



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.777 - BA (2009/0209190-8)**

**RELATOR** : MINISTRO LUIZ FUX  
**RECORRENTE** : MAI BELLA CONFECÇÕES LTDA  
**ADVOGADO** : TAÍS SOUZA DE CERQUEIRA  
**RECORRIDO** : ESTADO DA BAHIA  
**PROCURADORES** : BRUNO ESPINEIRA LEMOS  
JAMIL CABUS NETO E OUTRO(S)

### EMENTA

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INGRESSO NO SIMPLES NACIONAL. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL. ART. 17, V, DA LC 123/2006. CONSTITUCIONALIDADE.**

1. A intervenção do Estado no domínio econômico resulta de poder conferido pela Carta Constitucional que autoriza o poder público a intervir como agente que o regula e o normatiza, a fim de fiscalizar e incentivar as atividades do setor privado.

2. As microempresas e as empresas de pequeno porte à luz do artigo 146, inciso III, letra "d", e do art. 179, da Lei Maior, ostentam tratamento jurídico diferenciado voltado à simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

3. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, estabelece tratamento tributário diferenciado e favorecido a empresas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação dos tributos.

4. O artigo 17, inciso V, do referido diploma legal, exige a regularidade fiscal da pessoa jurídica para os fins de aplicação do regime tributário *sub judice*, nos seguintes termos, *in verbis*:

*Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:*

*(...)*

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

5. A inscrição no Simples Nacional submete-se à aferição quanto à inexistência de débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, nos termos no inciso V, do art. 17, da LC 123/2006, sem que, para tanto, esteja configurada qualquer ofensa aos princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência. Precedentes do STJ: **RMS 27376/SE**, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 15/06/2009; **REsp 1115142/RS**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 19/08/2009.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**6.** É que o tratamento tributário diferenciado e privilegiado para as micro e pequenas empresas não as exonera do dever de cumprir as suas obrigações tributárias. A exigência de regularidade fiscal do interessado em optar pelo regime especial não encerra ato discriminatório, porquanto é imposto a todos os contribuintes, não somente às micro e pequenas empresas. Ademais, ao estabelecer tratamento diferenciado entre as empresas que possuem débitos fiscais e as que não possuem, vedando a inclusão das primeiras no sistema, o legislador não atenta contra o princípio da isonomia, porquanto concede tratamento diverso para situações desiguais.

**7.** O Simples Nacional é um benefício que está em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição da República, e com o princípio da capacidade contributiva, porquanto favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

**8.** A adesão ao Simples Nacional é uma faculdade do contribuinte, que pode anuir ou não às condições estabelecidas, razão pela qual não há falar-se em coação.

**9.** *In casu*, a impetrante não preencheu o requisito relativo à regularidade fiscal, impossibilitando a concessão do benefício tributário.

**10.** Recurso ordinário desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.777 - BA (2009/0209190-8)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por MAI BELLA CONFECÇÕES LTDA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, assim ementado:

