regras tributárias mais benéficas, como também foi erigido a *status* de princípio constitucional o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte", estruturante da Ordem Econômica nacional, nos termos do art. 170, IX, CF.

O diploma legal que instrumentalizou esses comandos constitucionais foi a Lei Complementar 123/06, inaugurando o novo Estatuto da Micro e Pequena Empresa, de observância obrigatória por todos os entes federados, e chamado de "Simples Nacional", com relação ao regime jurídico tributário previsto.

Foram estabelecidas as regras para enquadramento, listados os benefícios previstos para as mais variadas searas jurídicas, além de dois tipos de exclusão do regime favorecido, quais sejam: a exclusão prevista no art. 3º, §4º, LC 123/06, que impede que as empresas sejam qualificadas como micro e pequena empresa (MPE), e a exclusão prevista no art. 17, LC 123/06, que veda que uma MPE frua dos benefícios tributários, apenas, do Estatuto.

E aqui reside o foco do presente trabalho, que busca investigar a constitucionalidade de uma exclusão específica do regime tributário do Simples Nacional: a da pessoa jurídica que tenha sócio domiciliado no exterior (art. 17, II, LC 123/06).

A análise da constitucionalidade da citada vedação é primordial para se avaliar se o fundamento da Lei Complementar 123/06, qual seja, o favorecimento das MPE, vem sendo atendido e, também, se a legislação está em compasso aos art. 170, IX, 179 e 146, III, "d", da Constituição Federal.

Para tanto, adota-se como marco teórico deste trabalho o método crítico, proposto por Horkheimer no artigo "Teoria Tradicional e Teoria Crítica" de 1937 (HORKHEIMER, 1975, p. 125-162). As normas jurídicas relativas às MPE devem ser avaliadas para além de uma teoria tradicional, de modo a se compreender como se comportam socialmente.

Dito de outra forma, a mera análise das prescrições legais não é suficiente para se conhecer a realidade, de fato, posta. É preciso ultrapassar o mero conhecimento do teor legal, aqui, o art. 17, II, LC 123/06, e cotejá-lo com a Constituição Federal e com outros dispositivos legais, para, holisticamente, entender o ordenamento jurídico pátrio e as razões que levam, especificamente no presente trabalho, à exclusão das pessoas jurídicas com sócios domiciliados no exterior do regime tributário diferenciado e favorecido.

Até por isso, é indispensável que se lance um olhar crítico para revelar o real contexto normativo conferido aos investimentos feitos por pessoas residentes no exterior, para encaixar corretamente a vedação operada pela LC 123/06 no nosso ordenamento jurídico pátrio. Assim, pretendemos responder a seguinte pergunta: é correto que o investimento em pequenas empresas seja penalizado com a exclusão de referida pessoa jurídica do regime tributário do Simples Nacional, o que claramente desestimula o domiciliado no exterior a aportar capital em MPE, ainda mais se for considerado que o investimento do domiciliado no exterior em grandes empresas e em capital especulativo (até mesmo o parasitário) gozam de diversos benefícios e isenções fiscais? Ainda, considerando que a experiência internacional do sócio domiciliado no exterior pode contribuir para a inovação e desenvolvimento de novas tecnologias, referida vedação não prejudica as MPE?

São as indagações que norteiam o presente trabalho e é sob esse olhar crítico que assentamos a nossa análise.

2. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DIFERENCIADO E FAVORECIDO ÀS PEQUENAS EMPRESAS COMO MEDIDA DE ISONOMIA MATERIAL

As micro e pequenas empresas estão no cerne do desenvolvimento socioeconômico de um local, tendo em vista que efetivam tanto valores de ordem econômica quanto valores de ordem social. São consideradas, assim, um dos mais importantes pilares de uma economia e uma sociedade saudáveis (PETTER, 2008).

Por desenvolvimento socioeconômico se entende um estado de equilíbrio entre produção, consumo e distribuição de riquezas. Como pontua Sachs (2008), crescimento econômico e desenvolvimento econômico são conceitos autônomos, uma vez que a multiplicação de riqueza, por si só, não é suficiente para se alcançar a "[...] meta de uma vida melhor, mais feliz e mais completa para todos" (SACHS, 2008, p. 13). Portanto, o desenvolvimento econômico se traduz na ampliação das oportunidades de trabalho digno e, também, na redução da pobreza e das desigualdades sociais.

Sob a ótica da importância econômica das MPE, vê-se que elas são fontes de criação de emprego e absorção de mão-de-obra, respondem por relevantes parcelas do produto interno bruto (PIB), e constituem a maior parte das empresas formalmente estabelecidas.

No Brasil, em estudo publicado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE, 2015), verificou-se que as empresas de pequeno porte geraram 41.342 empregos formais celetistas no país, enquanto as demais registraram um saldo negativo de 25.072 empregos. No mesmo estudo, verificou-se que a participação dos pequenos negócios na massa salarial e no total de empregos gerados com carteiras assinadas no país foi de 41,4% e 52,1%, respectivamente, demonstrando que as MPE empregam mais do que as sociedades de maior porte (SEBRAE, 2015). Ato contínuo, as menores empresas são responsáveis por gerar, aproximadamente, 27% do PIB brasileiro, participando, assim, de mais de um quarto do produto interno bruto nacional.

Essa expressiva participação nos empregos gerados é vista, outrossim, em outros países. Conforme estudo da OECD (2000), aproximadamente 70% da mão-de-obra empregada está nas menores empresas.

Ainda, os menores negócios correspondem à maioria absoluta das empresas formalmente estabelecidas, chegando à marca de 98% das empresas em países como Brasil, EUA, Itália, Japão, Alemanha, etc., o SEBRAE (2015). Dessa forma, garantem estabilidade econômica e efetivam valores da livre concorrência e da livre iniciativa, por representarem a malha empresarial de diversos locais, pulverizando o mercado com atores econômicos.

E não se pode olvidar, ainda, da descentralização econômica que operam, garantindo novas oportunidades de desenvolvimento às regiões menos favorecidas (CAMPOS, 2017). No Brasil, pesquisa feita pelo SEBRAE (2006) demonstra que, entre os anos de 2000 e 2004, as regiões Norte (29,1%), Centro-Oeste (27,2%) e Nordeste (24,9%) tiveram um crescimento no número de micro e pequenas empresas maior que a média nacional (22,1%). Após essa expansão, apresentaram aumento na participação do PIB nacional, tendo reduzido a participação da região Sudeste no PIB de 57,8%, em 2000, para 55,2%, em 2003.

