

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

HENRIQUE NIMER CHAMAS

**A EXCLUSÃO DAS MICRO E PEQUENAS TRANSPORTADORAS DE
PASSAGEIROS DO SIMPLES NACIONAL**

Ribeirão Preto

2020

HENRIQUE NIMER CHAMAS

**A EXCLUSÃO DAS MICRO E PEQUENAS TRANSPORTADORAS DE
PASSAGEIROS DO SIMPLES NACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C442e Chamas, Henrique Nimer
A Exclusão das micro e pequenas transportadoras de passageiros do
Simples Nacional / Henrique Nimer Chamas; orientador Guilherme
Adolfo dos Santos Mendes. -- Ribeirão Preto, 220.
126 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
220.

1. EXCLUSÃO SETORIAL. 2. PEQUENA EMPRESA. 3.
TRATAMENTO FAVORECIDO. 4. TRANSPORTADORA DE
PASSAGEIROS. 5. TEORIA CRÍTICA. I. Mendes, Guilherme
Adolfo dos Santos, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: CHAMAS, Henrique Nimer

Título: A Exclusão das micro e pequenas transportadoras de passageiros do Simples Nacional

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que viabilizaram a construção desse estudo.

A Deus, agradeço pela vida e pelas provas que se transformaram em ensinamentos.

À minha família, pelo apoio incondicional a cada desafio que enfrento.

À minha noiva e futura esposa, pelo incentivo e pela compreensão nos momentos em que me ausentei para me dedicar aos estudos.

Ao meu orientador, professor Guilherme, pelas orientações, sugestões e dedicação aos estudos desse orientado. Sem sua contribuição, o trabalho não teria o mesmo resultado e, ao longo desses dois anos, a minha admiração se estendeu do profissional ao ser humano que és.

Aos sócios e a todos os colaboradores do escritório do qual faço parte, os quais tenho o prazer de chamar de amigos, por me motivarem a ser um profissional melhor e por compartilharem os mesmos sonhos comigo.

Aos docentes e amigos da FDRP/USP, pela seriedade no enfrentamento da vida acadêmica e pelo companheirismo.

RESUMO

CHAMAS, Henrique Nimer. **A exclusão das micro e pequenas transportadoras de passageiros do Simples Nacional**. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

O tratamento favorecido das pequenas empresas é um princípio da ordem econômica, previsto na Constituição Federal, e não traz qualquer hipótese de mitigação explícita. No entanto, a Lei Complementar n.º 123/2006 determina que as transportadoras interestaduais e intermunicipais de passageiros não poderão optar pelo regime do Simples Nacional, salvo algumas exceções. Essa discriminação permite a perpetuação da baixa competitividade do mercado e de sua alta concentração econômica, privilegiando os interesses das grandes empresas que atuam no setor. A partir dessas reflexões, o trabalho busca verificar a coerência das razões e fundamentações que justificam essa exclusão setorial a partir da Teoria Crítica do Direito. O exame não se restringe ao ponto de vista jurídico, embora a conferência da racionalidade dos argumentos jurídicos sejam colocados à prova, mas também são expostos os reflexos pragmáticos da norma jurídica na sociedade, correlacionando-os com a hipótese de que a norma de exclusão atende a um fim de legalidade discriminatória, transformando o direito num instrumento de dominação social. Em conclusão e ao final, a racionalidade jurídica da exclusão setorial é infirmada e o intuito de proteger os interesses das grandes empresas é revelado com fundamentos que tocam a realidade do setor de transportes de passageiros.

Palavras-chave: Exclusão setorial. Pequena empresa. Tratamento favorecido. Transportadora de passageiros. Teoria crítica do direito.

ABSTRACT

CHAMAS, Henrique Nimer. **The exclusion of micro and small passenger carriers from the simplified taxation system (Simples Nacional)**. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

The beneficial treatment of small enterprises is a principle set forth in the Constitution, for which there is no explicit mitigation. The LC nº 123/2006, however, advances a rule according to which the interstate and intercity passenger carriers can only opt for the simplified taxation system (Simples Nacional) under exceptional circumstances. This distinguishing contributes to the perpetuation of high standards of market concentration, benefiting large enterprises operating in the sector. From a Critical Theory of Law standpoint, the present work seeks to stress test the underlying rationale for this sectorial exclusion. The analysis is not restricted to a legal perspective, since the pragmatic implications of the legal rule on society are also discussed and correlated with the hypothesis that the exclusion rule conforms a discriminatory legality goal, shaping Law as an instrument for social domination. In conclusion, the sectorial exclusion's legal rationale is rebutted, hence revealing a clear interest in protecting the large enterprises' interests.

Palavras-chave: Sectorial exclusion. Small enterprises. Beneficial treatment. Passenger carriers. Critical Theory of Law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Modelos teóricos. Fonte: elaboração própria.	42
--	----

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Variação acumulada do PIB brasileiro e o do setor de transporte, Brasil – 2001 a 2016 (%).....	83
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ABCAM – Associação Brasileira de Caminhoneiros.
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
ANTAQ – Agência Nacional de Transporte Aquaviário.
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
CGSN – Comitê Gestor do Simples Nacional.
CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas.
CNT – Confederação Nacional de Transportes.
COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.
CPP– Contribuição Previdenciária Patronal.
CSLL– Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.
DF – Distrito Federal
EC – Emenda Constitucional.
GO – Goiás
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.
IPI– Imposto sobre Produtos Industrializados.
IRPJ – Renda da Pessoa Jurídica.
ISS – Imposto sobre Serviços.
JCA – Jelson da Costa Antunes.
LC – Lei Complementar.
MG – Minas Gerais.
MPE– Micro e pequenas empresas.
PB – Paraíba.
PIB– Produto Interno Bruto.
PIS – Contribuição ao Programa de Integração Social.
RJ – Rio de Janeiro.
RN – Rio Grande do Norte.
SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas.
SP – São Paulo.
TRIP – Transporte rodoviário interestadual de passageiros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A TEORIA CRÍTICA E O DIREITO TRIBUTÁRIO	17
1.1. A lição inaugural de Horkheimer	19
1.1.1. “Teoria Crítica e Teoria Tradicional”	20
1.1.2. Considerações sobre a teoria crítica	27
1.2. A Teoria Crítica do Direito	28
1.2.1. Principais ideias da Teoria Crítica do Direito	29
1.2.2. Considerações sobre a Teoria Crítica do Direito	33
1.3. A perspectiva majoritária da ciência do Direito Tributário	35
1.3.1. O majoritário paradigma científico do Direito Tributário	37
1.4. A teoria crítica aplicada ao Direito Tributário: uma análise para além do estruturalismo-formal	40
2. MPE E O TRATAMENTO FAVORECIDO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	43
2.1. MPE e o seu papel na sociedade contemporânea	45
2.2. MPE e o tratamento favorecido constitucional	53
2.2.1. A ordem econômica e o princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas	54
2.2.2. A regra constitucional do artigo 179	57
2.2.3. O papel constitucional da Lei Complementar para a realização da opção constitucional	61
2.2.4. Considerações adicionais sobre o regime constitucional do tratamento favorecido às MPE	64
2.2.5. Características do regime constitucional do tratamento favorecido das MPE	69
2.3. MPE e o tratamento favorecido infraconstitucional: uma análise do Simples Nacional	73
2.3.1. O desenho normativo do Simples Nacional: propósito e estrutura de adesão ao regime tributário	73
2.3.2. As exclusões setoriais	76
3. O SETOR ECONÔMICO DO TRANSPORTE E A EXCLUSÃO DAS TRANSPORTADORAS DE PASSAGEIROS DO SIMPLES NACIONAL	81

3.1. Breves considerações sobre o setor de transportes.....	81
3.1.1. Um panorama sobre o setor de transporte de passageiros.....	84
3.2. A exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional: a norma positivada	87
3.2.1. Normas e interpretações sobre a exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional	87
3.2.2. A incoerência do discurso legal: justificativas juridicamente incompatíveis com o vetor hermenêutico constitucional	93
3.3. A exclusão da atividade econômica de transporte de passageiros do Simples Nacional: muito além da norma positivada	97
3.3.1. A manifesta concentração econômica do setor do transporte de passageiros.....	98
3.3.2. O caso da greve dos caminhoneiros de 2018	103
3.3.3. A legalidade discriminatória em função dos poderes de dominação econômica.....	109
CONCLUSÃO	113
REFERÊNCIAS.....	119

INTRODUÇÃO

O assunto debatido nessa dissertação envolve duas temáticas de substancial importância para o desenvolvimento do país: as micro e pequenas empresas - MPE e o setor de transportes, em especial, o transporte de passageiros.

As micro e pequenas empresas, em dados numéricos atrelados à produção e distribuição de riqueza no Brasil, contribuem com 27% do Produto Interno Bruto, geram 52% dos empregos formais e respondem pelo pagamento de 40% da massa salarial do país.¹ Totalizam, os empreendimentos de pequena monta, 98,8% do universo de empresas que exploram atividades no setor de serviços no país.²

A constatação fria desses números permite inferir que, mesmo produzindo proporcionalmente menos riqueza bruta, as MPE são capazes de gerar a maioria dos empregos formais no Brasil e distribuir mais renda, se comparadas aos demais agentes econômicos.³

O breve panorama acima mencionado, ainda reforça a importância econômica das MPE na sociedade. Sob a orientação microeconômica estática, as pequenas empresas contribuem para a aproximação do mercado do modelo de concorrência perfeita, aumentando o número de atores no mercado.⁴ Por outro lado, ainda, em termos dinâmicos, são responsáveis por absorver mercados emergentes, tais como o tecnológico, rompendo com antigos métodos de produção típicos de empresas tendentes a diminuir o risco da atividade econômica⁵ – embora não

¹ SEBRAE MATO GROSSO. Dados referentes ao ano de 2012, segundo estudo apontado no site do Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. **SEBRAE**. Cuiabá, 2014. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>. Acesso em: 10 jul. 2019.

² SEBRAE. Dado com base no ano de 2012, retirado do “Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2013”. SEBRAE (Org.). **Anuário do trabalho na micro e pequena empresa**: 2013. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20Na%20Micro%20e%20Pequena%20Empresa_2013.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

³ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: **XXV Congresso do Conpedi** – Curitiba, Direito Administrativo e Gestão Pública III, 2016, p. 84.

⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 146.

⁵ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. **Pequenas empresas e desconcentração administrativa**. *op. cit.*, p. 84.

necessariamente descrito sob a ótica das pequenas empresas. SCHUMPETER denominou esse fenômeno dinâmico da economia de “destruição criadora”.⁶

Socialmente, a contribuição das pequenas empresas é gigantesca: empregam mais que todos os demais atores da economia, garantindo que os próprios cidadãos-empregados concretizem seus direitos sociais em prol da dignidade da pessoa humana. Com trabalho e salário, é possível ter acesso a moradia, alimentação digna, saúde, educação e outros, sem depender diretamente da prestação estatal.⁷

No aspecto jurídico, conforme será melhor elaborado no segundo capítulo desse trabalho, verifica-se o potencial enlace do princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas, insculpido como um dos corolários da ordem econômica, conforme previsto no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal. Tal norma irradia valores hermenêuticos para todo o sistema jurídico, devendo as demais legislações serem coerentes ao vetor constitucional que beneficia as MPE, bem como os dados numéricos sustentam ainda mais a ação estatal voltada ao desenvolvimento desses micro e pequenos agentes econômicos.

Com relação à atividade de transportes, na modalidade do transporte rodoviário de cargas, especificamente no Estado de São Paulo, as MPE são responsáveis por 6,8% dos 1.118.986 pequenos negócios empresariais atuantes no segmento serviços e seu crescimento se mostrou avultado: do ano de 2009 para o ano de 2014, o número de pequenas transportadoras aumentou em 260,95%, saltando de 29.231 empresas para 76.248.⁸

No setor de transporte de passageiros, pelo contrário, por expressa vedação da Lei Complementar nº 123/2006, as MPE não podem aderir ao regime do Simples Nacional, ainda que estejam na faixa de faturamento que as caracterize como micro ou pequena empresa, motivo pelo qual dados empíricos são escassos e a estrutura de mercado desse setor é demarcada pela baixa competitividade e pelo alto grau de

⁶ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 108-113.

⁷ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: **VII Encontro Internacional do Conpedi** – Braga, PT, 2017, p. 292.

⁸ Dados retirados do relatório: SEBRAE SÃO PAULO. **Panorama dos Pequenos Negócios 2018**. SEBRAE. 2018. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/Panorama_dos_Pequenos_Negocios_2018_AF.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

concentração econômica. Essa proibição, a qual se denomina exclusão setorial das transportadoras interestadual e intermunicipal de passageiros do Simples Nacional, é o tema a ser investigado nessa dissertação, conforme desenvolvimento nos próximos capítulos.

As inferências e os dados seriam extremamente animadores, se não fossem observadas expressivas – mas ocultas - disfuncionalidades intencionais que agem em favor do interesse das grandes empresas, isto é, das que possuem considerável capital acumulado. No clássico embate entre capital e trabalho, as MPE são usadas ou desprezadas pelos detentores do capital produtivo e político, a fim de obterem vantagens econômicas das mais diversas naturezas. A exclusão setorial das transportadoras de passageiros, elencada no rol de proibições da LC nº 123/2006, é uma delas.

A impossibilidade de as transportadoras de passageiros aderirem ao Simples Nacional certamente se enquadra no âmbito do uso da legitimação do direito para criar obstáculos falsamente naturais ao desenvolvimento econômico do setor, atendendo a um ideal de legalidade discriminatória e favorecendo a concentração econômica – isso, acredita-se ser uma hipótese de inconstitucionalidade, à luz do princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas, viola a livre concorrência e configura um abuso do poder econômico, preceitos estes resguardados pelo ordenamento jurídico.

É por isso que, impulsionado pela inconformidade com a exclusão setorial apresentada, veiculada pela lei que pretensamente deveria confirmar o ideal do arquétipo constitucional aplicável às MPE, o objetivo maior apresentado nesse trabalho é a investigação crítico-jurídica das razões que tentam legitimar a exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional. Almeja-se igualmente aventar mudanças legislativas atinentes à matéria, já que o papel do jurista construtor é o de não só apresentar contrariedades, mas também imaginar prospectivamente qual o melhor caminho para democratização da sociedade.

O problema do trabalho, portanto, consiste na seguinte pergunta: é constitucional a vedação da possibilidade de as micro e pequenas transportadoras de passageiros de aderirem ao regime tributário do Simples Nacional? Para responder ao questionamento, o roteiro do trabalho foi dividido em três partes.

No primeiro capítulo, serão fixadas as bases teóricas que possibilitarão analisar as razões que motivaram a inserção da norma proibitiva na Lei

Complementar nº 123/2006, a fim de não apenas focalizar o direito como um sistema fechado e puro metodologicamente. Logo, serão determinadas as bases da teoria crítica e da Teoria Crítica do Direito, marcos teóricos norteadores da pesquisa. Ver-se-á que a Teoria Crítica do Direito é o instrumento que permite o questionamento do próprio sistema do direito posto, pois entende que há, no direito, um potencial reflexo dos interesses dos grupos dominadores na sociedade, o que, fatalmente, reflete seus interesses particulares num sistema legitimado pelas estruturas de poderes do Estado. Isso significa que a naturalidade na qual os cidadãos recebem uma norma, tendo em vista sua aparência legítima, por vezes, opera em desfavor da sociedade como um todo, prestigiando apenas os interesses de poucos, tal como ocorre no caso da exclusão setorial objeto de estudo.

No segundo capítulo, inicialmente, o olhar se voltará à contextualização da MPE na sociedade contemporânea, sob um viés crítico, com o intuito de compreender o cenário econômico, político e social no qual se inserem as diminutas unidades produtivas e desvelar a percepção comum de que os diplomas normativos encontrados no ordenamento jurídico concretizam em sua integralidade o corolário constitucional do tratamento favorecido das pequenas empresas – em várias situações a lei não toca a realidade como deveria.

Note-se que esse primeiro momento do segundo capítulo é essencial para o desenvolvimento da sua segunda parte, na qual será estudado o tratamento especial que deve ser destinado às pequenas empresas, contido no sistema do direito posto. Serão analisadas as principais normas da Constituição Federal e do Simples Nacional em matéria de MPE, extraído-se do âmbito intranormativo, sob análise da ótica jurídica, o que se encontra e o que se espera de um microsistema do tratamento favorecido das pequenas empresas.

Já o terceiro capítulo conterà o desfecho da obra, momento oportuno para, após tecer toda a construção crítico-teórica, analisar o contexto no qual se inserem as MPE na sociedade contemporânea, estudar o funcionamento do vetor constitucional do tratamento favorecido das pequenas empresas e entender como a LC nº 123/2006 veiculou as normas que impactam diretamente a realidade dos pequenos, todos assuntos estudados nos capítulos anteriores.

Além disso, este capítulo irá apurar a hipótese de inconstitucionalidade da exclusão setorial da atividade de transporte de passageiros do Simples Nacional, sob a ótica jurídica (intrasistêmica), posto que serão analisados argumentos jurídicos

que desconstroem a legitimidade da norma. Também sob a análise de ciências sociais aplicadas afetas, tais como a social e econômica (intersistêmica), na qual interessantemente se fundamentará o verdadeiro motivo pelo qual a exclusão das transportadoras de passageiros existe: o intento de criar barreiras ao desenvolvimento de pequenas empresas no setor, mantendo-o, assim, na situação em que se encontra, com baixa competitividade e alto grau de concentração.

No que tange à metodologia, é importante salientar que todo o trabalho é permeado e referenciado pela Teoria Crítica do Direito, sendo este o método investigativo que propulsiona a pesquisa. Ainda assim, é possível classificar que no primeiro capítulo, como o enfoque será a delimitação do marco teórico crítico, abordando a relação entre a Teoria Crítica do Direito com a teoria estrutural-formalista e dissertando sobre como o direito será encarado na obra, utilizar-se-á o método jurídico-teórico.⁹

O segundo capítulo e o terceiro capítulo, sob o ponto de vista metodológico, são desenvolvidos sob o prisma crítico, estruturado no primeiro capítulo. Embora, de fato, se faça uso do sistema normativo para levar ao leitor à compreensão sobre o assunto dissertado, não se classifica o trabalho, em especial o segundo capítulo, como uma típica pesquisa na qual se usa do método jurídico-dogmático.¹⁰ O olhar crítico é predominante e o questionamento do direito como é positivado é algo que não compactua com sua assunção como dogma – a situação é exatamente oposta, pois se assume que o direito não é um sistema autossuficiente e se oprime a ideia de que há um purismo epistemológico no direito.

⁹ A vertente jurídico-teórica acentua os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários de determinado campo que se deseja investigar. Essa vertente relaciona-se, mais diretamente, com a esfera da Filosofia do Direito e com as áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos. Essa vertente deverá seguir os mesmos passos das demais, à exceção dos procedimentos metodológicos de campo. Isto não significa, porém, que as investigações inseridas nessa vertente não tenham natureza aplicada como as demais, visto que toda investigação teórica, no campo das Ciências Sociais Aplicadas, deve visar uma aplicação prática. Cf. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 42.

¹⁰ Nas palavras de Gustin: considera o Direito com auto-suficiência metodológica e trabalha com os elementos internos ao ordenamento jurídico. Desenvolve investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do Direito com a avaliação das estruturas internas do ordenamento jurídico. Acentua a noção de eficiência das relações entre e nos institutos jurídicos, restringindo a análise do discurso normativo interno aos limites do ordenamento. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. *op. cit.*, p. 41-42.

A respeito do tipo de raciocínio, entende-se que é destacável na pesquisa o raciocínio hipotético-dedutivo,¹¹ desenvolvido no último capítulo da obra. Isso porque com as bases do referencial teórico crítico, será analisada a exclusão setorial das transportadoras de passageiros do Simples Nacional e a hipótese de sua inconstitucionalidade será testada sob o aspecto intranormativo, isto é, jurídico, e também pelas comparações intersistêmicas, ou seja, recortes da realidade que fundamentam a conclusão jurídica. Parte-se, portanto, de uma hipótese a ser confirmada sob diversos prismas analíticos.

Por fim, uma ressalva é válida tecer desde esse início: a relevância do tema não reflete em abundância de estudos que o enfrentam. Tanto em matéria de micro e pequenas empresas quanto no específico setor de transporte de passageiros, há carência de trabalhos, o que, por um lado, torna mais difícil o diálogo dessa dissertação com ideias diferentes decorrentes de outros trabalhos, mas, por outro lado, permite regar com um singelo balde d'água um deserto acadêmico, na esperança de que um dia se colham flores –lançam-se novas ideias sobre um tema e provoca-se a academia à continuidade de seu estudo.

¹¹ Pautada nas ideias de Karl Popper, aduz Gustin que “o raciocínio seria hipotético-dedutivo, apresentado por meio das seguintes características: a) existem expectativas ou conhecimento prévio; b) surge o problema de conflitos com as expectativas ou teorias já existentes; c) propõem-se soluções a partir de conjecturas (dedução de consequências na forma proposições passíveis de teste) d) testagem de “falseamento” (tentativa de refutação pela observação e experimentação ou por outros procedimentos). GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 44.

1. A TEORIA CRÍTICA E O DIREITO TRIBUTÁRIO

Esse capítulo terá como enfoque a apresentação e delimitação do marco teórico que orientará toda a investigação realizada nessa obra. Será adotada a Teoria Crítica do Direito¹² como o suporte teórico para o exame dos fundamentos e das conclusões do trabalho e isso se justifica pela necessidade de delimitação de uma epistemologia precisa, especialmente, por se tratar da epistemologia crítica, a qual se interroga pressupostos inseridos sem questionamentos prévios no mundo do direito.¹³

É com a base da Teoria Crítica do Direito que se diferenciará o direito como um ordenamento concreto de regras voltadas à regulação da sociedade e o direito como saber científico. Este último, debruça-se à reflexão do sistema de regras e à construção crítico-teórica decorrente desse ato de pensar, com o escopo de questionar, modificar e avançar. O ponto de partida do trabalho transcenderá a norma pura prevista no direito positivo; mais além, serão questionadas as verdadeiras razões pelas quais referidas normas se inserem no sistema do direito posto, com exemplos reais dos efeitos da norma na sociedade.

Essencial, dessa forma, apresentar ao leitor a base teórico-epistemológica, afinal, “não há saber teórico sólido sem clarificação epistemológica. Certamente, há o saber prático que circula, que produz efeitos (...), mas não saber teórico no sentido científico”.¹⁴

Definido isso, encontra-se na teoria crítica fundamentos suficientes para perquirir as disfuncionalidades legislativas no tema da tributação das MPE, expressas na circunstância de que “a relação de subserviência das pequenas em relação às grandes possui, não só o aval, mas sobretudo o reforço do aparato

¹² Serão utilizados, ao longo desse trabalho, as expressões *teoria crítica*, *crítica jurídica*, *pensamento crítico* e *matriz crítica* com um mesmo significado, sendo ele: “o profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica”. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19-20. De toda forma, esclarece-se ao leitor que o presente trabalho não tem o escopo de exaurir o conteúdo da Teoria Crítica.

¹³ MIAILLE, Michel. Obstáculos epistemológicos ao estudo do Direito: retorno ao movimento “Crítica do Direito” e apontamentos sobre a crítica do Direito hoje. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, jul./dez. 2014, p. 268. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3063>. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 277.

estatal, inclusive e principalmente por meio da sua função legiferante”.¹⁵ Importante, conseqüentemente, repensar os direitos e limitações destes direitos que são conferidos às MPE, legitimados política e juridicamente no interesse dos detentores de grande capital.

Outrossim, é certo que o positivismo jurídico e as teorias que decorrem desse referencial teórico dominam a produção jurídica nacional. Entretanto, análises realizadas com esteio nesse arcabouço teórico carecem de criticidade relacionada a elementos pressupostos encontrados no direito. Tais teorias não têm o condão de investigar precisamente intenções ocultas legitimadas por meio da produção jurídica, em razão de adotar pretensa pureza metodológica, o que implica acatar as denominadas premissas jurídicas como naturais, reduzidas num sentimento de explicar o direito como ele é.

Isso não significa, porém, que não será analisado o direito positivado que afeta o estudo. Como as indagações a serem respondidas no tema desse trabalho também se inserem, *a priori*, nas normas positivadas no direito posto, ou seja, na relação intrassistêmica do direito, também será oportuno verificar, sob as premissas hermenêuticas que serão fixadas da leitura dos dispositivos constitucionais, a coerência e a coordenação entre normas jurídicas afetas às MPE.

O contraste entre o repertório analítico da teoria formalista-lingüística¹⁶ com a Teoria Crítica do Direito dará maior sustento às conclusões do tema enfrentado. Ambas têm utilidade científica e não se reputa, de forma alguma, existir reducionismo ou inverdades em teorias, tais como o constructivismo lógico-semântico. Pelo contrário, verifica-se, cientificamente, distintos propósitos analíticos de um determinado objeto científico, conforme será melhor elucidado adiante.

Sendo assim, apenas para conduzir o leitor corretamente no decorrer desse capítulo, entende-se que a Teoria Crítica do Direito é essencial para questionar o direito positivado numa visão intersistêmica, comparando normas e suas justificativas com elementos de outras ciências sociais aplicadas, no específico propósito de melhorar a convivência em sociedade. Já as teorias estruturais-

¹⁵ 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, 2016, p. 102. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1vtu3xbu/7KXI8490w5VI6sGk.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹⁶ O referencial teórico formalista-lingüístico, ou o constructivismo lógico-semântico, será abordado especificamente no item 1.3 dessa dissertação.

formalistas, detentoras de um purismo metodológico e que partem da análise da norma jurídica, serão válidas para que se realize o exame intrasistêmico do direito, a fim de se aferir a coerência entre postulados constitucionais e as demais legislações inseridas no âmbito da tributação das MPE.

Por isso, firmar o marco teórico, apresentar ambas as teorias e, mais, balizar como se comunicam, é indispensável para edificar com solidez a investigação do tema. É o que se passa a fazer.

1.1. A lição inaugural de Horkheimer

Substancial para a delimitação do marco teórico da dissertação desenvolvida, qual seja a teoria crítica, é a apresentação da sua fonte inaugural, insculpida no texto “Teoria Crítica e Teoria Tradicional”, originalmente publicado em 1937, por MAX HORKHEIMER.¹⁷

Embora o escrito do professor alemão, enquanto filósofo e sociólogo, esteja afeto, inicialmente, às denominadas ciências humanas, e não especificamente ao direito, é dessa obra que se extrai os pensamentos que influenciaram o desenvolvimento da Teoria Crítica do Direito.

Sendo assim, como o diálogo apresentado por HORKHEIMER em “Teoria Crítica e Teoria Tradicional” apresenta reflexões que exigiriam considerável espaço nessa dissertação para ser digna de suas ideias, serão recortadas da obra as principais ideias do autor sobre o que se entende ser o cerne do denominado pensamento crítico. Por óbvio, grande parte das citações aqui feitas serão extraídas de tal publicação.

Antes de adentrar ao específico artigo, seu contexto histórico é relevante. O manifesto de HORKHEIMER foi publicado na Revista de Pesquisa Social, periódico sob responsabilidade do Instituto de Pesquisa Social, fundado em 1923, em Frankfurt, na Alemanha.¹⁸

¹⁷ HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 117-161.

¹⁸ NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 12-13.

O Instituto de Pesquisa Social tinha o projeto de realizar a leitura das obras de KARL MARX e atualizá-las, ante as mudanças do capitalismo do século XX.¹⁹ Para isso, reuniram-se intelectuais provenientes de diferentes campos de pensamento e o resultado desse movimento foi o trabalho coletivo interdisciplinar denominado de “Teoria crítica”.²⁰ O agrupamento desses pensadores ocasionou a criação da Escola de Frankfurt.²¹ E é nesse cenário que surgiu a obra a ser examinada.

Ainda que se tenha diversos autores que tenham escrito sobre a Teoria Crítica, a razão pela qual HORKHEIMER é o escolhido decorre da proeminência de sua obra ter força dominante na formação dessa forma de pensar, haja vista que a maior parte dos membros desse espectro teórico o reconheceram como o instituidor de um modelo a ser criado.²²

1.1.1. “Teoria Crítica e Teoria Tradicional”

No artigo “Teoria Crítica e Teoria Tradicional”, HORKHEIMER inicia seu texto perquirindo o conceito e o sentido de teoria, com o propósito de examinar se a teoria nas ciências humanas tem o mesmo sentido da teoria nas ciências naturais. Na concepção dos primórdios da filosofia moderna, aponta que a “teoria é o saber

¹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann: do direito liberal para além de si mesmo. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008, p. 98.

²⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria crítica: influências na filosofia do direito, no ordenamento jurídico e no poder. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui: Boreal, 2015, p. 20.

²¹ Referido nome “Escola de Frankfurt” surgiu somente em 1950, após o retorno do Instituto de Pesquisa Social para a Alemanha. NOBRE, entretanto, aponta dificuldades para esse tratamento: “Em primeiro lugar, a ideia de ‘escola’ passa a impressão de que se trata de um conjunto de autores que partilhavam integralmente uma doutrina comum, o que não é o caso. Ter a obra de Marx como referência, como horizonte comum, não significa partilhar dos mesmos diagnósticos e das mesmas opiniões. Pelo contrário, o desenvolvimento da Teoria Crítica mostra que havia acirradas divergências entre os colaboradores do Instituto [...]. Em segundo lugar, há o problema de saber quais os autores devem ser incluídos ou excluídos desse conjunto. Também não há critério que tenha se demonstrado eficaz, já que há uma grande divergência de diagnósticos entre os colaboradores” Cf. NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 16-17.

²² Cf. RUSH, Fred. As bases conceituais da primeira teoria crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria crítica**. São Paulo: Idéias & letras, 2008, p. 32. O autor afirma isso sem, contudo, deixar de citar as críticas à própria obra de Horkheimer, haja vista ser um ensaio seminal em que algumas ideias não foram desenvolvidas sistematicamente, seja pela incompatibilidade dos elementos na concepção sobre a teoria crítica que enunciou ou pela ausência de detalhamento teórico.

acumulado de tal forma que permita ser este utilizado na caracterização dos fatos tão minuciosamente quanto possível”.²³

A teoria é composta, nessa ideia, por proposições hipotéticas e concatenadas, formando-se um conjunto sinóptico, de onde se deduz sua essência. Assim, objetiva-se com a enunciação da teoria, alcançar uma relação próxima entre a teoria e a prática, eliminando contradições. Não atingir esse fim implicará a necessidade de se revisar alguma destas duas variáveis. Tanto a teoria quanto a prática, então, surgem como dois elementos que são intimamente ligados.

Entre diversas concepções, de racionalistas e fenomenológicas a lógicas, entende o autor que, na ideia de teoria, está impregnada a influência das ciências naturais, pois o pensamento geralmente caminha para a diminuição do número de variáveis que o compõem, encaixando proposições e conclusões em símbolos que designam o significado.

Esse conceito de teoria, cujo ponto de partida vem das ciências naturais, é aplicável inclusive às ciências do homem e da sociedade.²⁴ O fato de a primeira se pautar em princípios enquanto esta última investiga fatos, não tem o condão de desfigurar o conceito apresentado. O que se mostra pertinente é que, antes de se propor conceitos gerais na denominada ciência do homem e da sociedade, deve-se ter profundo detalhamento do fenômeno social descrito – o objeto de observação é distinto e, por isso, as peculiaridades de cada investigação também são diferentes.

Nas ciências do homem e da sociedade, os nexos efetivos que modificam a forma do conhecimento, são compreendidos a partir dos processos sociais reais, não possuindo uma puridade lógica e metodológica, a fim de a transformá-lo em algo próprio e dissociado do fato que motivou sua teorização. A teoria, especialmente nas ciências do homem, não é estática e está imbricada com os fatos e o momento histórico que motivaram sua enunciação.

Assevera HORKHEIMER, nesse sentido, que, na medida em que a conceituação da teoria se torna independente, ou seja, se desconecta com suas raízes históricas, “saindo da essência interna da gnose, ou possuindo uma

²³ HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989. 117.

²⁴ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 119.

fundamentação a-histórica, ela se transforma em uma categoria coisificada e, por isso, ideológica”.²⁵

A mensagem passada pelo autor é suficientemente clara no sentido de que as análises de fatos sociais não podem ser feitas em um suposto sistema isolado, passível de encontrar fim em si mesmo. Muito pelo contrário, ela se liga àqueles que são seus destinatários, em geral, aos grupos sociais e seus momentos históricos.

Invariavelmente, essa preconceção ideológica, num determinado momento da história, atinge o fato teorizado, pois antes mesmo de sua elaboração teórica consciente pelo indivíduo cognoscente, já estava ele, em grau maior ou menor, determinado pelas representações e conceitos humanos.²⁶

Disso decorre a constatação segundo a qual o entendimento isolado de atividades, com seus conteúdos e objetos, para que seja verdadeiro, deve reconhecer sua limitação, que é justamente a parcialidade que se mostra impregnada pelo interesse de um estado racional.²⁷

É complicado afirmar, portanto, que a ciência nas áreas humanas, na qual se insere o direito, a partir desta premissa ideológica elaborada por HORKHEIMER, seja pura, lógica, e mais, capaz de colher todas as especificidades das possíveis facetas de um fato social.