*"MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE INGRESSO NO SIMPLES NACIONAL NEGADO. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS SEM EXIGIBILIDADE SUSPENSÃO JUNTO A FAZENDA ESTADUAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 17, INCISO V, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA PELO IMPETRADO AFASTADA. ÓRGÃO SUBSCRITOR DO ATO IMPUGNADO HIERARQUICAMENTE SUBORDINADO A AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE NO ATO QUE NEGOU A INCLUSÃO DA IMPETRANTE AO REGIME DIFERENCIADO. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REGULARIDADE FISCAL. RAZOABILIDADE NOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS EM DETRIMENTO DO BENEFÍCIO FISCAL A SER RECEBIDO PELA IMPETRANTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. SEGURANÇA NEGADA. A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA PELA AUTORIDADE COATORA NÃO MERCE PROSPERAR, POSTO QUE O ÓRGÃO QUE SUBSCREVEU O TERMO DE INDEFERIMENTO DA OPÇÃO AO SIMPLES NACIONAL, REQUERIDO PELO IMPETRANTE, É HIERARQUICAMENTE SUBORDINADO AO SECRETÁRIO DA FAZENDA, CONCLUINDO-SE, PORTANTO, POSSUIR ESTE A ATRIBUIÇÃO PARA INTERVIR SOBRE A CONCRETIZAÇÃO OU DESCONSTITUIÇÃO DO ATO PRATICADO PELO CITADO ÓRGÃO SUBORDINADO. OUTROSSIM, MESMO NOS CASOS EM QUE SEJA ALEGADA SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA, MELHOR QUE A MERA EXTINÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO É A POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DO ERRO NOS TERMOS DO ARTIGO 284 OU, EVENTUALMENTE, PELA APLICAÇÃO DO ARTIGO 13, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESSA FORMA, EVITA-SE QUE, POR UMA QUESTÃO MERAMENTE PROCESSUAL, FRUSTRE-SE A EXPECTATIVA CRIADA COM A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA, APLICANDO-SE A CHAMADA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. NO MÉRITO, OBSERVA-SE QUE INEXISTE QUALQUER INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE NA VEDAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 17, V, DA LEI COMPLEMENTAR Nº*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*123/2006, UMA VEZ QUE TRATANDO-SE DE TRIBUTAÇÃO SIMPLIFICADA E OPCIONAL, AFIGURA-SE ADEQUADA, E NÃO ABUSIVA, A EXIGÊNCIA DA QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS EM DETRIMENTO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS A SEREM RECEBIDOS. NO MESMO SENTIDO, NÃO SE PODE ADMITIR O ARGUMENTO DA IMPETRANTE DE QUE A EXIGÊNCIA DA REGULARIDADE FISCAL CONFIGURA-SE NUMA FORMA DE CONSTRANGÊ-LA AO PAGAMENTO DOS EXECUTIVOS FISCAIS MOVIDOS PELA FAZENDA ESTADUAL. TENDO SIDO VISLUMBRADO NO TERMO DE INDEFERIMENTO DA OPÇÃO AO SIMPLES NACIONAL, À FL. 35, A EXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS SEM EXIGIBILIDADE SUSPensa, JUNTO A SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA, RESTA PERFEITAMENTE APLICÁVEL, À HIPÓTESE DOS AUTOS, A VEDAÇÃO A EMPRESA IMPETRANTE DE INGRESSAR NO REGIME DIFERENCIADO. NEGADO PROVIMENTO"*

Noticiam os autos que MAI BELLA CONFECÇÕES LTDA impetrou mandado de segurança contra ato que reputa arbitrário e nulo, emanado pelo Secretario da Fazenda do Estado da Bahia, ora apontado como Autoridade Coatora. Afirmar ser pessoa jurídica atuante no ramo de confecções e artigos de vestuário, ostentando a condição econômico/contábil de empresa de pequeno porte, por possuir faturamento anual abaixo do numerário de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), conforme previsto na Lei Complementar nº 123/2006.

Aduz que no dia 28/01/2008, solicitou a sua opção de ingresso no Simples Nacional, tendo o seu pleito administrativo, no entanto, sido indeferido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em virtude de possuir a junto a esta débitos tributários sem exigibilidade suspensa.

Assevera que a justificativa apresentada pelo Impetrado contraria os ditames da Constituição e a legislação tributária, uma vez que a Carta Magna prevê o tratamento favorecido a ser destinado as micro e pequenas empresas, encontrando-se a Lei Complementar 123/2006, em completa dissonância com o plexo normativo constitucional, ao exigir no seu artigo 17, V, o condicionamento a inclusão no Simples Nacional a inexistência de debito perante as esferas federativas competentes para o recolhimento dos tributos sujeitos ao regime de arrecadação deste ou a suspensão da exigibilidade do credito tributário.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embasa seus fundamentos nos artigos 1º, IV, 3º, II, IV e 146, III, d, da Constituição da República, bem como, na Lei Complementar 123/2006, a qual argumenta encontrar-se em confronto com a sistemática tragada pela Carta Magna, uma vez que desconsidera o tratamento favorecido as empresas de micro e pequeno porte, imputando um ônus ao contribuinte para fruição de um benefício constitucionalmente incondicionado.

Ao prestar as informações, a Autoridade Coatora alegou a existência de equívoco na sua indicação, apontando como parte legítima para figurar como autoridade coatora da ação mandamental o Auditor Fiscal do Estado. O Estado da Bahia, intervindo no feito, arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, e, no mérito, sustentou a legalidade do ato impugnado, em razão da inexistência de qualquer previsão constitucional que ampare a pretensão da Impetrante.