Por outro lado, sob a ótica da importância social, a relevância das MPE se mostra pela sua capacidade de absorver mão-de-obra e de criação de postos de trabalho de uma maneira relativamente maior do que as grandes empresas, como acima apontado.

Ademais, tem se observado que grupos minoritários excluídos do mercado de trabalho ou insatisfeitos com as condições oferecidas, como negros (BARRETTO, 2013) e mulheres (OECD, 2000), por exemplo, têm optado por abrir seu próprio negócio, o que demonstra que as menores empresas são alternativas às relações desiguais de emprego.

As empresas de pequeno porte são, portanto, veículos importantes ao desenvolvimento local, não entendido apenas como crescimento econômico e geração de riqueza, mas englobando os demais direitos sociais, como emprego, educação, saúde, entre outros. Ao criar empregos em número proporcionalmente maior quando comparadas às grandes empresas, as empresas de pequeno porte acabam por impulsionar o desenvolvimento regional, pois quem "[...] recebe salário ao final de cada mês, terá melhores condições [...] de obter saúde, educação, cultura, desporto; enfim, todos os demais direitos da ordem social são indiretamente intensificados" (MENDES, 2008, p. 160).

E justamente por serem veículos de valores econômicos e sociais, por gerarem riqueza e a distribuir de uma forma, relativamente, mais ampla que as maiores empresas, dado o seu potencial de geração de empregos, as micro e pequenas empresas estão no cerne do desenvolvimento socioeconômico de uma região.

Não por outro motivo, praticamente todos os países, em suas legislações internas, dispensam aos menores negócios tratamento jurídico diferenciado (KARKACHE, 2009), sendo que em três deles tal proteção está presente em suas constituições, são eles: Portugal, Peru e Brasil.

Ao se colocar a proteção das micro e pequenas empresas como um dos valores constitucionais, orienta-se toda atividade legislativa, executiva e judiciária de forma a efetivá-la, pois, conforme ensina Carrazza (2010, p. 34), "[...] o exercício dos poderes normativos é sempre circunscrito pela Constituição [...]", que limita e fundamenta todo o sistema jurídico; portanto, a previsão de um "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte" como princípio constitucional, obriga que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo observem tal comando no exercício de suas funções, moldando a criação ou a interpretação normativa.

No Brasil, o tratamento jurídico diferenciado às micro e pequenas empresas foi erigido a *status* constitucional com a Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, cumpre destacar que o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas não se trata, como indicado por Mendes e Ferreira (2016), de uma preferência constitucional pelo modo de produção dos menores negócios, mas do reconhecimento das dificuldades que eles encontram para se desenvolver. Assim, para os autores, "[...] a primeira e mais óbvia razão para o favorecimento é dar específico cumprimento ao ditame superior da isonomia – tratar os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida das suas desigualdades". (MENDES, FERREIRA, 2016, p. 88)

O "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte" é consagrado, pelo art. 170, IX, como um dos princípios fundamentais que norteiam a ordem econômica nacional.

Como ensina Schoueri (2013), referido princípio deve perfazer a existência digna, que é a finalidade da ordem econômica nacional, bem como as previstas no art. 3º, CF, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF); a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF); e a promoção do bem de todos, sem nenhum preconceito (art. 3º, IV, CF).

Indo além, o *caput* do art. 170, CF, determina, também, que o fundamento da ordem econômica é a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa; logo, toda iniciativa livre e que valorize o trabalho, tendente a garantir as finalidades e os objetivos constitucionais, merece proteção constitucional, desde que balizada pelos princípios que regem o ordenamento pátrio.

E sob todos esses vieses, percebe-se que as micro e pequenas empresas são, de fato, instrumentos indispensáveis para se garantir a livre concorrência e o pleno emprego, fundamentos da ordem econômica, uma vez que, como já apontado, constituem 98% das empresas formalmente constituídas no país.

Ademais, são instrumentos de valorização do trabalho humano, já que capazes de gerar mais empregos, relativamente, quando comparado às grandes, além de absorverem mão de obra, geralmente, preterida pelo mercado.

Logo, apesar de o princípio da isonomia ser a primeira razão para se diferenciar as empresas em virtude do seu porte, o tratamento jurídico favorecido conferido às micro e pequenas empresas não se encerra nele, mas intenta concretizar diversos valores constitucionais, como bem pondera Mendes (2015, p. 111),

> O tratamento favorecido, contudo, não se limita a buscar a igualdade entre as diversas empresas quanto ao seu porte, muito menos corresponde apenas a cuidar de desvalidos econômicos. O regime jurídico especial para as pequenas unidades produtivas é instrumento para a consecução de diversos e relevantes intentos constitucionais. De um lado, tem por escopo preservar as bases capitalistas de produção constantemente corroídas pelas distorções do modelo liberal, sendo uma delas a concentração econômica que afasta o mercado real do modelo ideal da concorrência perfeita de máxima eficiência; de outro, visa atender os mais variados direitos da ordem social por meio da ampliação das oportunidades de trabalho.

Outro comando constitucional que reforça o tratamento simplificado às micro e pequenas empresas é o art. 179, CF, que assim dispõe ser de responsabilidade de todos os entes federados um "tratamento jurídico diferenciado" a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, através da "simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas", de modo a incentivá-las.

Referido dispositivo fez nascer a obrigação da União, dos Estados e dos Municípios, em dispensar às empresas de menor porte tratamento jurídico favorecido e simplificado, já que, como ensina Carrazza (2010, p. 35), "[...] as normas constitucionais [...] caracterizam-se pela imperatividade de seus comandos, que obrigam não só as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, como o próprio Estado".

Ademais, o art. 179, CF, como indicado por Mendes e Patton (2016), traz algumas características do regime favorecido, que deve ser universal, gradativo, vantajoso e a alternativo.