Por isso, o autor afirma: “a classificação de fatos em sistemas conceituais já prontos e a revisão destes através de uma simplificação ou eliminação de contradições”²⁸ é resultado de uma parte da práxis social geral, a qual determina, a partir da divisão da sociedade em classes e grupos, as aproximações entre as construções teóricas e a relação com essa práxis geral – geralmente uma relação visando à manutenção da práxis, por meio das elaborações teóricas. Um exemplo por ele mencionado é a produção científica da burguesia em oposição à antiga práxis da ordem social feudal.

²⁵ HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 121.

²⁶ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 125.

²⁷ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 124. Igualmente, MIAILLE afirma que o pensamento crítico é dotado de abstração, acrescentado da dialética, concebida como a experiência de que o mundo é complexo e a realidade é apenas um momento, seja ela consciente ou não. A dialética será o que diferenciará o pensamento crítico dos demais, pois parte da noção de que a realidade é muito mais do que está codificado na linguagem dos fatos ou do que me é apresentado. Cf. MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Braga: Livraria Editora Pax, 1979.

²⁸ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 128.

Com a predominância de uma forma teórica, a qual ilusoriamente apresentará, segundo as suas possibilidades, um elemento “mais justo, mais diferenciado e culturalmente mais harmônico”,²⁹ em regra geral, o comportamento humano passa a ter a sociedade como objeto, isto é, insere-se o ser em uma organização estrutural social delimitada. Com isso, o “indivíduo aceita naturalmente como preestabelecidas as determinações básicas da sua existência, e se esforça para preenchê-la”.³⁰

HORKHEIMER, dessa afirmação, lança a primeira base da Teoria Crítica:

Ao contrário, o pensamento crítico não confia de forma alguma nesta diretriz [das predeterminações básicas da existência humana na sociedade], tal como é posta à mão de cada um pela vida social. A separação entre indivíduo e sociedade, em virtude da qual os indivíduos aceitam como naturais as barreiras impostas à sua atividade, é eliminada na teoria crítica, na medida em que ela considera ser o contexto condicionado pela cega atuação conjunta das atividades isoladas, isto é, pela divisão dada do trabalho e pelas diferenças de classe, como uma função que advém da ação humana e que poderia estar possivelmente subordinada à decisão planejada e a objetivos racionais.³¹

Na teoria crítica, segrega-se indivíduo e sociedade, a fim de trazer aquele para o primeiro plano. Em contrapartida, a relação “coisificada”, cujo ponto de vista prepondera na sociedade, torna suas predeterminações como algo pretensamente natural e, portanto, necessárias, sucumbindo e submetendo o indivíduo a tais óbices. Com o pensar crítico, tais diretrizes são questionadas.

A contradição consciente, deduzida dessa primeira premissa do pensamento crítico, deriva da compreensão do modo de economia vigente e do produto do trabalho humano que nele é baseado. Questionando-se, com esteio na orientação crítica, firme no objetivo de ultrapassar as intenções da práxis social dominante, já que a contradiz em questões que são tidas como irracionais, tem-se que

os fatos, tais como surgem na sociedade, frutos do trabalho, não são exteriores no mesmo sentido em que o são para o pesquisador ou profissional de outros ramos, que se imagina a si mesmo como pequeno cientista. Para os primeiros, é importante uma nova organização do trabalho. Os fatos concretos que estão dados na percepção devem despojar-se do caráter de mera facticidade na medida em que forem

²⁹ HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 129.

³⁰ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 130.

³¹ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 130.

compreendidos como produto que, como tais, deveriam estar sob o controle humano e que, em todo o caso, passarão futuramente a este controle.³²

Os fatos que se originam da relação entre o modo de economia vigente e o produto do trabalho humano não detêm abstração a ponto de se materializarem em algo desprovido de historicidade e impessoalidade. É por isso que se indaga diretrizes e barreiras que desconsideram, ou não priorizam, o fator humano.

Adiante, de acordo com HORKHEIMER, o pensamento crítico será motivado pela tentativa de superação da tensão e da eliminação da oposição entre a consciência dos objetivos, espontaneidade e racionalidade, atreladas ao indivíduo, e as relações do processo de trabalho, básicas para a sociedade.³³ Tais contradições apontam para a concepção de homem que antecede o próprio pensamento crítico:

O pensamento crítico contém um conceito de homem que contraria a si enquanto não ocorrer esta identidade. Se é próprio do homem que seu agir seja determinado pela razão, a práxis social dada, que dá forma ao modo de ser (Dasein), é desumana, e essa desumanidade repercute sobre tudo o que ocorre na sociedade. Sempre permanecerá algo exterior à atividade intelectual e material, a saber, a natureza como uma sinopse de fatos ainda não dominados, com os quais a sociedade se ocupa. Mas neste algo exterior incluem-se também as relações constituídas unicamente pelos próprios homens, isto é, seu relacionamento no trabalho e o desenrolar de sua própria história, como um prolongamento da natureza. Essa exterioridade não é, contudo, uma categoria supra-histórica ou eterna – isso também não seria a natureza no sentido assinalado aqui -, mas sim o sinal de uma impotência lamentável, e aceitá-la seria anti-humano e anti-racional.³⁴

Por isso, o pensamento crítico considerará o sujeito como sendo um indivíduo determinado com outros indivíduos e grupos, em seu confronto com uma classe determinada e, em meio a esta relação, a vinculação do todo social e da natureza. Apenas havendo uma relação mutualística entre a consciência dos objetivos e as relações na sociedade o ser se caracterizará como humano.

A teoria crítica se emancipa de falsas metas da atividade humana, tais como a ideia de existência de uma organização social racional que considere o interesse de todos. Discorrendo sobre as mazelas consequentes de condições inadequadas da produção, tais como o conflito das relações de dominância econômica, HORKHEIMER transcreve outra importante premissa do pensamento crítico:

³² HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 131-132.

³³ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 132.

³⁴ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 132.

a produção não está dirigida à vida da coletividade nem satisfaz às exigências dos indivíduos, mas está orientada à exigência de poder de indivíduos e se encarrega também da penúria na vida da coletividade.³⁵

A ruptura teórica apresentada pelo professor alemão vem acompanhada do reconhecimento de que os interesses do pensamento crítico, embora universais, isto é, tendentes a questionar paradigmas disfuncionais, não são universalmente reconhecidos. Isso porque esse sentido universal não deve ser buscado no modelo atual da sociedade, mas sim na sua transformação. O saber crítico, então, aparentará subjetivo e especulativo, parcial e inútil, justamente por contrariar a continuidade dos interesses da ordem dominante.³⁶

No entanto, aspirando a uma melhor convivência humana, o ponto de partida se encontra num profundo conhecimento do presente para ser possível esboçar uma imagem do futuro, a partir de pensamentos e ações que se mantêm adstritas a essa ideia.³⁷ O alinhamento entre a teoria – ideias e pensamentos - e a prática – ações e a convivência - é uma preocupação constante no escrito examinado.

Diferenciando a estrutura lógica da construção do pensamento na teoria tradicional e do pensamento crítico, segundo HORKHEIMER, tem-se que o primeiro se inicia com proposições mais elevadas, definidas em conceitos universais abrangentes da totalidade dos fatos em um campo determinado, daí surgindo uma relação hierárquica de gêneros e espécies em subordens. Não existem, portanto, diferenças cronológicas e os fatos são casos isolados, incorporados nos gêneros. A lógica do pensamento crítico, por sua vez, também tem seu início em determinações abstratas, como a caracterização da economia baseada na troca, deduzindo-se daí conceitos como o de mercadoria, valor, dinheiro, que funcionam pelo fato de considerarem as relações concretas da vida social – troca e mercadoria, ou seja, um mecanismo social. Na lógica crítica, atinente à relação dos gêneros, espécies e exemplos entre os nexos conceituais com o mundo dos fatos, também são necessários elementos específicos para se chegar a uma realidade diferenciada, porém, a introdução dessas novas determinações não decorre de simples dedução, tal como na teoria tradicional. Pelo contrário, a teoria deriva e faz parte do

³⁵ HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 134.

³⁶ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 138.

³⁷ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 139.

conhecimento do homem e da natureza, que está à disposição para sua observação.³⁸

Tais diferenças trazem interessantes correlações quanto à lógica de certas necessidades enunciadas pelas teorias tradicionais e crítica. Em ambas, existem relações necessárias entre os conceitos gerais básicos e suas afirmações posteriores. No entanto, os modos de pensamentos serão distanciados a partir do momento em que não se fala mais de necessidade lógica para falar de necessidade própria das coisas, manifestando-se novamente a relação entre sujeito e objeto e a inevitabilidade do acontecimento tido como necessário, sob a ótica do objeto. Quando objeto e sujeito são aglutinados e troca-se o foco do indivíduo para o objeto, prevalecendo este àquele, fere-se o conceito de necessidade do pensamento crítico, que é a liberdade interior do homem.³⁹

Até o momento, percebe-se na teoria crítica a inclinação para o estudo do conflito entre as relações do indivíduo e a sociedade-objeto, estando esta última situada, principalmente, nas relações econômicas e de trabalho. Inevitavelmente, esse caminho aponta para as classes sociais dominantes, sendo elas, em suma, as detentoras e dirigentes da indústria e da política, formuladoras também das relações jurídicas.

HORKHEIMER manifesta seu entendimento de que o direito é um dos modos pelos quais as classes dominantes legitimam suas diretrizes sociais, não devendo ser compreendidas suas relações como algo que tenha essência, mas sim, consideradas como “a superfície no contexto social”.⁴⁰ Explica que a organização dos homens e das coisas está sob a direção de um grupo específico da sociedade, detentores da propriedade e do lucro, isto é, do grande capital. O resultado dessa manipulação ideológico-dispositiva é a supressão do pensamento próprio do indivíduo, que passa a crer nos produtos gerados e fornecidos pelos dominadores

³⁸ HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 142-143.

³⁹ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 145-147.

⁴⁰ HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 150.

da economia e do Estado. Cria-se dependência cultural atrelada ao modelo econômico.⁴¹

Por fim, reconhece o autor que o processo de construir criticamente uma teoria tem uma dificuldade na relação entre pensamento e tempo. Não se diz, no âmbito da teoria crítica, em alterar uma teoria correta, pois estaria este pensamento crítico também afetado pelos problemas que um dia houve por superar. Os sujeitos, na teoria crítica, se inserem em um instante histórico e, nesse momento, suas teorias são emancipadoras, não há supra-historicidade, sujeito absoluto e substitutibilidade dos sujeitos. A teoria crítica não transcende os homens, pois o que se pretende transformar é o que existe num determinado momento histórico.⁴²

1.1.2. Considerações sobre a teoria crítica

O texto apresentado é um divisor de águas. As premissas enunciadas por HORKHEIMER, considerado o precursor do pensamento crítico, nascem da reflexão macro do que ele chama de ciência do homem e da sociedade. Supera, portanto, a ótica focalizada e simples do direito como uma ciência social aplicada que é capaz pacificação social, por si só.

Na obra, o intuito do autor foi o de apresentar uma nova forma de teorizar e encarar fatos sociais, a fim de romper com a teoria dominada pelas ideologias das classes dominantes. A Teoria Crítica, nesse momento inaugural, houve por contribuir para a emancipação da forma de construção do pensamento, trouxe à tona a ênfase das relações entre o indivíduo e a sociedade, com o honroso objetivo de considerar, no processo produtivo e laboral, os interesses dos seres que estão na posição submissa da dominância. Isso tudo, almejando uma melhor convivência humana.

Sua base fundamental, portanto, é a crítica com relação às predeterminações que se encontram na sociedade, os obstáculos que almejam travestir-se de imposições naturais. A consciência dos objetivos, em detrimento das relações em que o ser humano é o elemento principal e a perpetuação do interesse dos grupos sociais dominantes são os motivos pelos quais tais estratégias de

⁴¹ HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989, p. 151.

⁴² HORKHEIMER, Max. **Textos Escolhidos**, *op. cit.*, p. 153.

atuação são questionadas. Para isso, a contradição consciente é indispensável para o pensamento crítico.

Ainda persiste, porém, a necessidade de continuar a delimitação do marco teórico, na área específica do direito.

1.2. A Teoria Crítica do Direito

O direito desempenha e sempre desempenhou importante papel na sociedade, como elemento de organização e regulação das condutas humanas, estabelecendo um conjunto de normas, institutos e costumes, dando azo à ordem social. Busca, em sua essência, reduzir antagonismos sociais para permitir uma vida pacífica para os homens, e o faz, em sua fonte, por meio da “produção do direito”, via regras de direito.⁴³

A assunção de que o direito está inserido em um sistema científico tornou seu discurso um legitimador da ordem social, funcionando como verdadeiro método persuasivo, fundamentalmente, porque opera como uma ciência de forma imprópria, porquanto “a ciência jurídica, tal como é praticada habitualmente, não é mais do que uma formalização, uma espécie de racionalização de textos jurídicos mais ou menos homogêneos e compatíveis entre si”.⁴⁴

Corroborar para a manutenção desse aspecto convincente a simplicidade com que os cientistas do direito encaram a realidade,⁴⁵ dado que se valoriza a experiência prática do direito, sem que sejam questionados seus conceitos. Inevitavelmente, com o decorrer do tempo, o direito se autolegitimou a ponto de cumprir seu papel ideológico voltado para a preservação e a manipulação consciente da ordem social.

E isso atingiu o jurista de forma contundente. Sem base epistemológica, o suporte científico foi apoiado no que pensam ser algo “natural”, deduzido com a visão de um simples olhar – basta olhar, para ver. Entretanto, não se atentaram os juristas ao fato de que a imagem visualizada reflete apenas um verdadeiro retrato do que a sociedade envia à realidade: aparentemente, existe liberdade e igualdade, um

⁴³ MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Braga: Livraria Editora Pax, 1979, p. 21.

⁴⁴ MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. *op.cit.*, p. 23.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 33-34.

Estado que se encarrega dos interesses gerais, a separação entre o público e o privado, funcionando como uma lógica quase natural.⁴⁶

Transformou-se o direito, nesse percurso, quando analisado sob a ótica do plano pragmático, num instrumento de dominação em todos os níveis, sendo a história do direito a própria história do poder⁴⁷ – não em vão, a título exemplificativo, na memória brasileira, as faculdades de direito formaram grande parte dos aristocratas que ascenderam às maiores posições de chefia da república – e, no plano da teoria, as diferentes roupagens retóricas do mesmo discurso legitimador de suas próprias elaborações teóricas, objeto do conhecimento científico-jurídico, o elevaram a uma retórica da legitimação.⁴⁸

Percebe-se, nisso, a transformação do direito, cujo papel deveria ser instrumental, para alcançar a convivência pacífica, em algo pretensamente essencial e natural, posto que, como garantidor e legitimador da ordem social, alcança fim em si mesmo e passa a ser utilizado como o principal mecanismo de dominância social.

Revelar e conhecer o direito dessa forma motivou a edificação da análise crítica do direito. Embora contenha uma matriz teórica comum, isto é, uma tradição crítica, é válido ressaltar que o pensamento crítico abrange uma variedade de projetos, determinados pela específica conjunção do pensador e fase de sua obra⁴⁹ - o cientista e o momento histórico em que a Teoria Crítica do Direito foi enunciada.

1.2.1. Principais ideias da Teoria Crítica do Direito

Na concepção de LUIZ FERNANDO COELHO, a Teoria Crítica do Direito “é a proposta epistêmica de um conhecimento jurídico voltado para a transformação da

⁴⁶ MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Braga: Livraria Editora Pax, 1979, p. 269.

⁴⁷ “O direito surge aqui como o mais eficiente instrumento de dominação na sociedade contemporânea, onde o exercício da força é transferido a escalões oficialmente autorizados. A partir da categoria “poder” surge a noção jurídica da imperatividade e coerção”. Cf. COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 59.

⁴⁸ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1983, p. 15-16. Explicando o papel da legitimidade, o autor a coloca decorrente da necessidade de o poder atribuído ao Estado hegemônico ter um mínimo de legitimidade, operando-se a partir de categorias políticas, como o “Estado de Direito”, a democracia, o direito natural, as liberdades públicas, entre outras. Cf. COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. *op. cit.*, p. 61.

⁴⁹ NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 19.

sociedade”.⁵⁰ Com vistas à libertação intelectual, confronta “o que não é visível, para explicar o visível”,⁵¹ a fim de que se instigue a mudança de situações desiguais.

As orientações da teoria crítica se remetem a dois princípios herdados de MARX: a orientação para a emancipação e o comportamento crítico.⁵² Isso implica em não aceitar, necessariamente, as coisas como elas aparentam ser; e que, a partir da emancipação dessa lógica de dominação, a sociedade poderá superar obstáculos para melhor se organizar. Poderá ser o que ainda não é, a partir do comportamento crítico. Nas palavras de MARCOS NOBRE:

“crítica” significa, antes de mais nada, dizer o que é em vista do que ainda não é mas pode ser. Note-se, portanto, que não se trata de um ponto de vista utópico, no sentido de irrealizável ou inalcançável, mas de enxergar no mundo real as suas potencialidades melhores, de compreender o que é tendo em vista o melhor que ele traz embutido em si. Nesse primeiro sentido, o ponto de vista crítico é aquele que vê o que existe da perspectiva do novo que ainda não nasceu, mas que se encontra em germe no próprio existente.⁵³

Didaticamente, ao apresentar a Teoria Crítica do Direito, LUIZ FERNANDO COELHO divide o conhecimento crítico-jurídico a partir de seus fundamentos ontológicos, epistemológicos e de caráter metodológico.

Os fundamentos ontológicos da Teoria Crítica do Direito questionam o que comumente se entende como ser jurídico, intimamente interligado com a manifestação de uma ideologia. Procura-se, na Teoria Crítica do Direito, um ponto de partida que transcende o princípio jurídico, a fim de alcançar o homem concreto e a sociedade histórica concreta.⁵⁴

Reconhecendo-se no direito uma forma impositiva de manifestação ideológica, revestida com traços de lógica e racionalidade questionáveis, a premissa ontológica fundamental da Teoria Crítica do Direito consiste numa reação à visão afirmativa de que o direito seria algo que existe e que deve ser aceito com naturalidade. Tal noção encobre seu verdadeiro propósito, qual seja, realinhar seu foco para a sociedade concreta, em que o direito é concebido como uma prática

⁵⁰ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. HDV: Curitiba, 1983, p. 15-16.

⁵¹ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 2005, p. 22.

⁵² NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 17-20.

⁵³ NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. *op. cit.*, p. 09-10.

⁵⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**, *op. cit.*, p. 17.

social específica, na qual se tem manifestações de grupos sociais em suas interações históricas.⁵⁵

Questões afetas à identificação dos grupos, suas articulações, convergências, aspectos políticos, econômicos e sociológicos, compromissos à sociedade e seus problemas reais, são inseridas no cenário jurídico. Assim, o projeto ontológico fundamental dessa teoria é “pensar o direito em função da dialeticidade do social”.⁵⁶

Entender o aspecto ontológico da Teoria Crítica do Direito significa assumir que a sociedade é permeada pela articulação dialética de grupos sociais distintos, os quais tendem à hegemonia e ao poder, manipulando a ideologia prevalecente, na medida em que dispõem de educação, da produção jurídica comum e da indústria cultural.⁵⁷ Tem-se a dialética indivíduo-sociedade inserida num mundo concreto, em que os grupos sociais dominantes influenciam a ideologia refletida na produção jurídica e teórico-jurídica. A Teoria Crítica do Direito vem desencobrir o véu da dominação.

Continuando, os fundamentos epistemológicos da Teoria Crítica do Direito, delineados por LUIZ FERNANDO COELHO, são interessantemente inseridos no seguinte excerto: “o novo paradigma exurgido desse questionamento não vê a ciência como descrição da realidade, mas como racional ordenação da realidade, visando transformá-la”.⁵⁸

A epistemologia da teoria é considerada prospectiva, pois almeja criar uma ordem para o futuro, afastando-se da redução descritiva do direito para construir uma realidade com os dados dispostos pela ciência. Seu teórico, então, assume a feição de jurista construtor, atingido estratos teóricos e pragmáticos. A ciência do direito, praticada com base no pensamento crítico, terá como preceito a concepção de que “o direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que

⁵⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. HDV: Curitiba, 1983, p. 17.

⁵⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷ Para COELHO, a ideologia é imanente à sociedade, considerando como o princípio da imanência ideológica. Considerando-se então que se manifesta a partir de determinados grupos sociais, a Teoria Crítica do Direito estudará e determinará a forma e o alcance das articulações identificadas no plano da produção normativa e da produção teórica. COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁸ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**, *op. cit.*, p. 21.

constrói o futuro”.⁵⁹ É exatamente o que HORKHEIMER expressou com a necessidade de conhecer o presente para esboçar o futuro.⁶⁰

O papel epistemológico da Teoria Crítica do Direito, cumprindo a rigor sua função, não deve ser um mero enunciador de contradições sociais, longe disso, deve indicar o caminho de superação dos impasses. Necessário pensar prospectivamente, com vistas a elaborar eventuais novas categorias que sejam melhores para o homem e a sociedade.⁶¹

O cientista crítico do direito não se contenta com a concepção pura e meramente positivista do direito, uma vez que a neutralidade axiológica coerente com o ideal positivista mascara ou reforça propósitos ideológicos.⁶² Explica-se: a dogmática positivista é construída a partir de conceitos gerais e princípios extraídos dos textos legais. Seu estudioso parte da norma inserida no sistema jurídico. O cientista crítico, por outro lado, compreende que a norma tem o potencial de dominação social, geralmente oculto, o que implica afirmar que adotar a Teoria Crítica do Direito como referencial teórico envolve não aceitar a norma como legítima aos fins máximos harmônicos do direito. Os pontos de partida são distintos.

Por essas questões, no aspecto metodológico, a Teoria Crítica do Direito se funda na interdisciplinaridade e no conceito de categoria. Com relação ao primeiro, é compreendido como a interação de regiões teóricas distintas. No que concerne à categoria, vê-se como a pretensão de reflexão sobre aspectos gerais e essenciais da realidade, limitados às condições de tempo e lugar, isto é, considerando apenas uma formação social específica.^{63 64}

No entanto, a matriz crítica, mesmo detendo todo este caráter emancipatório, não poderá se tornar um novo dogma, tal como é aquele que refuta. MICHEL MIAILLE, anuncia que “as armas da crítica não devem fazer esquecer a crítica

⁵⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. HDV: Curitiba, 1983, p. 22.

⁶⁰ Vide nota de rodapé nº 37.

⁶¹ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**, *op. cit.*, p. 24.

⁶² COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**, *op. cit.*, p. 24.

⁶³ *Op. cit.*, p. 25-26.

⁶⁴ COELHO constrói o que denomina de categoria crítica, em oposição às demais, tais como a formal e real. Como exemplo de modos de articulação da categoria crítica com o saber jurídico, norteadoras da Teoria Crítica do Direito, menciona a dialeticidade, estamento, poder, hegemonia e legitimação. Cf. COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. *op. cit.*, p. 58-63.

das armas”,⁶⁵ o que significa, em outras palavras, a impossibilidade de a teoria crítica ser estática, supra-histórica e insubstituível. As precisas palavras do autor, didaticamente, resumem esse sentido do posicionamento crítico: “toda reflexão é filha de uma história”.⁶⁶

Com isso, LUIZ FERNANDO COELHO, conclui ser a tarefa fundamental da Teoria Crítica do Direito o seguinte:

A consequência basilar deste novo enfoque categorial é a revisão da teoria da sociedade e da ideologia em suas relações com o direito, enfatizando a primeira como lugar da práxis que envolve o fato em si, os grupos, estamentos e classes, com seus conflitos, acordos e tensões e a representação que esses mesmos grupos micro e macrosociais se fazem de si mesmos, da macrosociedade que os envolve e do mundo; e a segunda, como o lugar da ocultação desses conflitos, acordos e tensões, implicando a terceira categoria, a da alienação, como o primeiro e mais importante resultado da função ideológica de ocultação e manipulação da autorepresentação dos grupos micro e macrosociais.

(...)

A tarefa prospectiva da TCD concentra-se por conseguinte na desmistificação do idealismo ingênuo, para a construção de uma sociedade de homens livres, ou seja, desalienados.⁶⁷

Assim sendo, a tarefa desse trabalho é realizar uma análise crítica da norma, que exclui a possibilidade de as transportadoras interestaduais e intermunicipais de passageiros aderirem ao regime do Simples Nacional. Isso significa, portanto, questionar e colocar à prova as bases jurídicas que pretensamente justificam essa exclusão e confrontá-las com o contexto econômico e social afeto ao setor de transportes.

1.2.2. Considerações sobre a Teoria Crítica do Direito

A Teoria Crítica, tal como a originalmente idealizada por HORKHEIMER, em sua essência, embora possa conter nuances específicas de cada pensador,⁶⁸ realiza um diagnóstico do momento histórico que se propõe a investigar e desvenda os potenciais emancipatórios no tempo presente, a fim de que sejam alcançados no

⁶⁵ MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Braga: Livraria Editora Pax, 1979, p. 317.

⁶⁶ MIAILLE, Michel. Obstáculos epistemológicos ao estudo do Direito. *op. cit.*, p. 264.

⁶⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. *op. cit.*, p. 26-27.

⁶⁸ RUSH cita que “A Teoria Crítica sempre foi especialmente fluida, até intencionalmente, e seria um erro tentar tratar até mesmo sua história inicial de forma unívoca”. RUSH, Fred. **As bases conceituais da primeira teoria crítica**. *op. cit.*, p. 32.

futuro.⁶⁹ A emancipação social pode significar desde a possibilidade de homens e mulheres determinarem os rumos de suas vidas de forma autônoma,⁷⁰ ou até, inserida no cenário do direito, de serem partes no processo de formação das normas que regem a sociedade, determinando quais os direitos e deveres dos indivíduos.⁷¹

O importante é que, indistintamente, nota-se a necessidade de reconfiguração da relação entre a teoria e a prática,⁷² tão bem desenvolvida no texto apresentado de HORKHEIMER.

É por isso que a Teoria Crítica do direito vem a ser a escolha ideal como referencial teórico no tema da exclusão, por parte do setor econômico, do transporte de passageiros do Simples Nacional. Com ela, é possível, cientificamente, identificar e construir novos horizontes, trazendo à consciência dos estudiosos as contradições do sistema jurídico e os seus reflexos no campo pragmático. Isso transposto ao tema das MPE, torna-se clara a condição de dominação e marginalização, especialmente por barreiras ocultas que são orientadas pelos interesses das classes dominantes, detentoras do capital econômico e que fulminam o intento constitucional aplicável aos diminutos empreendimentos.

O referencial teórico crítico permite compreender os porquês de normas manifestamente contrárias ao propósito filosófico do direito serem positivadas e justificadas por vários teóricos, especialmente em matéria de micro e pequenas empresas. O princípio do estudo é exatamente o processo de formação da norma jurídica.

Por outro lado, ao partir da aceitação da norma positivada como legítima, o espectro de análise do direito se fecha na observação de coerência material intranormativa. Também é uma forma de se analisar o direito, mas não revela o necessário para superar a condição de subserviência de determinadas classes.

⁶⁹ NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008, p. 17-18.

⁷⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**. Bogotá, v. 19, n. 37, jan./jun. 2016, p. 107. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a07.pdf>. Acesso em: 31 jun. 2019.

⁷¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **As figuras da perversão do direito...** *op. cit.*, p. 107.

⁷² Em linhas gerais, na teoria, mostra-se as coisas como são; na prática, tem-se a ação moldando a vida e o mundo; ainda, tem-se a crítica, cujo intento é de reformular os papéis da teoria e da prática, rearranjando a forma relacional das duas. Cf. NOBRE, Marcos. **Introdução: modelos de teoria crítica**. *op. cit.*, p. 37.

Analisar criticamente temas do direito tributário, tal como é o propósito desse trabalho, não é comum. Majoritariamente, referenciais teóricos positivistas predominam nessa área do direito, sob a justificativa de ser uma análise pura e autossuficiente. Isso impede o necessário questionamento das normas como são e por que são, tal como será visto ao final no capítulo específico do setor econômico do transporte e a participação das MPE.

Por enquanto, pertinente continuar na contextualização da ciência do direito em matéria tributária.

1.3. A perspectiva majoritária da ciência do Direito Tributário

Não apenas nos escritos sobre a teoria crítica, mas, de forma geral, o ato de proclamar que determinada matéria está inserida em uma abordagem científica, de certa maneira, torna o discurso e os argumentos emanados do exame realizado impositivos e legítimos, como se vinculantes fossem.

Transformar uma situação específica em objeto de determinada ciência aplicada e, disso, sustentar uma teoria, tem a manifesta pretensão de apresentar como coerentes e não contraditórias as razões que integram o empreendimento científico. Conseqüentemente, refutam-se as demais formas de pensar sobre o assunto apresentado, o que é razoavelmente compreensível, pois, em tese, os demais argumentos seriam desqualificados ou estariam superados, ante a força do resultado transparecido.

No entanto, fazer ciência exige rigorosa pureza intelectual. Confrontar proposições sobre a realidade, qualificando-as em níveis de relevância superior ou inferior, reclama do pesquisador certa ingenuidade. No entanto, a pureza e a ingenuidade não tornam este último uma pessoa fácil de ser ludibriada pelo objeto analisado e pelos argumentos atrativos e irracionais que lhe são apresentados como dogmas. Muito pelo contrário: o escrutínio realizado no ato científico passará pelo árduo teste dos argumentos racionalizados e inteligíveis, para que amparem, de maneira quase irrefutável, as conclusões retiradas.

No direito, a ciência assume especial importância, trazendo estabilidade, previsibilidade e controlabilidade das soluções jurídico-pragmáticas;⁷³ e também tem a incumbência de justificar as normas positivadas.

Existindo essa intrínseca relação entre teoria e prática no direito, como resultado, as relações sociais e a própria sociedade sofrem influência da ciência do direito. Indistintamente, o direito tributário está inserido nesse contexto, com singular relevância, já que é instrumento, direta ou indiretamente, de perpetuação das instituições estatais, de desenvolvimento econômico e social, de efetivação de muitos direitos fundamentais e outros, todos relacionados aos efeitos jurídico-pragmáticos que ocasiona na sociedade.

A fim de, mais uma vez, justificar o referencial teórico que inspira essa dissertação, anteriormente delimitado, é fundamental contrastá-lo com o modelo científico que predomina na ciência do direito tributário, para que se verifique sua pertinência – no âmbito da escolha teórica desse trabalho, já que os interessantes argumentos da Teoria Crítica já foram exibidos e são capazes de instigar o leitor - e sua extensão, ou seja, quais as situações que abarca e nas quais será melhor aplicado.

Por isso, faz-se de plano uma primeira afirmativa: tomar a norma pura como ponto de partida para o estudo científico aqui desenvolvido não é o bastante para contribuir com o desenvolvimento do direito tributário no tema da tributação das micro e pequenas empresas. É necessário mais. O direito representa muito mais que o suporte físico legal e suas decorrências interpretativas estritas. Tem raízes profundas em aspectos que podem ser considerados “não jurídicos” para teorias puras, o que demanda emancipação desse modelo epistemológico.

A segunda afirmativa, por outro lado, tem função didática: a Teoria Crítica permite emancipar, sair da análise hermeticamente pura do direito, expandir e questionar conceitos gerais pouco escrutinados – é o que se denominará análise intersistêmica, nos casos em que o direito conversa com outras ciências sociais aplicadas, consistindo em sua faceta interdisciplinar. Mas teorias metodologicamente puras também são úteis: analisar um sistema, tal como é o jurídico, que exige organização e coerência interna, almejando compreender como se apresenta e funciona, requer o uso de instrumentos analíticos próprios – o que se denomina,

⁷³ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Por uma ciência prática do direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 32.

nesse trabalho, de análise intrassistêmica, aquela que remete à visão interna do direito.

Sem colocar as conclusões parciais antes dos argumentos que a sustentam, é necessário perquirir a perspectiva da ciência do direito tributário que hoje predomina no campo teórico, para após realizar as diferenciações entre os modelos teóricos.