O Eg. Tribunal de Justiça da Bahia denegou a segurança (fls.165/178), nos termos do acórdão acima transcrito.

O recorrente, em suas razões recursais (fls.182/197), sustenta violação aos artigos 1º, IV, 3º, II, 157, V, 146, III, d, e 170, todos da Constituição da República, pugnando pela reforma do acórdão hostilizado, aduzindo que: (a) o art. 17 da LC 123/2006 é inconstitucional, porquanto a Constituição da República não condiciona a adesão ao Simples Nacional à regularidade fiscal da pessoa jurídica; (b) ofertados bens a penhora nos Executivos Fiscais movidos pela Fazenda Publica do Estado da Bahia, foram estes rejeitados sem qualquer motivo, gerando como consequência o seu desenquadramento no Simples Nacional. Afirma que a rejeição operada na indicação dos bens foi manejada com fito a constranger a Impetrante a indicar exclusivamente dinheiro como bem para garantia das execuções fiscais movidas pela Fazenda Pública, o que viola o princípio da menor onerosidade, sendo a sua pena a não inclusão no aludido programa.

Nas contrarrazões de fls. 207/212, o Estado da Bahia afirma que "*o impetrante não traz a verdade dos fatos, omitindo que possui débitos tributários com EStado da ordem de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), distribuídos em mais de 30 (trinta) processos administrativos fiscais...*", defendendo a legalidade e constitucionalidade do dispositivo ora impugnado.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O Ministério Público Federal, em parecer às fls. 238/241, opina pelo desprovimento do presente recurso.

É o Relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.777 - BA (2009/0209190-8)

### EMENTA

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INGRESSO NO SIMPLES NACIONAL. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL. ART. 17, V, DA LC 123/2006. CONSTITUCIONALIDADE.**

1. A intervenção do Estado no domínio econômico resulta de poder conferido pela Carta Constitucional que autoriza o poder público a intervir como agente que o regula e o normatiza, a fim de fiscalizar e incentivar as atividades do setor privado.

2. As microempresas e as empresas de pequeno porte à luz do artigo 146, inciso III, letra "d", e do art. 179, da Lei Maior, ostentam tratamento jurídico diferenciado voltado à simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

3. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, estabelece tratamento tributário diferenciado e favorecido a empresas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação dos tributos.

4. O artigo 17, inciso V, do referido diploma legal, exige a regularidade fiscal da pessoa jurídica para os fins de aplicação do regime tributário *sub judice*, nos seguintes termos, *in verbis*:

*Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:*

*(...)*

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

5. A inscrição no Simples Nacional submete-se à aferição quanto à inexistência de débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, nos termos no inciso V, do art. 17, da LC 123/2006, sem que, para tanto, esteja configurada qualquer ofensa aos princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência. Precedentes do STJ: **RMS 27376/SE**, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 15/06/2009; **REsp 1115142/RS**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 19/08/2009.

6. É que o tratamento tributário diferenciado e privilegiado para as micro e pequenas empresas não as exonera do dever de cumprir as suas obrigações tributárias. A exigência de regularidade fiscal do interessado em optar pelo regime especial não encerra ato discriminatório, porquanto é imposto a todos os contribuintes, não somente às micro e pequenas empresas. Ademais, ao estabelecer tratamento diferenciado entre as



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empresas que possuem débitos fiscais e as que não possuem, vedando a inclusão das primeiras no sistema, o legislador não atenta contra o princípio da isonomia, porquanto concede tratamento diverso para situações desiguais.

**7.** O Simples Nacional é um benefício que está em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição da República, e com o princípio da capacidade contributiva, porquanto favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

**8.** A adesão ao Simples Nacional é uma faculdade do contribuinte, que pode anuir ou não às condições estabelecidas, razão pela qual não há falar-se em coação.

**9.** *In casu*, a impetrante não preencheu o requisito relativo à regularidade fiscal, impossibilitando a concessão do benefício tributário.