Por universal, entende-se que o favorecimento é dever de todos os entes federados e abarca todos os ramos jurídicos, não só o tributário. Por gradativo, entende-se que o tratamento deve ser escalonado de acordo com o tamanho da empresa, sendo mais benéfico, assim, às microempresas, quando comparado às pequenas empresas. Por vantajoso, extrai-se que o regime deve, de fato, apresentar ganhos para os menores negócios, tendo em vista o caráter incentivador da diferenciação. E por alternativo está a permissão de se garantir inúmeras formas de favorecimento, como a eliminação, a redução e a simplificação de obrigações dos diversos ramos jurídicos, mas também por meio da concessão de direitos, como subsídios governamentais (MENDES, PATTON, 2016).

Ocorre que, por ser uma norma programática, ou seja, por depender de diplomas infraconstitucionais para ter sua efetividade completa, muitos entes federados não se incumbiram de destinar às MPE tratamento jurídico favorecido (MENDES, 2009). Ainda, mesmo quando os entes federados editavam leis benéficas aos menores negócios, verificou-se que a ausência de uniformidade desse tratamento, dada a multiplicidade de legislações a respeito do tema e, consequentemente, de diversos parâmetros para enquadramento como MPE, acarretava insegurança jurídica, já que uma empresa poderia ser pequena para a União, mas não para o Estado, por exemplo, ou, ainda, empresas semelhantes poderiam ter tratamento diferenciado em um Município, mas não em outro, o que, mais uma vez, submetia negócios idênticos a regras díspares.

Para solucionar essas questões, a Emenda Constitucional 42/03 deu nova redação ao art. 146, CF, conferindo à lei complementar, em matéria tributária, o papel de definir o tratamento favorecido e instituir um regime único de arrecadação de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais. Ademais, a referida EC inseriu o art. 94, ADCT, determinando que, tão logo entrasse em vigor o regime previsto no art. 146, III, CF, os demais regimes especiais de tributação deveriam ser cessados.

Houve, assim, uma uniformização do tratamento diferenciado a ser conferido às MPE, unificando os múltiplos regimes jurídicos existentes. Ainda, determinou o recolhimento de diversos tributos em uma única guia, bem como deu a ele nova característica, qual seja ser opcional ao contribuinte. No próximo tópico, lançaremos nosso olhar sobre ela e suas exclusões.

3. VEDAÇÕES INCONSTITUCIONAIS AO REGIME DO SIMPLES NACIONAL JÁ ESTUDADAS

A lei complementar editada para dar cumprimento ao tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas foi a LC 123/06, que estabeleceu o Estatuto da Micro e Pequena Empresa, chamado de "Simples Nacional", quanto ao ramo tributário.

A partir do art. 12, Lei 123/06, está a disciplina do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições. Esse novo regramento, além de mais amplo que os diplomas semelhantes anteriores, é de observância obrigatória por todos os entes federados, tendo em vista que revogou as demais leis internas que traziam um regime jurídico específico para os menores negócios.

Aumentou, também, o rol de tributos a serem recolhidos de forma única, englobando o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), a Contribuição para o PIS/Pasep, a Contribuição Patronal Previdenciária (CPP) para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica, o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

No entanto, apesar do significativo avanço da legislação, mencionada lei acaba por excluir alguns segmentos econômicos do tratamento tributário diferenciado. Tais exclusões setoriais, para serem válidas, precisam estar alinhadas ao que determina o texto constitucional, norma primeira do ordenamento jurídico pátrio. E aqui reside o escopo do presente trabalho: analisar se a exclusão referente às pessoas jurídicas com sócio domiciliado no exterior, operada pelo art. 17, II, LC 123/06, encontra guarida na Constituição Federal.

A exclusão de segmentos econômicos de regimes legais destinados às micro e pequenas empresas não é novidade trazida pela LC 123/06.

Desde a Lei nº 7.256/84, que impedia que fossem enquadradas como empresas de pequeno porte aquelas constituídas sob a forma de sociedades por ações, ou que realizassem

determinadas operações como importação, câmbio, seguro, entre outros, verifica-se a segregação legal federal quanto à forma e à natureza dos negócios prestados pelas menores empresas.

No mesmo sentido, o "Simples Federal", instituído pela Lei 9.317/96, aumentou o rol de atores econômicos obstados de optar pelo regime, apesar dos inúmeros avanços quanto ao Estatuto de 1984.

Importante destacar que a proibição de sócio domiciliado no exterior estava presente no Estatuto de 1984, mas o "Simples Federal", apesar de aumentar o número dos excluídos do regime, apenas previa citada exclusão para os estrangeiros. Ainda, pouco antes da sanção da LC 123/06, tramitava o Projeto de Lei Complementar 155/2004, que buscava eliminar todas as exclusões até então existentes quanto à opção pelo regime do Simples Federal.

Inclusive, o Projeto de Lei Complementar PLP 123/04, cuja aprovação resultou na LC 123/06, não previa qualquer vedação à opção das MPE pelo Simples Nacional, em sua redação original. No entanto, quando da aprovação da versão final do novo Estatuto da Micro e Pequena Empresa, as exclusões do regime foram incluídas a pedido do Governo, a fim de evitar perda de receitas.

No mais, a LC 123/06 tem dois tipos de exclusão. O primeiro, previsto no art. 3º, §4º, LC 123/06, assim como fazia o Estatuto de 1984, disciplina uma lista de empresas que sequer podem se enquadrar como de pequeno porte, o que as impede de fruir de qualquer dos benefícios legais do diploma. Já o segundo permite o enquadramento das empresas como MPE, mas vedam a opção pelo regime tributário favorecido instituído. Neste caso, apenas as regras tributárias não se estendem às MPE, sem prejuízo de gozarem das obrigações trabalhistas simplificadas, do acesso ao crédito e da participação exclusiva em licitação, por exemplo.

E é nesse segundo tipo que se encontram as pessoas jurídicas com sócio domiciliado no exterior.

O rol de exclusões previsto no art. 17 da LC 123/06 não se encerra na hipótese analisada no presente artigo, compreendendo outros tantos setores econômicos e situações empresariais que vedação a opção pelo regime favorecido de tributação, tais como as empresas que explorem serviços creditícios, que têm entidade da Administração Pública em seu capital social, com débitos com a Administração Pública, que prestem serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, que lidem com energia elétrica, que importem ou produzam automóveis ou motocicletas, que importem combustíveis, que produzam ou vendam cigarros e bebidas não alcoólicas, que realizem cessão ou locação de mão-de-obra, que se dediquem ao loteamento e à incorporação de imóveis, que realizem atividade de locação de imóveis próprios e as cadastradas irregularmente nos órgãos administrativos.

