UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ANA LAURA JAVARONI PATTON

A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional: uma abordagem
da pequena empresa à luz da teoria crítica

Ribeirão Preto

2017

ANA LAURA JAVARONI PATTON

A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica

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. Versão corrigida (versão original disponível na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo).

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

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

Ribeirão Preto

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

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

Patton, Ana Laura Javaroni

P322e

A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica / Ana Laura Javaroni Patton; orientador Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. – versão corrigida -- Ribeirão Preto, 2017.

193 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

1. STARTUPS. 2. PEQUENA EMPRESA. 3. TRATAMENTO FAVORECIDO. 4. SOCIEDADE ANÔNIMA. 5. TEORIA CRÍTICA.

I. Mendes, Guilherme Adolfo dos Santos, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: PATTON, Ana Laura Javaroni

Título: A exclusão da *startup* com formato societário anônimo do Simples Nacional: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica

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 - 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

Esta dissertação não seria viabilizada sem a participação de algumas pessoas e instituições, a quem eu gostaria de expressar meus agradecimentos nesta oportunidade:

À minha mãe, Zilda, pelo incentivo, carinho e orientação.

Ao meu orientador, professor Guilherme, por sua solicitude, pelas orientações e sugestões, que foram fundamentais.

À minha amiga, Danielle Zoega Rosim, minha primeira leitora, que de muitas formas construiu, comigo, esta pesquisa.

A todos os funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo pela receptividade e auxílio.

À CAPES que possibilitou a minha dedicação a esta pesquisa.

A despeito de todos estes apoios e contribuições, não me eximo da responsabilidade pelo conteúdo apresentado.

RESUMO

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. 2017. 193 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

Sem trazer qualquer exceção explícita, a Constituição Federal estabelece o tratamento jurídico favorecido para as empresas de menor porte. Entretanto, o atual regramento diferenciado, intitulado Simples Nacional, constante na Lei Complementar nº 123/06, determina que dele não podem se beneficiar as empresas diminutas estruturadas na forma de sociedades por ações. Essa discriminação por modelo societário dificulta ou, até mesmo, inviabiliza a sobrevivência das *startups*, que necessitam da roupagem anônima fechada para acessar os recursos do capital de risco. Disto, o trabalho busca verificar a coerência das razões legislativas e doutrinárias conferidas à vedação de pequenas empresas em adotarem o regime tributário benéfico em virtude de sua organização societária. Para realizar essa tarefa, nós fazemos uma breve incursão histórica atinente às sucessivas leis brasileiras que introduziram diplomas incentivados em prol das organizações de menor envergadura, tendo como foco as normas discriminatórias por tipo societário. O exame da racionalidade discursiva dominante foi facilitado pelo uso do ferramental teórico crítico, especialmente a categoria da legalidade discriminatória. Em conclusão, defendemos que o intento oculto por detrás da norma que proíbe as pequenas sociedades anônimas de optarem pelo Simples Nacional foi o de conferir aparência legal a ações arbitrárias que intencionam tornar árduo, senão impossível, o acesso de pequenas empresas inovadoras a fontes externas de financiamento.

Palavras-chave: *Startups*. Pequena empresa. Tratamento favorecido. Sociedade anônima. Teoria crítica.

ABSTRACT

PATTON, Ana Laura Javaroni. **The exclusion of the *startup* with a corporate format from the simplified taxation system (Simples Nacional): a small enterprise approach in light of the critical theory.** 2017. 193 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

Without bringing up any explicit exception, the Federal Constitution establishes the favored legal treatment for smaller companies. However, the current differentiated regulation, called Simplified Taxation System (Simples Nacional), contained in the Complementary Law no. 123/06 determines that small corporations structured in the form of joint-stock companies cannot benefit from it. Such discrimination by corporate model makes it difficult or even impossible for *startups*, which need the closed anonymous aspect to access *venture capital* resources, to survive. From this, the work seeks to verify the coherence of the legislative and doctrinal reasons given to the prohibition of small companies to adopt the beneficial tax regime by virtue of their corporate organization. To accomplish this task, we make a brief historical incursion into the successive Brazilian laws that introduced incentive degrees for smaller organizations, focusing on discriminatory standards by type of company. The examination of the dominant discursive rationality was facilitated by the use of critical theoretical tools, especially the category of the discriminatory legality. In conclusion, we argue that the hidden attempt behind the rule prohibiting small corporations from opting for the Simplified Taxation System (Simples Nacional) was to give a legal appearance to arbitrary actions that intend to make it difficult, if not impossible, for small innovative companies to have access to external sources of financing.

Keywords: *Startups*. Small company. Favored treatment. Corporation. *Venture capital*. Critical theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 O DIREITO TRIBUTÁRIO SOB UMA LENTE CRÍTICA	22
2.1 O terreno como ele é: as pedras deixadas pelo formalismo reducionista do direito tributário atual	24
2.2 Para além dos horizontes da norma tributária: novos enfoques críticos ao direito tributário	33
2.2.1 <i>Ideias centrais da teoria crítica</i>	<i>34</i>
2.2.2 <i>Teoria crítica e empresas de pequeno porte: um diálogo necessário</i>	<i>40</i>
2.3 Estado de direito e legalidade discriminatória: mapeando espaços arbitrários no Simples Nacional	47
3 O FINANCIAMENTO DA INOVAÇÃO E O CONTEXTO DA ECONOMIA BASEADA NO CONHECIMENTO	54
3.1 A economia baseada no conhecimento	55
3.1.1 <i>Modificação da organização corporativa no novo paradigma produtivo</i>	<i>61</i>
3.1.1.1 <i>As pequenas empresas emergentes (startups)</i>	<i>65</i>
3.2 Dificuldades no financiamento à inovação	70
3.3 A resposta do direito para o financiamento da inovação	77
3.3.1 <i>Capital de risco: financiamento da inovação mediante participação societária</i>	<i>78</i>
3.3.2 <i>Formas organizacionais e a alavancagem financeira das startups</i>	<i>86</i>
3.3.2.1 <i>A sociedade anônima fechada como instrumento preferencial de capitalização do empreendimento</i>	<i>89</i>
4 MPE E O ESPECIAL TRATAMENTO TRIBUTÁRIO	98
4.1 Mpe e o especial tratamento tributário: aproximações iniciais	99
4.2 O sítio do tratamento tributário benéfico no ordenamento jurídico nacional	106
4.2.1 <i>O tratamento diferenciado no altiplano constitucional: objetivo da ordem econômica</i>	<i>106</i>
4.2.2 <i>O tratamento diferenciado na planície infraconstitucional: o Simples Nacional ..</i>	<i>117</i>
5 REVISITANDO O SIMPLES NACIONAL A PARTIR DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA	122
5.1 Breve histórico das exclusões por tipo societário nos diplomas legais voltados aos pequenos empreendimentos	125
5.2 As (in)coerências do discurso legal dominante	134
5.3 A perversão social do direito: a legalidade discriminatória da vedação em função do modelo societário	143
6 CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS	164

1 INTRODUÇÃO

Um dos traços de nossa sociedade contemporânea é a crescente intensidade dos conhecimentos desenvolvidos e incorporados nos processos produtivos de bens e serviços comercializados. Dessa forma é que se observa a geração e difusão de inovações de todos os tipos, em ritmo acelerado, por todas as atividades econômicas¹.

A esse novo padrão de acumulação dá-se o nome de economia do conhecimento. E, dentre as transformações causadas por esse novo paradigma produtivo, temos particular interesse na abertura de oportunidades geradas para o nascimento e a sobrevivência de empreendimentos diminutos, que passam a ser associados à modernização produtiva e à geração de inovação e novos formatos organizacionais².

Nada obstante, aqui, é necessário realizar uma advertência ao leitor. Se é verdade que, nesse processo de reestruturação produtiva, os empreendimentos de menor envergadura conseguem ter uma ampliação maior no seu papel econômico e social, de outro, faz-se mister destacar que essa abertura é bem delineada e com um objetivo bem específico: as micro e pequenas empresas (MPE) servem para absorver grande parte do risco extremamente elevado de fracasso que envolve a inovação, cujo potencial de mercado é desconhecido.

O que se percebe, portanto, é que as grandes corporações, por motivos de segurança, deixam espaços abertos à atuação das menores unidades produtivas, para que elas explorem nichos ainda não descobertos, desenvolvendo novos mercados³. Assim, caso a inovação dê resultado e o mercado comece a oscilar em prol da pequena, a empresa de grande porte entra no mercado, seja diretamente ou por aquisição, através de seus diversos atributos, tais como: recursos superiores de capital, organização administrativa, marketing, escala de produção e equipes de P&D (pesquisa e desenvolvimento)⁴. Disso, vê-se que é possível a permanência e

¹ LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos. Economia da informação, do conhecimento e do aprendizado. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 27-57. p. 27.

² LASTRES, Helena M. M.; ARROIO, Ana; LEMOS, Cristina. Políticas de apoio a pequenas empresas: do leito de Procusto à promoção de sistemas produtivos locais. In: LASTRES, H.M.M; CASSIOLATO, J.E.; MACIEL, M.L. (Orgs.). **Pequena empresa: cooperação e desenvolvimento local**. Rio de Janeiro: Relume Dumará Editora, 2003, p. 1-11. p. 02.

³ VERSIANI, Ângela França; GUIMARÃES, Liliane de Oliveira. A criação de empresas de base tecnológica: a influência das incubadoras na constituição dos novos negócios. In: ENCONTRO DE ESTUDOS SOBRE EMPREENDEDORISMO E GESTÃO DE PEQUENAS EMPRESAS, 3, 2003, Brasília. **Anais...** Brasília: UEM/Uel/UnB, 2003, p. 142-160. p. 146.

⁴ SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa: a pequena empresa nos estados unidos e no mundo**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986. p. 151.

o crescimento das firmas menores, desde que elas se situem em áreas não abrangidas pelo interesse do grande capital ou atuem de forma complementar e/ou em esquemas de parcerias⁵.

Pois é justamente ponderando esses aspectos sobre a economia do conhecimento, que intersecciona os termos inovação, pequena empresa e crescimento econômico, que exsurge, com destaque, a protagonista de nosso estudo: as *startups*, porquanto são organizações cujo fim único é deflagrar o processo inovador.

O foco nesse agente econômico justifica-se pela sua capacidade de agir como um verdadeiro catalisador para acelerar o metabolismo socioeconômico de um país, já que, além de gerar produtos inovadores e com maior quantidade de conhecimento aplicado (ao invés de produtos e serviços comoditizados), esta empresa nascente tem, também, um importante papel na capacidade de empregar mão de obra altamente especializada, de fortalecer a competitividade nacional e de elevar a arrecadação de impostos⁶.

Em suma, tudo isso aponta para a relevância da empresa emergente e inovadora como estratégia competitiva para o cenário brasileiro, e, com tal anotação, somos levados a sublinhar, ainda, a ampliação de possibilidades abertas a tais empresas pelo momento em que se encontra o país.

Consoante tipologia⁷ utilizada pelo *Global Entrepreneurship Monitor (GEM)*⁸, em seu Relatório Global (*Global Report*), as fases de desenvolvimento de um país podem ser fracionadas em três estágios diferentes, quais sejam: i) *factor-driven* (impulsionada por fatores): nesta fase, a economia é dominada pela agricultura de subsistência e negócios extrativistas, tendo, portanto, foco em dois fatores: recursos naturais e mão de obra com pouca qualificação; ii) *efficiency-driven* (impulsionada pela eficiência): aqui, a economia torna-se mais competitiva, ao passo que desenvolve processos produtivos mais eficientes e produtos de maior qualidade; iii) *innovation-driven* (impulsionada pela inovação): por fim, à medida que o desenvolvimento avança na fase de inovação, as empresas tornam-se mais intensivas em conhecimentos e dá-se a expansão do setor de serviços. Disto posto, ficamos em condições de

⁵ VERSIANI; GUIMARÃES, 2003, p. 146.

⁶ NAKAGAWA, Marcelo Hisroshi. **Empresa inovadora de base tecnológica**: um modelo de desenvolvimento para o contexto brasileiro. 2008. 214 f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 14.

⁷ Em verdade, essa divisão por nível econômico dos países feita pelo GEM é retirada e adaptada do Relatório de Competitividade Global (*Global Competitiveness Report*), pesquisa esta realizada pelo Fórum Econômico Mundial (*World Economic Forum*).

⁸ GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR (GEM). **Global Report**: 2016/17. [S.l]: Global Entrepreneurship Research Association, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/gem-2016-2017-global-report-web-version-updated-210417-1492789938.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 13.

salientar, como bem situa o GEM, a trajetória de mudança do Brasil, que está numa fase de transição da categoria *efficiency-driven* para o grupo de inovação.

De modo semelhante, é isto que se retira da afirmação de Glauco Arbix⁹, para quem estamos vivendo um fenômeno denominado *novo empreendedorismo*. Segundo o autor, está em curso uma profunda e ampla transformação das empresas brasileiras, já que um grupo de firmas tem se orientado pelas práticas mais nobres da competição baseada no conhecimento: inovação e diferenciação de produtos. Mais concretamente, num universo de 72 mil empresas (com mais de dez empregados) no país, há um conjunto restrito, composto por 1.199 empresas, que figuram como um catalisador-chave de profundas alterações no sistema social e produtivo brasileiro. Para tanto, basta observar que, embora ocupem apenas 1,7% da indústria, são responsáveis por 25,9% do faturamento industrial e ainda representam a maior remuneração média mensal do pessoal ocupado, no entorno de R\$ 1.254,64. Além do que, tais firmas inovadoras apresentam um prêmio salarial maior quando comparadas às demais empresas, de modo que elas tendem a remunerar melhor a mão de obra ocupada.