1.3.1. O majoritário paradigma científico do Direito Tributário

O direito tributário no Brasil teve três momentos históricos.⁷⁴ O primeiro foi o modelo empírico econômico, cuja primazia do poder de tributar, enquanto função de império estatal, estaria limitada pela lei e captaria riqueza dos cidadãos com o principal desígnio de custear despesas públicas necessárias à manutenção do Estado. Num segundo momento, o modelo normativo-comportamental se centra na visão fiscalista da ciência, analisando a estrutura da norma tributária, desprovida de conteúdos necessários, justos ou razoáveis, já que tais considerações, subjetivas ou emotivas, seriam externas ao direito tributário. Nesse segundo modelo, almejava-se garantir aplicação jurídica segura e objetiva, exigindo sua dissociação de conceitos subjetivos. Já o terceiro, que será objeto de análise mais detida, uma vez que é a perspectiva teórica predominante do direito tributário; trata-se do modelo formalista-linguístico, o qual houve por ampliar a dimensão da ciência tributária, por meio da análise formal dos planos linguísticos, tal como o semântico, sintático e pragmático, na construção das normas jurídicas e na sua estrutura interna.⁷⁵

Nas últimas décadas, resultado dos estudos de renomados pesquisadores, tais como PAULO DE BARROS CARVALHO, claramente influenciados pelo movimento intelectual do Neopositivismo Lógico e pela corrente desenvolvida junto ao Círculo de Viena,⁷⁶ prevalece na doutrina do direito tributário brasileiro a compreensão de que seu objeto científico pode ser delimitado pelo teórico do direito, consoante o desenho de uma moldura epistemológica predefinida. Afasta-se, a partir dessa

⁷⁴ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Por uma ciência prática do direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 189-297.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 299.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 20-31.

premissa, todas as demais reflexões que não estejam inseridas no restrito escopo da análise jurídica, mediante a aplicação de uma estratégia teórica denominada de corte metodológico.⁷⁷

Essa concepção teórica, pura e naturalista, é tida como a única forma de se produzir o conhecimento do fenômeno jurídico, definindo a ciência do direito tributário como um saber experimental, dependente de verificação e comprovação empírica, e construído por meio de linguagem lógico-formal.⁷⁸

Nota-se a demarcação de traços de captação sensorial dos juízos da realidade posta pelo teórico, tornando o esforço científico como meramente analítico e descritivo, a partir da averiguação de suas fontes produtoras⁷⁹ - a realidade estaria à disposição do teórico, bastando “olhar, para ver”, o exato pensamento reprovado no âmbito da Teoria Crítica do Direito.⁸⁰

Sob a perspectiva dessa teoria do direito, meditações que não se insiram dentro do recorte metodológico, isto é, situadas fora da moldura e ainda assim intervenham sobre o objeto científico analisado, tornariam a pesquisa acientífica.⁸¹ Qualquer investigação metaempírica seria considerada extrajurídica ou seria acusada de ajurídica, valorativa ou ideológica.⁸²

⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 24ª ed. 2012, p. 44.

⁷⁸ O conceito utilizado decorre da conjunção premissas adotadas por BORGES, SANTI e CARVALHO. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária – Uma introdução metodológica**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1999, p. 21; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 2001, p. 26-27; e CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. *op. cit.*, p. 179-180.

⁷⁹ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Por uma ciência prática do direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 36.

⁸⁰ Vide nota de rodapé nº 46.

⁸¹ As inspirações filosóficas dos pressupostos científicos como o apresentado remetem à extensão do método das ciências naturais a todos os campos do saber humano, o qual teve a pretensão de permitir um tratamento puramente teórico ao conhecimento jurídico. Assumiu-se como o pressuposto de que todas as áreas do conhecimento humano poderiam ser depuradas, analisadas e explicadas a partir da aplicação de uma única e indistinta metodologia e, não sendo uma fração da realidade compatível com o método eleito, o problema seria da realidade, devendo esta adequar-se à escolha metodológica do cientista. O resultado: “as perdas na tradução que seriam naturais no uso de um método não compatível com o objeto estudado seriam obscurecidas e o não explicado pela proposta científica que parte desse monismo metodológico seria tratado como matéria irrelevante ou acientífica”. Cf. FERREIRA NETO, Arthur Maria. *op. cit.*, p. 33-35.

⁸² BORGES, José Souto Maior. *op. cit.*, p. 102.

Justamente por isso, ANDRÉ FOLLONI afirma provocativamente: “A ciência do direito tributário brasileira, em boa medida, é construída sobre bases irrealis”.⁸³

O corte metodológico, nesse contexto, reduz a realidade possível de ser experimentada pelo cientista do direito – ainda que nenhum cientista seja capaz de conhecer completamente a realidade - e, pior, exclui a possibilidade de diálogo entre os que adotam bases epistemológicas distintas, pois exclui a legitimidade científica dos demais discursos teóricos que não assumam os ideais do positivismo jurídico ou construtivismo lógico-semântico.

Declarar o direito posto e vigente como o pressuposto da análise científica, nada importando o que ocorre antes ou depois do processo de positivação,⁸⁴ acarreta o fechamento da teoria formalista-linguística, impede o livre trânsito de ideias e obsta a tentativa de os cientistas compreenderem a realidade com maior acessibilidade e fundura, além de que referido fechamento não é hermético: o próprio direito analisado contém vieses ideológicos e representa a manifestação de valores dos produtores das normas.

Embora o referencial teórico lógico-semântico seja significativo no avanço dos estudos na área do direito tributário, especialmente pelos seus objetivos de decomposição, análise e descrição, com precisão cirúrgica, dos elementos normativos com correspondência empírica, localizados dentro da moldura epistemológica predefinida,⁸⁵ seu fechamento o transforma numa teoria autocentrada.

Defender que o teórico deve preocupar-se apenas com o que existe fisicamente hoje e não poder responsabilizá-lo por aquilo que não analisou ou sobre o qual não escreveu, embora dentro de uma redoma epistemológica, reduz o objeto científico do direito tributário e despreza conteúdos intimamente ligados com os efeitos das normas tributárias, sendo esse seu principal defeito cognoscitivo.

⁸³ FOLLONI, André. **Clareiras e caminhos do direito tributário**: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges. Dissertação de Doutorado, Setor de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011, p. 11.

⁸⁴ “Nada importando fora, antes, depois, acima ou abaixo. Esse é o corte metodológico, esta é a regra do jogo. Aceitemos como pressuposto”. Cf. MOUSSALEM, Tarek Moyses. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 45.

⁸⁵ Como exemplo de tais arcaísmos analíticos, não há como deixar de se mencionar a obra do professor Paulo de Barros Carvalho, “Direito, ciência e método”, a qual discorre sobre instrumentos como a regra-matriz de incidência tributária, o ciclo de positivação do direito tributário, o percurso gerador de sentido e as estruturas sônicas do sistema jurídico e outros, com riqueza de detalhes. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

O agir humano e os interesses dos grupos sociais influenciam, diretamente, a formação e o desenvolvimento do fenômeno jurídico. E a dificuldade de se aceitar tal paradigma teórico reside na incapacidade de o conhecimento humano compreender situações que nem sempre são organizadas, sistematizadas e passíveis de enfrentamento totalmente coordenado. Quando a ciência jurídica abre as portas para tais elucubrações, geralmente complexas, não necessariamente lineares e com acesso livre à realidade, o esforço é maior – mas também é mais valoroso seu resultado.

Por isso, aproximar o referencial teórico crítico e o modelo analítico formalista-linguístico será útil para o discorrer dos próximos capítulos.

1.4. A Teoria Crítica aplicada ao Direito Tributário: uma análise para além do estruturalismo-formal

Desenvolver uma nova proposta científica não envolve a negação da relevância dos modelos científicos anteriores e distintos do que se adota. Os objetos científicos podem ser focalizados sob pontos de vista variados e é isso que se pretende fazer na análise da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, tema afeto à tributação das micro e pequenas empresas. Tem-se o cenário social anterior à positivação da norma e, após, a norma propriamente dita, inserida no sistema do direito posto.

A majoritária perspectiva do paradigma científico do direito tributário, como apresentada, mostra-se insuficiente para que se tenha compreensão do direito tributário como um fenômeno complexo que influencia a sociedade e também por ela é influenciado das mais diversas maneiras. É por isso que se adotou o modelo crítico do direito como referencial teórico da dissertação, justamente porque reconhece a relevância dos efeitos e outras funções do fenômeno tributário,⁸⁶ não se apegando, somente, aos aspectos técnico-intranormativos.

Reafirmar um dos pressupostos da Teoria Crítica não é exagero. O teórico deve conhecer profundamente o presente para esboçar o futuro.⁸⁷ Partir da análise

⁸⁶ PATTON, Ana Laura Javaroni. **A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional**: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017, p. 25.

⁸⁷ Vide nota de rodapé nº 37.

da norma positivada não satisfará a profundidade do conhecimento e desprezará todo o impacto que os atores sociais têm sobre a formação do sistema jurídico-tributário, o que demanda transcender à norma positivada e aos aspectos meramente empíricos que dela fluem, para se aproximar de uma cognição “completa” da realidade tributária.

O corte metodológico da dissertação não será a moldura epistemológica que considera apenas a norma posta como ponto de partida para a investigação científica, porquanto o conhecimento construído a partir da norma positivada não seria o bastante. Antes disso, para fazer jus ao exame sobre a exclusão setorial das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, questionar-se-á os elementos que influenciam a construção dessa norma jurídica e também seus reflexos na sociedade.

Não há dúvidas de que o problema posto em apreciação se insere no cenário de privilégio de interesses de grupos sociais com maior poder econômico e organização, o que nos permite desconfiar das predeterminações básicas legitimadas por meio da lei e do seu suposto abrangente zelo pelo interesse social.

A emancipação a que se refere a Teoria Crítica do Direito surgirá do confronto da pretensa legitimidade contida no discurso jurídico com os demais elementos sociais que influenciam na construção da norma. O exame intersistêmico permitirá contestar o direito como se apresenta.

Somente após tal análise precedente à positivação da norma é que se poderá questionar a coerência da estrutura interna das normas do direito aplicáveis à tributação das micro e pequenas empresas e a exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, colacionando-as em seus diversos níveis de hierarquia e especialidade. Nessa oportunidade, o uso do modelo teórico formalista do direito, uma vez que os olhos se voltam ao direito enquanto um sistema jurídico fechado, é válido para investigar o direito que hoje vige, principalmente, para verificar se os comandos constitucionais aplicáveis à matéria são observados no plano da experiência.

O exercício de acrescer um modelo teórico analítico a outro, nessa dissertação, tem o condão de tornar as explicações mais completas, seja sob a ótica crítica, buscando compreender situações influenciadoras das normas jurídicas, ou até sob o olhar do construtivismo lógico-semântico, oportunidade de decompor e analisar o texto positivado que seja afeto ao tema pesquisado. O resultado almejado

é trazer ao leitor a compreensão de problemas práticos que se apresentam no cotidiano do jurista e esboçar um cenário mais harmônico para a sociedade.

Por isso, para fins didáticos, pode-se aproximar ambos os modelos teóricos da seguinte forma:

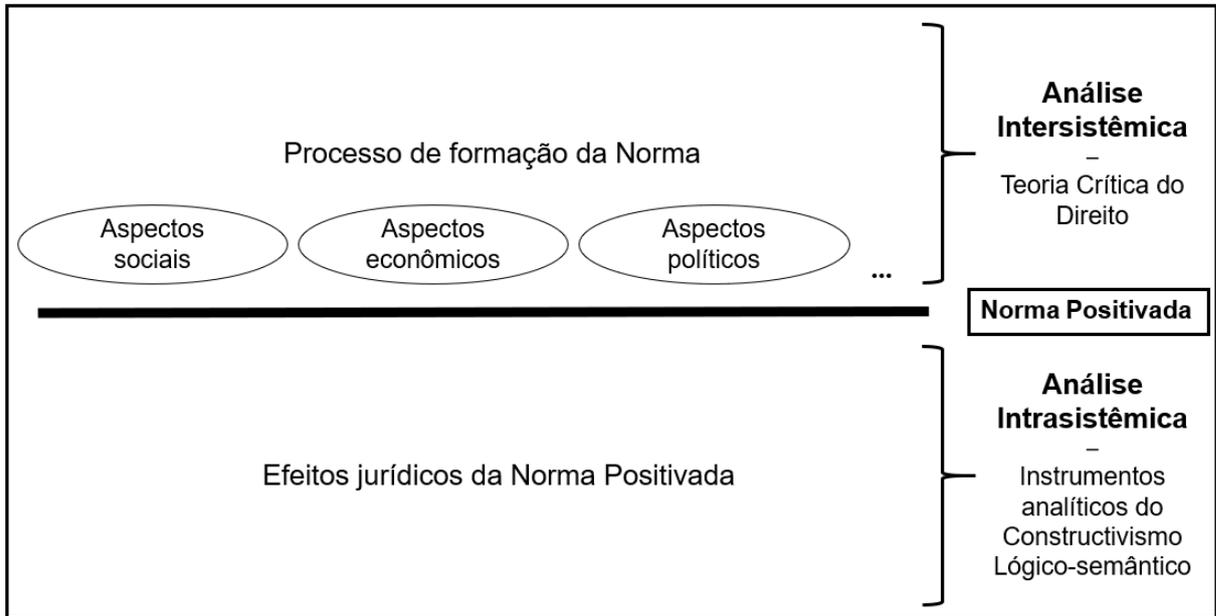


Figura 1: Modelos teóricos. Fonte: elaboração própria.

2. MPE E O TRATAMENTO FAVORECIDO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

STEVEN SOLOMON retrata a importância das MPE nos Estados Unidos, abrindo seu livro com o enfático capítulo chamado: “A ‘mão invisível’ da pequena empresa na economia”.⁸⁸ Ainda que seja uma obra relativamente atual, a preocupação com os pequenos empreendimentos é mais antiga. Historicamente, pequenos comerciantes e artesãos sempre tiveram relevante papel no desenvolvimento econômico e social, sendo a regra de organização no modelo produtivo pré-capitalista moderno.⁸⁹

Com o decorrer do tempo, sua importância para a sociedade continua sendo expressiva. Os pequenos empresários são impulsionadores do desenvolvimento econômico e social na maioria dos países, tal como ilustrado no Brasil, onde alcançam 98,8% da totalidade dos empreendimentos que exploram a atividade de serviços.⁹⁰

Por essa razão, diversos países apresentam certa suavização no tratamento fiscal das pequenas empresas, embora os motivos que justificam sua existência e as formas de incentivo não sejam coincidentes e nem sempre exista, de modo sistematizado, um regime legal específico aplicável às MPE,⁹¹ tal como ocorre no Brasil.

As razões pelas quais se favorece os pequenos em detrimento dos grandes podem ser várias, mas, de maneira geral, não há dúvidas da existência de desigualdade entre ambos, acentuando-se tais disparidades nos aspectos econômico e político. Pode-se afirmar que é mais difícil para o pequeno ingressar e permanecer em um mercado quando se concorre com empresas maiores; padecem as MPE dos ganhos de escala, vantagem econômica observada em grandes empreendimentos; tributos, na regra geral, oneram proporcionalmente mais os pequenos, como, por exemplo, taxas cujos valores sejam fixos e a apuração da

⁸⁸ SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa**: a pequena empresa nos estados unidos e no mundo. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986, p. 07.

⁸⁹ KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009, p. 15. Também, Cf. SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa**: a pequena empresa nos estados unidos e no mundo. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986, p. 7.

⁹⁰ Vide nota de rodapé nº 2.

⁹¹ PAES, Nelson Leitão; ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de. Tributação da pequena empresa e avaliação do Simples. **Cadernos de Finanças Públicas**, Brasília, n. 09, dez. 2009, p. 5 e 24.

tributação sobre a renda em bases presumidas; e, por fim, pequenos empresários têm menor poder de barganha na busca da efetivação de seus interesses junto aos formuladores de políticas públicas – o que implica, indiretamente, maior entrave à concretização dos intentos de fomentar as MPE.

No Brasil, a importância dos pequenos não foi historicamente negligenciada - embora nem sempre esteja clara para todos ou pragmaticamente possa ser ignorada.⁹² Desde a época do Império, D. João emitiu o Alvará de 1809⁹³ e reformulou a política do Brasil-Colônia para que fosse desestimulada a produção interna de manufaturas em benefício da produção portuguesa. Em decorrência disso, outras medidas com intenção de favorecimento das menores unidades empresariais foram adotadas.⁹⁴

Contudo, foi somente com a Lei Federal nº 7.256/1984, a qual instituiu o Estatuto das Microempresas, que houve a harmonização e unificação de benefícios esparsos aos pequenos empreendimentos. Tal lei demarcou o avanço a caminho da redução das obrigações das MPE e foi o berço de inspiração ao tratamento favorecido das pequenas empresas, tão explícito na Constituição de 1988.

É ainda no cenário do final do século XX e no início do século XXI, com o avanço do capitalismo e do liberalismo, especialmente após reestruturações do modo de produção advindas dos avanços tecnológicos na indústria e no comércio e também das revoluções virtuais, que se propiciou a formação e a afirmação de grandes empresas concentradoras de mercados.⁹⁵

Então, os desafios dos pequenos empreendimentos tornaram-se outros: seus mercados estão cada vez mais restritos àqueles em que o interesse do grande capital não existe, pelo risco elevado ou pelo benefício econômico incerto, bem como sua competitividade nos mercados em que grandes organizações econômicas atuam é cada vez menor. Soma-se a isso o fato de as grandes corporações deterem

⁹² CHAMAS, Henrique Nimer; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. A Tributação das Pequenas Revendedoras de Automóveis Usados pelo Simples Nacional., 2019. **No prelo.**

⁹³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação Informatizada - **Alvará de 28 de abril de 1809.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/antioresa1824/alvara-40051-28-abril-1809-571629-publicacaooriginal-94774-pe.html>. Acesso em: 28 jul. 2019.

⁹⁴ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos & SILVA, Rafael Ragazzo Pacheco. Tratamento Favorecido para pequenas empresas – inovações da Lei Complementar 147/14. **Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros**, Brasília-DF, v.1, n.2, p. 285-305, jan./jul. 2015, p. 300.

⁹⁵ KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido:** o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009, p. 15-24.

influência política cada vez maior, o que implica na primazia dos seus interesses, em detrimento não só dos pleitos dos pequenos, mas de ganhos direcionados à própria sociedade.

Por isso, oportunamente, é válido investigar o papel da MPE na sociedade contemporânea, especialmente, quando analisada sob o olhar crítico, por meio do qual se evidenciará que as MPE servem a um propósito de reestruturação do capital.

2.1. MPE e o seu papel na sociedade contemporânea

MONTAÑO sustenta que o traço definidor da micro e da pequena empresa no sistema produtivo deriva de três aspectos: (I) a sua dimensão pequena, composta pelo número de membros, o volume de produção e comercialização, custos de produção, ponto de equilíbrio, número de mercadorias produzidas e outros; (II) a sua pequena complexidade, com relação à centralização de poder, estratificação hierárquica e divisão de trabalho; e (III) a menor formalização da empresa (informalidade), atinente à explicitação de objetivos, planejamento e normas internas da unidade produtiva e o cumprimento das disposições legais. Em síntese, a MPE apresenta uma estrutura pequena, pouco complexa e relativamente informal, predominando, no caso das graduações em “micro” ou “pequena” a dimensão da unidade produtiva.⁹⁶

Tais características próprias das pequenas empresas, demarcadas por critérios objetivos – dimensão, complexidade e formalização -, inserem-nas numa posição socioeconômica que as diferencia qualitativamente das grandes empresas. Em geral, se comparadas às empresas com composição orgânica maior, as MPE, por não possuírem desenvolvimento tecnológico adequado, que providenciaria o aumento de sua produtividade e diminuição dos custos de produção, serão menos produtivas e também menos lucrativas.

Entretanto, o fato de serem, na média, relativamente menos eficientes economicamente do que as grandes empresas, haja vista terem custos de produção mais elevados, não necessariamente sustenta a afirmação de que seriam um modelo de negócio pior para a sociedade em geral. Os dados trazidos nesse trabalho comprovam a maior eficiência de redistribuição de riqueza das pequenas

⁹⁶ MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001, p. 13-15.

unidades produtivas e, via de consequência, impactam positivamente o bem estar social, pois estas, exatamente, fundam-se na força de trabalho das pessoas.^{97 98}

Essa constatação, contudo, é interessante, pois desmente crenças comuns refletidas, por exemplo, no pensamento de que pequenas empresas evoluem naturalmente para médias empresas e, depois, tornam-se grandes empresas, ou, então, acreditar que apenas por meio de créditos industriais e capacitação da gestão seria possível desenvolver as MPE. A bem da verdade, também é equivocada a crença de que existe a livre concorrência entre grandes e pequenas empresas, a um, porque padecem as pequenas de ganhos econômicos que confirmam vantagens competitivas e, a dois, mais importante, existem outros artifícios que impedem a livre concorrência e o desenvolvimento das MPE, tal como se apresenta o direito no caso das transportadoras de passageiros.

Adiante, inserida a pequena empresa no mercado, ela pode assumir duas diferentes funções: (I) atuar, diretamente, no fornecimento de bens aos consumidores finais ou a distribuidores, situação em que serão denominadas “MPE de produção final”; ou (II) fornecer insumos às médias e grandes empresas, chamadas de “MPE satélites”.⁹⁹

As MPE de produção final, explica MONTAÑO, são aquelas que chegam à etapa final de produção destinada ao consumo ou a um intermediário que irá cumprir esta mesma finalidade. Encontram-se elas, de certo modo, livres para definirem a mercadoria ou o serviço fornecido e, igualmente, seu preço, qualidade e público-alvo. Embora exista essa liberdade intrínseca ao negócio, não se pode afirmar que no contexto de mercado é ela independente. A pequena empresa de produção final se encontra ancorada em um espaço delimitado, tal como uma comunidade (no “mundo físico”) ou até um segmento de consumidores (no “mundo virtual”), por isso, seu raio de ação é limitado e aprisiona o empresário num paradigma mercadológico

⁹⁷ O termo eficiência, na afirmação, não se remete apenas à seara econômica, a qual a eficiência seria atingir a maior razão entre a produtividade e os custos inerentes a essa. Eficiência compreende, na noção em que contextualizada, o quanto essa riqueza produzida é também redirecionada para a sociedade.

⁹⁸ MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001, p. 18-20. O Autor explica que a composição orgânica do capital nas pequenas empresas é o resultado entre a divisão dos valores de investimento visando à produção e o valor que é distribuído ao capital humano que possibilita auferir resultados, sendo menor nas pequenas empresas e isso, portanto, dificulta o investimento em tecnologias aptas a maximizar a concentração de capital. Em decorrência disso, os custos de produção das MPE são mais próximos ao valor final do seu escopo social, logo, será menos produtiva e também menos lucrativa.

⁹⁹ MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**. *op. cit.*, p. 21-24.

consistente na relação entre a baixa capilaridade do bem que fornece e o preço que seja suficiente para sua manutenção. Num mercado limitado, aproxima-se do modelo econômico estático e, sendo o produto constante, sua demanda é inelástica. Por óbvio, aumentar o preço da mercadoria ou do serviço oferecido pela MPE de produção final implica perda de consumidores. Alguns exemplos clássicos da MPE de produção final podem ser uma padaria situada num bairro ou uma mercearia que atende uma pequena região, entre outros.

As MPE satélites, por sua vez, inserem-se numa cadeia de produção cuja mercadoria ou serviço que fornece se destina a uma grande empresa, ou a uma outra subcontratada por esta. Diz-se, portanto, que garante insumos destinados a uma cadeia de produção. Diferentemente da pequena empresa de produção final, as MPE satélites não têm qualquer liberdade ou independência. Longe disso, encontram-se num mercado delimitado, geralmente, com compradores de suas mercadorias ou tomadores de seus serviços definidos e, quanto maior o grau de especialização da grande empresa ou maior a concentração econômica do mercado, organizada em monopólios ou monopsonios, também maior será a dependência da PME em relação à grande empresa. A ideia que ensejou tal nome é a constatação de que a pequena gravita no entorno da grande empresa, tal como um satélite gravita na órbita do planeta terra.

Esse último tipo de MPE faz parte de um processo de reestruturação da cadeia de produção capitalista, por meio da qual as subcontratações passam a ser observadas com mais recorrência. MONTAÑO elege quatro etapas que são as causas da estruturação desse fenômeno: (I) “a influência ideológica para os movimentos operários de massa, do socialismo soviético, da revolução chinesa, do bloco socialista do Leste europeu, e da experiência revolucionária de Cuba e sua possível expansão para a América Latina”; (II) “a ameaça para o capital que nos anos 60 e 70 avistava-se, na América Latina, de desenvolvimento de ideias socialistas e das organizações operárias”; (III) “a reestruturação produtiva vinculada ao ‘prejuízo’ que significa, para a burguesia industrial, a legislação trabalhista”; e (IV) “a instabilidade política que significa o aumento relativo e absoluto de massas desocupadas e subocupadas”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001, p. 71-73.

Com isso, no campo da política, mediante o predomínio do movimento da ofensiva neoliberal, somado à ótica econômica de acumulação capitalista, contrária à rígida legislação trabalhista, propôs-se a reestruturação produtiva por meio de subcontratações. Essa pretensa solução, ainda, na seara social, surgiu como alternativa ao controle do desemprego formal com o autoemprego. Esses dois pilares, econômico e social, estruturaram a gênese das MPE satélites.¹⁰¹

A “satelização”, dessa forma, desenvolve-se nas áreas residuais, não substanciais ou estratégicas do grande capital.¹⁰² Um exemplo pertinente de se mencionar é o do setor do transporte de combustível, no qual o transportador, antes envolvido numa relação de trabalho regida pela legislação trabalhista, passa a explorar a atividade como uma pessoa jurídica; encontra-se, assim, no meio de uma relação de grandes empresas que concentram a mercadoria a ser vendida e transportada, bem como é limitado o número de compradores da mercadoria a ser transportada. No exemplo mencionado, imagine-se, de um lado, a usina sucroenergética, que já vendeu o combustível a ser transportado e, do outro lado, as distribuidoras de combustível, destinatárias da mercadoria - no meio dessa relação de grandes empresas, o transportador de combustível é a pequena empresa que está submetida à subcontratação pelas grandes.

O movimento do capitalismo, nesse momento, direciona-se para a diminuição dos custos diretos de produção das grandes empresas e, com vistas a transferir tais custos, passa-se à redução o número de empregados assalariados, promovendo-os à condição de pequenos empresários.

O que antes era produzido dentro da grande indústria, e gerava custos salariais, seguros de saúde e sociais, tributação sobre a folha de salários, aluguéis de áreas maiores, compra de maquinário e expensas para sua manutenção e depreciação, foi transferido para as MPE satélites, com a promessa de uma cessão generosa de parte da produção aos trabalhadores e o compromisso de compra da parcela produtiva cedida pela grande indústria. Os novos empresários, por sua vez, encontram-se numa condição mais precária e passam a ter uma carga de trabalho maior do que na antiga situação regida pelas leis trabalhistas, já que agora são responsáveis pelo risco da atividade econômica, da produção e do investimento

¹⁰¹ MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001, p. 75.

¹⁰² MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**. *op. cit.*, p. 28.

explorado como empresário. Entretanto, o elemento volitivo, que consiste na capacidade de escolha dos antigos trabalhadores de se manterem numa relação de trabalho típica ou de empreenderem, não existe, pois são obrigados a tomar essa atitude “empreendedora” ou perderão seus empregos.¹⁰³ Um reflexo concreto dessa afirmação é o desencadeamento de crises, tal como a Greve dos Caminhoneiros ocorrida no ano de 2018, que será objeto de análise no terceiro capítulo.

Do ponto de vista da grande empresa, há um abandono na relação com a força de trabalho, balizada por uma jornada completamente independente das flutuações da demanda do mercado, passando-se a se relacionar com o produto do trabalho do antigo funcionário, agora pequeno empresário – do empregador-empregado a relação se transforma em empresa-empresa e o interesse da grande empresa são os serviços prestados ou o produto fornecido. Sob o fictício manto da pessoa jurídica, os antigos trabalhadores aparentemente não serão mais hipossuficientes e dispensarão a proteção da legislação, haja vista estarem envolvidos numa relação que se apresenta em horizontalidade. A aparência de equilíbrio entre as pessoas jurídicas é o que se transmite aos olhos pouco críticos.

O exemplo dos transportadores de combustível encaixa-se perfeitamente nesse conceito, pois a grande empresa se livra duplamente do custo de produção de manutenção de funcionários que não fazem parte do seu negócio principal, no caso, da produção ou distribuição de etanol, e do risco da atividade de transporte, que foi totalmente transferido para o antigo trabalhador, agora micro ou pequeno empresário.

Porém, é enganoso o pensamento de que a grande empresa, simplesmente por se dissociar de uma determinada atividade, deixará de ter o controle de sua cadeia produtiva. A grande empresa continua exercendo seu domínio e controle em toda a cadeia mercadológica em que atua; assim, sendo considerados interessantes os resultados obtidos pelas MPE no decorrer da jornada empresarial, as grandes empresas podem potencializar seus lucros em detrimento das menores, adquirir as pequenas empresas que as rodeiam ou até se inserir diretamente na atividade que julgam ser atrativa, com maior probabilidade de sucesso, tendo em vista os ganhos

¹⁰³ MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001, p. 33-35

de escala decorrentes de recursos superiores de capital, organização administrativa, *marketing* e outros.¹⁰⁴

A análise da finalidade desse movimento extrapola a ótica econômica antes apresentada. Do ponto de vista político, transformar a relação tida entre o empregador e o empregado, em um nexos interempresarial, cujo escopo será a aquisição de um produto ou serviço, gera menos tensão e tem menor potencial conflitivo para o grande capital. Empregados, pessoas naturais, que poderiam se identificar e se organizar para pleitear por causas comuns, agora são também empresários e não têm a mesma relação de identidade com a classe anterior. Diz-se que suas semelhanças foram escondidas e criaram-se diferenças.¹⁰⁵ O pequeno empresário passa a se imaginar como membro da classe detentora dos meios de produção e não como integrante da classe trabalhadora.

Decorrente dessa heterogeneização da transformação do empregado em pequeno empreendedor e, conseqüentemente, da desintegração de sua antiga identificação, observa-se a dispersão do embate entre o polo dos donos do capital e o dos proprietários da força de trabalho. Entretanto, as recém-criadas MPE são colocadas, fundamentalmente, em um mercado de alta concorrência entre si, favorecendo aos sentimentos pouco solidários e individualistas.¹⁰⁶

MARX afirmou, há tempos, que a relação dos menores com o grande capital é “um sistema hierarquicamente organizado de exploração e opressão”¹⁰⁷ e, diante de todo esse contexto, é possível se compreender as MPE como envoltas numa relação de uso ou de desprezo, de acordo com os interesses do grande capital.

Usadas, diz-se, quando fazem parte de um grande ideal de reestruturação do modo de produção capitalista, a fim de absorverem parte do risco da atividade

¹⁰⁴ SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa**: a pequena empresa nos estados unidos e no mundo. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986, p. 151.

¹⁰⁵ “*Deve ‘heterogenizar’ e atomizar a massa trabalhadora*”, afirma MONTAÑO, ao tratar desse assunto, inclusive, mencionando que o apoio às MPE é uma forma de fazer isso. A generalização dessa última afirmação, contudo, não é a mais correta. O incentivo às MPE pode ser justificado por diversas razões, mas não se deve analisar os incentivos conferidos como o único propósito da atuação disfuncional sugerida. Beneficiar as MPE são justificáveis do ponto de vista de uma economia dinâmica e do bem-estar social que tais pequenas unidades trazem à sociedade. Cf. MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001, p. 45-46.

¹⁰⁶ Uma das conclusões da tese de MONTAÑO é que as MPE se encontram em isolamento político-econômico, haja vista não existir organizações que reúnam grande parte dessas empresas e que consiga unir suas forças para pleitear pelos seus interesses. Cf. MONTAÑO, *op. cit.*, p. 106-109.

¹⁰⁷ MARX, Karl. **O capital. (Crítica da Economia Política)**. Livro 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1980, p. 639.

econômica, especialmente, aqueles que decorrem da relação empregatícia ou do desbravamento de mercados emergentes, tal como o que se opera quando assume a condição de satélite, subcontratadas, portanto. É o caso das MPE satélites.

Desprezadas serão as MPE nas ocasiões de ausência do caráter intencional que as afetem, leia-se, elas sequer são objeto de interesse dos detentores do capital político e econômico, tanto que suas dificuldades sequer são conhecidas, quiçá consideradas. Em decorrência da ausência de interesse econômico e político, via de consequência, também se encontrarão prejudicadas ou abandonadas na área jurídica. Paira um estado de “ignorância” quanto a suas eventuais reivindicações e geralmente estão localizadas em setores de menor expressão para a economia. Um exemplo disso são as pequenas revendedoras de automóveis usados que optam pelo Simples Nacional, regime tributário que supostamente seria mais benéfico a tais MPE, mas que, pragmaticamente, pode ser mais oneroso em algumas operações de revenda de automóveis usados.¹⁰⁸ Por óbvio, esse problema não é nem conhecido pelos entes legiferantes e também pelos demais formuladores de políticas públicas aos sujeitos que atuam nessa cadeia.