Não são poucos os trabalhos que enfrentam a constitucionalidade das exclusões operadas pelo art. 17, LC 123/06.

Inicialmente, Mendes (2015) já apontava para a ausência de justificativa constitucional para o impedimento de setores como o automobilístico, o de transporte de passageiros, o de energia e o de fabricação de armas, bebidas[1] e produtos de tabaco. Em que pese a existência de discursos legitimadores, como proteção à saúde, para justificar tais exclusões, o autor, na verdade, encontrou diversos benefícios fiscais destinados a grandes empresas desses mesmos segmentos, demonstrando que o intuito do impedimento de opção pelo Simples Nacional é evitar que pequenas empresas subtraiam parcelas do mercado detidas pelas grandes corporações.

Ao analisar especificamente o setor de bebidas alcoólicas, Campos (2017) também não encontrou qualquer razão constitucional para afastá-lo do regime tributário favorecido às MPE. À mesma conclusão chegou Chamas (2018), quando da análise das transportadoras interestaduais e intermunicipais de passageiros que não podem optar pelo regime do Simples Nacional. Maldonado e Lannes (2017), estudando o setor de energia elétrica, não conseguiram encontrar fundamento constitucional a justificar a exclusão de tal segmento econômico do Simples Nacional.

Logo, a constitucionalidade de parte dessa extensa lista de empresas obstadas de optar pelo Simples Nacional já foi objeto de análise por pesquisadores, sendo que a conclusão foi sempre pela sua inconstitucionalidade.

E não poderia ser diferente.

A Constituição Federal, ao dispor acerca do tratamento favorecido, não faz qualquer ressalva quanto ao segmento econômico ao qual pertence a micro e pequena empresa, ou à sua situação econômica ou cadastral. Por essa razão, os diplomas infraconstitucionais não poderiam limitar o alcance de tal princípio da ordem econômica.

Cumpre analisar, portanto, se a vedação às micro e pequenas empresas que tenham sócio domiciliado no exterior em optar pelo Simples Nacional encontra guarida no texto constitucional.

4. VEDAÇÃO ÀS MPE QUE POSSUAM SÓCIO DOMICILIADO NO EXTERIOR

Segundo o texto expresso do artigo 17, inciso II, da Lei Complementar 123/2006, é vedada a opção pelo regime tributário do Simples Nacional na hipótese de a pessoa jurídica, a

[1] A partir da LC 155/16 podem optar pelo Simples Nacional algumas micro e pequenas produtoras de bebidas alcoólicas que vendam no atacado.

despeito de ser qualificada como micro ou pequena empresa (não é causa de impedimento, conforme explanado no item anterior), possuir sócio domiciliado no exterior.

Para melhor delimitação de tal vedação à opção pelo regime tributário do Simples Nacional, é preciso delinear sua aplicação. Nesse contexto, cumpre preliminarmente esclarecer que o "sócio" mencionado pela norma é pessoa física ou natural, dado que, se o participante for pessoa jurídica, estaremos diante de hipótese de impedimento, nos termos do art. 3º, §4º, inciso I, da mesma LC 123/06[2].

Prosseguindo, a legislação tributária brasileira também cuida de informar quem é considerado "domiciliado no exterior". Além da situação manifesta do estrangeiro não domiciliado em nosso país, vê-se que segundo o art. 17, *caput* e §2º, Lei 3.470/58, norma consolidada pelo art. 14 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR – Decreto 9.580/2018)[3], o brasileiro que se retirar em caráter definitivo do território nacional por 1 (um) ano deve apresentar Declaração de Saída Definitiva do País, e assim será considerado domiciliado no exterior. Nesse ponto, inclusive, percebe-se retrocesso do Simples Nacional em relação ao extinto Simples Federal, visto que, no regime anterior, se o sócio residente no exterior fosse brasileiro, não haveria qualquer restrição[4].

Nessa seara, é de se perquirir quais seriam os motivos que levaram à instituição dessa hipótese de vedação específica.

A partir de uma interpretação sistemática do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, verifica-se uma preocupação recorrente do texto normativo em tentar coibir fraudes, para que aqueles que não necessitam do tratamento favorecido instituído pela Constituição Federal Brasileira vigente como princípio estruturante de nossa Ordem Econômica não venham a se beneficiar do tratamento diferenciado e favorecido estipulado em prol dos pequenos negócios.

Provas disso são as hipóteses de impedimento do artigo 3º, incisos III a V, da LC 123/06, que respectivamente excluem da qualificação como micro ou pequena empresa a pessoa jurídica que possuir (i) sócio de outra empresa beneficiada pela LC 123/06; (ii) sócio que participe com mais de 10% do capital social de empresa não beneficiada pela LC 123/06; ou

---

[2] 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;

[3] Art. 14. Os residentes no País que se retirarem em caráter definitivo do território nacional no curso de um ano-calendário, além da declaração correspondente aos rendimentos do ano-calendário anterior, ficam sujeitos à apresentação da Declaração de Saída Definitiva do País correspondente aos rendimentos e aos ganhos de capital percebidos no período de 1º de janeiro até o dia anterior à data da saída do País, observado o disposto no art. 918 (Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, art. 17, caput e § 2º).

[4] Segundo o artigo 9.º, inciso VI, da Lei 9.317/96, não poderia optar pelo Simples Federal a pessoa jurídica que tivesse "sócio estrangeiro, residente no exterior".

ainda (iii) sócio ou titular que seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que, em todos esses três casos, a receita bruta global (de ambos negócios) ultrapasse o limite anual de receita estipulado para qualificação como pequena empresa pelo art. 3º, II, da mesma lei. A razão do impedimento, nos exemplos citados, é evitar que mediante manobras societárias ou utilização de interpostas pessoas haja a criação de pessoas jurídicas para indevidamente se beneficiarem do regime, quando o grupo econômico já for considerado de médio ou grande porte. Outra preocupação possível de ser levantada diz respeito à aplicação da lei brasileira àquele que não se encontra em nosso território.