Por derradeiro, enfatizamos, ainda, um estudo encabeçado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰ sobre as *startups* na América Latina. Neste documento, dá-se uma grande ênfase ao papel destas empresas para ajudar a diversificar e transformar a economia da região, de forma a encorajar o desenvolvimento de um ambiente negocial dinâmico. A questão que se coloca é que as *startups* não estão mais associadas, restritamente, ao Vale do Silício, eis que muitos países estão desenvolvendo uma cultura empreendedora crescente, neles se incluindo as nações latino-americanas.

Obviamente, como relata o próprio estudo da OCDE¹¹, estas empresas inovadoras não figuram uma solução final para o desenvolvimento dos países, mas elas são capazes de gerar novos produtos e serviços centrados em descobertas científicas ou em novas aplicações do conhecimento existente e, como consequência, têm o potencial de abrirem novos mercados e modelos de negócios, além de oferecerem soluções criativas para problemas emergentes. É justamente por tal razão que vários países, inclusive o Brasil, estão introduzindo mecanismos de suporte para a criação desse tipo de organização.

⁹ ARBIX, Glauco. **Inovar ou inovar: a indústria brasileira entre o passado e o futuro**. São Paulo: Papagaio, 2007. p. 105-142.

¹⁰ OCDE. **Start-up Latin America 2016: Building an Innovative Future**. [S.l.]: OECD Publishing, 2016. Elaborada por Development Centre Studies. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/development/start-up-latin-america-2016_9789264265660-en#.WUR-wWgrLIX#page4>. Acesso em: 16 jun. 2017. p. 43-31.

¹¹ Ibid., p. 43-31.

É sob tal diapasão que tem se observado uma profusão de *startups* no território brasileiro, sendo mais de dez mil empresas, que movimentaram, em 2012, quase dois bilhões de reais¹². Em dados mais recentes, o número de organizações em estágio inicial alcançou o patamar de 4.151 ao final de dezembro de 2015, implicando num crescimento de 18,5% em apenas seis meses¹³. Inclusive, a Associação Brasileira de *Startups* (AB*Startups*) traz a projeção de que o empreendedorismo nesse seguimento pode representar 5% do PIB do país até 2035¹⁴.

No entanto, a despeito de sua importância econômica e social, cabe assinalar que os empreendedores, em sua grande parte, não detêm capital próprio para financiar as suas ideias inovadoras, pelo que necessitam recorrer a fontes externas de financiamento. Surge, com isso, uma das grandes dificuldades das *startups* para alçarem as necessárias condições de sobrevivência e estabilidade, vez que a captação de recursos pelas vias tradicionais mostra-se escassa e dificultosa para esse tipo de negócio envolto em incerteza e risco.

Vai daí que o financiamento deste segmento conta com um mecanismo financeiro próprio, adequado ao gerenciamento de aportes de alto risco e que se propõe a financiar a inovação: é o capital de risco, que opera no sentido de unir os interesses dos investidores com aqueles dos empreendedores que precisam se capitalizar. Todavia o investimento é realizado num formato diferente: o investidor adquire participação do capital social da *startup*, de maneira a contribuir financeira e administrativamente para a ascensão econômica e tecnológica da empresa, para, então, aferir o lucro almejado.

E, nos aproximando um pouco mais do nosso problema objeto de estudo, vê-se que os investidores enxergam na gestão societária anônima de capital fechado¹⁵ vantagens frente ao modelo mais popular em quase todos os mercados brasileiros (nele se incluindo as *startups*), que é o da sociedade limitada.

¹² MERCADO de startups cresce no Brasil e movimenta quase R\$ 2 bi. **Pequenas Empresas & Grandes Negócios**. [S.l.], jan. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2014/01/mercado-de-startups-cresce-no-brasil-e-movimenta-quase-r-2-bi.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹³ TOZETTO, Claudia. Número de startups brasileiras cresce 18,5% em seis meses. **Estadão**. São Paulo, 18 jan. 2016. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,numero-de-startups-brasileiras-cresce-185-em-seis-meses,10000028610>>. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁴ CIPRIANO, Leandro. Ambiente desfavorável trava potencial bilionário de startups no Brasil. **Agência Gestão CT&I**, São Paulo, 06 jul. 2016. Disponível em: <http://www.agenciacti.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9226:ambiente-desfavoravel-trava-potencial-bilionario-de-startups-no-brasil&catid=144:noticias>. Acesso em: 08 jul. 2016.

¹⁵ Importa esclarecermos que o presente trabalho leva em consideração especialmente a sociedade anônima de capital fechado, deixando de lado a de capital aberto, por entendermos que essa última modalidade societária não é recomendada para organizar os investimentos de capital de risco (vide tópico “Formas organizacionais e a alavancagem financeira das startups”). Dessa feita, sempre que nos referirmos à estrutura anônima, sem qualquer qualificativo (aberta ou fechada), estamos fazendo alusão à sociedade anônima de capital fechado.

É exatamente aí que se aloja a nossa situação-problema: a adoção da sociedade anônima pelo pequeno empreendedor, com vistas a acessar o capital de risco, implica em duas graves situações, sendo a segunda o que mais de perto nos interessa: i) este modelo societário é marcado por um alto custo de manutenção, rigidez, e burocracia; ii) e pior, as empresas constituídas sob a forma de sociedade por ações são proibidas de adotarem e, por conseguinte, gozarem das benesses concedidas pelo tratamento jurídico favorecido fornecido pelo Simples Nacional, nos termos do artigo 3º, § 4º, inciso X da Lei nº 123/06¹⁶.

Daí porque, impulsionados pela inquietação e inconformidade em relação à estrutura jurídica brasileira que acaba por sufocar as *startups*, o nosso principal objetivo é aventar um conjunto de possibilidades de mudança das normas jurídicas, com vistas a conferir ao direito uma inflexão emancipatória num sentido bem específico de emancipação contido no modelo teórico por nós adotado, qual seja, o de sempre buscar uma democratização radical da sociedade. Isso significa dizer que rechaçamos qualquer forma de naturalização e transcendência das normas jurídicas, as quais devem sempre responder e incluir novas demandas e anseios dos grupos sociais.

É justamente sob esse olhar crítico que assentamos a questão condutora deste trabalho, que pode ser assim colocada: quais as razões que poderiam ter levado o legislador a promover a atual exclusão por modelo societário contida no bojo da própria lei que deveria beneficiar os pequenos? Ou seja, qual a racionalidade jurídica em excluir as pequenas sociedades anônimas do tratamento tributário favorecido?

Para dar conta dessa tarefa, o roteiro de estudo foi dividido em quatro partes.

Na primeira, fizemos uma incursão epistemológica para expor o modelo de teoria crítica sobre o qual movimentamos o nosso raciocínio. Todavia, como passo preliminar, demonstramos a insuficiência do paradigma tributário dominante para os nossos objetivos, que têm como foco primordial analisar as relações de dominância entre o pequeno e o grande capital e o papel exercitado pelo Estado nesse ponto, especialmente por meio da sua função legiferante. Disso estabelecido, explicamos o ferramental teórico criado por José Rodrigo Rodriguez, com base na obra de Franz Neumann, dando especial enfoque à figura da legalidade discriminatória. O fio condutor deste capítulo é destacar que o Estado de Direito se

¹⁶ Lei Complementar nº 123/06: “Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: [...] § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: [...] X - constituída sob a forma de sociedade por ações”.

caracteriza, fundamentalmente, pela possibilidade de controlar o poder e é nesse aspecto que reside o seu potencial emancipatório, já que permite a participação dos grupos sociais no processo de formulação das normas jurídicas.

Por sua vez, no segundo bloco, como é necessário reconstruir os conflitos em concreto e descobrir quais são os interesses, anseios e soluções defendidos por um determinado grupo atingido pela regra discriminatória por tipo societário do Simples Nacional, nós localizamos as *startups* dentro do novo paradigma da economia do conhecimento, tendo como centro das nossas atenções as suas formas de inserção e sobrevivência no processo de acumulação do capital. Aqui, o nosso real intento é entrar em contato com a realidade subjacente à problemática estudada, razão pela qual discorreremos sobre os problemas enfrentados por tais empresas emergentes para angariarem recursos de terceiros e as tocantes resoluções dadas pelo direito na forma de ferramentas jurídicas que viabilizam o financiamento mediante participação societária (o capital de risco). Ainda, por derradeiro, abordamos como o regime societário da *startup* pode impactar a estruturação do capital e a escalada do negócio.

No que segue, o terceiro capítulo destaca o lugar ocupado pelo tratamento tributário favorecido à MPE em nosso ordenamento jurídico, começando com o seu ápice, a Constituição, momento que aproveitamos para desenvolver as razões e os fins teleológicos que levaram o legislador constituinte a elevar o regime incentivado em prol dos pequenos ao plano constitucional. Por derradeiro, descemos para a planície infraconstitucional do Simples Nacional, com vistas a averiguar os seus principais aspectos.

Por derradeiro, a quarta e última parte do trabalho é o espaço no qual descrevemos e cobramos racionalidade das instituições do Estado de Direito no que cerca à *startup*. Para tanto, nós resgatamos o histórico das exclusões informadas por critérios societários, para fins de desvendar os motivos legislativos e doutrinários conferidos aos diplomas legais que proibiram os pequenos empreendimentos de adotarem a sociedade anônima, caso quisessem usufruir do regimento fiscal mais favorável. O pano de fundo, portanto, é verificar se a norma discriminatória por tipo societário contida na Lei Complementar nº 123/06 constitui um espaço de legalidade discriminatória em favor do grande capital, com o intuito perverso de evitar que o Simples Nacional se transforme para abarcar desejos e interesses sociais das próprias pequenas empresas, sobretudo e em especial, daquelas inovadoras: as *startups*.

2 O DIREITO TRIBUTÁRIO SOB UMA LENTE CRÍTICA

Nesta parte inicial do trabalho importa enfatizar a vertente epistemológica que convocamos como mote de nossa investigação, por ser esse o primeiro embate que deve animar o pesquisador em direito¹⁷. Afinal, como aduz Michel Miaille, “[...] 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”¹⁸.

E, já que é nossa intenção percorrer o caminho deste estudo sob o pressuposto de que “[...] o direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro”¹⁹, tomaremos de empréstimo as ferramentas da teoria crítica²⁰, com vistas a construir uma nova perspectiva de análise das microestruturas empresariais em âmbito jurídico, no sentido de verificar quais as potencialidades e os obstáculos que se impõem às pequenas organizações.

O que nos move a interrogar criticamente as prescrições jurídicas tocantes às empresas de pequeno porte é o nosso inconformismo, desconforto e indignação frente à circunstância de que “[...] 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”²¹. Dominação legislativa essa percebida, em alguns casos, pelos pequenos empresários, mas, em tantos outros, não.

Daí porque – torna-se inevitável frisar – a relevância de adotarmos o pensamento crítico como fio condutor teórico de nossa investigação, já que ele suscita “[...] o que não é

¹⁷ 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: 22 mar. 2017. p. 277.

¹⁸ *Ibid.*, p. 277.

¹⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1983. p. 22.

²⁰ Primeiramente, importa mencionar, enquanto precisão conceitual, que as expressões *teoria crítica*, *crítica jurídica*, *matriz crítica* ou *pensamento crítico* são usadas indistamente ao longo deste trabalho, por entendermos que elas são aplicáveis, na mesma significação, como “[...] 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” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19-20). Fazemos essa observação pelo fato de que essa teoria é composta por diversas correntes ou tendências, com diferentes eixos metodológicos, o que leva alguns autores, como Luis Alberto Warat (WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983), a não aceitarem falar na especificidade de uma teoria crítica do direito, tratando muito mais de um discurso com movimento fragmentado.

²¹ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; PATTON, Ana Laura Javaroni. Pequenas empresas, ICMS e comércio eletrônico: a regulação inconstitucional do Confaz. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Brasília. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 101-121. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1vtu3xbu/7KXI8490w5Vl6sGk.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017. p. 102.

visível, para explicar o visível”²², de modo a “[...] instigar a mudança social, fornecendo um conhecimento das forças da desigualdade social que pode, por sua vez, orientar a ação política que visa a emancipação (ou, no mínimo, a diminuição da dominação e da desigualdade)”²³.

Dessa forma, um dos argumentos centrais que se pretende desenvolver neste capítulo é o de demonstrar que o “[...] direito, porque nasce na sociedade, do conflito social, deve ser concebido como uma *prática social*”²⁴. Tal forma de pensar implica numa postura sempre vigilante e desconfiada em relação às normas positivadas, afastando qualquer pensamento ou atitude que subtraia do direito as lutas sociais, que buscam se expressar no mundo jurídico, defendendo visões do que ele deva ser, de modo a sempre reivindicar a máxima emancipação possível nos meandros normativos.