Convém salientar, contudo, que não se encontra como contra-argumento à compreensão do fenômeno das MPE, na sociedade contemporânea trazida nesse trabalho, a caracterização dessas como as “novas detentoras dos meios de produção”, aduzindo que se aproximariam daqueles que, de fato, são titulares do grande capital. Esclarece-se que não é objetivo do empresário capitalista simplesmente possuir os meios de produção ou comerciais ou financeiros. O objetivo do capitalista é a obtenção de rentabilidade, quociente obtido entre o lucro líquido e o investimento realizado e, com esse capital, expandir ainda mais seus resultados e seu capital¹⁰⁹ - isto é, acumular capital. Como as MPE não são, via de regra, altamente lucrativas, não há de se confundi-las com as grandes empresas, as que realmente detêm o capital, pois a função da pequena empresa está muito mais

¹⁰⁸ CHAMAS, Henrique Nimer; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. A Tributação das Pequenas Revendedoras de Automóveis Usados pelo Simples Nacional., 2019. **No prelo.**

¹⁰⁹ Ter lucro não é o suficiente para caracterizar um capitalista, haja vista que o lucro se transforma num número vazio, se dissociado das demais análise financeiras que podem ser construídas com outros dados. Por exemplo, uma empresa que aufera em um ano o lucro de R\$1.000,00 pode ser considerada boa ou ruim, a partir da análise simples do investimento necessário para gerar tal excedente de riqueza. Caso o investimento seja de R\$1.000,00, o resultado apresentado é fantástico. Entretanto, se foi necessário investir R\$1.000.000,00 esse resultado, considerando os riscos da economia real, pode ser que sequer supere o investimento mais seguro que se tem no país.

próxima de prover a subsistência de seus sócios e colaboradores do que efetivamente configurar veículo de acumulação de capital.

Da mesma forma, a análise aqui tecida não tem o propósito de afirmar que as MPE servem apenas à reestruturação do modelo de produção capitalista, expresso na ideia de “satelização”. Longe disso, a intenção é pautada sob o olhar crítico, revelar uma realidade pouco conhecida e desvelar crenças ilusórias que são criadas sobre o tema. Reconhece-se, entretanto, que as MPE configuram importante alternativa ao desenvolvimento econômico e social, justamente o corolário constitucional que, na prática, nem sempre é concretizado.

Assim sendo, a Teoria Crítica, apresentada no primeiro capítulo, coaduna com essa percepção das MPE na sociedade contemporânea. Nem tudo são flores na matéria das micro e pequenas empresas. A leitura romântica do arcabouço jurídico existente no Brasil ceifa boa parte do reflexo pragmático das legislações na sociedade.

Compreender o fenômeno das MPE, tal como aqui feito, tem por objetivo trazer aos holofotes o que pouco se vê. Significa, sob o olhar da Teoria Crítica, explicar a realidade a partir daquilo que não é visto – mas que, depois de exposto, os fenômenos adquirem um sentido lógico.

Muito embora o desenho positivado nas normas jurídicas caminhe pela certa direção do favorecimento, conforme será visto nos próximos tópicos, medidas diametralmente opostas a esse intento são cotidianamente observadas, permitindo afirmar pelo predomínio do grande capital em detrimento do intento constitucional e também do interesse das MPE – afinal, o direito tem o condão de legitimar os interesses de quem o elabora e, ao cabo, sabe-se que o poderio econômico gera influência política e também presença legislativa. O olhar crítico vem colocar às claras tais situações, tocando a realidade e apontando disfunções, tal como é a exclusão das transportadoras de passageiros do regime favorecido de tributação das MPE.

Esse contexto, mais uma vez, acentua a necessidade de se implementar medidas cada vez mais enfáticas para reestabelecer o equilíbrio entre as relações entre as grandes e as pequenas empresas. A inserção de normas protetoras do capital nacional e incentivadoras das pequenas empresas, no Capítulo da Ordem Econômica, da Constituição Federal de 1988, já era devidamente adequada à época em que enunciada e, hoje, estas normas exibem ainda mais importância na

concretização de um microsistema jurídico vantajoso às MPE, especialmente, após o conhecimento de que a leitura idealizada das normas jurídicas é incompleta e incapaz de tocar a realidade das MPE, usadas ou desprezadas.

2.2. MPE e o tratamento favorecido constitucional

Como já introduzido, a Constituição Federal do Brasil, de 1988, confere tratamento especial às MPE. Situam-se no patamar mais elevado da ordem jurídica nacional normas com o acertado escopo de beneficiar e incentivar o desenvolvimento das diminutas unidades produtivas, sejam tais regras relacionadas ou não ao direito tributário.

Idealizar o tratamento favorecido das pequenas empresas e sua tributação diferenciada no plano constitucional carrega um valor de índole intervencionista-social, marcante em diversas passagens da Constituição Federal. Busca-se, por meio desse mecanismo, atingir duas finalidades: (I) mitigar as distorções do modelo liberal em prol das bases capitalistas, marcada por grandes corporações que adotam condutas de concentração econômica, tal como amplamente discutido em momento anterior; e (II) atender aos diversos direitos sociais, destacados pela busca do pleno emprego.¹¹⁰

Dentre as normas constitucionais, embora existam outras previsões tratando sobre a temática das micro e pequenas empresas, tal como a do artigo 47 do ADCT, destacam-se as três principais, que serão analisadas nesse capítulo: (I) a contida no artigo 170, inciso IX, veiculadora do denominado princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas; (II) a depreendida do artigo 179, regra que lança comando de incentivo e mitigação de obrigações às MPE; e (III) a previsão do artigo 146, III, “d” e parágrafo único, a qual houve por viabilizar a promulgação- da Lei Complementar - LC nº 123/2006, instituidora do regime tributário do Simples Nacional.

É o que se passa a analisar.

¹¹⁰ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 294. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>. Acesso em: 24 jul. 2019.

2.2.1. A ordem econômica e o princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas

A Emenda Constitucional - EC nº 6/1995 alterou o inciso IX, do artigo 170, da Constituição Federal, que previa o tratamento favorecido das “empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.¹¹¹ A fim de aumentar a amplitude subjetiva do mandamento constitucional, prescreveu a necessidade de se observar o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil, enquanto preceito da ordem econômica nacional.¹¹²

Desse dispositivo legal, extrai-se o intitulado princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas, uma norma abstrata localizada no plano constitucional, com alta carga axiológica e que balizará a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, pilares da ordem econômica.

Acredita-se ser esta a principal orientação do microssistema do tratamento favorecido das MPE, visto que sua inserção no texto constitucional, de forma abstrata, abrangente e sendo um princípio geral da ordem econômica, esteia todas as reflexões a serem feitas nessa obra e sustenta a existência de um microssistema do tratamento favorecido das pequenas empresas. Não diferente disso, EROS GRAU salientou ser esse preceito um “princípio constitucional impositivo (Canotilho), já que

¹¹¹ Sobre os motivos da alteração e suas consequências jurídicas, Cf. KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009, p. 83-88. Em suma, o conteúdo originário decorreu da classificação constitucional das empresas em *empresas brasileiras*, *empresas brasileiras de capital nacional* e *empresas estrangeiras*. As pequenas empresas brasileiras de capital nacional, classificação jurídica que teria o tratamento favorecido, eram aquelas que deveriam estar sobre o controle permanente e efetivo de pessoas naturais residentes e domiciliadas no país ou de entidades de direito público interno, sendo esse controle definido como a maioria do capital votante da sociedade e o exercício do poder decisório. Com a alteração advinda da Emenda Constitucional nº 6/1995, o tratamento favorecido se estendeu às empresas de capital nacional ou estrangeiro, conforme se depreende do texto disposto no artigo 170, IX, da Constituição Federal. Assim, referido autor divide a previsão constitucional do tratamento favorecido em (I) fase nacionalista ou protecionista; e (II) fase internacionalista ou livre concorrencial, a partir da promulgação da dita EC. A partir da alteração, conforme afirma José Afonso da Silva, não mais importa a origem do seu capital, nem a natureza do controle ou a titularidade. Cf. também SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 811-813.

¹¹² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

a Constituição como princípio o tomou; daí o seu caráter constitucional conformador”.¹¹³

Referido princípio é tão prestigiado a ponto de: (I) hierarquicamente estar situado na Constituição Federal; e (II) estar lado a lado com a soberania nacional (inciso I), a propriedade privada (inciso II), a livre concorrência (inciso IV) e os outros demais incisos do artigo 170 do diploma fundamental.

Embora a sua aplicação pragmática no contexto jurídico por vezes se desvirtue,¹¹⁴ a leitura do texto constitucional positivado é nítida: o princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas será, imperativamente, observado como princípio geral da ordem econômica (Capítulo I do Título VII da Constituição Federal) e qualquer ato legislativo que venha a mitigá-lo, total ou parcialmente, deverá conter as devidas fundamentações para essa potencial inconstitucionalidade.

Pequenas empresas, logo, quando constituídas sob a regência das leis brasileiras e com sede e administração no país, deverão ter tratamento favorecido em comparação com a sua categoria antagonista,¹¹⁵ ou seja, as grandes empresas.

Infere-se que o legislador constitucional, ao dispor sobre o dever do tratamento favorecido às pequenas empresas, instituiu um gênero subjetivo da categoria empresas, qual seja a “empresa de pequeno porte”, não definindo, ainda nesse momento, suas espécies e seu conceito.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 258.

¹¹⁴ “Nada obstante, a jurisprudência pátria tem legitimado diversas violações ao favorecimento e a outras prescrições constitucionais ao adotar interpretação diametralmente oposta à aqui defendida”. O professor GUILHERME MENDES, escrevendo sobre o tratamento favorecido das MPE, explicita que não raras vezes a aplicação do direito se dá à mingua desse princípio. Cf. MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: **VII Encontro Internacional do Conpedi** – Braga, PT, 2017, p. 294.

¹¹⁵ A utilização do termo antagônico não pressupõe a afirmação de que pequenas e grandes empresas são totalmente incompatíveis, mas que, divididas em duas categorias, serão grandes ou pequenas. Conforme afirma ESCUDERO, pequenas empresas complementam, são auxiliares e indispensáveis para as grandes empresas. Vide: “Apresurémonos a resaltar la afirmación de que no es preciso, en absoluto, que se plantee el dilema de la incompatibilidad entre las empresas grandes y las pequeñas. Antes al contrario, las empresas pequeñas complementan, son sus auxiliares, y en estos aspectos éstas resultan indispensables para aquéllas, es aseveración que nos complace adelantar”. Cf. ESCUDERO, German Prieto. Empresas pequeñas “versus” empresas grandes? **Revista de Economía Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto, 1978, p. 106. Assim, a afirmação ou o pensamento de que grandes empresas surgem, necessariamente, da exploração das pequenas empresas, mostra-se ingênuo e reducionista, pois existem outros aspectos a serem considerados, tal como o tema central dessa dissertação. A coexistência de grandes e pequenas é natural do mercado e desejável, desde que disfuncionalidades jurídicas não sejam postas com interesses ocultos de, agora sim, dominar.

Ter a Constituição Federal positivado tal norma como princípio traz consequências para o todo o ordenamento jurídico. Princípios, de acordo com HUMBERTO ÁVILA, são:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹¹⁶

O fato de serem normas finalísticas, faz com que os princípios almejem atingir a um fim, uma orientação diretiva de ordem prática para buscar alcançar o conteúdo desejado.¹¹⁷ No caso do artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, aspira-se conquistar o estado do tratamento favorecido das pequenas empresas e, continuamente, preservar essa situação. Portanto, necessariamente, deverão ser adotados comportamentos voltados à realização do princípio, ainda que indiretamente.¹¹⁸

Além disso, princípios não ficam na dependência de meras preferências pessoais. Instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, ao contrário, o dever de efetivar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.¹¹⁹

No caso do princípio analisado, tratando-se do estado de beneficiar às pequenas empresas, necessário que se adote um comportamento para que essa situação seja alcançada. Exige-se do legislador que adeque a sua atividade legiferante para privilegiar as MPE, de início, para, após, atingir (ou continuar buscando) o estado do tratamento favorável.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17^o ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 103.

¹¹⁸ Em reflexão interessante sobre a eleição de princípios no texto constitucional, ÁVILA assevera: “quando a Constituição protege determinado bem jurídico por meio da positivação de um princípio. Por exemplo, ao instituir o princípio do livre exercício de atividade econômica, a Constituição obriga os entes federados a praticar atos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção dessa liberdade. Ao fazê-lo, a Constituição implicitamente proíbe que os entes federados estabeleçam diferenças em razão do exercício da atividade econômica. O mesmo ocorre com todos os princípios constitucionais: ali onde a Constituição obrigou a promover, não pode o Poder Legislativo restringir por meio de diferenciações, considerando-se ocorrida uma restrição dessa natureza quando o Poder Legislativo usa medida de comparação incompatível com a realização de princípios constitucionais”. ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 59.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. *op. cit.*, p. 104.

Embora relacionado ao valor de tratar de modo favorecido as pequenas empresas, o princípio não se confunde com a carga axiológica em si. Na medida em que está situado no plano deontológico, vale dizer, detendo a qualificação positiva do estado buscado, é obrigatório que se tome as condutas necessárias à promoção do estado das coisas enunciado. Isso reforçará a característica da obrigatoriedade do microssistema analisado, a ser abordada adiante, dado que os legisladores não podem desprezar essa norma jurídica.

Indo além da norma jurídica, cabe a reflexão conjugando a realidade das MPE na sociedade contemporânea e as normas analisadas para assumir que em termos deontológicos, as regras ou princípios aplicáveis às pequenas empresas não admitem a desvirtuação do seu incentivo, seja via outras legislações terminais ou por outros interesses econômicos e sociais, notadamente os das grandes corporações. Identificado o problema, a função do legislador também será a de combater a disfuncionalidade no incentivo das MPE, quando usadas pelo grande capital ou desprezadas em razão de sua falta de influência no poder político.

Ainda que soluções práticas não sejam simples e exigir do legislador um papel ativo no combate às medidas contrárias ao incentivo das MPE, ler a Constituição Federal à luz do princípio aqui enunciado é o primeiro passo para que se compreenda o verdadeiro intento do legislador constituinte. É por isso que exerce esse princípio papel de importante vetor hermenêutico, balizador de regras jurídicas nacionais, não somente no plano infraconstitucional, haja vista que a regra disposta no artigo 179 do diploma fundamental, a ser analisada adiante, também se insere dentro do microssistema decorrente do princípio do tratamento favorecido.

Há um estado ideal que deve ser buscado e mantido, qual seja o tratamento favorecido das micro e pequenas empresas.

2.2.2. A regra constitucional do artigo 179

Ao contrário do princípio previsto no item anterior, o artigo 179 da Constituição Federal¹²⁰ veicula uma regra, direcionada aos entes legiferantes,

¹²⁰ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

também situada no altiplano dos princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I do Título VII).

Determina que as pessoas políticas tratarão as microempresas e as pequenas empresas de forma diferenciada, a fim de incentivá-las por meio da simplificação, eliminação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, estabelecidas por meio de lei.

Não é preciso muito para se perceber que tal regra coaduna e contribui para o estado das coisas ilustrado no princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas, qual seja colocá-las num patamar de maior proximidade das grandes empresas, vale dizer, reestabelecendo a igualdade de condições.

Utilizando-se da conceituação de HUMBERTO ÁVILA:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.¹²¹

Ainda que se está diante de uma regra de competência, pois atribui o dever a sujeitos de poderes – União, Estados, Distrito Federal e Município – de editar atos com conteúdo pré-definido, os elementos caracterizadores das regras continuam existindo, destacando-se o caráter descritivo e a exigência de avaliação de correspondência entre a construção factual e a descrição normativa, isto é, se os atos adotados pelos legisladores (concretização da regra) conformam a finalidade constitucional (o princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas e, conseqüentemente, a regra do artigo 179 da Constituição Federal).

Ainda na classificação trazida, estaria essa regra contida no grupo das regras constitutivas, no caso, direcionando uma conduta do legislador e delimitando substancialmente sua competência.¹²² No caso, a regra contempla: (I) uma regra de conduta obrigatória do legislador, pois, ao tratar sobre o assunto, deve mitigar as mais variadas obrigações das pequenas empresas (conteúdo da norma a ser enunciada); (II) uma regra de conduta proibitiva, já que o legislador não pode tratar o tema de maneira diversa; e (III) uma regra que confere a competência da edição de

¹²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17^o ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.

¹²² Sobre o tema das regras, *op. cit.*, p. 105-108.

tais atos em favor das MPE, isto é, o ato de legislar de acordo com o conteúdo obrigatório.

Defende-se, portanto, não se tratar de uma faculdade constitucional conferida aos entes federativos. O termo “dispensarão” denota uma conduta obrigatória a ser, indispensavelmente, observada pelos legisladores federais, estaduais, distritais ou municipais – a espécie regra se comunica pelos modais deônticos e, no caso, o comportamento é obrigatório, e não o permitido ou o proibido.

No que tange aos sujeitos que devem adotar referido comportamento, o conteúdo do artigo restringe o comando aos legisladores *stricto sensu*, já que menciona a necessidade de lei para a regra atingir completude. Contudo, nada impede que os demais integrantes de cada um dos poderes da república, sobretudo os do Poder Executivo, normatizem, dentro de suas competências, benefícios às MPE, com fundamento no princípio analisado no tópico anterior.

Do texto constitucional, ainda, em complemento ao gênero “pequenas empresas” estatuído no artigo 170, IX, da Constituição Federal, verifica-se a delimitação de duas espécies: (I) as microempresas; e (II) as empresas de pequeno porte, em sentido estrito.¹²³ Isso significa que dentro do plexo de normas benéficas às MPE, dever-se-á determinar mais favorecimento ainda àquelas que são “micros”, porquanto menores do que as pequenas empresas em sentido estrito.

Essa redação da Constituição Federal de 1988 veio corrigir uma deficiência contida na Lei nº 7.256/1984, o denominado Estatuto das Pequenas Empresas. Nas palavras de GUILHERME MENDES:

A lei nº 7.256/84 conferia guarida jurídica a uma só categoria considerada economicamente débil; destarte, ou a empresa se enquadrava dentre aquelas qualificadas segundo os parâmetros legais e se favorecia de um esquema normativo fixo, sem qualquer gradação; ou não se enquadrava e, assim, deveria se submeter às regras dirigidas às empresas em geral. Ao revés de ter sido criada uma escada normativa, em que cada degrau atingido impusesse à empresa mais obrigações que as previstas no patamar inferior, até ela alcançar o nível mais elevado. O diploma normativo fixava apenas dois patamares distantes entre si por um verdadeiro fosso obrigacional. Num dia, a empresa encontrava-se acolhida por um regime

¹²³ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 291. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>. Acesso em: 24 jul. 2019.

sobremaneira protetor; noutra imediatamente posterior, era obrigada a se atirar numa verdadeira selva de encargos.¹²⁴

Como será visto adiante, é desse espectro interpretativo, em conjunto com o ideal da isonomia, que se deduz a característica da gradatividade do microsistema do tratamento favorecido das pequenas empresas.

Os órgãos legiferantes, logo, deverão simplificar, eliminar ou reduzir obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias das MPE, de modo a incentivá-las. Não se encontra taxatividade nem nos qualificativos da forma de incentivo (simplificação, eliminação ou redução) e nem no rol de matérias enunciadas (administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias).

Por óbvio, determina-se que o legislador utilize de tais formas de incentivo às MPE e, necessariamente, deverão as obrigações serem simplificadas, eliminadas ou reduzidas. Mas isso não resulta na impossibilidade de o legislador (ou algum outro sujeito legitimado) conceder ou ampliar direitos às MPE, haja vista que o teor amplo do princípio do tratamento favorecido autoriza tal ato em abstrato¹²⁵ – outro comportamento, diverso do previsto na regra do artigo 179, da Constituição Federal, mas que contribui para a busca da finalidade principiológica.

Também o rol das matérias enunciadas no artigo (administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias) é exemplificativo. Isso decorre do raciocínio inverso a tal afirmação: a aplicação taxativa neutralizaria diversos princípios constitucionais que se relacionam com o tratamento favorecido, tais como a soberania nacional e a defesa do consumidor.¹²⁶ Não existe fundamento jurídico para sua interpretação restritiva, visto que, com esteio no princípio do tratamento favorecido, o legislador exerce sua função legiferante para além das hipóteses do artigo 179, da Constituição Federal, e, portanto, por que entender que o mesmo diploma que confere um poder extenso, restringi-lo-ia logo em seguida? A lógica não permite tal interpretação restritiva.

¹²⁴ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 291. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>. Acesso em: 24 jul. 2019.

¹²⁵ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: **XXV Congresso do Conpedi** – Curitiba, Direito Administrativo e Gestão Pública III, 2016, p. 86.

¹²⁶ KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009, p. 107.

Ainda que o intento constitucional seja cristalino e o estado das coisas que se almeja seja proporcionar melhores resultados para a sociedade, convém salientar, considerando o contexto das pequenas unidades produtivas, que o papel a ser exercido pelos legitimados a concederem os benefícios não está sendo cumprido a rigor, haja vista a ausência de compreensão da gênese estrutural das pequenas empresas. A construção factual idealizada pelo legislador, qual seja, proporcionar incentivos às MPE, quando constatado que se situam num cenário de reestruturação do modelo de produção em prol das grandes empresas, mingua vigorosamente, sendo imprescindível que a legislação também se altere para que o desiderato constitucional seja atingido. É observado, nas próprias legislações que deveriam favorecer as pequenas empresas, normas que as impedem de se desenvolver, colocam-nas num cenário de submissão ou até desprezam suas realidades.

2.2.3. O papel constitucional da Lei Complementar para a realização da opção constitucional

A Emenda Constitucional nº 42/2003, na esteira de toda a finalidade das normas constitucionais aplicáveis às MPE supra analisadas, alterou o artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, o qual prevê a competência de lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Incluiu-se a alínea “d” no referido artigo, assim dispondo o legislador, reitera-se, especificamente em matéria tributária:

Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)

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

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - será opcional para o contribuinte;

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Com a alteração legislativa, a definição do tratamento favorecido e a instituição de um regime único de arrecadação de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais, com as características contidas nos incisos do parágrafo único supramencionado, passaram a ser de competência de lei complementar.

O Constituinte Derivado, ao expandir o rol das matérias tributárias tratadas por meio de normas gerais, leia-se, genéricas, utilizou-se do típico veículo normativo da lei complementar com a finalidade de não só conformar diretamente condutas intersubjetivas, as quais haveriam por ser enunciadas via lei ordinária. Atingiu o legislador constitucional o escopo de estruturar as amarras maiores de um regime favorecido, com o desígnio de tecer o sistema que veio a ser o Simples Nacional.¹²⁷

Colocar tais assuntos sob a regência de lei complementar houve por disciplinar como as pessoas políticas detentoras de competência tributária conversariam sobre a tributação das micro e pequenas empresas.

Tal intento normativo se justifica com base no contexto histórico-normativo desordenado que pairava até o advento da referida EC e da LC nº 123/2006. Sob a vigência das regras anteriores, não existia padronização da qualificação de micro e pequenas empresas, podendo uma mesma unidade produtiva ter diferentes tratamentos em nível municipal, estadual e federal.¹²⁸ Isso porque havia o entendimento, até a promulgação da emenda, de que o tratamento favorecido de pequenas empresas era matéria própria de lei ordinária, cabendo a cada ente federativo regular sua competência, o que gerou bizarras distorções no sistema das MPE.

¹²⁷ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; LUNARDI, Cloeh Wichmann Orive. Tratamento desfavorecido do microempreendedor individual: sob análise do parcelamento tributário. **XXVI Congresso Nacional do Conpedi** – São Luis, 2017, p. 154.

¹²⁸ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos & SILVA, Rafael Ragazzo Pacheco. Tratamento Favorecido para pequenas empresas – inovações da Lei Complementar 147/14. **Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros**, Brasília-DF, v.1, n.2, jan./jul. 2015, p. 288; e MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade: análise semiótica**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 292-294. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>. Acesso em: 24 jul. 2019. E “Alguns exemplos podem ser citados: a) uma empresa poderia se enquadrar em tratamento favorecido tributário num Estado, mas não em certo Município deste Estado; b) outra empresa, reconhecida como microempresa para fins de registros públicos, poderia não sê-lo para fins previdenciários; c) uma empresa, optante do regime simplificado tributário federal poderia estar dispensada de suas obrigações com o ICMS e o ISS (em certo Município e Estado), mas, se prestasse serviços no Município (ou no Estado) vizinho, poderia estar sujeita a outras obrigações diferentes”. Cf. também KARKACHE, Sérgio. **Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor**. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009, p. 90.

Submeter o tema da tributação das MPE ao crivo de lei complementar que veicula norma geral em matéria tributária foi uma feliz escolha no caminho da unificação e simplificação das obrigações tributárias das diminutas empresas – haja vista a simplificação tributária ser uma regra expressa no artigo 179 da Constituição Federal.

Por um lado, conforme estabelecido na alínea “d” do referido artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, resolveu-se o problema da ausência de uniformidade legislativa. Sob outra ótica, com os incisos do parágrafo único, harmonizou-se a forma como se relacionariam as legislações até então esparsas, preparando o sistema jurídico para que uma lei complementar unificadora do sistema do tratamento favorecido fosse promulgada, alterando, especialmente, a incidência tributária que recai sobre as MPE.

Independentemente da escolha doutrinária sobre os papéis da lei complementar em matéria tributária,¹²⁹ acredita-se ter ocorrido um expressivo avanço no tratamento favorecido das pequenas empresas, pois, em razão da ausência de eficácia plena nos dispositivos constitucionais, tornou-se necessária a existência de legislação infraconstitucional pra implantar o tratamento favorecido das MPE, instaurado pela Lei Complementar nº 123/2006.

Antes de analisar a lei complementar do Simples Nacional, vale à pena reunir algumas considerações finais sobre as normas constitucionais que afetam as MPE.

¹²⁹ A doutrina tributária há tempos discute sobre os papéis da lei complementar em matéria tributária, haja vista o conteúdo do artigo 146 da Constituição Federal. Independentemente dos papéis que se atribui às leis complementares e ordinárias e seus conflitos (e.g. o caso do imposto sobre serviços de qualquer natureza, previsto na LC nº 116/2003 e a exigência da instituição por leis ordinárias municipais, diferente do caso do Simples Nacional), é certo que a LC nº 123/2006 desenhou a norma jurídico-tributária aplicável às MPE, inaugurando um microsistema da tributação das pequenas empresas e reunindo, inclusive, sob o preceito de unificação e simplificação, competências tributárias de entes diversos. Manteve-se, entretanto, as especificidades de cada tributo e a repartição competente a cada ente federativo. Discorda-se, portanto, do posicionamento de autores como CARRAZA e PAULSEN, os quais entendem que não seria constitucional compelir os detentores de competência tributária a aderirem o regime unificado do Simples Nacional por meio de lei complementar, a exemplo do que ocorreu com o ICMS e o ISS. Cf. CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 908; e PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 9ª edição. Porto Alegre: L. Advogado, 2007, p. 110.

2.2.4. Considerações adicionais sobre o regime constitucional do tratamento favorecido às MPE

Em todo o percurso das normas constitucionais, nota-se a predominância de uma intenção de favorecer para reestabelecer a isonomia na relação entre as pequenas e grandes empresas. E, por isso mesmo, do princípio da isonomia se deduzem suas principais considerações.

Normas benéficas às MPE, tal como as apresentadas acima, consagram a igualdade material e almejam tornar as dificuldades cotidianas das pequenas empresas menos impactantes no desenvolvimento do seu negócio.¹³⁰

A igualdade é uma medida comparativa de situações distintas, não sendo possível se comparar algo que seja único; opera-se com completude somente quando presentes e bem determinados os seguintes elementos: sujeitos, critério ou medida de comparação, elemento indicativo da medida de comparação e finalidade.¹³¹

Os sujeitos, pelo tratamento constitucional, serão as empresas e, especificamente no tema da tributação das micro e pequenas empresas e seu tratamento favorecido, ao cabo, serão inseridas na posição de sujeito passivo da obrigação tributária.¹³²

O critério ou medida de comparação utilizado pela legislação é o porte da empresa, podendo os sujeitos (empresas) serem grandes ou pequenos. Tendo-se em vista que a finalidade que justifica a diferenciação é o incentivo ao desenvolvimento e o benefício às pequenas empresas, a medida de comparação

¹³⁰ "The main reason given by governments for supporting small business are: their competitive disadvantage due to difficulties in raising finance; their relatively greater administrative costs of complying with government regulations including tax; the difficulties in their getting information about new developments; a belief that such companies are more flexible and dynamic than larger companies, and thereby promote the overall growth of the economy. Assistance provided by tax system is generally justified by the first two of these reasons. Some government believe, however, that any tax measures to assist the small business sector should be subordinate to the general aims of tax neutrality. This implies that tax policies towards small business should be chosen so as to minimize interference with economic decisions in otherwise efficient markets. Since it is difficult to target tax subsidies to the problems of small business, tax subsidies may serve to misallocate resources in the economy". Cf. OECD (OCDE). **Taxations and Small Businesses**. Paris, OCDE, 1994, p. 3.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45.

¹³² ÁVILA assim afirma que se deve compreender os sujeitos da maneira mais ampla possível, por dois motivos. O primeiro, pelo fato da igualdade ter relação, direta ou indireta, com a relação entre sujeitos. Já o segundo motivo é, ao se tratar de sujeito passivo da obrigação tributária, pelo fato de envolver a comparação entre regimes jurídicos aplicados a diferentes contribuintes ou responsáveis. Cf. *Op. Cit.*, p. 45-46.

deve ser justamente o que difere as pequenas das grandes, portanto, a contraposição entre o pequeno e o grande é o tamanho, ou melhor, o seu porte empresarial. Trata-se de um critério de comparação capaz de ser aferido de maneira objetiva e que coaduna com a finalidade da norma constitucional promotora da igualdade.

Essa medida de comparação, em abstrato, poderia se atrelar à organização societária, ao tipo de atividade desenvolvida e a quaisquer outros elementos inerentes ao sujeito. O importante é que a escolha da medida de comparação seja concreta e relacionada à finalidade que justifica sua utilização, evitando assim que a diferença normativa não seja arbitrária.¹³³

Indispensavelmente, para se atingir a igualdade, é necessário escolher um elemento indicativo da medida de comparação, devendo este ser congruente com a medida de comparação e a finalidade que justifica sua utilização.¹³⁴ HUMBERTO ÁVILA assevera ser essencial a existência de uma relação fundada e conjugada entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo. Diz-se ser fundada por existir um “vínculo de correspondência estatisticamente fundado entre o elemento indicativo e a medida de comparação”,¹³⁵ permitindo, por exemplo, pressupor ser a empresa grande ou pequena, na maior parte dos casos, a partir da receita bruta auferida no ano-calendário pela empresa (critério utilizado pela LC nº 123/2006). Ser ou não conjugada a relação entre o elemento indicativo e a medida de comparação, significa ter sido o elemento “escolhido por ser o mais significativo dentre os elementos indicativos existentes e vinculados à medida de comparação”.¹³⁶ Novamente no plano das ideias, o elemento indicativo da medida de comparação poderia ser, igualmente, em conjunto ou de maneira isolada, a receita bruta anual, a receita líquida anual, o lucro líquido, a produtividade, o número de empregados e assim por diante. Deve o poder legiferante escolher o elemento mais próximo que mensure a medida de comparação.

E aqui cabe uma crítica: a Constituição Federal não delimitou o critério indicativo da medida de comparação, e a LC nº 123/2006, conforme será visto adiante, optou pela receita bruta anual. Embora tal critério coadune com a promoção

¹³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 47-48.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 50-51.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 51.

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 54.

da finalidade da norma, que visa promover a igualdade e até seja pertinente sua escolha como um dos possíveis elementos indicativos da medida de comparação, não é certo que sua escolha isolada seja a ideal para mensurar o porte da empresa. Existem diversos outros indicadores que podem ser atrelados a essa aferição e, muitas vezes, são menos “mascarados” que uma alta receita bruta anual. São exemplos disso o número de empregados, a produtividade e a margem líquida de resultado da empresa. Ter alta receita bruta é, sem dúvidas, um indicativo de grande porte, mas não necessariamente a empresa pode ser considerada grande.

Tal situação se mostra ainda mais complicada quando se insere, dentro de um mesmo elemento indicativo da medida de comparação (receita bruta anual), atividades econômicas distintas, como a prestação de serviços e a comercialização de produtos.¹³⁷ A atividade de prestação de serviços, em geral, tem resultado líquido percentual maior do que a atividade de comércio de mercadorias, mas, ao eleger apenas um critério objetivo como indicativo da medida de comparação, estabeleceu-se um corte incapaz de captar as peculiaridades de cada atividade econômica.

Não se reputa ser dispensável o critério da receita bruta anual para medir o porte da empresa, no entanto, critérios adicionais são igualmente importantes para mensurar quão diferenciado deve ser seu tratamento.

No que tange à finalidade da norma propulsora da igualdade, almeja-se alcançar um estado das coisas,¹³⁸ expresso na norma positivada no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, veiculadora do princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas.

Sob a ótica da igualdade, portanto, tem-se a principal justificativa do tratamento favorecido das micro e pequenas empresas.

Adiante, as normas constitucionais que veiculam o tratamento favorecido das pequenas unidades produtivas, constantes da ordem econômica, são classificadas como regras jurídicas de eficácia limitada¹³⁹ e têm claramente caráter

¹³⁷ Não se está mencionando as atividades excluídas do Simples Nacional, independentemente das razões pela impossibilidade de adesão, mas sim, faz-se referência às atividades de comércio e serviços que são autorizadas à opção pelo regime unificado de tributação.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 66.