Nesse contexto, e à míngua de *mens legislatoris* sobre a hipótese de vedação específica, poderiam se levantar como argumentos em defesa da proibição de opção pelo regime tributário favorecido por pessoa jurídica que possua sócio domiciliado no exterior:

a) impedir que aquele domiciliado no exterior que seja administrador ou tenha mais de 10% de participação em empresa estrangeira com faturamento superior aos limites globais para opção pelo Simples Nacional seja beneficiado pelo sistema, "driblando" as hipóteses de impedimento do art. 3º, IV e V, LC 123/06;
b) impedir que por meio indireto, ou seja, a MPE possuir mesmo sócio pessoa física de empresa estrangeira, seja constituída suposta filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; ou ainda
c) aplicação da lei brasileira, o que poderia ser dificultada no caso de o sócio administrador ser domiciliado no exterior.

Contudo, as objeções colocadas como possíveis justificativas para a vedação aqui especificamente estudada não resistem a uma análise mais acurada.

Em primeiro lugar, quanto à suposta coibição de manobras visando ultrapassar os limites globais para opção pelo Simples Nacional, as hipóteses de impedimento do art. 3º, IV e V, da LC 123/06, existem para evitar que, no Brasil, pessoas jurídicas se utilizem de meios fraudulentos para indevidamente usufruírem dos benefícios aplicáveis às micro e pequenas empresas. Conforme será tratado adiante, eventual interesse de domiciliado no exterior – brasileiro ou estrangeiro – de investir em capital produtivo no Brasil deveria ser visto como importante fomento, considerando que as pequenas empresas são grandes motores de desenvolvimento econômico e social no Brasil e, de outro lado, enfrentam enormes dificuldades na captação de recursos. E mesmo que fosse o caso de se questionar tratamento anti-isonômico em relação aos domiciliados em território nacional - como será visto, discorda-se dessa proposição -, em última instância poderia ser criado mecanismo de controle, a exemplo de obrigação tributária acessória

que determinasse ao sócio domiciliado no exterior que indicasse se possui participação relevante ou administra empresa fora do Brasil.

Quanto à suposta alegação de que se busca coibir que por meio indireto se constitua suposta filial, sucursal, agência ou representação, no país, de pessoa jurídica com sede no exterior, deve ser considerada a redação atual do artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal brasileira, dada pela Emenda Constitucional (EC) n.º 6, de 1995. É que em sua redação original, o texto constitucional de 1988 considerava como princípio estruturante de nossa Ordem Econômica o "tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte", mas em sua redação atualizada pela EC 06/1995 consideram-se atualmente merecedoras de tratamento favorecido todas as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, ou seja, eliminou-se a necessidade de a pequena empresa possuir capital nacional. Nesse contexto, ainda que o sócio pessoa física da MPE domiciliado no exterior também seja sócio de empresa sediada no exterior, se houver constituição da pequena empresa sob nossas leis e que tiver sua sede e administração no Brasil, será esta empresa nacional e fará jus ao tratamento mais benéfico.

Sobre o suposto risco de não ser aplicada a lei brasileira se o sócio for domiciliado no exterior, o artigo 75 do Código Civil estabelece que, quando a administração ou diretoria tiver sede no exterior, é considerado como domicílio da pessoa jurídica o lugar de sua sede no Brasil. Ainda que se pense na excepcional hipótese de responsabilização da pessoa física do sócio, deve de início ser ressalvado que essa preocupação apenas nos parece factível quanto a sócio que exerça funções de administração, dado que o cotista não deve ser atingido por eventuais infrações da empresa, sobretudo as tributárias (art. 135, III, Lei 5.172/1966).

E, quanto à responsabilização pessoal dos administradores domiciliados no exterior, esclarece-se que a defesa da tese de necessidade de a pequena empresa ter dirigente domiciliado no Brasil para responder pessoalmente por determinadas obrigações tributárias fere frontalmente a isonomia material tratada pelo presente trabalho, pois quanto às médias e grandes empresas essa exigência não é mais realizada, diante da recente alteração na lei das S.A. (Lei n.º 6.404/76) pela Lei da Liberdade Econômica (Lei 14.195/2021) - sendo atualmente admitida a figura de diretores não residentes nas sociedades por ações -, norma essa que possui aplicação supletiva às sociedades limitadas (art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil)[5]-, e

[5] Quanto às sociedades de pessoas (limitadas e outros tipos societários previstos no Código Civil, atualmente a Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro e Integração (DREI) n.º 34/2017, alterada pela IN 75/2020, estipula em seu artigo 2.º que, de acordo com a legislação que rege cada tipo societário, o domiciliado no exterior poderá arquivar na Junta Comercial procuração outorgada ao seu representante no Brasil, o que demonstra sua facultatividade e restrição a determinados objetivos/obrigações.

considerando ainda que o art. 146, §2º, Lei 6.404/76[6], estipula a necessidade de o dirigente possuir representante residente no Brasil para apenas algumas finalidades específicas.

Afastadas as objeções preliminarmente apresentadas à opção pelo Simples Nacional de pequena empresa que possua sócio domiciliado no exterior, resta-nos a dura realidade: conforme considerações feitas em tópico anterior sobre o PLP 123/04, Projeto de Lei Complementar que resultou na LC 123/06, temos que a vedação especificamente em discussão possui, desde sua origem, objetivos meramente arrecadatórios. E, desnudada a real intenção da lei, verifica-se uma série de problemas advindos de tal postura.

Sob o prisma jurídico, são duas as inconstitucionalidades patentes.

A primeira, perceptível de plano, é que a vedação à opção pelo Simples Nacional de MPE que possua como sócio pessoa natural domiciliada no exterior contraria a redação atual do art. 170, IX, da Carta Magna brasileira vigente, visto que o mandamento constitucional é de que seja dado tratamento favorecido a todas as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Não há, no texto constitucional atual, a ressalva de que seria necessário que o capital fosse nacional, no que não é lícito ao legislador que produza tal *discrímen*, pois atualmente tanto as pequenas empresas de capital brasileiro, quanto as constituídas com capital estrangeiro, se são constituídas sob as leis brasileiras e tiverem sede e administração no Brasil, serão merecedoras de tratamento favorecido.