A investigação aqui proposta, portanto, não segue o molde do paradigma tributário tradicional, que toma a norma jurídica como seu conceito-chave, fazendo-a assumir ares fortemente metafísicos ao basear-se no universal e eterno da estrutura proposicional sempre idêntica em qualquer espaço-tempo, cuja fórmula é traduzida pelo princípio da homogeneidade sintática²⁵. Razão pela qual, e dessa maneira, na postura tradicional “Não se sabe nada para além da norma posta. Fica inviabilizado o conhecimento daquilo que, de fora, condiciona o direito tributário e, tampouco, dos condicionamentos que o direito tributário devolve a seu entorno”²⁶.

Mas não nos adiantemos: esses pontos serão analisados mais a frente. No momento, o que importa constatar é a abertura de espaço para um pensamento jurídico crítico, que torna possível repensar a constituição paradoxal dos direitos conferidos às micro e pequena empresas em âmbito nacional, os quais, por um lado, são discursivamente apropriados para legitimar política e juridicamente os interesses dos grandes empreendimentos, mas, de outro, permanecem como direitos que possuem um potencial insurgente para as empresas de porte reduzido.

Por fim, cumpre avisar desde já que não pretendemos, de modo algum, esgotar nem mesmo fornecer uma visão de conjunto a mais ampla possível da teoria crítica. Ao revés, nosso propósito se resume a fixar as bases teóricas que serão essenciais ao longo do trabalho,

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

²³ RUSH, Fred. As bases conceituais da primeira teoria crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria crítica**. São Paulo: Idéias&letras, 2008, p. 31-66. p. 35.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 150.

²⁵ FOLLONI, André. Reflexões sobre complexity science no direito tributário. In: MACEI, Demetrius Nichele; SILVA, Francisco de Assis (Org.). **Direito Tributário e Filosofia**. Curitiba: Instituto Memória, 2014b, p. 24-37. Disponível em: <[http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1415900499_complexity science.pdf](http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1415900499_complexity%20science.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017. p. 24.

²⁶ Ibid., p. 25.

de modo a abrir caminho para que o leitor possa percorrer com consciência o itinerário do pensamento por nós traçado, bem como possa observar a consistência das conclusões alcançadas pelo estudo.

2.1 O terreno como ele é: as pedras deixadas pelo formalismo reducionista do direito tributário atual

Como apontamos linhas acima, o pensamento crítico é o nosso referencial teórico. Essa decisão foi fundamentada num argumento singelo, porém convincente: entendemos como insatisfatório o paradigma tributário atual²⁷. Inclusive, seguindo de perto esse descontentamento, surgem vozes que sujeitam esse modelo teórico a firmes oposições, ao admitirem a relevância dos efeitos e outras funções do fenômeno tributário²⁸.

A despeito disso, não é possível eludir ao menos um exame resumido da racionalidade que vigora na ciência do direito tributário, já que não nos parece razoável realizar a crítica de algo não visto previamente. Assim, devemos evidenciar o que tomamos como insuficiente no paradigma dominante.

²⁷ Arthur Maria Ferreira Neto identifica, em diferentes momentos históricos brasileiros, três paradigmas científicos que foram importantes e determinantes para o direito tributário nacional. O referido autor assim os denomina: i) modelo empírico econômico, o modelo normativo-comportamental e o modelo formalista-linguístico. O nosso foco recai justamente nesse último, enquanto quadro atual e dominante, todavia, a título de curiosidade, trazemos um resumo dos dois primeiros modelos: “O primeiro inspira-se na noção de que o direito tributário deve ser focado no exercício de poder de tributar, enquanto função de império estatal, o qual estaria limitado pela lei e deveria almejar a captação de riqueza econômica dos particulares, com o intuito, exclusivo ou prioritário, de atender às despesas públicas necessárias à manutenção do Estado. Já o segundo, centrado na visão fiscalista de ciência, típica da Modernidade, concentra-se na análise da estrutura da norma tributária, desprovida de qualquer conteúdo que pudesse ser qualificado como necessário, justo ou razoável, na medida em que tais considerações seriam estranhas ao direito tributário, pois meramente subjetivas ou emotivas, de modo que, para se garantir uma aplicação jurídica segura e objetiva, deveria o jurista apenas confiar na descrição dos parâmetros normativos que vieram a ser positivados, os quais deveriam incidir, infalível e mecanicamente, sobre todos os comportamentos desejados pelo legislador tributário” (FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Por uma ciência prática do direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 299). Por sua vez, o modelo formalista-linguístico é por nós trabalhado a seguir.

²⁸ A propósito, ver: ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 221-245; FOLLONI, André. **Clareiras e caminhos do direito tributário**: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges. 2011. 563 f. Tese (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_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)>. Acesso em: 02 abr. 2017; BORGES, José Souto Maior. Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: superação da dogmática. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 211, p. 106-121, abr. 2013. p. 106-121; VELLOSO, Andrei Pitten. A Ciência do Direito Tributário. **Carta Forense**. São Paulo, 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-ciencia-do-direito-tributario/12983>>. Acesso em: 08 mar. 2017. n.p.; FERREIRA NETO, op. cit., 2016; GRECO, Marco Aurélio. Crise Do Formalismo No Direito Tributário Brasileiro. **Revista da PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 9-18, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://gestao.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/greco.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

Avançando, então, em nossa incursão epistemológica, trazemos as palavras de André Folloni, que abre a sua tese de doutorado com uma proposição provocadora, mas relevante: “A ciência do direito tributário brasileira, em boa medida, é construída sobre bases irreais”²⁹. Em seguida, o autor enumera as particularidades que justificam essa afirmação, para quem o campo tributário: i) se isola em um discurso autorreferente, sem quaisquer preocupações de referibilidade empírica, tampouco pragmáticas; ii) costuma a se fechar em uma metafísica conceitual; iii) não se deixa falsear ao refugiar-se em abstrações insuscetíveis de crítica; iv) não enfrenta problemas jurídicos concretos, por abraçar o dogma de que a ciência não pode falar sobre aquilo que, concretamente, deve ser; v) e, por fim, possui um olhar redutor, eis que foca exclusivamente na norma jurídica – mas, em seu lugar, elege uma fórmula simbólica³⁰.

Na verdade, essa ordem de limitações e efeitos indesejados à análise do direito é reflexo dos pressupostos teóricos que formam o núcleo da paradigmática dominante no campo da ciência tributária brasileira, que iremos analisar em maiores detalhes adiante. Todavia, para já introduzir e familiarizar o leitor, são eles:

[...] tem-se, em primeiro lugar, que o objeto do cientista do direito é, exclusivamente, a norma jurídica e sua causalidade jurídica, a realidade como está dada na experiência do normativo; que é apenas sobre elas que os juristas se debruçam; que elas e somente elas constituem a realidade jurídica. É a decomposição da realidade complexa em seus fatores, a redução de complexidades como imperativo epistemológico. Além disso, que o produto da ciência do direito é um corpo de linguagem descritivo, formado por enunciados fatuais verificáveis. Aqui está a função de descrever em linguagem rigorosa. Em terceiro lugar, que se impõe ao cientista do direito apenas dizer como o direito é, e não como deve ou pode ser; apenas o direito real, não o virtual; apenas o ser, e não o devir³¹.

Em larga medida, o que se percebe é a prática de uma ciência do direito tributário fundamentada em bases epistemológicas bem delineadas, cujas raízes são desde o “[...] empirismo de Francis Bacon e o racionalismo de René Descartes; no dualismo entre o falar do ser e o falar do que deve ser – que [...] nasce com David Hume e Hans Kelsen; no positivismo lógico do Círculo de Viena; e na teoria de Lourival Vilanova”³².

Nessa linha de raciocínio, Arthur Maria Ferreira Neto rastreia as inspirações filosóficas que embasam a adoção desses pressupostos a partir do século XVII, momento em que

²⁹ FOLLONI, op. cit., 2011, p. 11.

³⁰ Ibid., p. 11.

³¹ Ibid., p. 83-84.

³² Ibid., p. 84.

[...] a história do pensamento jurídico passou a apresentar inúmeros projetos que assumiram a pretensão de dar um tratamento puramente teórico ao conhecimento jurídico. [...]

É precisamente a partir desse momento que a noção de um saber prático – *i.e.*, a área do conhecimento que tem o propósito de identificar os pressupostos e elementos constitutivos do agir humano – passa por um intenso processo de desprestígio e de desqualificação, de modo que passa a ilustrar uma possível área do conhecimento humano que não seria passível de ser conhecida cientificamente. Isso ocorreu porque, a partir da filosofia moderna e mais intensamente na filosofia contemporânea, passou-se gradualmente reduzir-se o escopo do tipo de conhecimento que poderia ser caracterizado como verdadeiramente científico, de modo a caracterizar como conhecimento apenas aquilo que pudesse ser compatibilizado com o modelo metódico típico das ciências naturais³³.

Não é por acaso, pois, que se assenta na esfera tributária essa concepção puramente teórica e naturalista de ciência e, por isso, “[...] o conhecimento científico passa a ser sinônimo de conhecimento empírico, verificável e demonstrável³⁴”, fundamentado “[...] na objetividade, na neutralidade, no rigor e, ao mesmo tempo, na análise, na lógico-matematização, na compartimentalização”³⁵.

O que daí se segue é o estreitamento do objeto de estudo tributário para algo sensível e experimentalmente verificável: assim entendido o conjunto de normas jurídicas do ordenamento jurídico posto, diretamente disciplinadoras da instituição, arrecadação, fiscalização e cobrança de tributos, “[...] sendo desprezados aqueles elementos que não forem verificáveis diretamente na regra jurídica ou analisáveis, com rigor, no plano abstrato e antecipado”³⁶.

Vê-se que esse olhar exclusivo para a norma positivada é um modo de recortar a realidade complexa, deixando-a mais simples, consistindo na aplicação do modelo científico típico da ciência moderna referente à redução da complexidade, para o qual “O mundo é complicado e a mente humana não o pode compreender completamente”³⁷ e, por isso, “[...] Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou”³⁸.

Assim, posto em outros termos, estabelecido o pensamento simplificador como pressuposto indispensável para estabelecer as bases de uma atividade verdadeiramente científica, a atitude epistemológica do teórico tributário consiste em realizar voluntária e

³³ FERREIRA NETO, op. cit., 2016, p. 33-34.

³⁴ Ibid., p. 08.

³⁵ FOLLONI, op. cit., 2011, p. 87.

³⁶ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 640.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, ago. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v2n2/v2n2a07.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017. p. 50.

³⁸ Ibid., p.50.

artificialmente o corte metodológico do campo de estudo, para fins de restringi-lo unicamente a questões referentes à estrutura interna da regra impositiva do tributo.

Aí reside um problema que salta aos olhos logo de início: esse reducionismo epistemológico implica em deixar de fora não só diversos aspectos considerados estranhos à compostura do raciocínio jurídico (como os fatores anteriores e posteriores ao processo de positivação, dentre os quais: os efeitos provocados por uma prática tributária, a coerência na motivação oficial invocada na criação de um novo sistema de tributação, os desvios de finalidade de determinados tributos, etc.³⁹), mas também outros influxos importantes (como o conhecimento das áreas política, econômica, sociológica, etc.).

Com o que vai desaguar em diversas consequências principais: por primeiro, mesmo dentro das normas postas, há o descarte de outras regras integrantes do sistema jurídico (*e.g.* aquelas referentes à administração e ao processo tributário); por segundo, o enfoque exagerado na norma tributária ignora não só o contexto social no qual ela está inserida, como também desconhece a seguinte via de mão dupla⁴⁰: ao mesmo tempo em que o sistema jurídico é influenciado pelo meio em que se insere, ele próprio também influencia o seu entorno, conforme bem explanam André Folloni e Camila Beatriz Simm:

As implicações sociais, econômicas e ambientais que as normas tributárias exercem no meio (*outputs*), as manifestações que o meio imprime ao direito tributário (*inputs*), bem como as significações que decorrem dessas interações não são captadas pelos estudos. Disso decorre que a doutrina concentrada na análise da norma posta deixa de lado a própria realidade empírica sobre a qual se deveria debruçar⁴¹.

Afora isso, outro desdobramento fundamental é a desconsideração de problemas que não se enquadram nessa moldura epistemológica pelo simples fato de não aludirem a infortúnios relacionados à estrutura interna da norma jurídica. Exemplo disso é o descarte do problema tocante à destinação do produto da arrecadação tributária pelos tributaristas, sob a justificativa de que se trataria de matéria jurídico-financeira ou, até mesmo, assunto

³⁹ FERREIRA NETO, op. cit., 2016, p. 229.

⁴⁰ Como bem salienta José Eduardo Faria: “[...] o direito não é uma instância autônoma e subsistente por si mesma, porém dependente de outras instâncias que o determinem e o condicionem, do mesmo modo como também acabam sendo por ele determinadas e condicionadas” (FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988. p. 18).

⁴¹ FOLLONI, André; SIMM, Camila Beatriz. Direito tributário, complexidade e análise econômica do direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 49-70, 28 jun. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19726/pdf#.WO6ZcdIrLNM>>. Acesso em: 01 mar. 2017. p. 55.

extrajurídico de ciência das finanças⁴². Ora, como alerta Humberto Ávila, a doutrina não pode ser um seletor de problemas jurídicos, ela deve resolvê-los⁴³.