**10.** Recurso ordinário desprovido.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** A impetrante insurge-se contra a exigência contida no art. 17, V, da Lei Complementar nº 123/2006, para o enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional -, que estabelece tratamento tributário diferenciado e favorecido a essas empresas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação dos tributos previstos nos incisos do *caput* do art. 13 da referida lei. O dispositivo impugnado dispõe o seguinte:

**Art. 17.** *Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:*

*(...)*

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

O texto constitucional autoriza o Estado a intervir no domínio econômico como agente que o regula e o normatiza, a fim de fiscalizar e incentivar as atividades do setor privado. As microempresas e as empresas de pequeno porte à luz do artigo 146, inciso III, letra "d", e do art. 179, da Lei Maior, ostentam tratamento jurídico diferenciado voltado à simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Eis o teor dos dispositivos:

**"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."**

**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,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei*

Com efeito, a inscrição no Simples Nacional submete-se, evidentemente, à aferição quanto à inexistência de débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, nos termos no inciso V, do art. 17, da LC 123/2006, sem que, para tanto, esteja configurada qualquer ofensa aos princípios da isonomia, da livre iniciativa e da livre concorrência.

Isto porque o tratamento tributário diferenciado e privilegiado para as micro e pequenas empresas não as exonera do dever de cumprir as suas obrigações tributárias. A exigência de regularidade fiscal do interessado em optar pelo regime especial não encerra ato discriminatório; aliás, isso é imposto a todos os contribuintes, não somente às micro e pequenas empresas.

Deveras, o Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei 9.317/96, posteriormente revogada pela LC nº 123, de 2006, que estabeleceu novas regras, é um benefício que está em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição Federal, e com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, porquanto favorece as microempresas e empresas de pequeno porte, de menor capacidade financeira e que não possuem os benefícios da produção em escala.

Ao estabelecer tratamento diferenciado entre as empresas que possuem débitos fiscais e as que não possuem, vedando a inclusão das primeiras no sistema, o legislador não atenta contra o princípio da isonomia, porquanto concede tratamento diverso para situações desiguais.

Não há, portanto, nessa escolha legislativa, qualquer afronta aos arts. 170, IV, e 173, § 4.º, da CF. Há uma grande distância entre fixar limites e critérios e coagir; a Lei Complementar n.º 123/2006, em consonância com a Constituição, apenas resguarda os interesses da Fazenda Pública federal, estadual e municipal.

Ressalta-se, ainda, que o Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES constitui um benefício, cujas regras e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições são estabelecidas na lei. Trata-se de uma faculdade do contribuinte, que pode aceitar ou não as condições estabelecidas e optar pelo sistema tributário, razão pela qual não há falar em coação para que haja o pagamento dos tributos.

O tema não é novo na Corte, cabendo mencionar o precedente no RMS nº 27.376

- SE, DJe 15.06.2009, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, assim ementado, *in verbis*:

*TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIMPLES NACIONAL. REQUISITOS. ART. 17, V, DA LC Nº 123/2006: INEXISTÊNCIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO CUJA EXIGIBILIDADE NÃO ESTEJA SUSPensa. CONSTITUCIONALIDADE.*

1. "É certo que esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, tem entendido que, em virtude de inadimplência, é ilegítimo impor limitações à atividade comercial do contribuinte, porquanto constitui meio de coação ilícito a pagamento de tributo. No entanto, não há confundir a imposição de restrição ao exercício da atividade empresarial com a exigência de requisitos para fins de concessão de benefício. Nesse contexto, se o contribuinte não preenche os requisitos previstos na norma, mostra-se legítimo o ato do Fisco que impede a fruição do benefício referente ao regime especial de tributação. Na hipótese, a impetrante (ora recorrente) não preencheu o requisito relativo à quitação fiscal, razão pela qual é inviável a concessão do benefício. Não incide, no caso, o disposto nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio de coação ilícito a pagamento de tributo" (RMS 25.364/SE, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 30/04/2008).

2. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 27376/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 15/06/2009)

Das razões do voto condutor, extrai-se:

"3. *Apreciando caso análogo (RMS 25.364/SE, Min. Denise Arruda, DJe de 30/04/2008), a 1ª Turma pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:*

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO EM FACE DE ATO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CREDENCIAMENTO NO REGIME ESPECIAL PREVISTO NO DECRETO 22.958/2004, DO ESTADO DE SERGIPE. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA NORMA. NÃO-OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE, TAMPOUCO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. É certo que esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, tem entendido que, em virtude de inadimplência, é ilegítimo impor limitações à atividade comercial do contribuinte, porquanto constitui meio de coação ilícito a pagamento de tributo. No entanto, não há confundir a imposição de restrição ao exercício da atividade empresarial com a exigência de requisitos para fins de concessão de benefício. Nesse contexto, se o contribuinte não preenche os requisitos previstos na norma, mostra-se legítimo o ato do Fisco que impede a fruição do benefício referente ao regime especial de tributação. Na hipótese, a impetrante (ora recorrente) não preencheu o requisito relativo à quitação fiscal, razão pela qual é inviável a concessão do benefício. Não incide, no caso, o disposto nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio de coação ilícito a pagamento de tributo.

2. Por outro lado, conforme entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência, o princípio previsto no art. 150, II, da CF/88, não impõe a adoção de tratamento igualitário em todas as situações, mas veda o "tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente". Extrai-se, a contrario sensu, que a eficácia desse princípio implica o tratamento diferenciado em relação aos contribuintes que se encontrem em situação diversa. Nesse contexto, não se mostra desarrazoada a opção do legislador estadual, porquanto a vedação ao benefício em comento atinge todos os contribuintes que não preencherem os requisitos previstos na norma, o que demonstra o caráter abstrato da restrição. Assim, não há falar em violação do princípio da isonomia tributária.

3. Recurso ordinário desprovido.

No voto-condutor do aresto, a relatora manifestou-se da seguinte maneira:

*O recurso não merece prosperar.*

*O presente mandamus foi impetrado em face de ato da autoridade fazendária estadual que indeferiu o pedido de credenciamento no regime especial previsto no Decreto Estadual 22.958/2004, tendo em vista que a requerente (ora recorrente) possui em seu desfavor débitos com o Fisco Estadual. O regime em comento constitui um benefício às empresas que se dedicam ao comércio atacadista (art. 1º do Decreto Estadual 22.958/2004).*

*Contudo, por força do art. 4º, I, do decreto referido, é vedada a concessão do benefício ao contribuinte "que estiver inapto perante o CACESE". No caso dos autos, a inaptidão decorre da existência de débitos em desfavor da impetrante (ora recorrente).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Cumpra verificar se o ato atacado constitui meio de coação ilícito a pagamento de tributo ou se enseja contrariedade ao princípio da isonomia tributária, como sustenta a recorrente. É certo que esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, tem entendido que, em virtude de inadimplência, é ilegítimo impor limitações à atividade comercial do contribuinte, porquanto constitui meio de coação ilícito a pagamento de tributo.*

*No entanto, não há confundir a imposição de restrição ao exercício da atividade empresarial com a exigência de requisitos para fins de concessão de benefício.*

*Nesse contexto, se o contribuinte não preenche os requisitos previstos na norma, mostra-se legítimo o ato do Fisco que impede a fruição do benefício referente ao regime especial de tributação. Na hipótese, a impetrante (ora recorrente) não preencheu o requisito relativo à quitação fiscal, razão pela qual é inviável a concessão do benefício. Não incide, no caso, o disposto nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio de coação ilícito a pagamento de tributo.*

*Tal linha de entendimento está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere do seguinte excerto extraído do voto condutor proferido no AgRg no RE 474.241/MG (1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 8.9.2006):*

*"Certo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal impede a Fazenda Pública de utilizar formas ofensivas à garantia constitucional da liberdade de trabalho (art. 5º, XIII, da Constituição) como forma oblíqua de cobrança do tributo (Súmulas 70, 323 e 547).*

*Não é o que ocorre no caso; a agravante foi impedida de recolher o ICMS sob regime mais benéfico em razão do descumprimento de obrigações acessórias exigidas por lei.*

*Desse modo, não há violação ao princípio da isonomia, uma vez que: todos os contribuintes que descumprissem as exigências da lei perderiam o benefício."*

*Quanto à segunda questão aduzida no recurso, o Tribunal a quo consignou expressamente que "o princípio da igualdade há de ser compreendido levando-se em conta as peculiaridades de cada caso e em cotejo com a presença do elemento discriminador", pois "não há como conferir paridade a contribuintes que se encontram em situação diversa e nada obsta que o Estado conceda tratamento privilegiado a empresas que honrem seus débitos tributários em desfavor de outras, sabidamente inadimplentes" (fl. 72).*