Para além dessa constatação evidente, temos ainda que a vedação ao aporte de capital por sócio domiciliado no exterior atinge a isonomia material que, conforme visto em tópico anterior, deveria agir em favor das micro e pequenas empresas. Isso porque a Lei Complementar 123/06, ao vedar a opção pelo Simples Nacional de empresa que possua sócio domiciliado no exterior, acaba por desestimular o aporte de capital produtivo nas MPE.

Nesse ponto, permite-se uma breve digressão para a seara dos estudos econômicos. Capital produtivo, segundo a obra-prima de Marx (1864), seria a transformação pelo capitalista do *capital monetário* em meios de produção (parte objetiva) e força de trabalho (trabalho produtivo) enquanto estágio de produção do *capital-mercadoria*[7]. Considerando a evolução e multiplicação da economia nos últimos dois séculos, e como não é intento desse trabalho se

[6] Art. 146 [...] § 2º A posse de administrador residente ou domiciliado no exterior fica condicionada à constituição de representante residente no País, com poderes para, até, no mínimo, 3 (três) anos após o término do prazo de gestão do administrador, receber:
I - citações em ações contra ele propostas com base na legislação societária; e
II - citações e intimações em processos administrativos instaurados pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de exercício de cargo de administração em companhia aberta.

[7] "As duas formas que o valor de capital assume no interior de seus estágios de circulação são a de capital monetário e capital-mercadoria; sua forma própria ao estágio da produção é a de capital produtivo" (Marx,1864, p. 142).

aprofundar em doutrina econômica tão densa, considerar-se-á, para os fins que se almeja, o capital produtivo atual como os investimentos financeiros aplicados na cadeia produtiva, na geração de riquezas.

Paralelamente ao capital produtivo há o capital especulativo, que nada produz e visa apenas à obtenção de lucros da forma mais rápida possível, como são exemplos a negociação de ações e derivativos e os títulos de crédito públicos e privados.

Não se desconhece o quanto o ingresso de capitais voláteis especulativos colaborou para a estabilização de nossa economia nos anos 90, pelo chamado Plano Real[8]. Ocorre que o investimento em negócios (capital produtivo) tem riscos intrínsecos de possível insucesso empresarial, possui prazo mínimo de retorno e não costuma ter liquidez, colocando-o em franca desvantagem em relação ao investimento em capital especulativo.

Nesse sentido, constatam Oliveira e Silva (2016) que nos últimos anos a atração de capital especulativo pelo Brasil tem contribuído para a desindustrialização de nossa economia[9]. Ademais, conforme nos ensina Laudares (2010, p. 86), "a prevalência do capital financeiro especulativo, em detrimento do capital produtivo, impede o crescimento do trabalho e emprego na produção de riqueza e erradicação da pobreza, assim ficando reduzida a população inserida no mundo do trabalho". Esses exemplos dos efeitos deletérios do privilégio ao capital especulativo em detrimento do capital produtivo levaram Carcanholo e Nakatani a cravar que se vive atualmente sob o domínio daquilo que convencionaram chamar de capital especulativo parasitário (Carcanholo e Nakatani, 1999, p. 285-286):

> O capital especulativo parasitário resultaria da conversão da forma autonomizada do **capital a juros** ou **capital portador de juros**, quando este ultrapassa os limites do que é necessário para o funcionamento normal do **capital industrial**. Sua lógica especulativa própria chega a contaminar até mesmo as funções produtivas, autonomizadas ou não, e, assim, o que constituía capital industrial se converte em capital especulativo. Este, como síntese dialética do movimento de suas formas funcionais, tem o capital especulativo parasitário como pólo dominante. [...]

[8] Segundo SILVA (2002), os planos de estabilização utilizados na América Latina nas décadas de 80/90 tinham em comum o fato de utilizarem a taxa de câmbio como âncora nominal, de modo que "o tamanho da base monetária passa a não mais depender das decisões isoladas dos bancos centrais desses países, mas da quantidade de reservas internacionais acumuladas e das leis e regras que relacionam o estoque de reservas com a criação de moeda". Sendo assim, necessário o superávit da balança comercial, sendo que os déficits em transações correntes (importações) deve ser financiado "pela entrada, a qualquer custo, de capitais externos sob a forma de investimentos diretos (atraídos, inúmeras vezes, por processos de privatizações), de capitais de portfolio (de curto prazo) e/ou pela ampliação da dívida externa via contratação de novos empréstimos junto ao sistema financeiro internacional" (SILVA, p. 388).

[9] Conforme concluem os autores: "Assim, nos últimos anos, a política de elevar a taxa de juros para controlar a inflação tem atraído o capital especulativo para a economia, reduzindo, dessa forma, o investimento total, e, com isso, como já foi visto anteriormente, o investimento industrial tende a reduzir-se mais que nos demais setores; logo a indústria é prejudicada, de um lado, pelo câmbio e, de outro, pelo aumento da taxa de juros, que desestimula novos investimentos. Portanto, a somatória desses dois efeitos pode estar contribuindo para o processo de desindustrialização da economia brasileira." (Oliveira; Silva, 2016, p. 58)

> Nossa tese é que a globalização, com todas as suas características, distingue-se de outras épocas da história do capitalismo pelo domínio do capital especulativo parasitário (forma particular mais concreta do capital portador de juros) sobre o **capital produtivo**. Nessa fase, o capital industrial converte-se em capital especulativo, e sua lógica fica totalmente subordinada à especulação e dominada pelo parasitismo. Dessa maneira, é a lógica especulativa do capital sobre sua circulação e reprodução no espaço internacional que define essa nova etapa. Sem dúvida, esse fenômeno está associado à quebra do padrão monetário internacional a partir dos anos 70. (grifamos)

Por conseguinte, constata-se a necessidade de se privilegiar o capital produtivo.

Nessa linha de raciocínio, é importante mencionar que a oferta de capital para investimento produtivo é crucial para o desenvolvimento e sucesso de qualquer MPE, mas as dificuldades da pequena empresa para a obtenção de crédito perante o setor bancário são enormes. Conforme Morais (2005), a assimetria de informações, falhas nos registros contábeis e dificuldade de obtenção de informações confiáveis, falta de habilidades gerenciais básicas dos pequenos empresários, altas taxas de mortalidade das MPE, ausência de garantias reais, entre outros, levam à restrição de crédito bancário aos pequenos negócios, e, quando há financiamento, seus custos financeiros são muito elevados. Tudo isso vem a corroborar que a existência de um sócio, ainda que domiciliado no exterior, com disposição em investir na pequena empresa, pode ser a melhor fonte de investimento do negócio.