Tudo o que vai culminar no seguinte quadro delineado por André Folloni:

O imperativo reducionista prescreveu a redução do direito tributário à norma posta, uma proposição sobrejacente a uma estrutura proposicional sempre idêntica, em qualquer espaço-tempo. A universalidade e a eternidade da fórmula estrutural da norma jurídica estão traduzidas no princípio da homogeneidade sintática, amplamente aceito no discurso doutrinário. Mas assim, **o direito tributário, sob a justificativa de tornar-se ciência, ao fundar-se no universal e eterno, assume ares fortemente metafísicos**. A ciência do direito tributário, ao invés de contribuir para a boa aplicação do direito ao caso concreto, e para o aprimoramento da matéria legislada, trabalha na idealidade metafísica – em grandiosos esforços teóricos que, muitas vezes, trazem dificuldade para a vida concreta. Com isso, afasta-se daquele imperativo de utilidade que separaria a ciência da metafísica, na tradição baconiana (grifos do autor)⁴⁴.

Ademais de assumir um forte viés positivista ao tomar como o seu núcleo exclusivo de análise o que já está feito (positivado)⁴⁵, outra regra epistêmica da ciência do direito tributário é a disjunção entre ser e dever-ser. Por conta desse dualismo, caberia ao sujeito cognoscente, distante do objeto a ser conhecido e a ele oposto, somente descrever, por meio de linguagem rigorosa, as normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico posto⁴⁶. Não se admitindo a análise das possibilidades do vir-a-ser do direito tributário seja em sede abstrata de criação da norma (cuja responsabilidade seria do órgão legislativo competente) como em nível de aplicação concreta da regra (que caberia ao órgão de função judicante)⁴⁷, pois isso implicaria num proceder com o arbítrio da vontade (e não com a razão). Consoante acentua Humberto Ávila:

Para garantir neutralidade e objetividade, seria preciso criar algumas dualidades. A primeira seria entre <<conhecimento e vontade>>: o ato de conhecimento precisa ser neutro e objetivo, para tanto devendo se afastar da vontade, esta irracional.

⁴² FOLLONI, op. cit., 2011, p. 68.

⁴³ ÁVILA, op. cit., 2012, p. 240.

⁴⁴ FOLLONI, op. cit., 2011, p. 418.

⁴⁵ FOLLONI; SIMM, op. cit., 2016, p. 53.

⁴⁶ Nesse ponto, sobre o pressuposto do descritivismo presente no paradigma atual, não podemos deixar de referir ao caloroso debate desenvolvido - em uma trilogia de artigos - entre Paulo de Barros Carvalho, responsável por formar a moldura epistêmica que é atualmente compartilhada e aderida pela maioria dos juristas tributários, e Humberto Ávila, enquanto crítico da ciência tributária atual. O primeiro rejeita a acusação de que teria abraçado em qualquer momento dos seus trabalhos uma proposta que sustentasse a mera função descritiva da ciência; e o segundo, que acompanhamos, atribui ao primeiro o pressuposto descritivo do direito positivo constante na concepção dominante. Para tanto, ver: ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 29, p. 181-204, 2013. p. 181-204; CARVALHO, Paulo de Barros. Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário. **Conjur**, [S.l.], out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-01/paulo-barros-breves-consideracoes-funcao-descritiva-ciencia-direito-tributario>>. Acesso em: 02 jan. 2017. n. p.; ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v.32, p. 159-197, 2014. p. 159-197.

⁴⁷ FOLLONI, op. cit., 2011, p. 151-152.

Caberia ao intérprete apenas dizer <<o que é o Direito>>, nunca averiguar <<para que serve o Direito>> e <<por que o Direito é como é>>, pois isso envolveria adentrar no subjetivismo. Desse modo, vê-se que a necessidade de objetividade conduz ao empirismo: todo enunciado, para ser objetivo e racional, deveria ser verificado factualmente, mediante correspondência empírica com os dados que pretendia descrever. Jamais caberia ao intérprete interferir no seu objeto⁴⁸.

À vista disso, dado o objeto (consistente num sistema de normas jurídicas positivadas), o empreendimento científico fica constrangido à mera tarefa de analisar e descrever o conteúdo positivado das regras jurídicas tributárias. E a razão para tanto é que apenas a manifestação descritiva das normas poderia assumir nuances de racionalidade, porquanto tais proposições são passíveis de verificação empírica mediante testes de correspondência factual: elas são consideradas verdadeiras nos casos em que seu conteúdo corresponda ao enunciado prescritivo do direito positivo, e falsas quando não encontram essa correspondência⁴⁹.

Todavia, isso implica em conferir pouca relevância prática à doutrina⁵⁰. Explicamos melhor: forte no propósito de agasalhar a consideração “[...] do caráter exclusivamente volitivo e racionalmente incontrolável de decisões a respeito do que deve ser, contraposta, dualisticamente, à racionalidade dos juízos descritivos da realidade posta”⁵¹, depreende-se que “A realidade objeto de consideração da doutrina é metafísica. É um ‘ser’ ‘entificado’, estático, e não o ser-devir da temporalidade concreta”⁵². Em via de consequência, o jurista tributário não entra em contato com problemas jurídicos concretos, sendo todos os seus esforços concentrados numa discussão meramente conceitual e abstrata, ausente qualquer intenção de um atuar prático. Quer dizer, a separação entre ser e dever-ser - por meio de um abismo intransponível entre ambos⁵³ - não deixa espaço para uma práxis transformadora, já que, por trás dessa separação, encontra-se, na verdade, uma cisão entre teoria e prática: na primeira, aprende-se como as coisas são e na segunda, como as coisas deveriam ser. Esse modo de pensar dualístico incorre naquilo que Boaventura de Sousa Santos incessantemente nos

⁴⁸ ÁVILA, op. cit., 2012, p. 236.

⁴⁹ André Folloni é quem nos chama a atenção para o fato de que os cientistas, em verdade, confrontam os enunciados descritivos não com o ordenamento positivo, mas com modelos ideais e platônicos. Quer-se com isso dizer que o cientista fragmenta a realidade em dois mundos, um no qual habita o erro, representado pelo direito positivo, e outro no qual habita uma verdade eterna e universal, figurado pelas formas ideais da “teoria geral do direito” e da “lógica jurídica”. Desta feita, por exemplo, a obrigação tributária acessória não seria uma obrigação propriamente dita, vez que, nos moldes de um modelo ideal, a obrigação deve sempre apresentar cunho pecuniário (FOLLONI, André. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento nacional. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Org.). **Direito Tributário**. Florianópolis: Conpedi, 2014a. 1 v., p. 191-212. p. 201).

⁵⁰ ÁVILA, op. cit., 2012, p. 224.

⁵¹ FOLLONI, op. cit., 2011, p. 323.

⁵² Ibid., p. 324.

⁵³ BORGES, op. cit., 2013, p.114.

lembra: “Para uma teoria cega, a prática social é invisível; para uma prática cega, a teoria social é irrelevante”⁵⁴. E é justamente contra essa fragmentação que o pensamento crítico aqui adotado se insurge, em que “[...] para cada avaliação de um ‘é’, a Teoria Crítica sugere um ‘deve ser’”⁵⁵.

De mais a mais, conforme proclama José Souto Maior Borges, a ciência tributária está restrita em demasia aos estudos dos campos da semântica (referente ao significado do preceito) e da sintaxe (relativa às relações hierárquicas entre as regras), restando por avançar em direção ao da pragmática (tocante aos efeitos das normas)⁵⁶. Em seu diagnóstico, o dito autor ainda afirma que a ciência do direito tributário brasileiro atingiu um ponto de saturação e, como consequência, um necessário ponto de mutação⁵⁷. Nas suas palavras, “[...] a nossa herança teórica, já nos basta, para efeitos de interpretação e aplicação do direito”⁵⁸, e, assim sendo, “Não mais é possível, a partir do nível teórico atual e em idênticas bases teóricas, lograr um progresso efetivo nos estudos jurídicos sobre o tributo”⁵⁹. Inclusive, como decorrência desse esgotamento, dá-se no campo doutrinário uma mera troca de opinião por outra, em que “É como se estivéssemos todos submetidos a uma lei de eterno retorno do mesmo”⁶⁰.

Ainda que em largas linhas, aí está firmado o “senso comum teórico” dos tributaristas⁶¹, por meio do qual “[...] a própria ciência do direito tributário se tornou um mito”⁶², porquanto “As normas abstratas e as formas simbólicas habitam uma espécie de Olimpo do pensamento científico tributarista: lá no alto se relacionam, e de lá tudo explicam”⁶³. Vale dizer, o que importa, acima de tudo, para o paradigma tributário atual é somente enxergar a “[...] realidade no mundo das ideias e na consistência lógica da argumentação retórica – distantes do real”⁶⁴.

⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 20.

⁵⁵ CHAMBERS, Simone. A política da teoria crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria crítica**. São Paulo: Idéias&letras, 2008, p. 263-294. p. 265.

⁵⁶ ÁVILA, op. cit., 2012, p. 240; BORGES, op. cit., 2013, p.114.

⁵⁷ BORGES, op. cit., 2013, p.107.

⁵⁸ Ibid., p.107.

⁵⁹ Ibid., p.107.

⁶⁰ Ibid., 2013, p.107.

⁶¹ Faz-se aqui referência à expressão cunhada por Luis Alberto Warat, que “[...] designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas” (WARAT, Luis Alberto. **Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas**. In: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. 1 v. p. 13).

⁶² FOLLONI, op. cit., 2011, p. 192.

⁶³ Ibid., p. 192.

⁶⁴ BORGES, op. cit., 2013, p.110.

A lição a ser tirada dessa seção, portanto, é que frente ao lugar central ocupado pelo binômio redução de complexidade e dualismo entre ser e dever-ser no esquadro teórico tributário atual decorre a descrição dos fenômenos jurídicos apenas como eles se apresentam aos sentidos (as normas jurídicas em vigor), sem qualquer preocupação com as suas potencialidades latentes. Isso enseja uma resignação à forma presente de dominação social (nelas se incluindo, a subserviência das pequenas estruturas empresárias às grandes corporações), pois apresenta como natural àquilo que, na verdade, é apenas historicamente situado, de maneira a transformar “[...] a imparcialidade em instrumento para a socialização dos valores dominantes tutelados pela ordem jurídica”⁶⁵. É o que acentua José Rodrigo Rodriguez:

A descrição supostamente neutra de um objeto que não incorpore a liberdade humana de agir sobre o mundo naturaliza o mundo existente. Para evitar esta forma reificada de teoria é preciso incorporar a ela a identificação de tendências presentes na realidade, capazes de fundar projetos de mudança social⁶⁶.

Ao fim e ao cabo, a bem do rigor, a ciência do direito tributário entremeia-se em terras perigosas, pois corre o risco de ser usada como instrumento de legitimação do arbítrio estatal. Isso porque a consideração de expressões técnicas apenas formais, mediante uma suposta confiança num complexo vocabulário técnico, traz consigo a possibilidade de uma autoridade investida de poder atribuir um sentido definitivo aos textos jurídicos, com vistas a mascarar intenções não transparentes e não compatíveis com a Constituição⁶⁷. É isso, aliás, que José Rodrigo Rodriguez, com base em Franz Neumann, nos mostrará: são os casos de perversão do direito⁶⁸, em que os poderosos fazem uso de normas jurídicas aparentemente lícitas para realizarem interesses unilaterais, sem responderem aos interesses de todos os grupos sociais em conflito.

Por fim, ultimando o raciocínio e também essa seção, cumpre registrar duas advertências ao leitor.

⁶⁵ FARIA, op. cit., 1988, p. 23.

⁶⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

⁶⁷ FERREIRA NETO, op. cit., 2016, p. 300.

⁶⁸ Para fins de desenvolver melhor o raciocínio, importante esclarecer que José Rodrigo Rodriguez faz uso da expressão “perversão do direito” para designar um “direito autocrático”, em contraposição a um “direito democrático”, cuja gênese é determinada pelos conflitos sociais (RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 261-294, 7 dez. 2016c. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185/18937>>. Acesso em: 20 jan. 2017. p.266). Demais disso, o referido autor prefere adotar a nomenclatura “forma direito” para se referir àquilo que estamos chamando de Estado de Direito (RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. 72).

Em primeiro lugar, nós não negamos que a atividade de fazer ciência envolve a tarefa de elevar determinados elementos gerais e abstratos partindo da contingência da realidade⁶⁹. O problema da concepção hegemônica tributária que queremos repisar – e, por isso, a longa exposição – reside em circunscrever a atividade científica aos afazeres de entender e descrever o mundo normativo, e não o real. Vale dizer, a ciência do direito tributário fechou os seus conceitos à vida social ao somente enxergar a norma jurídica em abstrato, deixando de observar o próprio contexto da qual ela faz parte. Por conta disso, urge descortinar no campo tributário novos horizontes ensejadores de outros modelos de referência científica desenhados por contradiscursos crítico-emancipadores. Isso significa dizer que necessitamos mais de censores, críticos do direito, do que expositores dele⁷⁰.

Em segundo lugar, convém sublinhar que não queremos desqualificar, nem contestar a utilidade e a importância dos avanços desenvolvidos pelo paradigma tributário atual⁷¹. Tampouco nós desconhecemos as circunstâncias históricas que engendraram o modo de ser da ciência do direito tributário, de modo que, em outro período, as características do cientificismo moderno já nos couberam adequadamente⁷². Aqui, o argumento é outro: como procuramos revelar os interesses e as contradições que se ocultam por trás de uma estrutura normativa, para fins de reformar e transformar o direito posto, o modelo do direito tributário dominante não se mostra hábil em dar conta dessa tarefa. Ele é parcial, já que se encontra preso no plano do ser em abstrato, isto é, apenas busca descrever as relações sintático-

⁶⁹ FERREIRA NETO, op. cit., 2016, p. 246.