*Nesse contexto, não se mostra desarrazoada a opção do legislador estadual, porquanto a vedação ao benefício em*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*comento atinge todos os contribuintes que não preencherem os requisitos previstos na norma, o que demonstra o caráter abstrato da restrição. Assim, não há falar em violação do princípio da isonomia tributária".*

No mesmo sentido, destacamos o seguinte precedente do Min. Benedito Gonçalves:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. LC 123/2006. AÇÃO EM QUE SE BUSCA ADESÃO AO SISTEMA SEM RECOLHIMENTO DA PARCELA RELATIVA AO ISS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. NECESSIDADE.*

- 1. Recurso especial em que se discute a necessidade de o município ingressar na lide na condição de litisconsorte passivo necessário.*
- 2. Hipótese em que a contribuinte ajuizou ação ordinária apenas contra a União com o objetivo de aderir à sistemática do Simples Nacional (LC 123/06), sem, contudo, recolher a parcela relativa ao ISS, postulando, nesse particular, pelo reconhecimento de inexistência de relação jurídica que lhe obrigue o adimplemento dessa exação municipal.*
- 3. Constatado que a Corte regional empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.*
- 4. A inclusão do contribuinte na sistemática do Simples Nacional exige o preenchimento de determinadas condições, entre elas, a comprovação de regularidade fiscal perante o INSS, os Estados e os Municípios (art. 17, V, da LC 123/06), requisito esse que poderá ser alcançado mediante o parcelamento facultado no moldes do art. 79 da LC 123/06. Nesse momento, eventual discussão sobre a inexigibilidade de determinado tributo que venha a obstar a certidão de regularidade fiscal deverá ser dirimida entre o contribuinte o ente tributante correspondente.*
- 5. Depois de o contribuinte já ostentar a condição de participante do Simples Nacional, caberá à União promover a representação judicial nas ações em que se discutem os impostos e as contribuições abrangidos por essa sistemática de recolhimento (art. 41, caput), podendo a Fazenda Nacional receber auxílio dos estados e dos municípios nos casos em que a demanda versar sobre seus respectivos tributos (art. 41, § 1º).*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. No caso concreto, a pretensão da contribuinte encerra, em verdade, acúmulo de duas ações distintas, uma relativa a inexistência de relação jurídica-tributária que justifique a tributação do ISS sobre atividade de franquias (pedido declaratório) e a outra referente à inclusão na sistemática, sem a incidência do citado tributo municipal (pedido condenatório), sendo que o primeiro, como visto, é condição para satisfação do segundo. Está, portanto, evidenciada a necessidade de a municipalidade ingressar no polo passivo da demanda a fim de que ela, querendo, possa promover a defesa acerca da exigibilidade do ISS em face de contribuinte que ainda não aderiu ao Simples Nacional.

7. Ademais, ainda que a contribuinte, hipoteticamente, já estivesse incluída no Simples Nacional, o art. 41, § 5º, inciso II, da LC 123/2006, preconiza que, quando a ação versar exclusivamente sobre tributo de competência dos estados ou dos municípios, caberá a esses entes promover a representação judicial.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1115142/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 19/08/2009)

Legítima, portanto, a inadmissão da pessoa jurídica no regime do Simples Nacional, com fulcro no art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº123/06, enquanto norma regulamentadora de benefício fiscal pode estabelecer condições e requisitos para a sua concessão, desde que sustentados em critérios razoáveis, que atendam ao interesse público.

*Ex positis*, NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0209190-8

**RMS 30.777 / BA**

Número Origem: 5901752008

PAUTA: 16/11/2010

JULGADO: 16/11/2010

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MAI BELLA CONFECÇÕES LTDA  
ADVOGADO : TAÍS SOUZA DE CERQUEIRA  
RECORRIDO : ESTADO DA BAHIA  
PROCURADORES : BRUNO ESPINEIRA LEMOS  
JAMIL CABUS NETO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Regimes Especiais de Tributação - SIMPLES

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de novembro de 2010

**BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**  
Secretária