Não bastasse isso, permite-se divagar que, em pleno século XXI, diante de uma sociedade globalizada e digital como a atual, pessoas naturais sistematicamente estão abandonado fronteiras, tendo a recente pandemia Covid-19 acelerado um movimento de fixação de domicílio nos lugares que pessoalmente lhes são mais convenientes, sem prejuízo de poderem remotamente trabalharem ou desenvolvem negócios onde profissionalmente melhor lhes aprouverem, o que pode contribuir para o processo de inovação e competitividade das MPE. Conforme constata Ribeiro (2016), há uma relação de mutualismo entre internacionalização das empresas e a inovação, sendo que

> a tecnologia detida pela empresa a ajuda a inovar e criar as vantagens competitivas necessárias para competir e ter sucesso no mercado internacional. Uma vez que a empresa desenvolve atividades no exterior, ela adquire conhecimentos que serão úteis para a manutenção de suas vantagens competitivas e para a criação de oportunidades. Melhorar ou criar vantagens competitivas implica mais inovação. Consequentemente, a relação entre inovação e internacionalização pode ser considerada uma relação mútua.

Nesse contexto, a vedação de opção pelo Simples Nacional de pessoa jurídica que possuir sócio domiciliado no exterior dificulta esse ganho de tecnologias, inovações e competitividade pelas MPE, na medida em que pessoas inseridas em outras culturas e com potencial disruptivo e inovador são desestimuladas a investir em pequenas empresas brasileiras.

Retomando o objetivo deste trabalho, justamente pela contraposição do capital produtivo que pode vir de sócio domiciliado no exterior, com o tratamento conferido pelo Brasil ao capital especulativo estrangeiro (até parasitário) é que exsurge a grande incongruência que se pretende descortinar.

Por todo o visto até o momento, as MPE são salutares para o desenvolvimento econômico e social brasileiro, enquanto o capital especulativo parasitário pode contribuir para a destruição da economia. Nessa ordem de raciocínio, admitir-se que a pequena empresa brasileira possa ter sócio domiciliado no exterior representa aumentar as chances de investimento em capital produtivo, o que gera riqueza, trabalho e desenvolvimento social.

A despeito de tudo isso, vê-se que na seara tributária o capital especulativo recebe tratamento mais benéfico que as MPE.

Isso porque, enquanto a pessoa jurídica que possua sócio domiciliado no exterior, a despeito de poder ser micro ou pequena empresa nos termos da LC 123/06, não poderá apurar e recolher seus tributos pelo regime do Simples Nacional, o capital especulativo estrangeiro não está sujeito ao pagamento de imposto de renda. É o que estipula a Lei 11.312/2006, tanto em relação aos títulos da dívida pública (art. 1º), quanto em relação aos fundos de investimento (art. 2.º c.c. art. 3.º), agraciando referidas operações com alíquota zero. Ademais, o art. 81, *caput*, apesar de seu intrincado texto, isenta de ganho de capital[10]. Também, este último benefício é extensível aos estrangeiros domiciliados no exterior[11]. Veja-se, portanto, a enorme lista de benesses tributárias ao capital especulativo.

Fica claro o disparate. O artigo 17, II, LC 123/2006, veda a opção pelo Simples Nacional pelas MPE com sócio domiciliado no exterior - é bom que se frise, torna mais gravoso o regime tributário da pequena empresa que possa receber capital produtivo do exterior -, ao mesmo tempo em que nossa ordem jurídica traz incontáveis desonerações (isenções e alíquota zero de IR) para estrangeiros que venham a se aventurar na especulação, o que ocorre contra os mais legítimos interesses econômicos brasileiros. Há total subversão de valores, em clara violação ao tratamento materialmente isonômico que o Estatuto Nacional da Microempresa e da

[10]Art. 88. Esta Seção dispõe sobre a **tributação dos rendimentos auferidos por investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo**, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo CMN não residentes ou domiciliados em país com tributação favorecida nos termos do art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996, excetuado os fundos soberanos a que se refere o § 15 do art. 92. [...]
Art. 90. **Não estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda os ganhos de capital auferidos pelos investidores estrangeiros de que trata o art. 88.** (grifamos)

[11]Art. 29. Aplica-se o regime tributário de que trata o art. 81 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, aos investidores estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliados no exterior, que realizam operações em mercados de liquidação futura referenciados em produtos agropecuários, nas bolsas de futuros e de mercadorias.

Empresa de Pequeno Porte deveria assegurar aos pequenos negócios brasileiros. São justamente as MPE, que possuem maiores dificuldades de financiamento de suas atividades, que acabam mais penalizadas na tentativa de obter capital produtivo necessário às suas atividades.

Portanto, vê-se concretamente que apesar de o tratamento favorecido às pequenas empresas ter sido erigido à condição de princípio estruturante de nossa Ordem Econômica (art. 170, CF), a LC 123/06 ter o dever de conferir tratamento diferenciado e favorecido às MPE (art. 146, III, "d", CF) e ser obrigação dos entes federativos a simplificação, redução e até mesmo eliminação de obrigações tributárias (Art. 179, CF), o art. 17, II, LC 123/06 fixou, em detrimento de todas essas normas constitucionais, vedação à opção pelo regime tributário do Simples Nacional para pessoa jurídica que possua sócio domiciliado no exterior, o que, ademais, também ofende o princípio da isonomia material que permeia todo o tratamento merecidamente mais benéfico deferido às pequenas empresas pela vigente Carta Magna, visto que nossa ordem jurídica dificulta a obtenção de capital produtivo pelas MPE ao mesmo tempo que incentiva o aporte de capital especulativo parasitário no país.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho se debruçou sobre a constitucionalidade da exclusão de pessoas jurídicas com sócio domiciliado no exterior do Simples Nacional.

Após detida análise sobre o regramento constitucional e legal disciplinado às MPE, o trabalhou cuidou de responder as indagações apresentadas na introdução, mormente ao tratamento tributário conferido aos investimentos feitos por pessoa física domiciliada no exterior.