⁷⁰ GRAU, op. cit., 2008, p. 18.

⁷¹ Aliás, importa chamar atenção para o fato de que a teoria crítica não põe em discussão a relevância do paradigma jurídico tradicional. Como explana José Eduardo Faria, em termos metodológicos, ambas as abordagens não são necessariamente opostas ou excludentes, o que torna possível um intercomplementariedade entre elas (FARIA, op. cit., 1988, p. 33). Não diverge desse entendimento, Arthur Maria Ferreira Neto: “[...] a forma de se superar as deficiências explicativas dos modelos de ciência tributária antes descritos não passa por uma tentativa de negar todos os elementos formadores dessas propostas teóricas rivais, mas sim representa a tentativa de agregar tais aspectos constitutivos do fenômeno tributário que foram privilegiados no passado [...] a uma matriz explicativa mais abrangente e que não descarte nenhum dos elementos que se mostrem relevantes para a compreensão e para a tentativa de resolução dos problemas práticos que se apresentam rotineiramente ao operador do direito tributário (FERREIRA NETO, op. cit., 2016, p. 301).

⁷² Cumpre desde já elucidar que nós não realizamos críticas ao paradigma tributário sem localizá-lo no tempo passado em que foi forjado, no qual os pressupostos da ciência moderna eram necessários em virtude dos problemas enfrentados pelos juristas, dentre os quais destacamos: a resistência em compreender o direito tributário como disciplina jurídica no âmbito universitário brasileiro e, por conseguinte, a ausência de um discurso doutrinário minimamente coerente e uniforme; a desordem do direito tributário positivo por causa da inexistência de um corpo legislativo sistematizado; a não sistematização do estudo da teoria do direito tributário. Deveras, por conta de tais carências, torna-se até intuitivo compreender o nascimento de uma ciência do direito tributário assentada na redução de complexidades e no esforço pela produção de uma metalinguagem descritiva rigorosa, abandonando considerações a respeito do devir, tudo com vistas a trazer a segurança jurídica (FOLLONI, op. cit., 2011, p. 24-48). Ainda, para uma análise sobre a relação entre o formalismo presente no direito tributário e a resistência ao período histórico de ditadura militar, ver: GRECO, op. cit., 2011.

semânticas das normas jurídicas tributárias, rejeitando, pois, as múltiplas possibilidades do vir-a-ser, em sua concretude existencial.

Por tudo o que foi visto acima, e buscando evitar o erro de uma crítica desconstrutiva, cumpre, agora, avançarmos em direção a um paradigma teórico alternativo, que toma como ponto de partida “[...] o homem concreto e a sociedade histórica concreta, numa palavra, a *práxis*”⁷³. A discussão a ser desenvolvida na próxima parte, portanto, volta-se a justificar e analisar a matriz teórica crítica.

2.2 Para além dos horizontes da norma tributária: novos enfoques críticos ao direito tributário

No tópico anterior, nós analisamos e criticamos a ciência do direito tributário atual, mas não num sentido de desconsiderar a importância do estudo sobre as normas jurídicas e suas interligações no ordenamento jurídico. Na verdade, essa tarefa teve como fim último demonstrar que a escolha de um paradigma alternativo como fio condutor de nossos estudos não se deu ao acaso. Isso porque não era possível nos aproximarmos de nosso objeto de estudo mantendo-se no restrito campo da concepção científica tradicional.

O problema que se pôs, portanto, é que abraçar tal modelo redutor resultaria no desconhecimento das “[...] múltiplas razões políticas, éticas e econômicas de ser do Direito Tributário”⁷⁴, não sendo suficiente, pois, para flagrar e denunciar – quiçá ganhar uma inflexão de práxis emancipatória – o desequilíbrio jurídico entre as empresas em virtude do seu porte econômico. Em outras palavras:

É evidente que devemos respeitar as normas jurídicas sob pena de frustrar sua função precípua. Mas é também evidente que reformá-las, suprimi-las e protegê-las de qualquer mecanismo de naturalização que as perpetuem acriticamente, que as coloque sempre acima de qualquer suspeita, é uma tarefa central para o estado democrático de direito e para juristas comprometidos com a boa saúde do regime democrático⁷⁵.

Então, se é correta a descrição do paradigma tributário feita anteriormente, ela inevitavelmente nos pede para ir mais além. De modo que, a partir de agora, impende propormos uma epistemologia jurídica que busque a possibilidade de um atuar jurídico

⁷³ COELHO, op. cit., 1983, p. 17.

⁷⁴ FOLLONI, op. cit., 2014b, p. 25.

⁷⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Luta por Direitos, Rebeliões e Democracia no Século XXI: Algumas tarefas para a pesquisa em Direito. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 3, n. 3, p. 609-635, 2016b. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/viewFile/119325/116697>>. Acesso em: 12 dez. 2016. p. 619.

emancipatório ao elaborar perguntas não respondidas pelo paradigma tradicional (as quais parece, além disso, não querer responder)⁷⁶: estamos falando da teoria crítica.

Para tanto, em nosso sentir, isso exige um percurso dividido em três seções essenciais, que nos permitirão isolar o tipo de discurso no qual está localizado o nosso objeto de estudo.

Na primeira seção, iremos delimitar o referencial teórico escolhido ao lidarmos com duas questões de fundo, quais sejam, o conceito de crítica e os princípios sobre os quais se funda o pensamento crítico. Estabelecidas essas ideias principais e por postularmos a análise dos potenciais emancipatórios inscritos nas prescrições jurídicas voltadas às empresas de pequeno porte, na segunda seção cuidaremos de saber como as categorias do pensamento crítico se projetam ao nível das microestruturas empresariais. No que culminará, numa última e derradeira seção, em que faremos um recorte temático abraçando o modelo crítico de Franz Neumann, para quem a emancipação não pode ser realizada sem os pressupostos jurídicos afirmados no Estado Democrático de Direito. Mais especificamente, iremos trazer as análises e ferramentais teóricos da tipologia da perversão do direito elaborados por José Rodrigo Rodriguez, com base no ensinamento do próprio Franz Neumann⁷⁷. Começemos então.

2.2.1 Ideias centrais da teoria crítica

Avançar o raciocínio sobre o pensamento crítico reclama a precisão inicial do que é entendido como “crítica” dentro das fronteiras dessa teoria, ainda mais tendo em vista os predicados de ambiguidade e polissemia que acompanham essa palavra.

Pois bem, a expressão, na vertente aqui explorada, foi utilizada pela primeira vez no manifesto intitulado *Teoria tradicional e teoria crítica* escrito por Max Horkheimer em 1937⁷⁸. Esse ensaio foi publicado na Revista de Pesquisa Social, cuja responsabilidade era do Instituto de Pesquisa Social, fundado em 1923 em Frankfurt, na Alemanha⁷⁹.

O referido Instituto tinha como fim precípua promover, em âmbito universitário, investigações científicas voltadas a Karl Marx, enquanto referencial teórico partilhado entre

⁷⁶ CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**: ensaio sócio-semilógico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 133.

⁷⁷ Cumpre desde já deixar estabelecido que os nossos estudos não irão explorar as obras de Franz Neumann diretamente, mas sim os escritos de José Rodrigo Rodriguez, que tem como referência central justamente as lições de Franz Neumann, por meios das quais defende a tendência emancipatória inscrita na realidade institucional pela ligação entre Estado De Direito e democracia.

⁷⁸ HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. W.; HARBERMAS, Jürgen. **Textos Escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975 (Série os pensadores, 48).

⁷⁹ NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a. p. 12-13.

os pensadores⁸⁰. Ou seja, o projeto “[...] era ler Marx à luz das mudanças do capitalismo do início do século XX e atualizar sua teoria naquilo que fosse necessário”⁸¹. Pois é justamente dessa reunião de importantes intelectuais - provenientes de distintos campos de pensamento, tais como a estética, a sociologia, a economia, a filosofia - que originou um trabalho coletivo interdisciplinar denominado de teoria crítica, no período da década de 30⁸², na Alemanha, sendo comum reportar-se a esse círculo heterogêneo como Escola de Frankfurt⁸³.

Feito esse ligeiro esclarecimento, cumpre nos aprofundarmos para responder a questão central: o que significa, afinal, definir uma teoria como crítica?

Antes de prosseguir, vale acentuar que o pensamento crítico abarca uma multiplicidade de projetos críticos, por conta disso “[...] cada reformulação de cada pensadora ou pensador, em cada uma das fases de sua obra, constitui um modelo crítico autônomo [...]”⁸⁴. Mas, não obstante as suas diversas vozes, é possível “[...] manter a referência a uma matriz teórica comum, com base na qual se torna possível dizer que são modelos de uma tradição crítica”⁸⁵.

Nessa ordem de ideias, e seguindo os ensinamentos de Marcos Nobre⁸⁶, o pano de fundo comum à teoria crítica consiste em dois princípios herdados de Marx: a *orientação para a emancipação* e o *comportamento crítico*, os quais

[...] mostram a possibilidade de a sociedade emancipada estar inscrita na forma atual de organização social como uma tendência real de desenvolvimento, cabendo à teoria o exame do existente não para descrevê-lo simplesmente, mas para identificar

⁸⁰ Ao discorrer sobre a ligação entre teoria crítica e marxismo, Paul-Larent Assoun assim leciona: “O marxismo não intervém na problemática frankfurtiana como uma doutrina exterior: é a principal referência que legitima a Teoria Crítica, o que quer dizer ao mesmo tempo que a Crítica encontra necessariamente o materialismo histórico para conseguir a sua passagem à história e que o marxismo não é um ‘sistema’ que rebentaria com a crítica, mas unicamente a ferramenta-piloto da crítica” (ASSOUN, Paul-Larent. **A escola de Frankfurt**. São Paulo: Ática, 1991. p. 56).

⁸¹ 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. 97-116. p. 98.

⁸² 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. 19-36. p. 20; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Introdução. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui: Boreal, 2015. n.p.

⁸³ Essa etiqueta é atribuída retrospectivamente, pois surgiu somente em 1950, após o retorno do Instituto para a Alemanha com o fim da Segunda Guerra Mundial. Como ressalva Marcos Nobre, há uma série de dificuldades com 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 [...]” (NOBRE, op. cit., 2008a, p. 16-17).

⁸⁴ NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008b, p. 9-20. p. 19.

⁸⁵ Ibid., p. 19.

⁸⁶ Ibid., p. 17-20.

e analisar a cada vez os obstáculos e as potencialidades de emancipação presentes em cada momento histórico⁸⁷.

Conforme se verifica, a citação deixa à amostra que a teoria crítica busca “[...] entender o tempo presente em vista da superação de sua lógica de dominação”⁸⁸. E “Daí o seu caráter *crítico* justamente: ‘entender’ como ‘as coisas funcionam’ é já aceitar que essas ‘coisas’ são assim e que não podem ser radicalmente de outra maneira”⁸⁹.

À vista disso, a *orientação para a emancipação* frisa que a teoria não pode descrever e mostrar como as coisas de fato são, a não ser a partir de como as coisas deveriam ser. Ou, o que equivale a dizer:

“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 existente⁹⁰.

De sua vez, a *orientação para a emancipação* – que analisa o existente a partir do que ele poderia ser, mas ainda não é - reclama que a teoria seja a expressão de um *comportamento crítico*, no sentido de indicar os impedimentos que devem ser superados para alcançar essa configuração melhor. Em outras palavras, o *comportamento crítico* figura “[...] um ponto de vista capaz de apontar e analisar os obstáculos a serem superados para que as potencialidades melhores presentes no existente possam se realizar”⁹¹. Assim fazendo, ele assegura que a prática seja um instrumento transformador da teoria ao possibilitar a emancipação humana.

E daí a termos de concluir que o interesse da teoria crítica é realizar um diagnóstico de cada momento histórico, com vistas a desvendar não só os potenciais de emancipação no tempo presente, como também os elementos que devem ser superados para alcançar a realização desses potenciais. Por tal razão, “Não cabe à teoria limitar-se a dizer como as coisas *funcionam*, mas sim analisar o funcionamento concreto das coisas à luz de uma *emancipação* ao mesmo tempo *concretamente possível* e *bloqueada* pelas relações sociais vigentes”⁹².

⁸⁷ NOBRE, op. cit., 2008a, p. 33-34.

⁸⁸ NOBRE, op. cit., 2008b, p. 17.

⁸⁹ Ibid., p. 17.

⁹⁰ NOBRE, op. cit., 2008a, p. 09-10.

⁹¹ Ibid., p. 10.

⁹² NOBRE, op. cit., 2008b, p. 17-18.

Disso, outra pergunta que se impõe é: o que significa essa emancipação social? As respostas são bem diversas. Para Simone Chambers, “A Teoria Crítica tem uma agenda normativa. Seu interesse declarado é a emancipação da humanidade em relação à injustiça”⁹³. Já para Ian Pimentel Gameiro, num sentido amplo, essa “[...] emancipação social’ vem a significar ou a se identificar com a ideia de ‘libertação’, isto é, enquanto um projeto de libertação seja de toda a humanidade”⁹⁴. Por fim, José Rodrigo Rodriguez identifica o potencial emancipatório como aquele “[...] capaz de fazer de homens e mulheres seres capazes de determinar os rumos de suas vidas de forma autônoma”⁹⁵.