¹³⁹ Sobre a classificação das normas constitucionais, Cf. SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 81-87.

programático,¹⁴⁰ o que implica não beneficiar prontamente as MPE sem a promulgação de leis concretizando o intento exarado na Constituição Federal. Pela essência da norma programática, o legislador constitucional se limitou a traçar um princípio para que seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) cumpram, como programa das atividades ligadas ao Estado, visando à realização de seus fins sociais.¹⁴¹

Não representa, contudo, a escolha constitucional pela positivação do tratamento favorecido uma preferência a um porte das unidades econômicas, onde supostamente deveriam os atores se organizarem em pequenas empresas. O incentivo se fundamenta nas dificuldades que as MPE encontram para se desenvolverem, face ao mercado competitivo com as grandes empresas e aos obstáculos do acesso ao crédito, a ausência de ganhos de escala¹⁴² e também pela sua subserviência ao grande capital. Almeja, em suma, reestabelecer o equilíbrio numa situação de desigualdade.

Aliás, o vetor constitucional reforça a importância social e econômica das MPE. O fato de, como já foi afirmado, estar ao lado de princípios como soberania nacional, livre concorrência e propriedade privada, orienta o próprio modo de produção no Brasil, haja vista contribuir para o aumento da produtividade nacional, produzindo mais e melhor, o que garante eficiência econômica.¹⁴³

¹⁴⁰ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: **VII Encontro Internacional do Conpedi** – Braga, PT, 2017, p. 19. Referido autor reforça seu posicionamento com base nas obras de SOTTO, Débora. **Tributação da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 26; GUERREIRO, Mariana de Loiola. **Empresas de micro e de pequeno porte** – regime constitucional e tributário. Dissertação de Mestrado. São Paulo, PUCSP, 2006, p. 187; e SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 160. Inclusive, MENDES indica serem os efeitos das normas programáticas: “Dentre outros efeitos, as regras programáticas: (I) derrogam a legislação passada oposta aos intentos programados, (II) condicionam a produção legislativa vindoura, (III) delineiam a discricionariedade administrativa e judiciária, e (IV) determinam a interpretação jurídica”. Em contrapartida, acompanhando a posição adotada, discorda-se da posição doutrinária defendida por KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009, p. 101-102.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 138.

¹⁴² MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: **XXV Congresso do Conpedi** – Curitiba, Direito Administrativo e Gestão Pública III, 2016, p. 88.

¹⁴³ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: **VII Encontro Internacional do Conpedi** – Braga, PT, 2017, p. 11.

Do ponto de vista econômico, a eficiência se atribui à aproximação do modelo atomizado da concorrência perfeita,¹⁴⁴ onde nenhum dos agentes do mercado será capaz de influenciar diretamente as curvas de oferta e demanda e, conseqüentemente, os preços, quando houver diversos atores que convivam num mesmo ambiente. Incentivar a criação pulverizada de pequenos negócios que atuem num determinado setor garante a estabilidade do mercado. É por isso que SOLOMON anuncia que as pequenas empresas possuem três virtudes: “1) facilitam a mudança; 2) propiciam o lastro de estabilidade da economia; 3) são, na realidade, o principal respaldo comercial dos valores do ambiente socioeconômico do livre mercado”.¹⁴⁵

Concentrações econômicas, pelo contrário, fulminam essa noção atomizada de mercado e, embora possa existir o denominado ganho de escala, não é certo que isso será necessariamente melhor para a sociedade, haja vista a potencial limitação de acesso ao mercado e à própria concorrência, demarcada em mercados liberais distorcidos, dominada por grandes corporações.

E as MPE, de fato, sofrem as conseqüências ocasionadas pelas falhas de mercado. Penam para se inserir nos negócios dominados por grandes firmas e têm restrição de acesso ao crédito, uma vez que os investidores ao verificarem os benefícios de aportar recursos em uma pequena empresa, não consideram as externalidades positivas que geram na economia – o interesse está no retorno sobre investimento. Somado a isso, num cenário de assimetria de informações entre o pequeno proprietário e instituições financeiras, o crédito pleiteado pelo empreendedor possui alto custo, ante aos juros elevados.^{146 147}

Porquanto enfrentam custos econômicos desproporcionais em comparação às grandes empresas, tais como os decorrentes de (I) falhas de mercado, tornando o acesso ao financiamento mais dispendioso às MPE; (II) custos de conformidade tributária, que oneram proporcionalmente mais os agentes menores; e (III) custos de

¹⁴⁴ Vide nota de rodapé nº 4

¹⁴⁵ SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa**: a pequena empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986, p. 10.

¹⁴⁶ PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. In: **Nova Economia**, v. 24, n. 3, p. 541-554, dez. 2014, p. 543. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010363512014000300541&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 25 jul. 2019.

¹⁴⁷ PATTON, Ana Laura Javaroni. **A exclusão da startup com formato societário anônimo do Simples Nacional**: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017, p. 112.

fatores econômicos decorrentes da ausência de ganhos de escala, presentes em grandes empreendimentos;¹⁴⁸ as micro e pequenas empresas, além de melhorarem a eficiência econômica, necessitam do tratamento favorecido para que se concretize os ideais de livre iniciativa e livre concorrência. Sem possibilidade de se inserir ou permanecer em mercados em condição de igualdade com os maiores, não há outro caminho senão conferir benefícios às diminutas unidades produtivas.

Não indiferente quanto à distribuição de riquezas da produção nacional, a Constituição Federal, ao estatuir o tratamento favorecido das MPE, atinge seu escopo social. Socialmente, são extremamente relevantes e, sob a ótica da redistribuição de riqueza, são mais eficientes, porque mesmo gerando menos riqueza absoluta, empregam maior número de pessoas e pagam proporcionalmente mais salários, se comparadas às grandes empresas. Além disso, constituem alternativa ao desemprego e aos problemas que dele decorrem, democratizam o capital e o domínio da tecnologia, auxiliam na descentralização econômica, de modo que oportunizam o desenvolvimento em regiões menos favorecidas.¹⁴⁹

Seus fundamentos e ganhos são totalmente compreensíveis se analisados os pilares da ordem jurídica nacional: além de promover a igualdade, promove também o crescimento econômico, distribuindo com mais eficiência os ganhos decorrentes das atividades empresariais. É por isso que referido regramento se justifica sob as visões das ciências econômicas e sociais, tornando adequado o tratamento no âmbito jurídico, preservando o modo capitalista de produção, distorcido pelo modelo liberal.¹⁵⁰

2.2.5. Características do regime constitucional do tratamento favorecido das MPE

¹⁴⁸ PATTON, Ana Laura Javaroni. **A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional**: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017, p. 114.

¹⁴⁹ KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor**. *op. cit.*, p. 33-34. Igualmente, Cf. MULHERN, Alan. La PYMI en Europa y las Políticas hacia ella. **Revista Economía** n. 14, 1998. Mérida (Venezuela): Universidad de Los Andes, p. 63-85.

¹⁵⁰ 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. 111.

Do estudo das normas constitucionais que versam sobre as pequenas empresas é possível extrair as características do regime do tratamento favorecido. Será ele: (I) obrigatório; (II) universal; (III) vantajoso; (IV) gradativo; e (V) alternativo.

A obrigatoriedade é direcionada aos entes com competência para inserir normas no sistema jurídico, pois, ao contrário de regular condutas humanas, inclina-se a Constituição no desenho das diretrizes e fins a serem perseguidos pelos poderes públicos.¹⁵¹ Do ponto de vista do legislador, não se trata de uma norma que lhe confere discricionariedade; muito pelo contrário, utilizando-se dos modais com teor de obrigação, utilizados nos artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, o detentor do poder legiferante é compelido a “observar” ou “dispensar” tratamento benéfico às pequenas empresas.

Note que não existe, entretanto, vinculação da adesão do contribuinte-administrado ao regime do tratamento favorecido. Existirá sempre a opção de se inserir no sistema de tributação diferenciado que o favoreça, mas também é possível adotar o regime geral aplicável às grandes empresas. Por óbvio, num cenário ideal, em que se constate o favorecimento no plano material – leia-se, o reflexo da legislação é, de fato, o favorecimento sem qualquer tipo de prejuízo decorrente da opção -, isso jamais aconteceria, pois seria ilógico escolher por algo que prejudique o desenvolvimento do próprio empreendimento. Assim sendo, no âmbito fiscal, as vantagens devem ser realizadas em todas as espécies tributárias, indistintamente.

Diz-se ser o microssistema do favorecimento das MPE universal por duas razões: a primeira consiste na sua aplicação a todas as pessoas jurídicas, não devendo existir restrições desarrazoadas, como é o caso da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, a ser analisada em breve, e também por não ser um regime exclusivo de um ente político específico.¹⁵² A universalidade atinge a todos os administrados e poderes públicos, podendo se elucidar exemplos: (I) o Poder Legislativo, no ato de legislar, deve observar referido

¹⁵¹ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 291. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>. Acesso em: 24 jul. 2019, p. 292.

¹⁵² 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, 2016, p. 104. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1vtu3xbu/7KXI8490w5VI6sGk.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

tratamento benéfico às pequenas empresas; (II) o Poder Judiciário, ao atuar em demandas que contenham potenciais prejuízos às MPE, deve interpretar pela primazia do favorecimento; e (III) o Poder Executivo, ao elaborar políticas públicas voltadas ao setor empresarial e até nos atos normativos próprios que enuncia, também deve resguardar referido princípio. Por outro lado, a segunda razão da universalidade está na ampla gama de matérias a que o regime diferenciado pode se atrelar, não sendo restrito o tratamento favorecido à seara tributária. É possível, por exemplo, no âmbito do direito administrativo, conceder simplificações em licenças exigidas a pequenos estabelecimentos, ou, ainda, na área cível, determinar por incentivos creditórios às MPE.

A característica da vantajosidade às MPE consiste na constatação fática de efetivo benefício para as pequenas unidades produtivas, como seria, por exemplo, a verificação empírica de que a opção pelo Simples Nacional é mais vantajosa para a pequena empresa, mensurando-se a incidência de cada tributo no regime geral e também a parcela do mesmo tributo inserida no regime unificado de tributação. Não se admite, portanto, desvantagens no regime que deveria garantir benesses aos pequenos empreendimentos, sob pena de se negar validade aos comandos constitucionais supramencionados.

O quarto critério é a gradatividade, requisito do regime do tratamento favorecido relacionado com a mensuração dos benefícios e, conseqüentemente, sua gradual redução. Segundo assevera GUILHERME MENDES, na medida inversa do porte da empresa, os benefícios devem ser reduzidos proporcionalmente.¹⁵³ Empresas menores requerem benefícios maiores e empresas de grande porte exigem menos benefícios. Assim, as micro e pequenas empresas deverão ser mais beneficiadas pelos entes políticos, se comparadas às grandes empresas. Alcançando maior substância e aumentando seu tamanho, que pode ser medido por critérios como faturamento, número de empregados e outros indicadores (todos elementos indicativos da medida de comparação), a empresa deve, aos poucos, ter seus benefícios suprimidos, a ponto de, na área tributária, entrar no regime geral de tributação.

¹⁵³ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: **XXV Congresso do Conpedi** – Curitiba, Direito Administrativo e Gestão Pública III, 2016, p. 87-88.

Tal aspecto de gradação implica, até mesmo, em uma coerência interna de legislações que veiculam benefícios às MPE. Por exemplo, no Simples Nacional, a carga tributária de determinada atividade deve ser progressiva, na medida em que a empresa tem maior faturamento, não se admitindo regressões intranormativas, ou o regime pretensamente favorecido onerará mais os pequenos, em comparação ao regime geral aplicável às grandes empresas. Logo, o regime geral terá carga tributária maior do que a resultante do regime favorecido e, internamente, o regime favorecido também onerará mais os que têm maior faturamento, de maneira progressiva.¹⁵⁴

Por fim, a quinta e última característica do microssistema de favorecimento às micro e pequenas empresas é a alternatividade, que decorrerá da possibilidade de serem implantados os benefícios por meio de diferentes mecanismos, individual ou conjuntamente considerados, seja pela redução, eliminação ou simplificação de obrigações, expressamente previstas no artigo 179 da Constituição Federal, ou também pela concessão de direitos, pautados no artigo 170, IX, da norma fundamental.

Tecidas essas considerações que fundamentarão todo o decorrer dessa dissertação, nota-se que a leitura da Constituição Federal, sob a ótica das pequenas empresas, não abre espaço para se questionar, no plano jurídico, o dever do favorecimento das diminutas unidades produtivas, bem como, sob as óticas econômica e social, a leitura fria dos dispositivos constitucionais aponta para a busca pela equidade entre as empresas e pelo seu desenvolvimento, o que traz benefícios a toda a sociedade. Assim sendo, necessário verificar na Lei Complementar nº 123/2006, norma que foi promulgada para idealmente concretizar toda essa construção teórico-normativa definida pela Constituição Federal, como o tratamento favorecido se operacionaliza.

¹⁵⁴ No mesmo sentido, Cf. MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: **VII Encontro Internacional do Conpedi** – Braga, PT, 2017, p. 15. “Por outro lado, nem todas medidas, orientadas para supostamente abrandar deveres, são capazes de favorecer. Se providências desse tipo operarem no sentido oposto ao favorecimento, ou seja, se prejudicarem pequenas empresas em comparação com os efeitos gerados sobre as de maior porte econômico, estaremos diante de uma inconstitucionalidade. Por exemplo, não são juridicamente válidas reduções diferenciadas de alíquota em razão do porte da empresa, se as maiores exonerações forem dirigidas às grandes empresas. De igual sorte, simplificações também podem prejudicar as menores unidades produtivas em comparação com as grandes. Num exemplo didático, não há providência mais simples que estabelecer um tributo de valor único para todas as sociedades. No entanto, estaríamos diante de expediente claramente inconstitucional, pois sua onerosidade seria inversamente proporcional ao porte econômico das entidades”.

2.3. MPE e o tratamento favorecido infraconstitucional: uma análise do Simples Nacional

Mediante a autorização prevista no comando do artigo 146, inciso III, alínea “d”, da Constituição Federal, instituiu-se no Brasil um diploma normativo com o principal intuito de estabelecer um regime de tributação especial, com o propósito de beneficiar as MPE. Promulgou-se a Lei Complementar nº 123/2006, a qual inaugurou o Estatuto Nacional para as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, contendo nele o Simples Nacional, ora objeto de análise.

Abarcou-se, num mesmo diploma normativo, regras que têm a intenção de serem mais benéficas às MPE, substituindo-se não só o Simples Federal, mas todos os demais diplomas legislativos até então implantados por cada um dos entes federativos.

No entanto, apesar de se encontrar no patamar constitucional diversas normas específicas que abordem o tema das micro e pequenas empresas e, na ordem jurídica infraconstitucional, o advento da promulgação da LC nº 123/2006 promover significativa mudança no arcabouço jurídico-tributário nacional, os avanços do tratamento favorecido, em algumas situações, representam verdadeiros retrocessos e não tocam a realidade da forma como deveriam, vale dizer, não há real incentivo. Um claro exemplo disso é o alargamento do rol de vedações à adesão de pequenas empresas ao Simples Nacional, por atuarem em setores econômicos específicos, tal como é a situação das transportadoras intermunicipais ou interestaduais de passageiros.

Passa-se à análise do Simples Nacional, a fim de introduzir o tema de enfrentamento dessa tese.

2.3.1. O desenho normativo do Simples Nacional: propósito e estrutura de adesão ao regime tributário

O Simples Nacional é um regime único de apuração e recolhimento de até oito tributos. No plano da União, tem-se o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, a Contribuição ao Programa de Integração Social – PIS, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, a Contribuição Previdenciária Patronal – CPP, e o

Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. No que tange aos tributos estaduais, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e, por fim, o Imposto Sobre Serviços – ISS, de competência municipal.

Seu propósito principal, demarcado logo no primeiro artigo da LC nº 123/2006, é o de tratar de maneira diferenciada e favorecida as MPE, notadamente por meio da apuração e recolhimento de tributos, em um regime único de arrecadação, o qual inclui obrigações acessórias igualmente unificadas.

Para isso, a LC nº 123/2006 adotou como critério de definição das pequenas empresas a receita bruta auferida em cada ano calendário (artigo 3º da referida lei), classificando-as em micro e pequena, na medida em que sua receita bruta aumente. Sendo assim, as MPE que não ultrapassem os limites de receita bruta anual, determinados na LC nº 123/2006, poderão optar pelo regime de tributação unificado do Simples Nacional – embora os números estejam sujeitos à alteração, no ano de 2020, o limite máximo de contabilização de receita bruta anual do Simples Nacional é de R\$ 4.800.000,00, podendo ser calculado proporcionalmente, caso o início de atividades ocorra no decorrer do próprio ano-calendário.

Essa regra, observa-se, elege um critério objetivo que justifica o tratamento benéfico, segundo o qual basta a empresa ter receita bruta inferior ao máximo prescrito na legislação para poder aderir ao dito regime unificado e ser, conseqüentemente, favorecida. Essa é a medida de comparação adotada pela legislação para determinar àquelas empresas que devem ser favorecidas e, portanto, cumprir o desiderato constitucional.

Entretanto, na própria lei complementar, foram trazidas algumas hipóteses em que o todo o tratamento jurídico diferenciado não pode ser dispensado a certas empresas. Leia-se: a legislação expressamente dispõe que certas empresas não poderão sequer ser classificadas como MPE e, decorrente disso, não poderão optar por quaisquer dos favorecimentos elencados no sistema jurídico, sobretudo o Simples Nacional. Nessas situações, localizadas nos incisos do artigo 3º, §4º, do diploma normativo analisado, a impossibilidade se estende às pessoas jurídicas: (I) de cujo capital participe outra pessoa jurídica; (II) que seja filial, sucursal, agência ou representação, no país, de pessoa jurídica com sede no exterior; (III) de cujo capital social participe outra pessoa física que seja inscrita como empresária ou seja sócia de outra empresa optante pelo Simples Nacional, desde que a receita bruta somada de ambas ultrapasse o limite de receita bruta já mencionado; (IV) cujo titular ou sócio

participe com mais de 10% do capital de outra sociedade que não seja beneficiada pelo regime do Simples Nacional, desde que a receita bruta somada de ambas as empresas ultrapasse o limite de receita bruta; (V) cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite do regime; (VI) constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; (VII) que participe do capital social de outra pessoa jurídica; (VIII) que exerça a atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; (IX) resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido nos últimos 5 anos anteriores; (X) constituída sob a forma de sociedade por ações; e (XI) cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

A opção do legislador pátrio aparenta ser a de prevenir que empresas cuja receita bruta não supere o patamar que a torne apta a aderir ao Simples Nacional, por características intrínsecas relacionadas a ela, mas relacionadas, por exemplo, à sua organização societária (tipo de sociedade, sócios, capital social) ou à sua atividade, se beneficiem do regime. Parte-se da presunção absoluta de que não devem ser favorecidas as pessoas jurídicas inseridas nas hipóteses supramencionadas.

Tais presunções inseridas na legislação, porém, nem sempre são adequadas e acabam se dissociando do preceito incentivador que deve ser dispensado às MPE. Essa opção legislativa não passa isenta de críticas. É o caso, por exemplo, da vedação do tratamento favorecido às MPE que adotem a organização societária sob a forma de sociedade anônima, algo que é prejudicial às empresas que precisem captar investimentos nos mercados de venture capital, onde constantemente existe a exigência do investidor na adoção de regras de governança corporativa e controle, a exemplo das previstas na lei que regulamenta as sociedades anônimas.¹⁵⁵

¹⁵⁵ A propósito, Cf. PATTON, Ana Laura Javaroni. **A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional**: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica.

Ainda assim, muito embora críticas possam ser tecidas às hipóteses em que o legislador impossibilitou às menores empresas de aderirem ao Simples Nacional, é certo que se deve impedir arranjos que tenham por objetivo contornar os requisitos elegidos na LC nº 123/2006 para o favorecimento, o que haveria por fulminar o corolário constitucional de favorecer os menores.

Tais proibições, por fim, constituem a hipótese normativa de exclusão contida na LC nº 123/2006, que é a mais severa, se comparadas tais proibições às próximas que serão analisadas, pois, frisa-se, negam a própria qualificação de micro ou pequena empresa e, conseqüentemente, obstam a opção de uso de quaisquer benefícios contidos na referida lei, ao passo que as exclusões setoriais a seguir analisadas impedem a opção do regime tributário veiculado na referida lei complementar.

2.3.2. As exclusões setoriais

As denominadas exclusões setoriais¹⁵⁶ são vedações contidas na legislação, que impedem as MPE de optarem pelo regime favorecido, em razão da exploração de determinados ramos de atividade econômica. As razões pelas quais existem as exclusões setoriais são diversas e, na maioria das vezes, acabam encontrando fundamento em argumentos relacionados à preservação do direito à vida e à saúde, à manutenção de um cenário concorrencial neutro, à caracterização de uma atividade típica de grandes empresas, entre outros.

De início, a observação feita por GUILHERME MENDES é precisa ao afirmar não existir na Constituição Federal sequer uma referência à exclusão de pequenas empresas em razão do seu tipo de atividade.¹⁵⁷ E o pior é que se intensificaram e expandiram as exclusões setoriais ao longo dos anos, conforme se observa na contemplação das legislações anteriores à LC nº 123/2006.

Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017, p. 25.

¹⁵⁶ Termo alcunhado por GUILHERME MENDES, Cf. 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.

¹⁵⁷ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Simples Nacional: Análise da Constitucionalidade das Exclusões Setoriais**, *op. cit.*, p. 111.

Promulgada antes mesmo da atual Constituição Federal, a Lei nº 7.256/1984, na qual se estabeleceu o até então chamado Estatuto das Microempresas, prescreveu normas que impossibilitavam empresas de aderirem ao regime que inaugurara. Nota-se, pela redação legal, que não existia a diferenciação trazida na LC nº 123/2006, onde, por um lado, obstou-se algumas empresas de serem classificadas como micro ou pequenas e, por outro lado, impossibilitou-se que micro e pequenas empresas optem pelo Simples Nacional, em razão de sua atividade econômica.

No que tange às exclusões cuja temática seja o ramo da atividade econômica explorada pela empresa, a Lei nº 7.256/1984 impossibilitou àqueles que realizassem operações relativas à importação de produtos estrangeiros, ao ramo imobiliário, ao armazenamento e depósito de terceiros, à publicidade e propaganda e aos prestadores de serviços médicos, engenheiros, advogados, dentistas e outros, de se inserirem no regime que veiculara.

Consequente, na Lei nº 8.864/1994, embora no campo tributário não tenha estabelecido medidas concretas, houve a tentativa de vedar que empresas do ramo imobiliário ou que realizassem operações relativas a câmbio, seguro e distribuição de valores mobiliários e profissionais liberais regulamentados em lei, não pudessem optar pelo tratamento diferenciado. No entanto, referido artigo 3º da lei fora vetado pelo então Presidente da República, Itamar Franco, justificando tal artigo constituir um retrocesso à legislação anterior (Lei nº 7.256/1984 e Lei nº 7.713/1988), porque, caso permanecesse a proposta, poderiam pessoas jurídicas abrigarem-se sob o aspecto de serem “microempresas”, porém, suas características não admitiriam tal tratamento e, conseqüentemente, passariam a competir em condições desiguais com as empresas que realmente necessitavam de incentivo do Estado para se desenvolverem.¹⁵⁸

¹⁵⁸ “A título de elencar as pessoas jurídicas excluídas do regime especial que se pretende inaugurar, o artigo, na verdade, constitui um retrocesso em face da legislação anterior, notadamente o art. 3º da Lei nº 7.256 de 1984 e art. 51 da Lei 7.713, de 1988, os quais definiram com precisão quais as empresas, em função da sua natureza jurídica e do ramo de atividade, que poderiam usufruir das vantagens do enquadramento como microempresa. A permanecer a redação proposta no art. 3º do projeto de lei, poderão abrigar-se sob o espectro de “microempresa” um leque de pessoas jurídicas cujas características não admitem dito tratamento e que passarão a competir, em condições desiguais, com aquelas que realmente necessitam do incentivo do Estado para se desenvolverem”. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8864-1994.pdf. Acesso em 24 mar. 2020.

A bem da verdade, o vetado artigo 3º da Lei nº 8.864/1994 reduziria o rol das exclusões setoriais previstas na Lei nº 7.256/1984, o que seria ótimo para o desenvolvimento das pequenas unidades produtivas. Seriam suprimidas as exclusões atinentes à “importação de produtos estrangeiros”, ao “armazenamento e depósito de produtos de terceiros” e à “publicidade e propaganda”. Porém, o vago veto presidencial considerou isso como um retrocesso, sem, entretanto, apontar uma única característica de tais empresas que competiriam em desigualdade com as demais.¹⁵⁹ As reais razões do veto, dessa forma, foram “perdidas” na história, uma vez que a fundamentação contida no documento que o veiculou não apresenta qualquer argumento lógico a fim de sustentá-lo.

Avançando ao Simples Federal, no regime unificado de recolhimento de seis tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS, Cofins, IPI e CPP), com a opção de incorporar o ICMS e ISS mediante convênio, objeto da conversão da Medida Provisória nº 1.526/1996 na Lei nº 9.317/1996, observa-se o notório avanço na seara tributária se comparado às legislações anteriores. O mesmo, entretanto, não pode ser afirmado sobre o específico tema das exclusões setoriais. Referido diploma normativo sedimentou de vez a tendência legislativa, abrangendo ainda mais setores da atividade econômica nos quais as empresas que os explorassem não poderiam optar pela benesse tributária. Incluem-se nessa categoria de excluídos as instituições financeiras, construtoras, importadoras de produtos estrangeiros, locadoras e administradoras de imóveis próprios, os armazéns e depósitos de produtos de terceiros, as empresas de publicidade e propaganda, *factoring*, prestadoras de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra e os mais diversos profissionais liberais.

Esse movimento de sedimentação das exclusões setoriais, precedentes à LC nº 123/2006, teve ainda um último suspiro de expansão com a edição da Medida Provisória nº 2.189-49/01. Incluiu-se no rol das censuras as empresas que industrializassem bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres (Capítulo 22 da Tabela do IPI) ou tabaco e seus sucedâneos manufaturados (Capítulo 24 da Tabela do IPI).

Enfim, chega-se à lei do Simples Nacional – LC nº 123/2006. Diferentemente do caso analisado no subtópico anterior, cuja proibição se opera na própria

¹⁵⁹ 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. 112.

classificação da empresa em micro ou pequena, as exclusões setoriais contidas nessa lei admitem tal classificação aos pequenos agentes econômicos, salvo o caso específico do setor financeiro. Poderiam, por exemplo, por serem considerados micro ou pequenos, serem favorecidos em contratações com a administração pública, conforme preceitua o artigo 47 da LC nº 123/2006. No entanto, em razão da atividade econômica que operam, há expresse impedimento da opção ao regime de tributação unificado do Simples Nacional, sistema jurídico onde se encontram os principais incentivos às MPE.

Aqui se observa a diferença da proibição anteriormente mencionada, porquanto as exclusões setoriais são menos abrangentes que as vedações dispostas no artigo 3º, §4º, da LC nº 123/2006.

Estão previstas em alguns incisos do artigo 17 da LC nº 123/2006, destacando-se os seguintes ramos da atividade econômica em que as empresas não têm a opção de aderir ao Simples Nacional: (I) quando explorarem a atividade de factoring; (II) atuantes no setor de transporte intermunicipal ou interestadual de passageiros; (III) geradoras, transmissoras, distribuidoras ou comercializadoras de energia elétrica; (IV) importadoras de combustíveis; e (V) produtoras e vendedoras no atacado de fumo, bebida, armas e munições.

As motivações da existência das exclusões setoriais, porém, não são juridicamente sustentáveis e resultam de um histórico de legislações que foram recebidas por uma sociedade omissa com naturalidade, tal como se fossem necessárias, sem ser realizado qualquer juízo crítico sobre a sua existência. Não se encontram, porém, fundamentos suficientes para a manutenção de sequer uma dessas exclusões setoriais, haja vista sua inclusão na lei coadunar com interesses ilegítimos do ponto de vista político e inconstitucionais sob a ótica jurídica.¹⁶⁰

Sem qualquer dúvida, as exclusões setoriais atendem aos interesses políticos do grande capital. Em resumo do já citado artigo de GUILHERME MENDES,¹⁶¹ nota-se que: (I) no setor automobilístico, o interesse predominante para existir a exclusão é o das grandes corporações, que visam obstar que qualquer pequeno empresário tenha benefícios a ponto de conquistar qualquer parcela do negócio que

¹⁶⁰ 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. 115.

¹⁶¹ A propósito, todas as considerações são retiradas do artigo. Cf. MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Simples Nacional**: Análise da Constitucionalidade das Exclusões Setoriais, *op. cit.*

hoje está nas mãos de poucos – a montagem é algo essencialmente reservado às grandes empresas, sobrando às pequenas empresas satelitárias pontos da cadeia de produção que são insumos nesse processo de montagem de automóveis; (II) sobre o setor de transporte de passageiros, por ser objeto deste estudo, guardaremos as considerações para um momento seguinte, porém, conforme demonstra o autor há preservação do interesse das grandes corporações de impedir o surgimento de novas pequenas unidades que explorem essa atividade econômica; (III) com relação ao setor de energia, prevalece igualmente o interesse do grande capital, contudo, observam-se ainda mais argumentos favoráveis às pequenas hidrelétricas, como, por exemplo, o menor impacto ambiental, o fato de serem mais rapidamente construídas, atingirem de maneira mais eficiente pequenos mercados consumidores, diminuir a dependência das grandes unidades produtoras de energia e outros; e (IV) no setor de fabricação de armas, bebidas e tabaco, enganase quem justifica a exclusão com base no direito à vida e à saúde, pois, em argumentação precisa e com profundidade, o autor demonstra que o interesse oculto é o de proteger as grandes empresas e a manutenção desses negócios altamente lucrativos, evitando assim a penetração dos pequenos capitais nos elos desses setores econômicos.

Em tom de fechamento, observa-se que as razões de existir das exclusões setoriais são totalmente questionáveis sob o ponto de vista jurídico, econômico e social. Constituem, de fato, o reflexo de uma sociedade cujo capital político de grandes corporações prevalece em detrimento das menores unidades produtivas; esse é o reflexo que se evidencia na lei. Os setores cuja influência econômica permite o uso de estratégias limitadoras por meio da legitimação inerente do direito deixa traços em legislações onde a voz da menor unidade produtiva não tem vez: a legalidade se enverga aos preceitos discriminatórios e às transportadoras de passageiros, excluídas do Simples Nacional, estão abrangidas nesse infeliz contexto.

3. O SETOR ECONÔMICO DO TRANSPORTE E A EXCLUSÃO DAS TRANSPORTADORAS DE PASSAGEIROS DO SIMPLES NACIONAL

Conforme já introduzido no final do capítulo anterior, é expressamente vedado que empresas prestadoras do serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros optem pelo regime de tributação do Simples Nacional, salvo em alguns casos específicos.

Essa restrição, embora pretensamente justificada por argumentos que aparentam ser fundamentados, é propositalmente intencionada à manutenção de óbices à entrada de pequenas empresas num mercado que é notoriamente demarcado pela ausência de concorrência e, conseqüentemente, apresenta alta concentração econômica.

Apesar da relevância econômica e social do assunto, infelizmente, o Brasil sofre com a carência de estudos relacionados à temática e conta com a defasagem dos poucos trabalhos existentes.¹⁶² Afinal, as bibliografias são escassas, tanto no tema das micro e pequenas empresas quanto no setor de transporte de passageiros. Isso acentua a pertinência dos estudos que se debruçam sobre o transporte de passageiros no país.

Nesse capítulo conclusivo do trabalho desenvolvido, iniciar-se-á com uma breve contextualização sobre o setor de transporte de passageiros no Brasil, em especial, do transporte de passageiros, e, após, enfim adentraremos no cerne do trabalho: a análise da exclusão setorial das transportadoras de passageiros, contida na LC nº 123/2006, e dos motivos pelos quais se entende ser essa vedação inconstitucional, sob o prisma jurídico, e atender aos interesses do grande capital em manter o mercado com baixa competitividade e alto grau de concentração.

3.1. Breves considerações sobre o setor de transportes

¹⁶² COUTO, A. P. A. (2013) **Transporte Regular Interestadual por Ônibus**: características e revisão da regulação. 2013. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Regulação e Gestão de Negócios, Universidade de Brasília. Gwilliam, a propósito, recomenda a constante atualização das pesquisas do setor, em virtude da necessidade e dificuldade de regulamentação do setor de transporte de passageiros. Cf. GWILLIAM, K. (2008). Bus transport: Is there a regulatory cycle? *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, 42(9), p. 1183-1194.

A preferência nacional pelo transporte na modalidade rodoviária, desde o governo de Washington Luís, no final da década de 1920, com expoente nos anos 1960 e 1970, tornou relevante econômica e socialmente esse tipo de serviço.¹⁶³ Mediante o deslocamento de bens e pessoas, a fim de garantir a unidade nacional e a integração das regiões naquela época, o transporte rodoviário prosperou aureamente, tornando-se o principal meio de locomoção no Brasil.