Verificou-se que, apesar de não haver benefício em se tornar sócio de micro ou pequena empresa, pelo contrário, a empresa investida traria consigo um custo adicional, já que seria ela excluída do regime tributário simplificado e mais benéfico do Simples Nacional, a pessoa física residente no exterior, em contrapartida, encontra uma gama de incentivos fiscais para investimento no Brasil em capital especulativo.

Evidente, assim, o descompasso entre o tratamento tributário conferido ao investimento em micro e pequena empresa daquele conferido aos investimentos em bolsa de valores e títulos da dívida pública, quando os investidores estão domiciliados no exterior, demonstrando uma inversão de pilares constitucionalmente estabelecidos, já que a proteção às MPE e a todos os valores que ela instrumentaliza (pleno emprego, desenvolvimento socioeconômico, alimentação da livre concorrência, entre outros) é abandonada, enquanto há incentivo a investimento em capital especulativo, até mesmo o parasitário.

Ademais, seria salutar para as pequenas empresas que pessoas domiciliadas no exterior que tenham interesse em investir em capital produtivo, não apenas tivessem direito de a empresa investida se valer dos benefícios do regime tributário favorecido do Simples Nacional, como até fossem estimuladas a fazê-lo, considerando a dificuldade de financiamento pelas MPE, além do fato de que essas pessoas podem contribuir – a partir da experiência decorrente de vivência em outras sociedades e do conhecimento de outros mercados – com a melhoria do ambiente de negócios no Brasil, mediante ganho de tecnologias, inovações e competitividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETTO, Luiz. Uma opção democrática para ascensão profissional. In: NOGUEIRA, João Carlos (org.). **Desenvolvimento e empreendedorismo afro-brasileiro: desafios históricos e perspectivas para o século 21**. Florianópolis: Atilènde, 2013, p. 7-11.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAMPOS, Carolina Silva. **As micro e pequenas produtoras de bebidas alcoólicas artesanais excluídas do Simples Nacional e os custos tributários: uma necessidade de revisão legislativa.** 2017, 144 p. Dissertação (Mestrado) -Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

CARCANHOLO, Reinaldo A.; NAKATANI, PAULO. O capital especulativo parasitário: uma precisão teórica sobre o capital financeiro, característico da globalização. Porto Alegre (RS), **Indicadores Econômicos FEE,** v. 20, n. 1, p. 284-304, 1999. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/235712183.pdf. Acesso: 02 setembro 2022.

CHAMAS, Henrique Nimer. **A exclusão das micro e pequenas transportadoras de passageiros do Simples Nacional**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, W. HORKHEIMER, M; ADORNO, T. W.; HABERMAS, J. **Textos Escolhidos (Os pensadores, XLVIII).** São Paulo, Abril Cultural, 1975.

KARKACHE, Sérgio. **Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor**. 2009, 296 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

LAUDARES, João Bosco. Capitalismo, Mercado de Trabalho e Distribuição de Riqueza. Curitiba (PR), **Revista Tecnologia e Sociedade**, v. 6, n. 11, 2.ª ed., p. 86-98, jul./dez. 2010. Disponível em: https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/2563/1668. Acesso: 02 setembro 2022.

MALDONADO, Glesler Sales; LANNES, Yuri Nathan da Costa. Análise da constitucionalidade do impedimento de empresas geradoras de energia elétrica optarem pelo regime diferenciado de tributação – Simples Nacional. In: Revista Jurídica - UNICURITIBA. v. 1, nº 46, p.

258-280, 2017. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2008. Acesso: 02 setembro 2022.

MARX, Karl. **O Capital – Livro II.** Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Análise crítica à vedação ao aproveitamento de créditos no simples nacional. **Revista de Direito Tributário**, v. 103, p. 150-169, 2008.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. **Extrafiscalidade: análise semiótica.** 2009, 319p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Simples Nacional: Análise da Constitucionalidade das Exclusões Setoriais. In: **Anais do III Encontro de Internacionalização do CONPEDI** - Madrid, ES. Madrid, Edições Laborum, 2015, p. 107 – 129.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: **Anais do XXV Congresso do CONPEDI** – Curitiba, PR. 2016, p. 83-98. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/4zq26u71/9078usIX53p6NP8K.pdf. Acesso: 02 setembro 2022.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; PATTON, Ana Laura Javaroni. Pequenas empresas, ICMS e comércio eletrônico: a regulação inconstitucional do CONFAZ. In: **XXV encontro nacional do CONPEDI**. Brasília-DF. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 101-121. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1vtu3xbu/7KXI8490w5Vl6sGk.pdf. Acesso: 02 setembro 2022.

MORAES, José Mauro de. **Crédito bancário no Brasil: Participação das pequenas empresas e condições de acesso.** Santiago - Chile: ECLAC-ONU, 2005. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4563/S05929_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em 02 setembro 2022.

OLIVEIRA, Larissa Regina Arruda de; SILVA, Jose Alderir da. A desindustrialização e o capital especulativo na economia brasileira. Porto Alegre (RS), **Indicadores Econômicos FEE,** v. 44, n. 2, p. 45-60, 2016. Disponível em: https://revistas.planejamento.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/viewFile/3715/3778. Acesso: 02 setembro 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Small and Medium-sized Enterprises: Local Strength, Global Reach. Policy Brief, junho-2000.** Disponível em http://www.oecd.org/cfe/leed/1918307.pdf. Acesso: 02 setembro 2022.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Patrícia Dias. Relação entre internacionalização e inovação nas empresas: um estudo de caso. Rio de Janeiro (RJ), **Revista do BNDES,** v. 46, p. 263-309, 2016. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10094. Acesso: 14 outubro 2022.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SILVA Maria Luiza Falcão. Plano Real e Âncora Cambial. Rio de Janeiro (RJ): **Revista de Economia Política**, vol. 22, p. 387-407, 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0101-31572002-1240. Acesso em: 13 de outubro de 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SEBRAE. ANÁLISE DO CAGD. **Evolução do saldo líquido de criação de emprego formal no Brasil pelos pequenos negócios** – Março/2015. Brasília.

SEBRAE. **Onde estão as micro e pequenas empresas no Brasil.** São Paulo: SEBRAE, 2006.