Em verdade, os significados mais específicos de emancipação assumem conotações diversas conforme a abordagem proposta pelos modelos críticos de cada autor⁹⁶. No que mais de perto nos interessa, basta dizer que o modelo crítico de Franz Neumann possui uma visão diferente, eis que a emancipação, para ele, “[...] significa poder tomar parte no processo de formação das normas que regulam a vida em sociedade e determinam quais são os direitos e deveres dos indivíduos”⁹⁷.

Demais disso, uma advertência parece apropriada aqui: ao compreender a realidade presente do ponto de vista de seus potenciais emancipatórios, vê-se que a teoria crítica culmina em conferir uma reconfiguração da própria relação entre a teoria e a prática. Desta feita, somos forçados, então, a distinguir os papéis da teoria, da prática e da crítica na produção de conhecimento científico.

Por primeiro, importa acentuar que “Teoria e prática têm lógicas diferentes, e que não devem se confundir”⁹⁸, o que equivale a dizer: há uma diferença fundamental entre como as coisas são e como as coisas deveriam ser.

De certo, como vem nos amparar Marcos Nobre⁹⁹, a teoria sobre determinado tema ou assunto corresponde, em grande parte das vezes, na existência de uma hipótese ou de um conjunto de argumentos que busca explicar e compreender determinado fenômeno (ou um conjunto de fenômenos). A teoria, portanto, tem como intuito mostrar como as coisas são. Por

⁹³ CHAMBERS, op. cit., 2008, p. 265.

⁹⁴ GAMEIRO, Ian Pimentel. Deverá o direito ser emancipatório? Da Redução Político-Ideológica do Jurídico à Recuperação do Seu Sentido. *Quaestio Iuris*, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2335-2372, 19 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21898/18894>>. Acesso em: 20 nov. 2016. p. 2343.

⁹⁵ 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, p. 99-124, jan./jun. 2016a. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a07.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p.107.

⁹⁶ GAMEIRO, op. cit., 2016, p. 2343.

⁹⁷ RODRIGUEZ, op. cit., 2016a, p. 107).

⁹⁸ NOBRE, op. cit., 2008a, p. 08.

⁹⁹ Ibid., p. 07-08.

outro lado, a prática consiste em um conjunto de ideais que orientam a ação, ou seja, diz respeito a princípios conforme os quais se deve agir para moldar a própria vida e o mundo.

Não se quer com isso dizer que não há um ponto de comunicação entre teoria e prática (pois o agir parte daquilo que se conhece), mas sim afirmar que uma dimensão não se confunde com a outra, sob pena de destruir seja a teoria ou a própria prática, pois

[...] se fazemos teoria para demonstrar como as coisas devem ser, não conseguimos mostrar como de fato são; se dizemos que as coisas devem ser como de fato são, eliminamos a possibilidade de que possam ser outra coisa que não o que são. Com isso, estabelece-se um fosso entre a teoria e a prática que não pode ser transposto senão ao preço de eliminar do horizonte da reflexão a lógica própria de uma das duas dimensões fundamentais da vida humana: o “conhecer” e o “agir”,¹⁰⁰.

Todo esse esforço de análise torna propícia a indagação de Marcos Nobre¹⁰¹ sobre qual seria, então, o papel desempenhado pela crítica, questionando se ela seria atributo da teoria ou da prática. Nesse passo, como a teoria consiste em um processo que cuida de mostrar como as coisas são, não se torna possível criticar o estado das coisas nesse plano, pois isso significaria um agir em detrimento do conhecer. Destarte, como é possível conhecer como as coisas são e, ao mesmo tempo, criticá-la? Numa primeira impressão, parece, então, que a crítica seria um atributo da prática, que tem como função mostrar como as coisas deveriam ser. Mas, de outro lado, isso redundaria numa ação cega, à medida que o agir não levaria em conta o conhecer como as coisas são, contrariando, pois, o postulado da *orientação para a emancipação*, que examina o mundo social “[...] da perspectiva da distância que separa o que existe das possibilidades melhores nele embutidas e não realizadas [...]”¹⁰².

Aqui, o ponto fundamental a se compreender é que “A Teoria Crítica não se bate nem por uma ação cega (sem levar em conta o conhecimento) nem por um conhecimento vazio (que ignora que as coisas poderiam ser de outro modo) [...]”¹⁰³ e, para dar cabo dessa perspectiva, ela vem justamente reformular¹⁰⁴ os papéis da teoria e da prática, no sentido de rearranjar a forma com que as duas se relacionam, mas sem retirar a diferença entre ambas.

¹⁰⁰ NOBRE, op. cit., 2008a, p. 08-09.

¹⁰¹ Ibid., p. 08.

¹⁰² NOBRE, op. cit., 2008b, p. 18.

¹⁰³ NOBRE, op. cit., 2008a, p. 09.

¹⁰⁴ Dizemos “reformular” em contraponto à teoria tradicional figurada pela concepção moderna de ciência, a qual realiza a separação estanque entre o domínio do conhecimento (teoria) e o domínio da ação (prática), não cabendo ao cientista “[...] qualquer valoração do objeto estudado tão-somente a sua classificação e explicação segundo os parâmetros neutros do método” (NOBRE, op. cit., 2008a, p. 37). À vista disso, “Na concepção tradicional [...] a teoria não pode em nenhum caso ter por objetivo a ação, não pode ter um objetivo prático no mundo, mas tão-somente apresentar a conexão dos fenômenos sociais tais como se apresentam a um observador isolado da prática. Do contrário, o observador deixa de ser um cientista e passa a ser um agente social como qualquer outro, imbuído de uma determinada concepção de mundo, de um determinado conjunto de valores em nome dos quais age (NOBRE, op. cit., 2008a, p. 37).

Disto, a crítica realiza uma aproximação entre o domínio do conhecimento (teoria) e o domínio do agir (prática), concebendo-os conjuntamente em uma unidade dinâmica voltada para a ação. Com isso, o teórico crítico - ao contrário do cientista tributário - não quer apenas descrever a realidade de maneira neutra ou desinteressada¹⁰⁵, ao contrário, ele tem como objetivo encontrar na realidade social as potencialidades emancipatórias e, se for o caso, diagnosticar o que as obstaculariza. Não é por outro motivo que Antonio Carlos Wolkmer assegura que, epistemologicamente:

[...] a teoria crítica surge como uma “teoria” mais dinâmica e abrangente, superando os limites naturais das teorias tradicionais, pois não se atém apenas a descrever o estabelecido ou a contemplar equidistantemente os fenômenos sociais e reais. Seus pressupostos de racionalidades são “críticos”, na medida em que articula, dialeticamente, a “teoria” com a “práxis”, o pensamento crítico revolucionário com a ação estratégica¹⁰⁶.

Assentadas essas premissas, e transpondo a categoria crítica para o campo jurídico, o que se percebe é a definição de novos horizontes no direito, com vistas a propiciar as ferramentas necessárias para a conscientização e emancipação dos sujeitos históricos de sua condição de dominados e excluídos¹⁰⁷. Deixando este ponto claro, o pensamento crítico no direito consiste em uma forma de “[...] questionar e de romper com o normativo que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado [...]”¹⁰⁸, ensejando assim a “[...] possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica”¹⁰⁹.

Infere-se, portanto, que, por meio da categoria crítica, o direito passa a ser voltado para a transformação da sociedade¹¹⁰, fomentando a seguinte contradição: ao mesmo tempo em que o direito legitima e reproduz a dominação, ele também pode ser a ferramenta que emancipa os sujeitos desse quadro repressivo¹¹¹.

¹⁰⁵ Segundo Simone Chambers: “Essa crítica ao positivismo é uma tentativa de mostrar que a ciência e o conhecimento são políticos de um modo análogo àquele em que as feministas lembram que o individual é político. Pretender isolar um domínio privado ou livre de valores não é somente incorreto, mas a insistência de que existe uma região livre de valores é, ela mesma, um movimento carregado de valor, que possui uma implicação no mundo político” (CHAMBERS, op. cit., 2008, p. 265).

¹⁰⁶ WOLKMER, op. cit., 2015, p. 31-32.

¹⁰⁷ Ibid., p. 119.

¹⁰⁸ Ibid., p. 46.

¹⁰⁹ Ibid., p. 46.

¹¹⁰ COELHO, op. cit., 1983, p. 16.

¹¹¹ Ainda de forma mais precisa, atentando-se particularmente aos diversos modelos teóricos críticos sobre o direito, Luis Alberto Warat estabeleceu um mínimo denominador comum que permite aproximar essas diversas abordagens, quais sejam: i) diagnosticar os efeitos sociais de uma concepção normativista e egocêntrica do direito, de modo a revelar o poder dos discursos organizados em âmbito jurídico; ii) revelar os mecanismos discursivos que convertem a cultura jurídica em um conjunto fetichizado de discursos; iii) denunciar as funções político-ideológicas do normativismo, ao apontar as falácias não só da separação entre direito e política, como também das abstrações técnico-formalistas dos discursos legais; iv) questionar as bases epistemológicas que

E indo mais de perto ao nosso objeto de estudo, convém enfatizar que, para Franz Neumann, “[...] fazer crítica do direito é desnaturalizar as instituições em nome de projetos regulatórios fundados em características do ordenamento jurídico em nome da emancipação humana”¹¹². Emancipação essa, como já vimos, entendida como o “[...] aumento do controle social sobre a regulação”¹¹³.

Ademais, a abertura que o pensamento de Franz Neumann proporciona, e que será referida neste trabalho por meio das análises de José Rodrigo Rodriguez, é a possibilidade de classes ou grupos sociais excluídos e injustiçados utilizarem o direito para expressarem insatisfações e, com isso, incluir demandas sociais que se transformem em normas jurídicas. Ora, não nos parece que falem situações ou condições na estrutura jurídica tributária que suscitem desconforto e indignação às pequenas empresas e que as façam, portanto, querer reconstruir o direito com o objetivo de incluir os seus interesses e anseios, questionando, em via de consequência, a posição das grandes corporações já protegidas e contempladas pelo Estado, por meio de seu poder legisferante.

Dessa forma, antes de nos determos no modelo teórico-crítico de Franz Neumann, urge trazer com maior acuidade os motivos que nos impulsionam a analisar as unidades produtivas de menor porte sob o prisma crítico, tudo com vistas a querer investigar com o fim de transformar o direito posto no que tange às pequenas estruturas empresariais em sede tributária. É o que faremos a seguir.

2.2.2 Teoria crítica e empresas de pequeno porte: um diálogo necessário

Até este ponto, esperamos ter deixado claro o porquê de construirmos a nossa fundação teórica por meio do ferramental crítico, e não através do paradigma tributário atual. A razão para tanto é que a pequena empresa reclama uma postura crítica para a análise da estrutura jurídica nacional.

E, de fato, o caminho tradicional, transitado por grande parte dos juristas desta temática, está dirigido a um esforço analítico e descritivo das normas jurídicas tocantes às micro e pequena empresas, de modo a descrever, em grande parte das vezes, as regras constantes no Simples Nacional e na Constituição Federal. Entretanto, compreender nesse contexto significa identificar o direito fora e antes dos conflitos sociais, ausente de

predominam na ciência tradicional do direito, com o intuito de revelar como as crenças na objetividade e na verdade cumprem uma função de desvirtuar os conflitos sociais; e, por fim, v) superar a perspectiva abstrata do direito, recolocando-o como uma prática social (WARAT, op. cit., 1983, p. 39).

¹¹² RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. 152.

¹¹³ Ibid., p. 152.

experiência histórico-concreta e despido de qualquer abertura para outras áreas do conhecimento.

Trilhando raciocínio diferente, nosso enfoque consiste em situar as pequenas unidades produtivas dentro de um estágio do processo histórico, “[...] como parte inteiramente integrante de um contexto socioeconômico, como parte de uma relação política e econômica entre desiguais”¹¹⁴. Algo que na mesma linha pode ser colhido por Henrique Rattner, que recusando o esquema formal do equilíbrio de mercado como base do processo econômico, postula a tensão entre capital-trabalho para inserir a empresa de pequeno porte “[...] no processo de acumulação e reprodução do capital, num movimento dinâmico caracterizado por contradição, desequilíbrio e conflitos reais, a nível da divisão social de trabalho”¹¹⁵.

Assim, para dar conta dessa perspectiva, devemos analisar, conforme os ensinamentos de Carlos Montaña¹¹⁶, as empresas de pequena monta a partir das seguintes óticas:

- i) num contexto onde se relaciona com desiguais, já que as condições das pequenas são diferentes daquelas das grandes empresas, ou seja, são atores econômicos com características diversas, ensejando, pois, necessidades diversas (ainda que seus interesses possam se encontrar em alguns pontos);
- ii) como um fenômeno com dimensões sociais, econômicas e políticas: a significação econômica recai na criação de riquezas, em que a MPE responde por mais de um quarto do produto interno bruto (PIB) brasileiro, num percentual total de 27%, somando cerca de 9 milhões de unidades¹¹⁷. É relevante socialmente, pois é quem absorve o maior número de trabalhadores (correspondendo a 52% dos empregos com carteira assinada e 40% dos salários pagos¹¹⁸), concretizando assim os demais direitos sociais, como saúde e educação. O peso político, por fim, advém do potencial de se transformar num sujeito político a partir de sua auto percepção como categoria socioeconômica¹¹⁹;

¹¹⁴ MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001. p. 26.