O transporte na modalidade rodoviária é notoriamente o mais predominante no Brasil, alcançando 61,1% da participação no mercado de transportes. Segundo o boletim estatístico da Confederação Nacional de Transportes (CNT), em dezembro de 2018, havia 1,7 milhões de quilômetros de rodovias, pavimentadas e não pavimentadas, no território nacional. Confrontando-se esse dado com a malha ferroviária, a predominância do primeiro meio de transporte de bens se acentua, porquanto a malha ferroviária é de apenas 30.485 quilômetros, considerando o número do mesmo ano. Ainda no ano de 2018, existiam 2,7 milhões de caminhões no país e apenas 100 mil vagões de trens em tráfego, acoplados a 3.688 locomotivas.¹⁶⁴

Na seara econômica, a relação do transporte rodoviário de bens e pessoas com o Produto Interno Bruto (PIB) nacional é direta, pois tem conexão com as mais diversas áreas produtivas do país. Em momentos de crise, conseqüentemente, referido setor sofre os impactos da retração de maneira mais intensa, bem como, em momentos de crescimento econômico, acompanha a evolução. Vide como tal relação se apresenta:

¹⁶³ PEREIRA, Vicente P. M. Brito. Desempenho do setor rodoviário: período 1967-1973. **Revista de Administração Pública**, v.8, n.1, p.161-208, jan./mar. 1974; UELZE, Reginald. Uma avaliação dos transportes rodoviários no Brasil na década dos setenta. *Revista de Administração de Empresas*, v.14, n.6, p.17-31, 1974.

¹⁶⁴ CNT. Boletins Técnicos CNT. **Boletim Estatístico**. Dezembro de 2018.

Varição acumulada do PIB brasileiro e o do setor de transporte,
Brasil – 2001 a 2016 (%)

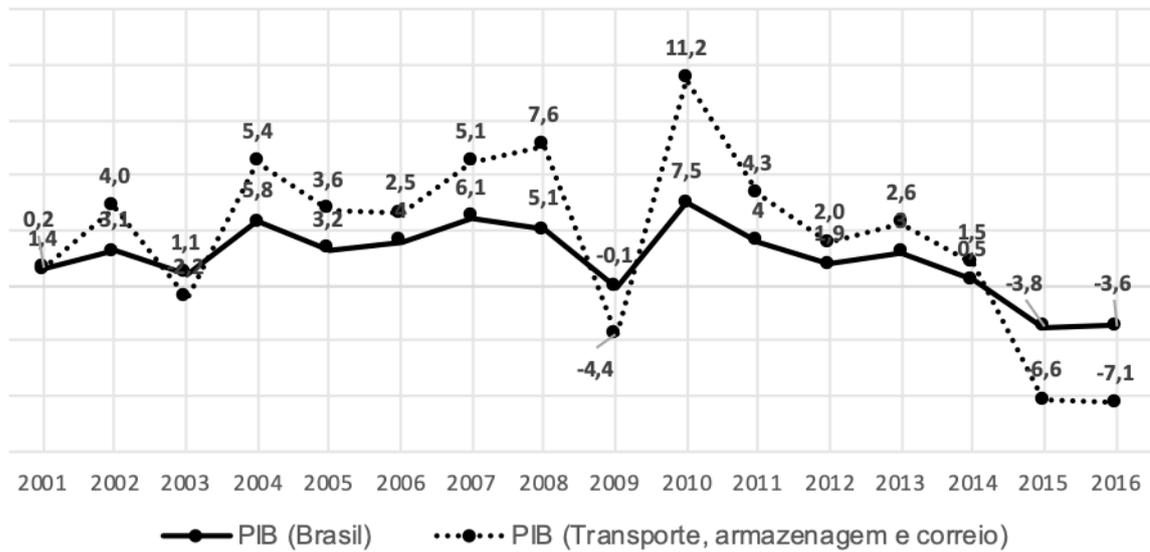


Gráfico 1: Variação acumulada do PIB brasileiro e o do setor de transporte, Brasil – 2001 a 2016 (%)

Fonte: Adaptação do gráfico apresentado em: **Transporte rodoviário: desempenho do setor, infraestrutura e investimentos.** – Brasília: CNT, 2017, p. 11.

Ainda em termos econômicos, no ano de 2018, o PIB do setor de transporte, compreendendo também o trânsito de bens e pessoas, movimentou cerca de 256 bilhões de reais e teve o dobro do crescimento do PIB total da economia.¹⁶⁵ O que representou 3,76% do total de riqueza produzida no país.

Se a importância econômica do setor é evidente, sua relevância social é também destacável. No ano de 2016, o total de empregos gerados no setor de transporte; compreendendo a soma dos que estão situados nas atividades auxiliares ao transporte, no transporte aéreo, aquaviário, metroferroviário e rodoviário; foi de 2,17 milhões, salientando-se que tal dado foi colhido em meio à recessão advinda da crise econômica vivenciada no país. No setor de transporte de passageiros, intermunicipal, interestadual e internacional, a monta de empregos foi de quase 174 mil,¹⁶⁶ sendo as empresas de transporte rodoviário, segundo dados do Ministério do

¹⁶⁵ CNT. PIB do setor de transporte cresce o dobro do PIB do país em 2018. **Confederação Nacional do Transporte.** 12 mar. 2019. Disponível em: <https://cnt.org.br/agencia-cnt/pib-transporte-cresce-dobro-pib-brasil-2018>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁶⁶ CNT. **Transporte rodoviário: desempenho do setor, infraestrutura e investimentos.** Confederação nacional do Transporte. Brasília: CNT, 2017, p. 13.

Trabalho, as maiores empregadoras do setor de serviços, excluindo-se as do setor financeiro.¹⁶⁷

Os números apresentados demonstram a importância econômica e social da atividade de transportes em geral. Ainda assim, é pertinente adentrarmos especificamente no setor econômico de transportes de passageiros, objeto do estudo, para contextualizar sua relevância.

3.1.1. Um panorama sobre o setor de transporte de passageiros

Inicialmente, é pertinente esclarecer que a maior parte das constatações utilizadas no trabalho partirão da contexto que se observa no transporte rodoviário, pois, além de ser a modalidade predominante do tráfego de pessoas no país, também é a que teria maior probabilidade de se desenvolver em micro e pequenas empresas, porquanto os investimentos e a receita bruta das empresas atuantes nas demais modalidades de transportes tendem a superar o limite de adesão ao Simples Nacional.

Em nível mundial, o Brasil é um dos maiores mercados de transporte rodoviário de passageiros do mundo^{168 169} e, considerando-se a distância percorrida em tal modalidade de deslocamento, ocupa posição de destaque, pois, comparativamente, os ônibus no Brasil percorreram 22 bilhões de quilômetros no ano de 2013, ao passo que nos Estados Unidos da América e no Canadá, no mesmo ano, a somatória é de pouco mais de 3 bilhões de quilômetros.^{170 171}

¹⁶⁷ Referido estudo, ainda, destaca que tais dados podem ser considerados ainda mais expressivos, haja vista que (I) os dados do ministério do Trabalho consideram apenas empresas do segmento que declararam empregar funcionários, não computando empresas individuais; e (II) existem 410.233 transportadores autônomos de cargas registrados na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que também não foram contabilizados. CNT. **Transporte rodoviário: desempenho do setor, infraestrutura e investimentos**. Confederação nacional do Transporte. Brasília: CNT, 2017, p. 19.

¹⁶⁸ ANTT. Desenvolvimento metodológico e prova de campo para o levantamento de dados de demanda e oferta dos serviços regulares de transportes coletivos rodoviários interestaduais de passageiros, com extensão superior a 75 km. **Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas**. Relatório Final, São Paulo, 2011.

¹⁶⁹ ANTT. Estatísticas e Estudos Rodoviários – Dados Operacionais. Regular Rodoviário e Semiurbano. **Dados operacionais mensais – serviço regular rodoviário e semiurbano 2017**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/passageiros/Dados_Operacionais. Acesso em 10 jun. 2020.

¹⁷⁰ CNT - Confederação Nacional de Transportes (2017). **Anuário CNT do transporte: estatísticas consolidadas**. Disponível em: <http://anuariodotransporte.cnt.org.br/2017/Rodoviario/1-5-4-1-/Inicial>. Acesso em 18 jun. 2020.

¹⁷¹ ABA - American Bus Association (2016). **Motorcoach Census: A Study of the Size and Activity of the Motorcoach Industry in the United States and Canada in 2014**. Prepared for the American Bus

O transporte rodoviário de passageiros, ainda que nos últimos anos tenha perdido parte da importância a ele atribuída no passado, em virtude da expansão do transporte aéreo e do transporte individual, continua sendo o principal meio de locomoção de parcela significativa da população, em especial, das classes menos abastadas.¹⁷²

Conforme dados do IBGE, no ano de 2014, o transporte rodoviário de passageiros foi responsável por 19,0% do PIB do transporte.¹⁷³ Ainda, em relatório mais recente, do ano de 2018, foram contabilizados 28.810 ônibus que prestam serviços de transporte de passageiros nos percursos interestadual e internacional, 57.000 ônibus no percurso intermunicipal e 22.783 que estão cadastrados na modalidade de fretamento. Foram transportados por meio de rodovias, ainda no ano de 2018, cerca de 88,7 milhões de pessoas, em 3.672 mercados relevantes (rotas de ponto a ponto) em todo o país.¹⁷⁴

Com relação às empresas que prestam esse serviço, entretanto, os números apontam justamente para a sua concentração econômica. As empresas cadastradas no transporte interestadual e intermunicipal de passageiros, no ano de 2018, eram apenas 201, e, prestadoras do transporte na modalidade de fretamento, 5.840.^{175 176}

Adentrando à seara jurídica, da leitura da Constituição Federal, extraem-se suas quatro espécies, sendo elas: (I) o transporte internacional, que ocorrerá quando

Association Foundation by John Dunham & Associates, p. 13. Disponível em: <https://www.buses.org/assets/images/uploads/general/Motorcoach%20Census%202015.pdf>. Acesso em 20 jun. 2020.

¹⁷² SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. **Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios**. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018, p. 18.

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁴ CNT. Boletins Técnicos CNT. **Boletim Estatístico**. Dezembro de 2018.

¹⁷⁵ *Op. cit.*

¹⁷⁶ A título de ilustração, um estudo realizado no ano de 2001 constatou relações de interdependência entre os grupos societários que dominam o setor e que prejudicam a concorrência entre as empresas ou configuram um cenário falso de concorrência. “A formação de grupos societários, ou seja, a existência de integração horizontal, indica que as empresas estão adotando estratégias para expandirem sua atuação no mercado, além de esconder a concentração real e de falsear a competição na indústria, haja vista que potenciais firmas concorrentes passaram a integrar o mesmo grupo empresarial. Este fato reduz mais ainda o nível de competição e, por outro lado, aumenta o grau de concentração”. Cf. MARTINS, F. G. D.; ROCHA, C. H.; & BARROS, A. P. B. G. Concentração na indústria de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. In: **XVIII Congresso ANPET – Florianópolis**. Lagoa Editora, 2004, p. 1373-1384.

o transporte transcende as fronteiras do Brasil, a fim de adentrar ao território de outro país; (II) o transporte interestadual de passageiros, consistente no transporte cuja origem e destino são cidades de diferentes Estados-membro pátrios; (III) o transporte intermunicipal de passageiros, aquele que ocorre entre cidades distintas de um mesmo Estado-membro; e (IV) o transporte urbano de passageiros, cuja área de abrangência é o limite de territorialidade de um só município.¹⁷⁷

A competência para esses quatro tipos de transportes é repartida entre a União, responsável pelo transporte internacional e interestadual (artigo 21, XII, alínea “e”, do texto constitucional), os Estados, responsáveis pelo transporte intermunicipal (artigo 25, §1º, da Constituição Federal), e o transporte urbano, por sua vez, é de competência dos Municípios, conforme preceitua o artigo 30, V, da Constituição Federal. No que tange ao Distrito Federal, sua competência aglutina as atribuídas aos Estados e Municípios, conforme o artigo 32, §1º, do diploma maior.

Para fins de tornar o estudo mais objetivo, considerando-se que a exclusão setorial analisada abrange o transporte interestadual e intermunicipal de passageiros, em nada versando sobre o transporte urbano de passageiros ou sobre o transporte entre países, serão focalizadas apenas as duas primeiras espécies. Está localizado o tema do trabalho, portanto, dentro das atividades submetidas à competência da União, no transporte interestadual de passageiros, e dos Estados, no transporte intermunicipal de passageiros.

Por fim, no que tange ao transporte rodoviário de passageiros, é pertinente esclarecer sobre a classificação encontrada no Decreto nº 2.521/1998, uma vez que impacta na análise da exclusão setorial a ser feita adiante. O transporte rodoviário será composto de passageiros por duas atividades econômicas diferentes: o serviço regular de passageiros, que é aquele em que se opera aberto ao público em geral, com itinerário fixo entre estados ou países;¹⁷⁸ e o transporte sob regime de fretamento, que subdivide-se em contínuo, sendo aquele que é prestado pelas pessoas jurídicas para o transporte de seus empregados, bem como pelas

¹⁷⁷ Em que pese existir na doutrina a definição de quatro espécies do transporte rodoviário de passageiros, adicionando-se a espécie distrital, entende-se que essa classificação não é a mais precisa, pois o transporte rodoviário cujo destino seja o Distrito Federal poderá ser considerado como internacional, quando a origem seja outro país, ou interestadual, quando seu ponto de partida seja outro Estado-membro do Brasil. Cf. ROLIM, Fernando Antonio Oliveira; BRASILEIRO, Anísio. **Competitividade na regulamentação do transporte rodoviário de passageiros**: uma análise à luz de um modelo de auditagem. Revista Transportes, v. XVII, n. 1, junho/2009, p. 15.

¹⁷⁸ Artigo 3º, XXXVII, do Decreto nº 2.521/1998.

instituições de ensino ou agremiações estudantis para o transporte de seus alunos, professores ou associados, ou eventual ou turístico, que ocorre quando o serviço prestado à pessoa ou a um grupo de pessoas, em circuito fechado.¹⁷⁹

Traçado um panorama econômico e jurídico sobre o transporte de passageiros, passa-se à análise da exclusão das transportadoras de passageiros, tal como veiculada na LC nº 123/2006.

3.2. A exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional: a norma positivada

3.2.1. Normas e interpretações sobre a exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional

Retomando a análise da LC nº 123/2006, a exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, inicialmente, foi veiculada da seguinte forma:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
VI - que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros;

De acordo com a redação original acima apresentada, independentemente se classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte, as transportadoras intermunicipais e interestaduais de passageiros não poderiam aderir ao Simples Nacional.

É importante consignar que a razão da veiculação dessa exclusão setorial não consta na exposição de motivos da LC nº 123/2006, nem nos documentos que precederam a enunciação da legislação justificam o porquê da inclusão de tal vedação.

Houve a tentativa, entretanto, por meio da Emenda Modificativa ao Substitutivo, adotada pela Comissão Especial nº 56, proposta pelo Deputado Federal Nilson Pinto, de alterar a redação original para excetuar a atividade dos “operadores

¹⁷⁹ Artigo 3º, X e XI, do Decreto nº 2.521/1998.

autônomos de transporte alternativo de passageiros, de qualquer natureza”, pois, segundo o proponente da modificação:¹⁸⁰

(...) o inciso XII exclui do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte prestadora de serviço de transporte intermunicipal e interestadual, sem levar em consideração as diversas modalidades de transportes, inclusive o transporte de passageiros. Atualmente, o transporte urbano das grandes e médias cidades brasileiras tem-se utilizado de modalidades alternativas de transporte de passageiros que favorecem os usuários no itinerário casa/trabalho e vice-versa, e principalmente àqueles de menor poder aquisitivo.

Nota-se, desde o princípio dos debates da legislação, a preocupação relacionada à abrangência da exclusão setorial, especialmente por afetar as MPE que representam alternativas ao transporte de pessoas em médias e grandes cidades. A emenda, porém, não foi aceita e o texto originário manteve a exclusão setorial ampla.

Posteriormente, com a alteração promovida pela LC nº 147/2014, a redação do inciso VI, do artigo 17, da LC nº 123/2006, passou a ser a seguinte:

VI - que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, exceto quando na modalidade fluvial ou quando possuir características de transporte urbano ou metropolitano ou realizar-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Não há dúvidas de que, na redação original da LC nº 123/2006, a exclusão analisada era mais severa e envolvia todo o transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, independentemente da modalidade em que se operasse, se rodoviário, aéreo, fluvial ou metroferroviário. Igualmente, é certo que houve avanço na temática com o advento da alteração supramencionada, embora ainda não tenha cessado integralmente a inconstitucionalidade da exclusão setorial – até porque toda ela é inconstitucional.

Com a alteração legislativa, corroborada pela Resolução nº 140/2018, do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN (art. 15, inciso XVI), passou-se a excluir as transportadoras intermunicipais e interestaduais de passageiros, exceto: (I) as que explorem a atividade na modalidade fluvial, (II) que possuam característica de

¹⁸⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Emenda modificativa ao substitutivo adotado pela comissão especial nº 56**. Diário Câmara dos Deputados, Quarta-feira, 6 de setembro de 2006, p. 204. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06SET2006.pdf#page=539>. Acesso em 5 jun. de 2020.

transporte urbano ou metropolitano, ou que (III) realizem-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores.

Três exceções foram inseridas na lei. A primeira versa sobre o transporte de passageiros na modalidade fluvial, ou seja, aquele que se dá por meio aquático como via de navegação. A exceção abrange, portanto, sem restrições, todo o transporte fluvial de passageiros, interestadual ou intermunicipal, possibilitando a adesão dos micros e pequenos empresários que explorem tal atividade econômica ao Simples Nacional. Entretanto, uma consideração deve ser feita: qual a representatividade do transporte de passageiros na modalidade fluvial para o interesse do grande capital do setor de transportes?

No ano de 2017, utilizando os dados da Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ, na região amazônica, compreendendo os estados do Pará, Amapá, Amazonas e Rondônia, foi estimado que foram transportados 9,8 milhões de passageiros¹⁸¹ e, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a receita bruta total do transporte aquaviário no país, compreendendo tanto cargas quanto passageiros, foi de 21,7 bilhões de reais.¹⁸² Tais números, embora não sejam inexpressivos e na região em que foi realizada a pesquisa esse tipo de transporte tenha considerável relevância social, quando transpostos ao âmbito nacional, o número de passageiros transportados pela via fluvial pouco supera os 10% do total dos passageiros transportados por meio de rodovias, bem como estima-se que a receita bruta do transporte fluvial de passageiros não atinja nem 10% da receita auferida pelo transporte rodoviário.

O significado dessa exceção à exclusão, portanto, segue a ideia de todo o raciocínio desenvolvido nesse trabalho: o capital concentrado no transporte fluvial é diminuto e goza de pouco interesse perante os formuladores de políticas públicas e do próprio direito, de modo que a permissão para as MPE exploradoras de tal atividade aderirem ao Simples Nacional, de forma ampla, tal como observado, embora represente um avanço legislativo, não incomoda os interesses do grande capital do setor de transportes de passageiros – e até por isso foi facultada a

¹⁸¹ ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Caracterização da Oferta e da Demanda do Transporte Fluvial de Passageiros e Cargas na Região Amazônica**. Brasília: ANTAQ, 2017.

¹⁸² O dado do transporte aquaviário de passageiros não é individualizado. No entanto, cerca de 50% do montante total movimentado em tal atividade econômica advém da navegação de apoio, a qual não tem como objeto principal o transporte de pessoas. Dados em: IBGE. Pesquisa Anual de Serviços. **Plataforma Sidra do IBGE**. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/2650>. Acesso em: 27 mai. de 2020.

possibilidade de adesão ao regime simplificado de tributação. E, ainda, por ser o transporte fluvial de passageiros uma atividade econômica que se concentra em regiões específicas do país, sem notada abrangência nacional, há menor interesse nas riquezas geradas.

Continuando, a segunda exceção inserida pela LC nº 147/2014, relacionada ao transporte de passageiros em área urbana ou metropolitana, está próxima da realidade das grandes cidades. De acordo com a Resolução CGSN nº 140/2018, cumulativamente, dois critérios devem ser cumpridos: o transporte de passageiros intermunicipal ou estadual deve ser realizado entre Municípios limítrofes, ainda que de diferentes Estados, obedecendo a trajetos compreendidos em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões, todos constituídos por agrupamento de Municípios, instituídos por legislação estadual e, ainda, devem caracterizar serviço público de transporte coletivo entre Municípios, sendo aquele realizado por veículo com especificações apropriadas, acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e horários previamente estabelecidos, viagens intermitentes e preços fixados pelo Poder Público.¹⁸³

Essa exceção conferida ao transporte urbano ou metropolitano de passageiros nitidamente teve a intenção de autorizar as empresas que empreendam no transporte coletivo de passageiros das grandes cidades, inseridas regiões em que os Municípios se aglomeram, a aderirem ao Simples Nacional. Seria o caso, por exemplo, de transporte de pessoas que diariamente se deslocam de suas residências nos municípios limítrofes para o trabalho na cidade de São Paulo.

Mais uma vez, a reserva feita pela legislação nesse caso é extremamente oportuna – e guarda relação com a tentativa de alteração do texto originalmente publicado na LC nº 123/2006, quando do trâmite na Câmara dos Deputados -, entretanto, não conflita com os interesses das empresas de transporte interestadual

¹⁸³ Vide o §4º, inciso I e II, do artigo 15, da Resolução CGSN nº 140/2018: §4º Enquadra-se na situação prevista no item 1 da alínea "b" do inciso XVI do caput o transporte intermunicipal ou interestadual que, cumulativamente: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 17, inciso VI):

I - for realizado entre Municípios limítrofes, ainda que de diferentes Estados, ou obedeça a trajetos que compreendam regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios, instituídas por legislação estadual, podendo, no caso de transporte metropolitano, ser intercalado por áreas rurais; e

II - caracterizar serviço público de transporte coletivo de passageiros entre Municípios, assim considerado aquele realizado por veículo com especificações apropriadas, acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e horários previamente estabelecidos, viagens intermitentes e preços fixados pelo Poder Público.

ou intermunicipal de passageiros. Embora, de fato, o transporte se dê exatamente entre Municípios ou Estados, o que se observa é que a sua característica continua sendo a de transporte urbano público e coletivo que, por uma razão de confrontação territorial entre Municípios ou Estados com Municípios limítrofes, transfigura-se em transporte intermunicipal ou interestadual. Vale frisar, continua sendo um transporte público e coletivo, aberto ao público e que, por essa razão, não concorre sequer com as empresas transportadoras de passageiros entre Municípios ou Estados. Assim, os interesses de manutenção do mercado concentrado, contidos na exclusão setorial, continuam incólumes.

A terceira exceção à exclusão setorial analisada, por sua vez, opera-se quando o transporte de passageiros se dá sob o regime de fretamento contínuo, cujas pessoas transportadas sejam, exclusivamente, estudantes ou trabalhadores. Também, a Resolução CGSN nº 140/2018 disciplina que tal tipo de transporte intermunicipal ou interestadual de estudantes ou trabalhadores deve, cumulativamente, ser realizado sob a forma de fretamento contínuo, ou seja, aquele que é prestado por pessoa física ou jurídica, mediante contrato escrito e emissão de documento fiscal, com um número de viagens definidas, destino único e usuários definidos, e também, obedecer a trajetos que englobem regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, constituídas por agrupamento de Municípios limítrofes e instituídas por legislação estadual.¹⁸⁴

Interessante notar que, nesse último caso, em consulta realizada à Receita Federal do Brasil, a qual exarou a Solução de Consulta nº 26, de 16 de janeiro de 2017, foi questionado sobre a abrangência das exceções trazidas pela LC nº 147/2014. Na oportunidade, esclareceu-se que algumas atividades, de acordo com sua classificação, são ambíguas, isto é, são igualmente impedidas e permitidas a optarem ao Simples Nacional, tal como a atividade de transporte rodoviário coletivo de passageiros, sob regime de fretamento, intermunicipal, interestadual e

¹⁸⁴ Vide o §5º, incisos I e II, do art. 15 da Resolução CGSN nº 140/2018: § 5º Enquadra-se na situação prevista no item 2 da alínea “b” do inciso XVI do caput o transporte intermunicipal ou interestadual de estudantes ou trabalhadores que, cumulativamente: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 17, inciso VI)

I - for realizado sob a forma de fretamento contínuo, assim considerado aquele prestado a pessoa física ou jurídica, mediante contrato escrito e emissão de documento fiscal, para a realização de um número determinado de viagens, com destino único e usuários definidos; e

II - obedecer a trajetos que compreendam regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, instituídas por legislação estadual.

internacional (CNAE 4929-9/02) e a atividade de organização de excursões em veículos rodoviários próprios, intermunicipal, interestadual e internacional (CNAE 4929-9/04), nas quais deverá a MPE exercer somente a atividade permitida para poder aderir ao regime, prestando declaração nesse sentido.

A título de conhecimento, no Anexo VI, da Resolução CGSN nº 140/2018, estão elencadas as atividades de transporte de passageiros que são impedidas de optar pelo Simples Nacional. Eis os CNAE destas atividades: (I) 4912-4/01 “transporte ferroviário de passageiros intermunicipal e interestadual”; (II) 4922-1/01 “transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal, exceto em região metropolitana”; (III) 4922-1/02 “transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, interestadual”.

Por outro lado, existem as atividades ambíguas, que estão, a depender da atividade exercida pela micro ou pequena empresa, igualmente impedidas e permitidas a adotarem o Simples Nacional. Nesse caso, são as atividades classificadas com os seguintes CNAE: (I) 4924-8/00 “transporte escolar”; (II) 4929-9/02 “transporte rodoviário coletivo de passageiros, sob regime de fretamento, intermunicipal, interestadual e internacional”; (III) 4929-9/04 “organização de excursões em veículos rodoviários próprios, intermunicipal, interestadual e internacional”; (IV) 4929-9/99 “outros transportes rodoviários de passageiros não especificados anteriormente”; (V) 5011-4/02 “transporte marítimo de cabotagem – passageiros”; (VI) 5091-2/02 “transporte por navegação de travessia, intermunicipal, interestadual e internacional”; (VII) 5099-8/01 “transporte aquaviário para passeios turísticos”; (VIII) 5099-8/99 “outros transportes aquaviários não especificados anteriormente”; (IX) 5111-1/00 “transporte aéreo de passageiros regular”; (X) 5112-9/01 “serviço de táxi aéreo e locação de aeronaves com tripulação”; (XI) 5112-9/99 outros serviços de transporte aéreo de passageiros não regular”.

A exceção então vigente, no mesmo sentido do que defendido para as demais exceções analisadas anteriormente, também não concorre com o setor de transporte interestadual ou intermunicipal de passageiros. Trata-se de apenas uma situação específica em que trabalhadores ou estudantes são transportados, respectivamente, aos seus locais de trabalho ou de estudo, tendo usuários e trajetos definidos. Não é um transporte ao qual qualquer pessoa tem acesso e também só estará autorizada a adesão ao Simples Nacional caso se desenvolva em regiões metropolitanas. Novamente, a razão de existir da exclusão das transportadoras de

passageiros interestadual ou intermunicipal do Simples Nacional se mantém e atende ao interesse do grande capital de manter o mercado fechado.

Em suma, nota-se que a exclusão das transportadoras interestaduais ou intermunicipais de passageiros, hoje vigente na LC nº 123/2006, antes deveras ampla, e recentemente abrandada, na verdade, excetuou apenas situações em que, embora seja totalmente necessário não impedir as MPE que exploram tais atividades de aderirem ao Simples Nacional, em nada impactam as receitas e a dominação de mercado das poucas empresas que realizam o transporte de passageiros em âmbito nacional, porquanto sequer são concorrentes. São situações específicas, por exemplo, o transporte fluvial na região amazônica, o transporte público em regiões metropolitanas ou o transporte de trabalhadores e estudantes situados em regiões metropolitanas.

Toda essa exposição aponta para a inferência de que, sem qualquer ressalva, a exclusão setorial analisada coaduna com o interesse de manter o mercado de transporte de passageiros fechado, prevalecendo a alta concentração econômica existente e a baixa concorrência no mercado, garantindo igualmente boas margens às empresas que dominam o setor. A lei do Simples Nacional, nesse caso, é mais uma artimanha para impor verdadeiro obstáculo, referendado pelo direito, à ampla concorrência.

3.2.2. A incoerência do discurso legal: justificativas juridicamente incompatíveis com o vetor hermenêutico constitucional

Pelo posicionamento adotado no trabalho, entende-se ser inconstitucional a exclusão setorial das transportadoras intermunicipais ou interestaduais de passageiros do Simples Nacional.

Fundamenta-se tal entendimento no arcabouço constitucional que determina o dever de favorecimento às MPE e a necessária veiculação de regras que lhes sejam mais benéficas, tal como seria a possibilidade de adesão ao Simples Nacional para o setor de transporte de passageiros interestadual e intermunicipal. Não se vislumbra qualquer fundamento que venha a refutar tal compreensão do tema, independentemente das justificativas contrárias que superficialmente foram sedimentadas ao longo do tempo, especialmente pela ausência de debate sobre o assunto.

A fim de desconstruir fundamentações contrárias ao entendimento que conclui pela inconstitucionalidade da exclusão setorial em debate, é válido refletir sobre as razões que comumente são lançadas em sua defesa.

Alguns autores equivocadamente entendem não ser possível empresas de pequeno porte atuarem nesse setor. Defendem, por exemplo, ser necessário “um grande capital, conhecimento técnico e tecnológico aprimorado e muitos empregados”,¹⁸⁵ o que seria incompatível com pequenas empresas.¹⁸⁶ Tal posicionamento não se sustenta, sob qualquer ótica que se investigue. Caso fosse verdadeira a lógica jurídica do argumento de defesa dessa exclusão setorial, também deveriam ser excluídas do Simples Nacional as indústrias farmacêuticas, refinarias de petróleo, usinas siderúrgicas e tantas outras empresas, pois igualmente demandam um grande capital, específico conhecimento técnico, adequado aparato tecnológico e muitos empregados.¹⁸⁷ Nota-se que a legislação não veda a opção pelo Simples Nacional a vários setores econômicos os quais seriam “incompatíveis” com o porte pequeno das empresas, o que nos permite inferir pelo uso da legislação tributária como um meio de proteção a interesses econômicos escusos, tal como a concentração econômica ou a manutenção de determinados segmentos da economia sob a influência de certos grupos. Isso, além de gerar um problema macroeconômico, contraria o arcabouço legal fixado na Constituição Federal, fulminando o dever de tratar de maneira favorecida as micro e pequenas empresas.

Ademais, o argumento de que uma atividade econômica demanda, necessariamente, uma empresa de grande porte não se sustenta empiricamente. Empresas naturalmente são concebidas pequenas e se desenvolvem conforme o passar dos anos. A Expresso Itamarati S.A., transportadora de passageiros,

¹⁸⁵ FRACAROLLI, Luiz Machado. **Pequena e média empresas: aspectos legais**. São Paulo: Pioneira, 1975, p. 123.

¹⁸⁶ KARKACHE, KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009, p. 242, “Em linhas gerais, os casos de vedação costumam prevenir que recebam tratamento favorecido e diferenciado: (...) atividades econômicas próprias às grandes corporações, por necessidades econômicas ou jurídicas, como as instituições financeiras, fabricas de automóveis, entidades da Administração Pública, serviços de comunicação, grandes transportadoras (interestaduais e intermunicipais), energia elétrica, importação de combustíveis dentre outras”.

¹⁸⁷ MENDES rebate tais argumentos de maneira semelhante: “Ora, se esse tipo de argumento fosse válido para impedir o favorecimento das pequenas empresas, com maiores razões, deveriam ter sido excluídas também refinarias de petróleo e usinas siderúrgicas”. 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. 116

começou suas atividades em 1951, com três jardineiras Ford F-5, as quais faziam o transporte de pessoas entre os Municípios de São José do Rio Preto/SP e Novo Horizonte/SP, contando atualmente com uma frota de aproximadamente 1 mil ônibus.¹⁸⁸ Já a Auto Viação 1001 iniciou suas atividades na década de 1940, com apenas um ônibus, e o Grupo JCA, que carrega o nome de seu fundador, Jelson da Costa Antunes, transporta quase 100 milhões de passageiros por ano.¹⁸⁹ Tantas outras transportadoras de passageiros seguiram esse natural caminho, demonstrando que, embora agora sejam grandes empresas, começaram suas atividades com pouco capital e conseguiram prosperar num mercado aberto.

E, mais que isso, o argumento de que na época em que tais empresas iniciaram suas atividades as necessidades do país eram diferentes só reforça a conclusão lançada nesse trabalho, pois seria a assunção de que agora há predileção para que o transporte de passageiros seja dominado por grandes empresas, pois, supostamente, as necessidades do país agora são diferentes. Isso não encontra guarida em qualquer mandamento constitucional.

Adiante, poder-se-ia, hipoteticamente, realizar a tentativa de justificar a normatização da exclusão setorial das transportadoras de passageiros, sopesando o princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas com o direito e garantia fundamental à vida e também à proteção à saúde, ambos previstos constitucionalmente, haja vista os transportes rodoviários terem considerável índice de acidentes e letalidade.

Antes de refutar tal argumento, necessário visitar os números que afetam a saúde dos passageiros de transporte interestadual ou intermunicipal, que geralmente operam por meio de ônibus. No ano de 2019, foram registrados mais de 67 mil acidentes em rodovias federais, sendo quase 55 mil com vítimas (mortos ou feridos); entretanto, apenas 2,9% desse número advém de acidentes com ônibus, que registrou 1.982 ocorrências com vítimas em todo o Brasil, sendo 303 fatais - aproximando-se, inclusive, ao número de acidentes com bicicletas (2,8% do total).¹⁹⁰

¹⁸⁸ EXPRESSO ITAMARATI. **Apresentação da empresa**. Página inicial. 2020. Disponível em: <https://www.expressoitamarati.com.br/about>. Acesso em 08 de jun. 2020.

¹⁸⁹ AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. **A história da empresa**. Institucional. 2020. Disponível em: <https://www.autoviacao1001.com.br/empresa#historia>. Acesso em 08 de jun. 2020.

¹⁹⁰ CNT. Confederação Nacional dos Transportes. **Painel CNT de Consultas Dinâmicas de Acidentes Rodoviários**. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/painel-acidente>. Acesso em 08 jun. 2020.

Tais constatações empíricas põem em dúvida a efetiva pertinência do argumento que tem por fundamento o direito à vida e à saúde, uma vez que ao se confrontar os números de acidentes com a quantidade de pessoas que são transportadas anualmente em ônibus, este é ínfimo, bem como. Pior, ao se comparar com os demais tipos de acidentes em rodovias, como aqueles que ocorrem com motociclistas e motoristas de carros, o mesmo argumento deveria justificar uma luta por maior e mais severa rigidez nas regras de segurança em tais espécies de veículos automotores.

Tal argumento, ainda, pode ser refutado com base na própria dinâmica de funcionamento de mercado. A princípio, sabe-se que o mercado naturalmente seleciona as empresas que oferecem os melhores serviços e produtos, englobando no caso do transporte de passageiros, portanto, a segurança dos meios de locomoção. A ideia de se ter micro e pequenas empresas explorando essa atividade econômica e, ao mesmo tempo, disponibilizando meios de transporte inseguros, influenciaria na decisão das pessoas que se submetem ao transporte e fatalmente as pequenas empresas que supostamente não seriam seguras seriam fadadas ao fracasso. Sendo assim, seria desnecessário que a legislação as impedisse de optarem por um regime de tributação mais benéfico, pois naturalmente não haveria pequenas empresas prestando o serviço de transporte de passageiros.

Ainda assim, acaso se entenda que o mercado não tenha esse potencial de autorregulação, haja vista existirem falhas de informação que poderiam prejudicar a decisão do consumidor, o Estado poderia agir a fim de não apenas regular o setor, como já o faz, mas, de fato, fiscalizar as pequenas empresas que atuam nesse mercado e que poderiam prejudicar a segurança necessária ao transporte de pessoas.

Por outro lado, afirmar que MPE teriam menos custos e que tentariam reduzir estes ao máximo, para praticar preços menores, ruindo também com a segurança que se faz necessária nos transportes de pessoas, também não é um argumento adequado às premissas que se estabeleceu nesse trabalho. Pelo contrário, a tendência é que empresas maiores possuam custos proporcionalmente menores, tendo em vista os ganhos de escala, a diminuição proporcional de custos administrativos, a possibilidade de obtenção de linhas de crédito mais favoráveis e outros. Assim sendo, quem poderia praticar preços menores no mercado seriam as grandes empresas e isso naturalmente lhes conferiria vantagem competitiva.

Portanto, porque argumentar que essa seria uma prática a ser adotada pelas pequenas empresas? A um, a premissa de que pequenas empresas teriam custos menores é economicamente questionável; a dois, é impensável que as pequenas empresas praticariam preços baixos a ponto de terem prejuízos, apenas para ganharem vantagem competitiva; e, por fim, mostrando-se verdadeiras as duas premissas anteriores e apresentando as pequenas empresas meios de locomoção inseguros, fatalmente iriam fracassar, ante o desinteresse das pessoas em se locomoverem em um meio onde colocam sua vida em risco.

Sopesar o princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas com o direito à saúde e à vida para justificar a exclusão das transportadoras intermunicipais ou interestaduais de passageiros do Simples Nacional, vê-se, não tem o condão de sustentar a inconstitucionalidade evidenciada.

Sendo assim, sob a ótica jurídica, verifica-se a inexistência de um único motivo que justifique a exclusão das transportadoras interestaduais ou intermunicipais de passageiros, sustentando-se a sua inconstitucionalidade.

3.3. A exclusão da atividade econômica de transporte de passageiros do Simples Nacional: muito além da norma positivada

Não bastasse a conclusão pela inconstitucionalidade da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, a partir da observância dos argumentos atinentes à seara jurídica, o que seria suficiente para uma análise estritamente dentro da moldura do direito, é possível observar que a legislação, nesse caso, serve, a bem da verdade, como um obstáculo ao desenvolvimento das pequenas empresas, com vistas a manter o baixo grau de competitividade e a alta concentração do mercado.

Acredita-se que a normatização dessa exclusão setorial não seja uma obra do acaso, longe disso. Atende aos interesses das empresas atuantes no setor de manutenção do mercado para si e para suas concorrentes.

Tal constatação é passível de observação sob dois prismas: (I) o interno, no qual se observa a manifesta concentração do mercado de transporte rodoviário de passageiros e a intenção de sua manutenção como se apresenta; e (II) um comparativo externo, o qual, com base nos fundamentos teóricos deste trabalho,

vislumbra-se que na correlação entre o transporte de passageiros com o transporte de cargas, a primeira é objeto de um desvirtuado uso da legislação para manter a concentração de mercado, ao passo que, no transporte de cargas, a permissão de adesão ao Simples Nacional está inserida em um contexto de incentivo ao surgimento das MPE, atendendo, portanto, aos interesses de criação de empresas-satélites, anteriormente abordado – ou seja, no primeiro caso, usa-se da legislação na forma exclusão para prejudicar e, na segunda situação, a legislação incentiva o “sonho empreendedor” com supostos incentivos, porém, na verdade, acarreta prejuízos aos que não mais serão regidos pela relação de emprego.

3.3.1. A manifesta concentração econômica do setor do transporte de passageiros

De início, é válido considerar o tema da concentração econômica do setor de transporte de passageiros, por ser um assunto anexo ao objetivo do estudo, afeto ao tema das pequenas empresas e do Simples Nacional, que permite a inferência de constatações que serão usadas para fundamentar e estender a abrangência da conclusão pela inconstitucionalidade da exclusão setorial examinada. Dessa forma, traz-se para a análise jurídica um recorte pragmático sobre o funcionamento desse setor econômico, especialmente porque o Direito necessita dessa análise interdisciplinar.

A concentração econômica no setor de transporte rodoviário de passageiros, há certo tempo, é objeto de preocupação na doutrina, seja sob a ótica jurídica ou da análise de estruturas de mercado.¹⁹¹

De maneira geral, há o reconhecimento nos estudos específicos sobre o tema, especialmente no transporte rodoviário interestadual de passageiros (TRIP) no Brasil, o qual será utilizado como recorte de estudo para as conclusões retiradas no trabalho, de que o setor enfrenta problemas concorrenciais e de alta concentração

¹⁹¹ Ainda que existam alguns estudos que enfrentam o tema, não se encontrou uma ampla gama de estudos, inclusive, sendo uma tônica presente em todos os trabalhos a necessidade de se fomentar a coleta de dados e mais estudos no setor de transporte de passageiros. Cf. RIBEIRO, H.A.S. (2019). **Identificação de concorrência ruinosa nos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros**. Tese de Doutorado em Transportes, Publicação T.TD-001/2019, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p. 19; COUTO, A. P. A. **Transporte Regular Interestadual por Ônibus: características e revisão da regulação**. 2013. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Regulação e Gestão de Negócios, Universidade de Brasília, 2013.

econômica, sendo essa disfuncionalidade econômica atribuída em parte aos modelos de outorga da prestação de serviços, que historicamente passou pelo regime de concessão, permissão e até a autorização.

Uma conjuntura de fatores motivou essa situação anticoncorrencial, mas parcela significativa dessa consequência está no fato de o TRIP apresentar indícios de regulamentação fundada em um modelo protecionista, onde prevaleceu a baixa competição.¹⁹² O resultado disso é o que se observa hoje: há elevado grau de concentração no mercado, proporcionando que poucas empresas, num ambiente de baixo nível concorrencial, auferiram partes relevantes do faturamento do setor.¹⁹³

Como já antecipado, vários estudos apontam para esse mesmo sentido. Identifica-se o problema na legislação infraconstitucional e sugere-se reformas, a fim de serem aplicadas estratégias de competição atinentes à outorga para a prestação dos serviços.¹⁹⁴ Estudos empíricos mapearam a razão de concentração econômica do setor dos transportes interestadual e internacional de passageiros entre os anos de 1998 a 2001, apurando o grau de concorrência no mercado e a ligação entre as empresas, como, por exemplo, cruzando dados de diretorias e a existência de empresas holdings, concluindo pela existência de alto grau de concentração econômica no setor, onde 17 grupos societários eram responsáveis por 46 das 175 empresas analisadas e exploravam 50,3% das rotas de transporte existentes.¹⁹⁵

¹⁹² ALMEIDA, J. I. H. Nordeste do Brasil e monopólio rodoviário de passageiros. **Formação** (Presidente Prudente), Presidente Prudente, v. 7, n.1, 2000, p. 145-156; GÔMARA, A. **O Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros**. 1ª edição. Brasília: ABRATI, 1999.; LIMA, N. **Sonhos sobre rodas: a saga dos pioneiros do transporte rodoviário de passageiros no Brasil**. Brasília: ABRATI, 2012.; MARTINS, F. G. D. **Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros: regulação e concentração econômica**. Brasília: Tribunal de Contas da União. Instituto Serzedello Corrêa, 2004; MARTINS, F. G. D.; ROCHA, C. H.; & BARROS, A. P. B. G. Concentração na indústria de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. In: **XVIII Congresso ANPET – Florianópolis**. Lagoa Editora, 2004, p. 1373-1384.

¹⁹³ COUTO, A. P. A. **Transporte Regular Interestadual por Ônibus: características e revisão da regulação**. 2013. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Regulação e Gestão de Negócios, Universidade de Brasília, 2013; ROCHA, C. H.; MARTINS, F. G. D.; MACHADO, T. M. **Brazilian interstate passenger transportation industry: concentration and returns**. In: 9th International Conference on Competition and Ownership in Land Passenger Transport., 2005.

¹⁹⁴ ROLIM, Fernando Antonio Oliveira; BRASILEIRO, Anísio. Competitividade na regulamentação do transporte rodoviário de passageiros: uma análise à luz de um modelo de auditoria. **Revista Transportes**, v. XVII, n. 1, junho 2009, p. 14-26.

¹⁹⁵ MARTINS, Francisco Giuseppe Donato. **Transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: regulação e concentração econômica**. Monografia apresentada à Comissão de Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Controle Externo do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Brasília/DF, 2004. E também, MARTINS, Francisco Giuseppe Donato; ROCHA, Carlos Henrique; BARROS, Ana Paula Borba Gonçalves. Concentração na indústria de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. **XVIII ANPET – XVIII Congresso**

Reconhece-se, ainda, que não basta escolher adequadamente os regimes de outorga dos serviços de transporte de passageiros, devendo, antes disso, ampliar a concorrência do setor, eliminar as barreiras de entrada e adotar mecanismos de estímulo à competitividade, para, de fato, privilegiar a liberdade de mercado.¹⁹⁶

E o retrato do alto grau de concentração e baixa competitividade desse mercado continua. Até a alteração da Lei nº 12.996/2014, a qual modificou o regime de outorga do transporte coletivo interestadual de passageiros para o regime de autorização, as ações do Estado mantinham o baixo nível concorrencial e alta concentração no mercado. Entretanto, ainda que mediante a alteração do regime de outorga da prestação desse serviço, o qual passou a ser relativamente mais brando e possibilitaria abertura do setor, manteve-se na legislação a lacuna passível de limitação das empresas que atuavam nesse mercado, quando evidenciada concorrência ruínosa,¹⁹⁷ isto é, aquela situação de baixa concentração relativa do mercado do transporte rodoviário interestadual de passageiros que seja capaz de comprometer a segurança e a qualidade dos serviços prestados, face à inexistência de lucro econômico das empresas.¹⁹⁸

No ano de 2019, foi observado se existiria a denominada concorrência ruínosa nos mercados de São Paulo (SP) – Rio de Janeiro (RJ), Juiz de Fora (MG) – Rio de Janeiro (RJ), Brasília (DF) – Goiânia (GO) e Natal (RN) – João Pessoa (PB), considerando a possibilidade de as empresas renovarem sua frota a cada 5 anos, com base nas receitas operacionais auferidas, e também se a média real dos veículos no mercado não supera a ocupação da escala mínima eficiente.¹⁹⁹ As conclusões foram: (I) nos mercados São Paulo (SP) – Rio de Janeiro (RJ), Juiz de

de Pesquisa e Ensino em Transportes, 2013. Disponível em http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/461_AC.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁹⁶ SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. **Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios**. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

¹⁹⁷ Situação de inviabilidade operacional a qual permite a limitação do número de empresas prestando os serviços de TRIP, conforme preceitua o artigo 47-B, da Lei nº 10.233/2001 e o artigo 42, da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

¹⁹⁸ RIBEIRO, H.A.S. **Identificação de concorrência ruínosa nos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros**. Tese de Doutorado em Transportes, Publicação T.TD-001/2019, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019, p. 121.

¹⁹⁹ *Op. cit.*, p. 121.

Fora (MG) – Rio de Janeiro (RJ) e Brasília (DF) – Goiânia (GO) não foi constatada concorrência ruínosa e deveriam ser mantidos tais mercados abertos, sob observação quanto ao número de empresas concorrentes; e (II) no mercado Natal (RN) – João Pessoa (PB) possivelmente haveria concorrência ruínosa, mas os dados foram inconclusivos e sugeriu o autor da pesquisa permanência de um mercado fechado para coleta de dados.²⁰⁰

Vale dizer: há um apelo pela manutenção da abertura de tais mercados, que há tempos são resguardados às mesmas empresas.

Consequente, na esfera da análise econômica dos atos de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, alguns casos foram identificados e igualmente suportam o contexto do setor econômico apresentado. Entretanto, em virtude do filtro legal necessário para que operações sejam submetidas ao CADE, poucas situações tocantes ao setor de transportes de passageiros foram examinadas. Todavia, as decisões dos conselheiros da autarquia apresentam conformação e aceitação da estrutura monopolista das empresas atuantes no setor.²⁰¹ Pertinente a exposição de alguns dos atos de concentração encontrados.

O caso AC 08012.001396/2004-17, trata da aquisição pela Gontijo Participações Sociedade Anônima (S/A) da totalidade das quotas representativas do capital social da Companhia São Geraldo de Viação, cujo mercado relevante definido foi o transporte de passageiros por ônibus mediante a emissão de passagens individuais por passageiro. Embora identificadas localidades em que poderia haver problema competitivo, a operação societária foi autorizada, considerando o regime de delegação mediante permissão, à época. Entendeu o CADE que o arranjo não provocaria relevante alteração no panorama concorrencial, pois era “mercado por reduzida concorrência e elevados graus de concentração”,²⁰² sendo autorizada a aquisição sem restrições.

²⁰⁰ RIBEIRO, H.A.S. **Identificação de concorrência ruínosa nos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.** Tese de Doutorado em Transportes, Publicação T.TD-001/2019, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019, p. 122.

²⁰¹ SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. **Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil:** concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018, p. 57-58.

²⁰² “Não obstante o faturamento das requerentes no Brasil, ser inferior a R\$ 400 milhões, e não ter sido constatada participação de mercado decorrente da operação superior a 20%, fato este que

Outro interessante ato de concentração submetido ao CADE foi a aquisição, por três diferentes sociedades pertencentes ao Grupo Comporte - Comporte Participações S.A., da Max Empreendimentos e Participações S/A e IAC Participações e Empreendimentos Ltda. - da totalidade das ações emitidas pela transportadora Nossa Senhora da Penha S/A. A operação, em suma, se daria entre esta última, empresa do Grupo Itapemirim, e o comprador o Grupo Comporte. Ambos os grupos, nota-se, registraram em 2007 faturamento superior a R\$400 milhões no Brasil.²⁰³ O curioso é que nesse caso em específico, o CADE, ao identificar as seções em que atuavam as empresas, não encontrou empecilho concorrencial na operação e, pelo contrário, concluiu que haveria incremento na competitividade em 41 dos 230 pares de cidades em que ocorria o transporte de passageiros, haja vista que antes eram operados somente por empresas do Grupo Itapemirim, isto é, um mercado concentrado, e agora passariam ao poder de direção do Grupo Comporte. Por esta razão, a operação foi autorizada sem restrições.²⁰⁴

A tônica presente em outros casos também conflui para a identificação e manutenção da estrutura monopolista de mercado, predominante no setor de transporte de passageiros, sendo isso identificado, inclusive, em diversas passagens das decisões dos conselheiros.²⁰⁵ Entretanto, o CADE sinalizou que as cessões de linhas de transporte de passageiros deveriam ser comunicadas à autarquia, a exemplo do que ocorreu no ano de 2017, num negócio jurídico envolvendo as empresas Gardênia e Grupo União Transporte Interestadual de Luxo, que atuam nos estados de São Paulo e Minas Gerais. O caso chegou ao CADE em razão de uma denúncia apontando que a operação de cessão de linhas da primeira empresa para a segunda teria monopolizado itinerários e destinos de linhas de transporte

ensejaria o não conhecimento da presente operação, conforme pugnam as requerentes as fls. 25, constatou esta Procuradoria, com base nas informações contidas no parecer da SEAE que a operação deve ser conhecida, pois foram mantidos monopólios estáveis na grande maioria das linhas e o panorama concorrencial continuará marcado por reduzida concorrência e elevados graus de concentração. Assim, ainda, que não se admita o enquadramento da operação nos critérios de admissibilidade previstos no § 31 do art. 54 da Lei n.º 8.884/94, entendo, pelas razões acima mencionadas que mesma deve ser conhecida em face do previsto no caput do art. 54 do citado diploma legal". CADE, AC 08012.001396/2004-17, p. 108.

²⁰³ CADE. **AC 08012.011507/2008-27**. Conselho administrativo de defesa econômica, p. 529.

²⁰⁴ *Op. Cit.*, p. 535

²⁰⁵ Vide, a título de exemplo, os seguintes casos: AC 08012.004238/2010-62, 08700.011002/2015-33 e 08700.001724/2017-41, do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE).

rodoviário interestadual de passageiros.²⁰⁶ O setor de análise técnica do CADE apurou a situação e concluiu pela eliminação da concorrência em seis linhas que ligam os estados confrontantes, devendo ser submetida a operação à análise do órgão.²⁰⁷

Todo o contexto apresentado é o suficiente para demonstrar e comprovar a existência de baixa competitividade e o alto grau de concentração econômica nas poucas empresas que prestam os serviços de transporte de passageiros. Os estudos técnicos trazidos apontam para esse sentido, bem como, ainda que não reprimida pelo CADE, a situação é igualmente identificada.

Esse cenário reforça a identificação da existência do caráter intencional na veiculação da “quase-invisível” exclusão setorial das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, cujo intuito, afirma-se, é o de impedir que a maior parte dos potenciais empreendedores do setor se insiram no mercado, em outras palavras, que as pequenas empresas prestem os serviços de transporte de passageiros e concorram com os grandes grupos. Assim sendo, a veiculação da exclusão setorial privilegia o interesse de manutenção da concentração econômica no mercado, impedindo que pequenas empresas sejam tributadas de maneira mais favorecida ao se inserirem nesse setor econômico.

3.3.2. O caso da greve dos caminhoneiros de 2018

O comparativo externo, anteriormente mencionado, que permite constatar que a exclusão setorial das transportadoras de passageiros do Simples Nacional atende aos interesses das grandes empresas é o evento da greve dos caminhoneiros. Notar-se-á uma semelhança e uma diferença: os interesses das grandes empresas foram resguardados e não há motivos para se facultar a opção de adesão ao Simples Nacional para o transporte de cargas e, ao mesmo tempo, excluir o transporte de passageiros.

²⁰⁶ CADE. Conselho administrativo de defesa econômica (CADE). **Nota Técnica n.º 8/2017/SGTRIAGEM/ SG/CADE**. Processo Administrativo n.º 08700.011294/2015-12, cujo objeto era apuração de ato de concentração.

²⁰⁷ CADE. Conselho administrativo de defesa econômica (CADE). **Despacho SG n.º 954/2018**, proferido no Processo Administrativo n.º 08700.005979/2017-83. DOU, 06 ago. 2018.

O caso da greve dos caminhoneiros, ou também chamada de Crise do Diesel, ocorrida no Brasil no ano de 2018,^{208 209} é um acontecimento que tem estreita relação com a compreensão do fenômeno das micro e pequenas empresas na sociedade contemporânea e ilustra todo o mecanismo criado em prol de seu suposto incentivo.

A paralisação da categoria iniciou-se no dia 21 de maio de 2018, durante o governo do Presidente Michel Temer, tendo a duração de 10 dias, quando, no dia 30 de maio de 2018, foi necessária intervenção de forças do Exército Brasileiro e da Polícia Rodoviária Federal para desbloquear as rodovias cujo tráfego fora impedido pelos manifestantes.

O estopim que culminou no movimento dos caminhoneiros foi o descontentamento com o aumento do preço do óleo diesel, que subiu mais de 50% num período de 12 meses, associado ao aumento do dólar e do petróleo no mercado internacional. As exigências feitas pela categoria estavam relacionadas tanto à diminuição do preço do combustível, por meio de desonerações tributárias, quanto à fixação de uma tabela mínima para os valores de frete^{210 211 212} - destaca-se que a reivindicação atingiu o principal insumo para o exercício da atividade, o combustível, e o elemento direto que influencia na remuneração dos caminhoneiros, o valor do frete.

Durante a manifestação, em razão da paralisação dos caminhões e do bloqueio parcial das rodovias,²¹³ houve desabastecimento de produtos essenciais

²⁰⁸ A CRONOLOGIA da crise do diesel, do controle de preços de Dilma à greve dos caminhoneiros. **BBC**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44239437>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²⁰⁹ CRISE DO DIESEL: governo pede trégua a caminhoneiros. **VEJA**. 23 mai. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/videos/giro-veja/crise-do-diesel-governo-pede-tregua-a-caminhoneiros/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹⁰ GREVE DOS CAMINHONEIROS: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil. **BBC**. 30 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹¹ REPRESENTANTE de caminhoneiros em MT diz que greve não se resume à redução do diesel e cita outras reivindicações. **G1**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/representante-de-caminhoneiros-em-mt-diz-que-greve-nao-se-resume-a-reducao-do-diesel-e-cita-outras-reivindicacoes.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹² LÍDER dos caminhoneiros diz que greve só será suspensa com fim do PIS/COFINS sobre diesel. **O GLOBO**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/lider-dos-caminhoneiros-diz-que-greve-so-sera-suspensa-com-fim-do-pis-cofins-sobre-diesel-22711191>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹³ GREVE dos caminhoneiros ainda bloqueia estradas em 24 estados e no distrito federal. **Extra**. 25 mai. 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/greve-dos-caminhoneiros-ainda-bloqueia-estradas-em-24-estados-no-distrito-federal-22714792.html>. Acesso em: 24 ago. 2020.

em diversos setores, tais como combustíveis, matérias-primas e alimentos,²¹⁴ ²¹⁵ levando à decretação de estado de calamidade pública ou de emergência em diversos municípios no país.²¹⁶ ²¹⁷

Embora seja possível analisar o movimento sob diversas óticas, duas características interessam ao objeto de estudo e retratam as condições em que inseridas as MPE na sociedade contemporânea: (I) o movimento é caracterizado pela falta de uma liderança expressiva, reflexo de uma ausência de sentimento de pertencimento à categoria, por parte dos pequenos empresários transportadores; e (II) as reivindicações são típicas de MPE satelitárias, as quais são hipossuficientes num mercado dominado por grandes empresas e que controlam os principais aspectos econômicos do setor produtivo.

Com relação à primeira afirmação, ainda que uma semana antes da greve dos caminhoneiros a Associação Brasileira de Caminhoneiros – ABCAM tenha protocolado um ofício na Presidência da República e na Casa Civil requerendo medidas efetivas do Governo para combater o constante aumento dos preços do óleo diesel,²¹⁸ o movimento foi marcado por não ter uma personalidade específica que liderasse toda a categoria.

A constatação fática disso é a ausência de consenso quanto às concessões feitas pelo Governo Federal à época, as nada menos que dez entidades representativas da categoria que participaram das negociações, a não adesão à continuidade da greve pela categoria, após estabelecido um acordo com concessões por parte do Governo, e a dificuldade dos próprios manifestantes em desmobilizar os

²¹⁴ GASOLINA chega a R\$ 9,99 em BRASÍLIA; motoristas fazem fila em postos. **G1**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/combustivel-mais-carro-faz-motoristas-do-df-criarem-fila-em-postos-gasolina-chegou-a-r-10.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹⁵ EM 4º DIA de greve, cidades ficam sem combustível e sem alimentos. **Folha de São Paulo**. 24 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/em-4o-dia-de-greve-cidades-ficam-sem-combustivel-e-sem-alimentos.shtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹⁶ CIDADES de quatro estados declaram emergência por falta de combustíveis. **UOL**. 25 mai. 2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/05/25/cidades-de-quatro-estados-declaram-emergencia-por-falta-de-combustiveis.html>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹⁷ BRUNO Covas decreta estado de emergência em São Paulo por excesso de protestos. **G1**. 25 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/bruno-covas-decreta-estado-de-emergencia-em-sao-paulo-por-excesso-de-protestos.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²¹⁸ ABCAM. Ofício ABCAM nº 34/2018. **ABCAM.ORG**. 14 mai. 2018. Disponível em: <http://www.abcam.org.br/images/OFICIO-ABCAM---N-34---PRESIDENTE-MICHEL-TEMER-1.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

bloqueios, já que partes estavam descontentes com o resultado do pacto e pugnavam pela continuidade da paralização. Vale dizer, foi um movimento marcado pela autonomia dos manifestantes.^{219 220}

A descentralização do movimento demonstra exatamente o impacto da reestruturação da cadeia de produção em que as MPE se inserem na condição de empresas satélites, tal como descrito por MONTAÑO e discorrido no segundo capítulo dessa dissertação. Os caminhoneiros, antes empregados regidos pela CLT e hoje transportadores autônomos, organizados sob o manto de pessoas jurídicas, ainda que sejam de fato empreendedores, estão muito mais próximos da antiga condição de empregado formal, pois, rememora-se, sua elevação à condição de pessoa jurídica se prestou à finalidade de diminuir os custos produtivos das grandes empresas. Entretanto, não se identificam mais como empregados, porquanto agora são empreendedores, e a consequência pragmática disso é a dificuldade de se organizarem em movimentos que manifestam sua insatisfação em prol do interesse da categoria.

E, ainda, note-se que a ocorrência da greve dos caminhoneiros no ano de 2018 não refuta a afirmação supra, com a genérica afirmação de que simplesmente o movimento aconteceu e, portanto, a categoria consegue pugnar pelos seus interesses. A sua deflagração somente foi possível em razão da insatisfação manifestada em redes sociais. Vale dizer, a mobilização dos caminhoneiros somente ocorreu em virtude da existência de aplicativos de comunicação, tal como o WhatsApp, que possibilitou a troca de mensagens entre os grevistas, e também em função do inerente e constante deslocamento destes no exercício dos transportes, o que possibilitou a integração dos grevistas em nível nacional.²²¹ No entanto, não havia organização de pleitos únicos para toda a categoria, o que ocasionou na dificuldade do Governo brasileiro de lidar com o caso.

²¹⁹ MOVIMENTO sem líder? Quem são os nomes da greve que parou o país. **Gazeta do Povo**. 29 mai. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/movimento-sem-lider-quem-sao-os-nomes-da-greve-que-parou-o-pais-auw34eiatyt32dafrk1inqvzt/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²²⁰ LÍDER marca protesto com 50 mil caminhoneiros em Brasília, mas apenas 4 comparecem. **Economia Estadão**. 01 jun. 2018. Disponível em: <http://web.archive.org/web/20181228015124/https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,lider-marca-protesto-com-50-mil-caminhoneiros-em-brasilia-mas-apenas-4-comparecem,70002334176>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²²¹ COMO o WhatsApp mobilizou caminhoneiros, driblou governo e pode impactar eleições. **BBC News**. 02 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44325458>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

É cabível a reflexão de que a sociedade esteja evoluindo e o problema apontado seja superado com a identificação e organização das pessoas em ambientes virtuais, mas isso não altera o fato de que os micro e pequenos empresários hipossuficientes não podem ser categorizados numa simplista classificação entre empregado e empregador, pois, ainda que organizados como empresas, os interesses dos pequenos são distintos dos grandes.

Esse primeiro aspecto estudado tem relação intrínseca com o estopim do movimento e as reivindicações dos caminhoneiros: em virtude da ausência de um senso de categoria, foi necessário paralisar o país em um movimento que representou o último suspiro em busca de melhores condições de trabalho.

Isto é, foi necessário que os caminhoneiros exercessem seu ofício sem auferir uma renda mínima digna para que seus pleitos fossem considerados num movimento drástico que paralisou o país. Os preços do óleo diesel, principal insumo da atividade de transporte, corroíam todo o ganho dos defasados preços de frete.

É válido questionar: por que a situação chegou a tal ponto? A resposta, mais uma vez, associa-se ao poder econômico das grandes empresas e à falta de organização das pequenas empresas. O preço do combustível, que acompanha as variações do petróleo e do dólar no cenário internacional, associado à considerável carga tributária que incide sobre o bem, tornou-se demasiado oneroso aos pequenos transportadores, consumindo, em conjunto com os demais custos do transporte, grande ou total parcela do frete que lhes era pago.²²² Vale dizer, pouco sobrava aos bolsos dos transportadores.

O impasse dos custos de remuneração do transporte é algo duradouro e será revisitado periodicamente, não haverá uma solução única, permanente e duradoura. A própria tabela de frete é constantemente revisada e objeto de debates no setor,²²³ que aparentemente passou a considerar a força do movimento dos

²²² A propósito, alguns economistas atribuem as origens da greve dos caminhoneiros à política de Sustentação do Investimento do BNDES, entre os anos de 2009 a 2015, a qual haveria elevado de maneira artificial a frota de caminhões no país. Entretanto, a conclusão deste trabalho não considera a variável da precarização das condições de trabalho e a abordagem crítica construída neste trabalho. O BNDES e a crise dos caminhoneiros. Departamento de Pesquisa Econômica Área de Planejamento Estratégico. **BNDES**. Junho de 2018. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/15200/1/O-BNDES-e-a-crise-dos-caminhoneiros.pdf>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

²²³ ANTT lança nova consulta pública para debater alterações em tabela de frete. **Diário do Transporte**. 23 abr. 2020. Disponível em: <https://diariodotransporte.com.br/2020/04/23/antt-lanca-nova-consulta-publica-para-debater-alteracoes-em-tabela-de-frete/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

caminhoneiros, após a constatação pragmática da dependência econômica do país relacionada ao transporte rodoviário de cargas e os impactos negativos de sua paralização.

Em suma, esse primeiro aspecto analisado, atinente à Greve dos Caminhoneiros, é um traço característico das MPE satélites. Não possuem entidades que as representem, tal como existem os sindicatos dos empregadores, culminando na ausência de uma representatividade que pleiteie pelos seus interesses e; fatalmente, os pequenos empreendedores vivem e acreditam no “sonho empreendedor”, não se identificando como empregados e sendo levados ao extremo em mercados demarcados pela dominação econômica.

Esse caso específico permite o avanço no estudo das exclusões setoriais, em especial, da relacionada ao transporte de passageiros, e permite a reflexão sobre qual a razão pela qual duas atividades semelhantes, o transporte de cargas e o transporte de passageiros, são tratadas de maneira diferente pela LC nº 123/2006.

Após feita a apresentação da Crise do Diesel de 2018, torna-se mais claro que há um incentivo, especialmente no âmbito tributário, para que os transportadores de carga se organizem em micro e pequenas empresas, pois, como já afirmado, não há sequer vedação à sua opção pelo regime unificado de tributação do Simples Nacional.

Assim sendo, excluir o setor dos transportes de carga do Simples Nacional feriria o interesse das grandes empresas de se livrarem dos custos inerentes a essa atividade, porquanto dificultaria o acesso dos micro e pequenos transportadores, antes empregados-motoristas, de empreenderem no setor. Ainda que a situação possa se apresentar como incentivadora aos pequenos empreendimentos, a situação não se apresenta necessariamente como benéfica às MPE.