¹¹⁵ RATTNER, Henrique. Acumulação de capital, internacionalização da economia e as PME. In: RATTNER, Henrique (Org.). **Pequena empresa**: o comportamento empresarial na acumulação e na luta pela sobrevivência. São Paulo: CNPq; Brasiliense, 1985. p. 47.

¹¹⁶ MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 26.

¹¹⁷ SEBRAE MATOGROSSO. Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. **Sebrae**, Mato Grosso, 2014, Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresasgeram-27%25-do-PIB-do-Brasil>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹¹⁸ Ibid., 2017.

¹¹⁹ MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 10.

i) como resultado de um processo histórico do capitalismo.

Coordenando todas essas ponderações, o ponto central a se compreender é que o lugar ocupado pela MPE no sistema econômico-produtivo importa para entendermos os seus limites e possibilidades de desenvolvimento. Logo, é imprescindível levar em consideração as pequenas empresas em relação às de grande porte. Afinal, como afirma Steven Solomon¹²⁰, a MPE não é um setor isolado na arena econômica. Ela concorre com as médias e grandes empresas em uma clara posição de forças desproporcionais, sendo sobrepujada por essas últimas no processo de acumulação.

E daí, diante de tudo quanto exposto, somos forçados a concluir que a “[...] desigualdade entre as empresas de maior e menor porte econômico não é algo insignificante ou colateral na nossa estrutura social”¹²¹.

Colocando os pés no campo político, não hesitamos em afirmar que a sujeição das pequenas empresas em relação às grandes não é só consentida, como legitimada pelo próprio Estado, mormente por meio de seu poder legiferante. Consoante sublinha Henrique Rattner:

[...] na própria dinâmica do sistema econômico, a grande empresa se beneficia melhor das “economias externas”, especialmente na obtenção de toda espécie de favores, privilégios, incentivos, etc., concedidos pelo poder público. O acesso facilitado estará em razão direta ao tamanho, ou “poder de mercado” da empresa, cujo poder financeiro superior lhe permite também arcar com os gastos necessários para manter-se em evidência junto às instâncias decisórias da política econômica¹²².

Façamos uma pausa para refletir o alcance do que acabamos de afirmar: o Estado, influenciado ou até cooptado pelo grande capital, auxilia a reproduzir e reforçar a submissão das unidades produtivas de menor porte à grande corporação¹²³. Com o que dificulta “[...] sobremaneira a emancipação dos pequenos empresários, quase todos provindos das fileiras operárias, que nutriram a ilusão de trocar de lado na relação capital-trabalho”¹²⁴, mas que se deparam “[...] com uma marginalização econômica e social, às vezes, ainda maior que a

¹²⁰ SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa: a pequena empresa nos estados unidos e no mundo**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1986. p. 08.

¹²¹ MENDES; PATTON, op. cit., 2016, p. 102.

¹²² RATTNER, op. cit., 1985, p. 45.

¹²³ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 83-98. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/4zq26u71/9078usIX53p6NP8K.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017. p. 85-86.

¹²⁴ Ibid., p. 86.

enfrentada pelos seus próprios empregados, com o agravante de não entenderem as razões da sua nova condição de subserviência”¹²⁵.

E pior, tal relação de dominação que se projeta no ordenamento jurídico como um todo e nas suas prescrições isoladas não se trata de um obstáculo visível e consciente: ao revés, funciona a maior parte das vezes sem que os próprios pequenos empresários subjugados tenham consciência dele.

Com tais ponderações, torna-se fácil compreender o motivo de nossa escolha epistemológica, afinal: i) se as pequenas empresas encontram-se numa relação de submissão às grandes corporações e, portanto, em uma relação dita opressora; ii) se essa assimetria entre desiguais é refletida no processo legislativo, na forma de normas jurídicas em prol das unidades econômicas de maior porte; iii) se o pensamento crítico é especialmente dirigido contra determinadas relações sociais repressivas ou exploradoras formadas em nossa sociedade; iii) se os juristas não podem permanecer inertes frente à necessidade de se proceder a defesa de uma relativa minoria, essencial ao contexto social e econômico; iv) tudo isso aponta para a relevância, para não dizer inevitabilidade, de um olhar crítico com enfoque para desnudar as relações sociais subjacentes por trás das normas jurídicas, mormente os desequilíbrios entre as unidades econômicas com base em seu porte econômico, com o fito de entender e julgar o direito posto sob a perspectiva do seu vir-a-ser reprimido e não aproveitado.

Além do que, abrindo um parêntesis em nossa exposição, vale a pena reproduzir aqui o núcleo argumentativo do artigo escrito por Bart Nooteboom¹²⁶, para quem, partindo dos ensinamentos de Jürgen Habermas, a MPE é muito atraente, já que não destrói o sistema, e, mesmo assim, é benéfica para o *mundo da vida*¹²⁷. Ele afirma que os mesmos atributos e desvantagens que tornam a pequena empresa vulnerável ao poder de mercado e à concorrência podem ser vistos como valores sob um ponto de vista da filosofia social. Essa

¹²⁵ MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 86.

¹²⁶ NOOTEBOOM, Bart. The Facts About Small Business and the Real Values of Its 'Life World': A Social Philosophical Interpretation of This Sector of the Modern Economy. **American Journal Of Economics And Sociology**, [S.l.], v. 47, n. 3, p. 299-314, jul. 1988. p. 299-314.

¹²⁷ Em Habermas, duas esferas coexistem na sociedade: o *sistema* e o *mundo da vida*. O primeiro refere-se à reprodução material da sociedade, fundado pela racionalidade instrumental (os melhores meios para atingir determinados fins) incorporada nas relações hierárquicas e de intercâmbio (economia). Já o segundo volta-se para a reprodução simbólica, sendo orientado para o entendimento, para a as redes de significado que compõem uma certa visão de mundo, e não para a manipulação de objetos e pessoas em vista da reprodução material (como é o caso da racionalidade instrumental) (NOBRE, op. cit., 2008a, p. 53-58). Ou, ainda, como explana Bart Nooteboom: “In the ‘life world’ one seeks the unity of experience of the true, the good and the beautiful on the basis of communicative action. Rationalization, however, leads to an increase of complexity of economic and bureaucratic systems in the form of ever more differentiated markets, production systems, laws and regulations. The complexity is far too great to be borne by communicative action” (NOOTEBOOM, op. cit., 1988, p.299-314).

consideração funda-se na análise de diversas características da pequena que ensejam formas não ortodoxas de racionalidade.

Assim, se na teoria econômica neoclássica, o empreendedor busca maximizar os seus lucros, isso não se aplica tanto à PME por duas razões. Primeiro, a sobrevivência de uma empresa não é definida a partir de um ponto zero de lucro, já que o lucro da empresa forma outro residual relacionado à operação empresarial, que envolve a recompensa geralmente não paga ao trabalho do empreendedor. Com isso, o lucro negativo pode coincidir com um rendimento combinado que, embora modesto, pode ser suficiente para a sobrevivência do pequeno empresário e sua família. Em segundo, a concorrência não é nada perfeita. A maioria dos produtos e serviços concorrentes apresentam diferenças em qualidade, aparência, distribuição e na sua ligação a outros bens e serviços. Caso essas diferenças entre concorrentes não estiverem presentes, o empreendedor as criará. Disso, há margem para outros objetivos além da maximização do lucro. Além do que, a independência e liberdade do pequeno empresário é, muitas vezes, um dos seus objetivos. Não se podendo desconsiderar também que ele, geralmente, é mais orientado por um modo de vida ou uma forma de trabalho.

Ademais, o empreendedor de uma pequena organização possui uma orientação fortemente pessoal e prática, com um baixo nível de abstração e aversão às atividades administrativas, procedimentos formais e burocráticos. Somado a isso, ele é menos orientado para a oferta e demanda, e mais para a qualidade e valor de um produto ou serviço. As relações internas da empresa e entre a pequena empresa e o ambiente são mais pessoais e menos organizadas. E, ainda, esse caráter pessoal estende-se ao envolvimento do pequeno empresário no processo de produção e aos contatos com clientes e fornecedores. Por fim, o trabalho na MPE é menos fragmentado e especializado, produzindo uma maior integração e variação de tarefas. Em termos filosóficos sociais, isso significa menos alienação e perda de significado, e mais espaço para a ação comunicativa.

Diante dessa sorte de considerações tocantes aos atributos não ortodoxos de racionalidade e ao envolvimento pessoal no trabalho, no capital e nas relações comerciais, Bart Nooteboom entende que tudo isso pode ser interpretado como uma retirada parcial da MPE do sistema econômico e do meio dinheiro. Por sua vez, a organização mais frouxa, a falta de procedimentos, a resistência à burocracia podem ser interpretados como uma retirada parcial do sistema do Estado e do meio de poder e de regulamentos. Tudo o que aponta, sob o ponto de vista filosófico social, a um contrapeso fornecido pela pequena empresa ao processo de racionalização e à sua alienação, objetivação, fragmentação, perda de liberdade e perda de

significado. Isto é, para o dito autor, nas pequenas empresas parece ter mais espaço para o *mundo da vida*.

Seja como for, retomando o nosso raciocínio e seguindo a linha da teoria crítica, o caminho que se abre para a nossa empreitada é avançar na direção de outros setores do conhecimento, com o fito de investigar os motivos pelos quais um comando constitucional – tratar favoravelmente as empresas de menor porte – não é realmente efetivado. Ou seja, assumimos o caráter interno de proteção à MPE – até porque é expressa a previsão constitucional que confere tratamento favorecido para as unidades produtivas menores –, o problema é que esse ditame superior não alcança os degraus inferiores da ordem jurídica por razões externas ao direito. Daí assume relevância enxergar para fora da seara jurídica, com vistas a receber influxos de outras áreas do conhecimento, quais sejam, a economia, a sociologia, a psicologia e a política. Vejamos como isso se dá.

Sob o ponto de vista econômico, as pequenas empresas servem para perpetuar a concentração capitalista, e não dispersá-la. Pelo o que, e desse modo, estão situadas em áreas da atividade econômica que não são atraentes ao interesse do grande capital (leia-se: a parte “sobrante” da economia) ou estão integradas a cadeias de produção organizadas, em relação de subordinação e dependência à grande empresa.

Por sua vez, no plano sociológico, embora seja proprietário dos meios de produção e explore a força de trabalho, o pequeno empresário não realiza uma acumulação de capital bastante para se capitalizar, de modo a participar efetivamente na produção com sua própria força de trabalho¹²⁸. Realmente, se numa primeira vista, o pequeno empreendedor tem uma identidade socioeconômica mais semelhante ao capitalista, ele está, na verdade, sob um cunho sociológico, mais próximo dos seus próprios empregados¹²⁹. Todavia, no que tange à ótica psicológica, o pequeno empresário identifica-se com a classe capitalista, ou seja, ele se enxerga e é visto pelos trabalhadores “[...] mais perto dos [...] seus ‘colegas empresários – cuja ‘única’ diferença parece radicar nos distintos níveis de desenvolvimento empresarial, na dimensão da empresa –, do que dos trabalhadores”¹³⁰.

¹²⁸ SCHNEIDER, Fabiana Keylla; OLIVEIRA, Lourival José de. Estudo crítico sobre as propostas de alteração do direito do trabalho: tratamento diferenciado aos empregados de microempresas e de empresas de pequeno porte é constitucional e necessário?. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 2, p. 123-142, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11460/10196>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 126-127.

¹²⁹ SCHNEIDER; OLIVEIRA, op. cit., 2007, p. 126-127; MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 85; MONTAÑO, Carlos E. Microempresa na era da globalização: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Cortez, 2001. p. 88.

¹³⁰ MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 46.

Em virtude desse desencontro entre a realidade composta pelo viés sociológico e a ilusão psicológica do pequeno empreendedor, extrai-se a dificuldade que a MPE possui em formar uma agenda própria através de um agrupamento político que defenda os seus interesses, o que acaba repercutindo, aliás, numa fraca intervenção no processo legislativo, onde são fabricadas normas jurídicas frágeis em nome dos pequenos¹³¹.

Tudo isso é ainda mais problemático tendo em consideração que as diferenças existentes entre pequenas e grandes empresas geram interesses distintos, e até conflitantes, numa variedade de questões relacionadas às políticas públicas¹³². Todavia, ausente qualquer representação política, as unidades menores, por vezes, são integradas em organizações criadas e controladas por corporações de maior porte, tornando-se muito provável que os interesses distintos das pequenas sejam negligenciados e subordinados ao grande capital, que possui fácil acesso ao plano político¹³³. Esse cenário é desastroso, pois

Sem regulamentação, o capitalismo conduz rapidamente à concentração econômica e à liquidação da pequena empresa, ou à sua redução à subserviência. (...) Isto representa um perigo constante, pois as atividades gerais do governo favorecem as grandes empresas. Uma das ironias da moderna economia é o fato de que as grandes empresas, que já desfrutam de vantagens competitivas sobre as pequenas empresas, obtêm, no cômputo geral, uma vantagem suplementar através da intervenção do governo – exagerando assim, em vez de nivelar, as desigualdades no “campo de jogo” dos negócios¹³⁴.