Acredita-se que, no caso dos transportes de carga, a possibilidade de adesão ao Simples Nacional, embora, de fato, tenha que existir, não é um simples reflexo do princípio do tratamento favorecido, porquanto o pretense incentivo acompanha o movimento de reestruturação do modelo de produção das grandes empresas – e, conseqüentemente, precarização das relações de trabalho -, que livram-se de custos impactantes nos seus resultados. No caso, incentiva-se o empregado motorista a empreender num mercado cuja dependência econômica existe, pois todo o controle dos preços fica a cargo das grandes empresas, sejam as fornecedoras de combustível ou as que detêm a mercadoria a ser transportada e

pagam os fretes. O incentivo, reitera-se, ainda que não deva ser objeto de supressão na LC nº 123/2006 nesse aspecto, mediante a inserção de mais uma exclusão setorial, cumpre o propósito maior de subserviência das pequenas empresas em favor do grande capital.

Nota-se que, na situação do transporte de cargas, ainda que utilizada a lei tributária para finalidades diferentes, quando comparada com a realidade do transporte de passageiros, também prestigia o interesse do grande capital, mas agora de uma forma distinta.

Protege-se o grande capital, então, garantindo a ele a hegemonia em um mercado com baixa competitividade e alto grau de concentração, como é o caso do transporte de passageiros, ou incentivando uma reestruturação do modelo de produção em prol das grandes empresas, livrando-as das amarras de legislações protetivas que diminuem suas margens de lucro.

Essa é a forma pela qual a legalidade discriminatória opera na matéria das micro e pequenas empresas: usa as diminutas unidades produtivas em benefício do interesse do grande capital.

3.3.3. A legalidade discriminatória em função dos poderes de dominação econômica

No decorrer do desenvolvimento desse trabalho, é observado que a exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional não apresenta qualquer razoabilidade ou fundamento jurídico, embora seja ela propagada de maneira natural e isenta de qualquer crítica, não sendo sequer cogitada a hipótese de discuti-la, tampouco eliminá-la.

É justamente nesse cenário que a importância da matriz teórica crítica surge, possibilitando romper com a racionalidade hegemônica, imutável e permanente, a fim de questionar o próprio direito enquanto legitimado instrumento de resolução de conflitos sociais, o qual acaba tornando-se um enorme artifício para a manutenção do *status quo* dos que detêm o poder econômico e político.²²⁴

²²⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**: para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 11; RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, v. 19, n. 37, jan./jun. 2016, p. 103. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a07.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

Isso é o resultado de uma sociedade desigual, em que poucos detêm elevada riqueza, de modo que o sistema político acaba sendo pervertido pela influência do grande capital.²²⁵ A legalidade, dessa forma, concretizada no sistema do direito posto, direciona-se para a proteção de setores específicos e torna-se objeto de discriminação em desfavor das pequenas empresas.

Isso significa que a norma positivada que veicula a exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional é um poderoso mecanismo de manutenção da baixa competitividade e da alta concentração no mercado. E, diz-se poderoso, pois o direito confere aparência legal, no arbítrio interior do Estado de Direito.

A razão de poucos, até então, arguirm pela inconstitucionalidade dessa exclusão setorial também é identificável. Há incontestável vazio entre a prescrição jurídica e a realidade. A doutrina especializada debruça-se periodicamente na análise das estruturas de competição no transporte de passageiros, sob a ótica do direito econômico ou da análise das estruturas de mercado. Aponta-se, por exemplo, a perspectiva das condutas anticoncorrenciais, como é o caso de criação de empresas interdependentes e a provocação dos órgãos de defesa da concorrência para apreciar eventuais atos contrários à concorrência, ou, no prisma econômico, a verificação do grau de concentração do mercado, tal como mencionado anteriormente.

No entanto, o problema dessa dissertação passa nas sombras de todo esse cenário, pois afeta pequenas empresas que não detêm influência suficiente para arguirm pelos seus interesses. Para identificar essa disfuncionalidade, é necessário ir além e averiguar os efeitos distorcidos gerados sobre a sociedade, para se concluir que contribui, inevitavelmente, para o preocupante cenário econômico identificado no setor, sem, entretanto, sequer ser considerada como causa disso.

O agente competente pelo ato legislativo que veiculou a LC nº 123/2006 é a União, pessoa jurídica de direito público, isto é, uma ficção jurídica e, portanto, abstrata, que é legitimada a editar atos legislativos. Dessa forma, tem-se a legitimidade legislativa inerente à União, representada pelo seu Poder Legislativo eleito pelos próprios cidadãos, o que torna mais difícil identificar intuitos escusos num diploma legislativo, pois parte-se da análise do todo e imenso sistema jurídico.

²²⁵ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Desigualdade e tributação na era da austeridade seletiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 159.

Entretanto, a lei é o reflexo de quem tem a competência para elaborá-la, somada, especialmente, à intenção de quem a elabora. E, conforme o referencial teórico adotado, os interesses defendidos pela lei são os interesses dos setores que detêm o capital político para que suas vontades sejam, ao menos, consideradas, senão implementadas.

Em segundo lugar, em matéria de direito econômico, focaliza-se sobremaneira a repreensão às condutas tidas como contrárias à competitividade, tal como o *dumping*, o cartel e outros. Ocorre, porém, que, na análise da legislação, demarcada pela generalidade e abstração, é mais complexo de se identificar propósitos anticompetitivos que servem ao interesse de classes específicas. Soma-se a isso, ainda, o fato de micro e pequenas empresas não chamarem a atenção tanto dos estudiosos e críticos quanto dos formuladores de políticas públicas.

Não em vão, as fundamentações jurídicas para a sustentação da inconstitucional exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional são incoerentes, bem como a realidade do setor econômico apresentado não suporta o texto positivado.

As conclusões retiradas permitem a inferência de que o ideal dessa específica norma discriminatória é o de eliminar a fase embrionária de qualquer transportadora de passageiros que almeje se inserir no mercado, haja vista que, além de ter que se submeter às amarras regulatórias do setor, a MPE não teria qualquer incentivo fiscal em garantia ao princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas e teria mitigado o seu direito à livre iniciativa, já que se submeteria ao complexo regime geral de tributação.

As dificuldades impostas pelas legislações – e.g. regulatórias e tributárias - e a exposição do pequeno capital ao risco, logo, implica em morte das iniciativas dos pequenos empresários. E a perversão do direito sustenta tais reflexos contrários à Constituição Federal, afinal, não se discute sobre as dificuldades das pequenas empresas (sobre as suas fragilidades e seu papel no processo de acumulação do capital), mas sim sobre elas (e a partir delas).²²⁶

Desta forma, uma exclusão setorial, inserida em uma lei cujo principal conteúdo está inserido no campo do Direito Tributário, mas cujos efeitos

²²⁶ PATTON, Ana Laura Javaroni. **A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional**: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017, p. 147-148.

pragmáticos são de difícil identificação, relacionados à outras esferas do Direito, e que, mais, afetam somente as pequenas unidades produtivas, acaba sendo esquecida e sustentada com naturalidade por argumentos pouco críticos.

O que se observa, portanto, é o uso do princípio da legalidade e da lei para atingir objetivos discriminatórios.

O papel que se mostrou necessário assumir é aquele que almeja quebrar a naturalização promovida pela racionalidade do discurso dominante (rompimento ao conformismo), que versa sobre a impossibilidade de conciliar pequenas empresas e transportadoras de passageiros.

Assim, o referencial teórico mais uma vez se mostra adequado:

No entanto, é importante deixar claro, o papel do pensamento crítico não é desvendar qual seja a “natureza” do direito de forma definitiva, mas dar conta de suas diversas configurações ao longo da história sem naturalizar seus conceitos. E sem perder de vista os interesses em conflito que se lutam para se expressar no direito e, portanto, defendem visões do que ele seja e deva ser.²²⁷

Em tom de fechamento, o enfrentamento do problema só se mostrou possível a partir da identificação do cenário econômico, político, social e jurídico no qual a lei se insere, para que fosse possível criticamente compreender como o princípio da legalidade favoreceu preceitos discriminatórios, em favor dos interesses dos grandes empresários do setor.

²²⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**: para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 11.

CONCLUSÃO

Eis a conclusão do trabalho: é inconstitucional a exclusão das micro e pequenas transportadoras intermunicipais e interestaduais de passageiros do Simples Nacional. Sob o ponto de vista jurídico, referida exclusão setorial afronta o microsistema do tratamento favorecido das pequenas empresas, insculpido na Constituição Federal; não há uma passagem sequer no diploma maior que justifique a veiculação das exclusões setoriais e nem um único motivo que aponte pela sustentação da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional. Numa análise “para além do direito como se apresenta”, ainda, foi constatado que a norma positivada atende aos interesses das grandes empresas que dominam o setor de transporte de passageiros interestaduais e intermunicipais, porquanto desejam manter o mercado em um estado mórbido de baixa competitividade e de alta concentração econômica, garantindo para si o controle desse mercado.

A afirmação acima, da forma como veiculada - direta e objetiva -, embora sintetize a ideia principal do trabalho, longe está de ser simples. É possível encarar a inconstitucionalidade da exclusão setorial das transportadoras de passageiros do Simples Nacional com fundamentos que refutam a lei, numa análise intranormativa, e também encarando seus reforçadores refletidos na sociedade, o que denominamos ser uma análise intersistêmica.

Para construir o estudo, no primeiro capítulo, foi necessário eleger o referencial teórico que permitisse compreender o direito para além de seus reflexos puramente normativos, pois não se objetivou sustentar a inconstitucionalidade da norma de exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional apenas sob o ponto de vista estritamente jurídico; questionou-se a legitimidade justificadora da norma, que se mostrou inexistente.

A quebra do paradigma tradicional ao qual se submetem as pesquisas do direito se deu com a escolha da Teoria Crítica do Direito, referencial teórico do trabalho. A partir do seu estudo, foi possível emancipar o direito de sua concepção como uma ciência que é autossuficiente e que seria capaz de atingir a pacificação social por si só. É essencial encarar que o direito, especialmente na sociedade brasileira, cuja desigualdade social é notória, assume o papel de instrumento de dominação social, sobretudo, por ter como traço característico sua natural legitimidade decorrente das estruturas de poder do Estado e por terem os

pesquisadores do direito adotado teorias autocentradas que o isolam de outras ciências sociais aplicadas e o inibem de enfrentar os seus reflexos pragmáticos na sociedade. É a partir dessas constatações que se compreende que o direito, então, desvirtua-se de seu propósito finalístico e age em favor das classes dominantes, tal como foi observado no caso da veiculação da norma da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional.

Tal referencial teórico abriu o espectro de análise do trabalho e possibilitou correlacionar eventos concretos do mundo real que reforçam a conclusão pela inconstitucionalidade da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, notadamente pelo interesse de manter o mercado com baixa competitividade, o que garante a sua configuração de alta concentração econômica, traços que são definitivos no setor de transporte de passageiros.

Para além da dogmática jurídica, foi necessário compreender o fenômeno das MPE satélites na sociedade contemporânea, concluindo-se pela sua subserviência aos interesses das grandes empresas, especialmente porque servem ao propósito de reestruturação do modelo de produção do grande capital. Desenvolvem-se as pequenas empresas, então, em áreas residuais, não substanciais ou estratégicas do grande capital e são utilizadas como um meio de eximir as grandes empresas de custos de produção que atrapalham a acumulação de capital. Assim sendo, com a transferência de parcela da produção por meio de subcontratações, há evidente precarização da situação dos antigos trabalhadores, a antiga relação vertical entre empregado-empregador se horizontaliza em um nexo entre empresas, a força de trabalho contratada é substituída por um produto ou serviço e os novos empresários vivem o difícil “sonho empreendedor”, não mais se identificando com a classe dos empregados e rompendo com os pleitos comuns. Esse não é o caso específico das transportadoras de passageiros, mas é a base que permitiu sua comparação com o setor de transporte de cargas, bem como ilustra a subserviência das pequenas aos interesses do grande capital.

Sob a ótica jurídica, a Teoria Crítica do Direito contribuiu para a construção do que se denominou de microssistema do tratamento favorecido das pequenas empresas, insculpido na Constituição Federal. O diploma maior estabeleceu o princípio do tratamento favorecido das pequenas empresas como corolário da ordem econômica no país e determinou a obrigatoriedade de o legislador beneficiar as

MPE, seja com fundamento no referido princípio ou na regra constitucional positivada no artigo 179.

Diante da interpretação que aponta para o indiscutível dever de favorecer as pequenas empresas, ao ser analisada a estrutura normativa da LC nº 123/2006, não se encontrou motivo algum para justificar a existência da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional. Acredita-se que as exclusões setoriais são tristes heranças de legislações anteriores e que foram sendo encaradas como se fossem naturais ao sistema legal proposto, ocasionando a sua recepção isenta de debates e críticas.

No caso específico do inciso VI, do artigo 17, da LC nº 123/2006, o qual veicula a inconstitucionalidade objeto desse estudo, concluiu-se que a alteração legislativa promovida pela LC nº 147/2014, ainda que constitua um avanço, já que mitigou a abrangência da norma proibitiva, não conflita com os interesses das grandes empresas atuantes no setor. O transporte fluvial é uma atividade econômica de regiões específicas e não gera grandes riquezas, portanto, não compete, de fato, com as grandes empresas de transporte de passageiros, especialmente na modalidade rodoviária. A segunda exceção, relacionada ao transporte de passageiros em área urbana ou metropolitana, aproxima-se da realidade de grandes cidades e do transporte urbano público e coletivo, não competindo igualmente com o setor cujos interesses são resguardados. Já a terceira e última exceção à exclusão setorial, visa permitir o transporte metropolitano de estudantes ou trabalhadores, sob o regime de fretamento, o que, mais uma vez, é um caso específico, não aberto ao público e que em nada concorre com o transporte de passageiros.

Ainda sob a ótica jurídica, foi necessário utilizar uma lógica reversa para desconstruir argumentos que poderiam infirmar a conclusão desse trabalho. Entendeu-se inapropriado arguir que a atividade de transporte de passageiros é típica de grandes empresas, pois supostamente exigiria grande capital, conhecimento técnico, muitos empregados e aparato tecnológico aprimorado. Foram apresentados casos reais de pequenas empresas que, no decorrer de suas histórias, tornaram-se grandes, bem como, caso esse argumento fosse considerado válido, seria necessário expandir o rol de exclusões setoriais para proibir diversos outros setores de optarem pelo Simples Nacional, pois suas atividades seriam também exclusivas de grandes empresas. Igualmente, defender a exclusão setorial com base no direito à vida e à saúde das pessoas, em razão da necessidade de se

exigir máxima segurança no transporte de passageiros, é inadequado, pois os dados empíricos que indicam baixo índice de acidentes fatais em transportes coletivos de passageiros refuta tal argumento, assim como se acredita que as pequenas empresas de transporte de passageiros que não sejam seguras seriam tranquilamente retiradas do mercado, em sua própria dinâmica seletiva, ou poderiam ser impedidas de atuar mediante a atividade fiscalizatória do Estado, que agiria em prol de garantir a segurança dos meios de transporte de passageiros.

Todas reflexões desenvolvidas convergem na conclusão de que o motivo de existir da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional decorre do interesse das grandes transportadoras de passageiros de manter o mercado com baixa competitividade e alto grau de concentração econômica. Para isso, questionar somente os argumentos jurídicos não foi o suficiente.

Foi preciso tocar a realidade e apresentar a própria estrutura de mercado do setor de transporte de passageiros, demarcada pela baixa competitividade e pelo alto grau de concentração econômica, conforme foi observado nos estudos específicos sobre a matéria e evidenciado nos relatos dos julgamentos de atos de concentração econômica no CADE. E, ainda, correlacionando a reflexão trazida no trabalho sobre as MPE satélites, apresentou-se o contexto social da Greve dos Caminhoneiros de 2018, cujos pleitos eram basicamente o insumo para o transporte e o valor de sua remuneração (óleo diesel e frete), comprovando-se que também essas MPE servem exatamente ao propósito de reestruturação do modelo de produção das grandes empresas por meio de subcontratações e, no caso específico, são esmagadas tanto por compradores e vendedores que necessitam do transporte, que resguardam para si a grande parcela dos lucros que a cadeia de produção proporciona.

Com essas duas comparações, uma interna, relacionada à estrutura de mercado do setor de transporte de passageiros, e uma externa, consistente na comparação entre o transporte de cargas e o transporte de passageiros, observou-se que o interesse do grande capital é preservado em ambos os casos, seja mediante a reestruturação do modelo de produção, no transporte de cargas, ou pela criação e imposição de barreiras de entrada no mercado, no transporte de passageiros.

Conclui-se, portanto, que o direito, especificamente, a LC nº 123/2006, desvirtuou-se e garante a discriminação das pequenas empresas, fulminando o

dever constitucional de favorecê-las e atendendo ao interesse do grande capital. O estudo das contradições do sistema jurídico e dos reflexos dessas no campo pragmático, sob o ponto de vista da Teoria Crítica do Direito, permitiu focalizar um feixe de luz a uma realidade que os traços de escrita da lei não apontam.

A citação de GUILHERME MENDES, já trazida nesse trabalho, exprime a ideia da disfuncionalidade na qual o direito assumiu a exclusão das micro e pequenas transportadoras de passageiros do Simples Nacional:

a relação de subserviência das pequenas em relação às grandes possui, não só o aval, mas sobretudo o reforço do aparato estatal, inclusive e principalmente por meio da sua função legiferante.²²⁸

Adiante, essa conclusão não significa o término do trabalho. Além do entendimento pela inconstitucionalidade da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional, o valor do trabalho consiste no conhecimento jurídico que tenha por objetivo transformar a sociedade, haja vista os efeitos prospectivos do estudo crítico serem valiosos para o trazer ao mundo real potencialidades melhores.

A máxima crítica de conhecer profundamente o presente para esboçar o futuro exige responder ao questionamento sobre quais seriam os impactos no mercado de transporte de passageiros, caso haja o reconhecimento da inconstitucionalidade da exclusão das transportadoras de passageiros do Simples Nacional - reconhecimento este que implicaria na supressão da norma proibitiva.

A principal mudança que se vislumbra é o aumento da competitividade no setor, pois, a partir da possibilidade de as micro e pequenas empresas aderirem a um regime de tributação mais simplificado e benéfico, o fator da onerosidade tributária passa a não ser um impeditivo à tomada de decisão de risco sobre o empreendimento de pequenas unidades produtivas no mercado de transporte de passageiros. Conseqüentemente, haverá maior probabilidade de as MPE se inserirem nesse mercado, com melhores condições de permanecerem nele.

²²⁸ 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, 2016, p. 102. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1vtu3xbu/7KXI8490w5VI6sGk.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

Aumentando-se a competitividade do mercado de transporte de passageiros, potencialmente a situação de concentração econômica tende a ser minimizada, ao longo do tempo, proporcionando resultados favoráveis à sociedade.

Não é possível afirmar que a supressão da exclusão setorial estudada é o único mecanismo para combater a baixa competitividade do mercado e sua alta concentração econômica. Entretanto, é indubitável que manter a situação da forma como se encontra consiste na melhor maneira para se obstar na raiz a possibilidade de desenvolvimento dos micro e pequenos empreendimentos no setor de transporte de passageiros, o que, mais uma vez e por fim, não reflete o desiderato das normas constitucionais estudadas.

REFERÊNCIAS

A CRONOLOGIA da crise do diesel, do controle de preços de Dilma à greve dos caminhoneiros. **BBC**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44239437>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ABA - American Bus Association (2016). **Motorcoach Census: A Study of the Size and Activity of the Motorcoach Industry in the United States and Canada in 2014**. Prepared for the American Bus Association Foundation by John Dunham & Associates, p. 13. Disponível em: <https://www.buses.org/assets/images/uploads/general/Motorcoach%20Census%202015.pdf>. Acesso em 20 jun. 2020.

ABCAM. Ofício ABCAM nº 34/2018. **Abcam.Org**. 14 mai. 2018. Disponível em: <http://www.abcam.org.br/images/oficio-abcam---n-34---presidente-michel-temer-1.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ALMEIDA, J. I. H. Nordeste do Brasil e monopólio rodoviário de passageiros. **Formação** (Presidente Prudente), Presidente Prudente, v. 7, n.1, 2000.

ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Caracterização da Oferta e da Demanda do Transporte Fluvial de Passageiros e Cargas na Região Amazônica**. Brasília: ANTAQ, 2017.

ANTT lança nova consulta pública para debater alterações em tabela de frete. **Diário do transporte**. 23 abr. 2020. Disponível em: <https://diariodotransporte.com.br/2020/04/23/antt-lanca-nova-consulta-publica-para-debater-alteracoes-em-tabela-de-frete/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ANTT. Desenvolvimento metodológico e prova de campo para o levantamento de dados de demanda e oferta dos serviços regulares de transportes coletivos rodoviários interestaduais de passageiros, com extensão superior a 75 km. **Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas**. Relatório Final. São Paulo, 2011.

ANTT. Estatísticas e Estudos Rodoviários – Dados Operacionais. Regular Rodoviário e Semiurbano. **Dados operacionais mensais – serviço regular rodoviário e semiurbano 2017**. Disponível em: http://www.antt.gov.br/passageiros/Dados_Operacionais. Acesso em 10 jun. 2020.

AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. **A história da empresa**. Institucional. 2020. Disponível em: <https://www.autoviacao1001.com.br/empresa#historia>. Acesso em 08 de jun. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17º ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária – Uma introdução metodológica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária – Uma introdução metodológica**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRUNO Covas decreta estado de emergência em São Paulo por excesso de protestos. **G1**. 25 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/bruno-covas-decreta-estado-de-emergencia-em-sao-paulo-por-excesso-de-protestos.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Emenda modificativa ao substitutivo adotado pela comissão especial nº 56**. Diário Câmara dos Deputados, Quarta-feira, 6 de setembro de 2006, p. 204. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06SET2006.pdf#page=539>. Acesso em 5 jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação Informatizada - **Alvará de 28 de abril de 1809**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/antioresa1824/alvara-40051-28-abril-1809-571629-publicacaooriginal-94774-pe.html>. Acesso em: 28 jul. 2019.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CHAMAS, Henrique Nimer; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **A Tributação das Pequenas Revendedoras de Automóveis Usados pelo Simples Nacional**, 2019. **No prelo**.

CIDADES de quatro estados declaram emergência por falta de combustíveis. **UOL**. 25 mai. 2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/05/25/cidades-de-quatro-estados-declaram-emergencia-por-falta-de-combustiveis.html>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CNT. Boletins Técnicos CNT. **Boletim Estatístico**. Dezembro de 2018.

CNT. Confederação Nacional de Transportes (2017). **Anuário CNT do transporte: estatísticas consolidadas**. Disponível em: <http://anuariodotransporte.cnt.org.br/2017/Rodoviario/1-5-4-1-/Inicial>. Acesso em 18 jun. 2020.

CNT. Confederação Nacional dos Transportes. **Painel CNT de Consultas Dinâmicas de Acidentes Rodoviários**. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/painel-acidente>. Acesso em 08 jun. 2020.

COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1983.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

COMO o WhatsApp mobilizou caminhoneiros, driblou governo e pode impactar eleições. **BBC News**. 02 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44325458>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

COUTO, A. P. A. **Transporte Regular Interestadual por Ônibus**: características e revisão da regulação. 2013. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Regulação e Gestão de Negócios, Universidade de Brasília, 2013.

CRISE DO DIESEL: governo pede trégua a caminhoneiros. **VEJA**. 23 mai. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/videos/giro-veja/crise-do-diesel-governo-pede-tregua-a-caminhoneiros/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

EM 4º DIA de greve, cidades ficam sem combustível e sem alimentos. **Folha de São Paulo**. 24 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/em-4o-dia-de-greve-cidades-ficam-sem-combustivel-e-sem-alimentos.shtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ESCUADERO, German Prieto. Empresas pequeñas “versus” empresas grandes? **Revista de Economía Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto, 1978.

EXPRESSO ITAMARATI. **Apresentação da empresa**. Página inicial. 2020. Disponível em: <https://www.expressoitamarati.com.br/about>. Acesso em: 08 de jun. 2020.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Por uma ciência prática do direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

FOLLONI, André. **Clareiras e caminhos do direito tributário**: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges. Tese de Doutorado, Setor de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26477/Clareiras e caminhos do direito tributario - critica da ciencia do direito tributario a partir da obra de Jose Souto Maior Borges - Andre Folloni.pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26477/Clareiras%20e%20caminhos%20do%20direito%20tributario%20-%20critica%20da%20ciencia%20do%20direito%20tributario%20a%20partir%20da%20obra%20de%20Jose%20Souto%20Maior%20Borges%20-%20Andre%20Folloni.pdf?sequence=1). Acesso em: 06 jul. 2019.

FRACAROLLI, Luiz Machado. **Pequena e média empresas**: aspectos legais. São Paulo: Pioneira, 1975.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Teoria crítica: influências na filosofia do direito, no ordenamento jurídico e no poder. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Direito e teoria crítica**: reflexões contemporâneas. Birigui: Boreal, 2015.

GASOLINA chega a R\$ 9,99 em Brasília; motoristas fazem fila em postos. **G1**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/combustivel-mais-carro-faz-motoristas-do-df-criarem-fila-em-postos-gasolina-chegou-a-r-10.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

GÔMARA, A. **O Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros**. 1ª edição. Brasília: ABRATI, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GREVE dos caminhoneiros ainda bloqueia estradas em 24 estados e no Distrito Federal. **Extra**. 25 mai. 2018. Disponível Em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/greve-dos-caminhoneiros-ainda-bloqueia-estradas-em-24-estados-no-distrito-federal-22714792.html>. Acesso em: 24 ago. 2020.

GREVE dos caminhoneiros: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil. **BBC**. 30 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>. Acesso em: 24 ago. 2020.

GUERREIRO, Mariana de Loiola. **Empresas de micro e de pequeno porte – regime constitucional e tributário**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, PUC-SP, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GWILLIAM, K. (2008). Bus transport: Is there a regulatory cycle? **Transportation Research Part A: Policy and Practice**, 42(9), p. 1183-1194.

HORKHEIMER, M. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: W. Benjamin, M. Horkheimer, T. W. Adorno, J. Habermas. **Textos Escolhidos, Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1989.

IBGE. Pesquisa Anual de Serviços. **Plataforma Sidra do IBGE**. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/2650>. Acesso em: 27 mai. de 2020.

KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor**. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009.

LÍDER dos caminhoneiros diz que greve só será suspensa com fim do PIS/COFINS sobre diesel. **O Globo**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/lider-dos-caminhoneiros-diz-que-greve-so-sera-suspensa-com-fim-do-piscofins-sobre-diesel-22711191>. Acesso em: 24 ago. 2020.

LÍDER marca protesto com 50 mil caminhoneiros Em Brasília, mas apenas 4 comparecem. **Economia Estadão**. 01 jun. 2018. Disponível em: <http://web.archive.org/web/20181228015124/https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,lider-marca-protesto-com-50-mil-caminhoneiros-em-brasilia-mas-apenas-4-comparecem,70002334176>. Acesso em: 24 ago. 2020.

LIMA, N. **Sonhos sobre rodas: a saga dos pioneiros do transporte rodoviário de passageiros no Brasil**. Brasília: ABRATI, 2012.

MARTINS, F. G. D. **Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros: regulação e concentração econômica**. Instituto Serzedello Corrêa. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2004.

MARTINS, F. G. D.; ROCHA, C. H.; & BARROS, A. P. B. G. Concentração na indústria de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. In: **XVIII Congresso ANPET** – Florianópolis: Lagoa Editora, 2004.

MARTINS, Francisco Giusepe Donato. **Transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros**: regulação e concentração econômica. Monografia apresentada à Comissão de Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Controle Externo do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Brasília/DF, 2004.

MARTINS, Francisco Giusepe Donato; ROCHA, Carlos Henrique; BARROS, Ana Paula Borba Gonçalves. Concentração na indústria de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. In **XVIII ANPET – XVIII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes**, 2013. Disponível em http://www.anpet.org.br/ssat/interface/content/autor/trabalhos/publicacao/2013/461_AC.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

MARX, Karl. **O capital. (Crítica da Economia Política)**. Livro 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1980.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos & SILVA, Rafael Ragazzo Pacheco. Tratamento Favorecido para pequenas empresas – inovações da Lei Complementar 147/14. **Revista da Receita Federal**: estudos tributários e aduaneiros, Brasília-DF, v.1, n.2, jan./jul. 2015.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 294. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>. Acesso em: 24 jul. 2019.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. In: **VII Encontro Internacional do Conpedi** – Braga, PT, 2017.

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.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: **XXV Congresso do Conpedi** – Curitiba, Direito Administrativo e Gestão Pública III, 2016.

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, 2016.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 2005.

MIAILLE, Michel. Obstáculos epistemológicos ao estudo do Direito: retorno ao movimento “Crítica do Direito” e apontamentos sobre a crítica do Direito hoje.

Meritum, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 263-278, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3063>. Acesso em: 30 jun. 2019.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Braga: Livraria Editora Pax, 1979.

MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização: uma abordagem histórico-crítica**. São Paulo: Cortez, 2001.

MOUSSALEM, Tarek Moyses. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOVIMENTO sem líder? Quem são os nomes da greve que parou o país. **Gazeta do Povo**. 29 mai. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/movimento-sem-lider-quem-sao-os-nomes-da-greve-que-parou-o-pais-auw34eiatyt32dafrk1inqvt/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MULHERN, Alan. La PYMI en Europa y las Políticas hacia ella. **Revista Economía** n. 14, 1998. Mérida (Venezuela): Universidad de Los Andes.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômica**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

O BNDES e a crise dos caminhoneiros. Departamento de Pesquisa Econômica Área de Planejamento Estratégico. **BNDES**. Junho de 2018. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/15200/1/O-BNDES-e-a-crise-dos-caminhoneiros.pdf>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

OECD (OCDE). **Taxations and Small Businesses**. Paris, OECD, 1994.

PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. In: **Nova Economia**, v. 24, n. 3, p. 541-554, dez. 2014, p. 543. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010363512014000300541&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 25 jul. 2019.

PAES, Nelson Leitão; ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de. Tributação da pequena empresa e avaliação do Simples. **Cadernos de Finanças Públicas**, Brasília, n. 09, dez. 2009.

PATTON, Ana Laura Javaroni. **A exclusão da startup com formato societário anônimo do Simples Nacional: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário - **Constituição e Código Tributário Nacional à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 9ª edição. Porto Alegre: L. Advogado, 2007.

PEREIRA, Vicente P. M. Brito. Desempenho do setor rodoviário: período 1967-1973. **Revista de Administração Pública**, v.8, n.1, p.161-208, jan./mar. 1974;

PIB do setor de transporte cresce o dobro do PIB do país em 2018. **CNT**. 12 mar. 2019. Disponível em: <https://cnt.org.br/agencia-cnt/pib-transporte-cresce-dobro-pib-brasil-2018>. Acesso em: 05 fev. 2020.

REPRESENTANTE de caminhoneiros em MT diz que greve não se resume à redução do diesel e cita outras reivindicações. **G1**. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/representante-de-caminhoneiros-em-mt-diz-que-greve-nao-se-resume-a-reducao-do-diesel-e-cita-outras-reivindicacoes.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

RIBEIRO, H.A.S.. **Identificação de concorrência ruinosa nos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros**. Tese de Doutorado em Transportes, Publicação T.TD-001/2019, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Desigualdade e tributação na era da austeridade seletiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROCHA, C. H.; MARTINS, F. G. D.; MACHADO, T. M. **Brazilian interstate passenger transportation industry: concentration and returns**. In: 9th International Conference on Competition and Ownership in Land Passenger Transport., 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, v. 19, n. 37, jan./jun. 2016, p. 99-124. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a07.pdf>. Acesso em: 31 jun. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann: do direito liberal para além de si mesmo. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008.

ROLIM, Fernando Antonio Oliveira; BRASILEIRO, Anísio. Competitividade na regulamentação do transporte rodoviário de passageiros: uma análise à luz de um modelo de auditoria. **Revista Transportes**, v. XVII, n. 1, junho 2009.

ROLIM, Fernando Antônio Oliveira; BRASILEIRO, Anísio. Competitividade na regulamentação do transporte rodoviário de passageiros: uma análise à luz de um modelo de auditoria. **Revista Transportes**, v. XVII, n. 1, junho/2009.

RUSH, Fred. As bases conceituais da primeira teoria crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria crítica**. São Paulo: Ideias & letras, 2008.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SCHILLER, Alexandre Ortigão Sampaio Buarque. **Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios**. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SEBRAE (Org.). **Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2013**.

Brasília, 2013. Disponível em:

http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20Na%20Micro%20e%20Pequena%20Empresa_2013.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

SEBRAE MATO GROSSO. Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. **SEBRAE**. Cuiabá, 2014. Disponível em:

<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>. Acesso em: 10 jul. 2019.

SEBRAE SÃO PAULO. **Panorama dos pequenos negócios 2018**. São Paulo, 2018. Disponível em:

http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/Panorama_dos_Pequenos_Negocios_2018_AF.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa: a pequena empresa nos estados unidos e no mundo**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986.

SOTTO, Débora. **Tributação da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

UELZE, Reginald. Uma avaliação dos transportes rodoviários no Brasil na década dos setenta. **Revista de Administração de Empresas**, v.14, n.6, p.17-31, 1974.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Saraiva, 2015.