De fato, parte significativa das dificuldades enfrentadas pelas pequenas organizações no mercado, em virtude de suas condições desfavoráveis a outros agentes econômicos, decorre do seu isolamento em relação à estrutura representativa¹³⁵. Razão pela qual o Estado e o seu aparato normativo “[...] são orientados para a solução dos problemas típicos da grande empresa e, assim, os Poderes Públicos colaboram para reproduzir o modo de dominação então implanto”¹³⁶.

De todo o exposto, o ponto principal a ser compreendido é que não podemos ignorar o papel dependente e subserviente desempenhado pelas pequenas unidades produtivas no

¹³¹ Carlos Montaña chega à mesma conclusão: “A PeME encontra-se isolada em relação à estrutura representativa: sistema político-econômico. Efetivamente, estas pequenas unidades produtivas não possuem instâncias ou organizações representativas específicas, como a Câmara do Comércio ou da Indústria e, quando existem, elas não reúnem um número significativo de PeMEs. Não têm, portanto, interlocutores válidos, representativos do conjunto e de peso, perante o Estado e demais atores sociais, para a promoção de ações que favoreçam seus interesses específicos. [...] É substancial romper o isolamento político-econômico do qual é objeto a PeME, fortalecendo-a como categoria, como sujeito” (MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 106-107).

¹³² SHADLEN, Kenneth C. **Representation, participation, and development: lessons from small industry in Latin America**. London: Crisis States Programme, 2004. (Working papers series, 45). Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/28219/1/wp45.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2016. p. 02.

¹³³ Ibid., p. 03.

¹³⁴ SOLOMON, op. cit., 1986, p. 303.

¹³⁵ MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 106; MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 93.

¹³⁶ MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 84.

processo de acumulação de capital. Todavia, em que pese essa consciência acerca da relação de dominação pelo empreendimento de maior envergadura, isso não implica em descartar ou recusar a intervenção e o apoio às pequenas, como se fosse uma forma de assistencialismo conservador e reproduzidor desta mesma lógica¹³⁷. Ao revés, a ideia aqui é outra: consiste em possibilitar intervenções específicas, em função de mudanças que coloquem a MPE em situação mais favorável e igual dentro do sistema econômico, por meio do direito.

É nesse contexto que se insere o referencial teórico de José Rodrigo Rodriguez, com fulcro nas ilações de Franz Neumann. Ele não só mostra a riqueza dos potenciais emancipatórios inscritos no direito que podem – e devem – ser mobilizados nas lutas sociais concretas, como também – e isso é de suma importância para nosso trabalho – demonstra que o Estado de Direito se caracteriza, essencialmente, pela possibilidade de controlar o poder, mormente naqueles momentos em que os poderosos tentam perverter o direito ao conferirem aparência jurídica a espaços de puro arbítrio, sem uma justificativa que atenda às exigências da promessa de legitimidade contida na ideia de Estado de Direito¹³⁸. É o que veremos a seguir.

2.3 Estado de direito e legalidade discriminatória: mapeando espaços arbitrários no Simples Nacional

Na sequência de ideias que estamos expondo, propositadamente deixamos para o fim a categoria analítica que nos viabiliza observar como uma disposição normativa pretensamente universal pode encobrir ações arbitrárias para excluir/prejudicar determinados grupos ou estabelecer privilégios para outros. Dizemos propositadamente, pois, se o objetivo do presente estudo consiste em desvendar possíveis déficits democráticos na estrutura normativa brasileira, mais especificamente no que se refere ao desequilíbrio jurídico entre as empresas por causa de seu porte econômico, antes foi preciso afirmar certas reflexões e bases teóricas.

Para tanto, transcorremos sobre a insuficiência do paradigma tradicional da ciência do direito tributário, já que envolto, cada vez mais, em um pensamento redutor e idealista, preocupado tão somente com problemas internos ao próprio direito, restando de fora os atores, processos sociais e seus conflitos. Com isso, dedicamos, também, várias páginas ao estudo da teoria crítica e seus propósitos emancipatórios, ocasião em que transpomos as suas inflexões para o campo das unidades produtivas menores, para fins de analisar o contexto

¹³⁷ MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 114.

¹³⁸ RODRIGUEZ, op. cit., 2016a, p. 100-103.

socioeconômico no qual elas estão inseridas, haja vista o nosso propósito de desvelar as relações de subserviência na sociedade e o papel das pequenas empresas nesta conjuntura. Nesse contexto, ainda, constatamos o isolamento da empresa de pequeno porte no que se refere ao sistema político e como isso acaba repercutindo – de forma frágil - na produção normativa e nas políticas públicas a seu favor.

Tudo com o que ficamos em condições de compreender porque é necessário “Vigiar o poder para cobrar-lhe justificativas e identificar os momentos em que ele tende a decidir autarquicamente, ocultando seus reais objetivos e excluindo a influência da sociedade”¹³⁹. Explicando melhor, conforme já relatamos e bem explana Guilherme Mendes, “As desvantagens das Meps para concorrerem em condições de igualdade com empresas de maior porte não decorrem exclusivamente de fatores naturais”¹⁴⁰, em verdade, é por meio da estrutura normativa, especialmente a tributária e “[...] até no seio do diploma que supostamente deveria se dedicar a favorecer os menores, que essas desvantagens, ao revés de serem abrandadas em cumprimento do comando constitucional, são reforçadas, frequentemente de forma deliberada”¹⁴¹. Motivo pelo qual cumpre analisar o sistema jurídico com o intuito de identificar aquelas prescrições que se apresentam como legais na aparência, mas cujo efeito é tornar ainda maior a desigualdade das pequenas iniciativas frente aos grandes empreendimentos.

O que tencionamos, por conseguinte, é investigar a racionalidade das formulações jurídicas – exigindo justificações e fundamentações do poder estatal - para fins de detectar aquelas normas que não são resultantes do conflito social, mas em prol apenas de um determinado grupo ou classe. Disto esclarecido, é bom frisar que:

Não se trata [...] de determinar a racionalidade do direito, ou melhor, nos meus termos, seu caráter democrático ou autárquico, com fundamento em valores transcendentais, postos além do direito positivo, em um procedimento típico do jusnaturalismo que tende a naturalizar conteúdos e formas institucionais como expressão autêntica de um estado de direito democrático. Ao contrário, trata-se aqui de comparar as promessas feitas pelo estado de direito e suas instituições com a sua prática efetiva em diversos contextos e momentos, para alimentar com argumentos seu eventual aperfeiçoamento¹⁴².

Fortes nesse propósito, é chegada a hora, portanto, de nos debruçarmos sobre o modelo crítico desenvolvido por Franz Neumann e revitalizado por José Rodrigo Rodriguez,

¹³⁹ RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 289.

¹⁴⁰ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Simples Nacional: Análise da Constitucionalidade das Exclusões Setoriais. In: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, 3, 2015, Madri. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Ediciones Laborum, 2015. p. 107 - 129. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-8-Madrid.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016. p. 128.

¹⁴¹ Ibid., p. 128.

¹⁴² RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 290.

cuja ideia principal pode ser resumida na seguinte afirmação: “O Estado de Direito se caracteriza, essencialmente, pela possibilidade de controlar o poder e nisso reside seu potencial emancipatório”¹⁴³. E é justamente quando este controle está em ato que se abre a “[...] possibilidade de que a sociedade transforme sua vontade em norma jurídica e em políticas públicas”¹⁴⁴.

Quer-se com isso dizer que a vontade do Estado precisa coincidir com a vontade da sociedade, em uma dimensão dinamicamente inclusiva, de modo a armar “[...] um mecanismo que tende a colocar em xeque instituições construídas para deixar de fora do sistema político qualquer classe ou grupo”¹⁴⁵. Consoante acentua, de forma mais completa, José Rodrigo Rodriguez:

[...] todo poder, estatal ou não, que pretenda legitimar suas ações com fundamento na ideia de estado de direito, precisa justificar racionalmente suas decisões mostrando que elas atendem igualmente aos desejos e necessidades de todos. Utilizar a ideia de estado de direito para legitimar o poder significa, portanto, abrir espaço para que todo e qualquer desejo ou interesse excluído reivindique ser ouvido e contemplado em razão da ideia mesmo de estado de direito, o que resulta na desestabilização constante dos direitos já garantidos pelo estado de direito¹⁴⁶.

Por conta disso, é importante esclarecer que, para Franz Neumann, o Estado de Direito não consiste em “[...] uma roupa que pode ser moldada a qualquer conteúdo, a qualquer decisão”¹⁴⁷. Sem sombra de dúvida, existem limites: certas finalidades não podem ser alcançadas sem romper com a possibilidade de controlar o poder. Logo, o Estado de Direito é vazio de conteúdo substantivo, “[...] exceto quanto a seu potencial universalizante, garantido pela presença de normas gerais e as instituições ligadas a elas, ou seja, [...] de procedimentos decisórios capazes de traduzir a vontade de sociedade em vontade do Estado”¹⁴⁸.

Mais especificamente, a distribuição de poder num Estado de Direito é feita em duas esferas que, mantidas em tensão, figuram como duas forças sociais: o Estado e a sociedade, a esfera da soberania e a esfera da liberdade. Esses dois polos nunca podem coincidir, mas devem se comunicar e afetar um ao outro permanentemente¹⁴⁹. Que fique claro, pois: é esta tensão e separação, garantindo a liberdade diante do Estado, que confere ao direito um potencial emancipatório, pois assim torna-se possível organizar reivindicações e modificar por

¹⁴³ RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. XXVII.

¹⁴⁴ Ibid., p. XXVIII.

¹⁴⁵ Ibid., p. 72.

¹⁴⁶ RODRIGUEZ, op. cit., 2016a, p. 100.

¹⁴⁷ RODRIGUEZ, op. cit., 2008, p. 103.

¹⁴⁸ RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. 78.

¹⁴⁹ RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 267.

dentro as instituições. Com efeito, nessa perspectiva, o direito passa a ser “Um espaço no interior do qual se define a separação entre a sociedade e o Estado, o público e o privado, e que não permite a dissolução desses pares. Um espaço aberto à inclusão de novas demandas que aponta para a realização da liberdade”¹⁵⁰.

Em síntese, o que essas considerações revelam é que as normas gerais do Estado de Direito - por meio da institucionalização de um modo de governo que põe em tensão a soberania e a liberdade, junto com a ideia de que o poder estatal deve corresponder às necessidades e à vontade de todos os cidadãos - oportunizam a ampliação do espaço de participação política dos grupos excluídos e, com isso, tornam possível a rediscussão das regras que presidem a relação social¹⁵¹. E daí a termos de concluir que, nesses quadrantes, o direito deixa de funcionar como forma alienante, pois “[...] disputado e mobilizado pelas forças sociais, funcionando como mediador de conflitos e não como mero instrumento para o exercício de poder de uma classe sobre a outra”¹⁵². Aliás, é essa compreensão que permite visualizar o caráter contraditório do direito: ele pode funcionar tanto com um potencial emancipatório, como uma força regressiva manipulada pelo poder econômico¹⁵³.

Com tais ponderações, chamamos a atenção do leitor para um aspecto de grande importância: o modo de pensar neumanniano coloca a emancipação dentro das instituições¹⁵⁴,

¹⁵⁰ RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. 127.

¹⁵¹ Ibid., p. 79.

¹⁵² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**: para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013b. p. 13.

¹⁵³ Nesse ponto, José Rodrigo Rodriguez infere à caracterização do modelo crítico desenvolvido por Franz Neumann ao seu modo de interpretar a singularidade dos fatos históricos de sua época, em particular, a situação da Alemanha. É a partir de dois fatores históricos - a entrada da classe operária no Parlamento e o advento do Nazismo - que Franz Neumann é conduzido, de modo pioneiro, a justificar os potenciais repressivos e emancipatórios do direito liberal. Só para ter um vislumbre desse contexto, trazemos o seguinte excerto: “Foi justamente o movimento da classe operária na direção do Parlamento em luta por melhores condições de trabalho que mostrou para Neumann como o direito pode funcionar, em suas palavras, como uma espada de dois gumes. A luta social ativou o potencial desintegrador do direito ao mostrar que é possível utilizá-lo para contrariar os interesses da burguesia. Ao prometer a igualdade a todos, o direito permite que as pessoas e os grupos sociais comparem sua condição uns com os outros e sejam capazes de formular suas percepções de desigualdade sob a forma de demandas por direitos. Por assim dizer, com a entrada da classe operária no Parlamento, o direito se transforma em uma esfinge que atormenta permanentemente o espírito da burguesia e de todos aqueles que ocupam posições de poder. O resultado desse processo foi o abandono do império do direito pela burguesia, que passou a apoiar a criação de regimes autoritários, legitimados de forma irracional, com o objetivo de manter seus privilégios e conter o ativismo reivindicatório da sociedade, estabelecendo na prática e de fato a homogeneidade social negada pelo próprio movimento social” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo: direito e lutas sociais. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 49-66, jul. 2013a. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2017. p. 59).

¹⁵⁴ Sobre esta consideração de Franz Neumann situar a emancipação dentro das instituições, José Rodrigo Rodriguez extrai a seguinte conclusão: “O conflito não se dá entre posições à esquerda, que buscam romper com o direito liberal, e à direita, que defendem a manutenção do estado de direito. [...]. Para esse modo de ver o conflito social, a alternativa *reforma versus revolução* perde o sentido, pois a emancipação social não se coloca mais, necessariamente, como ruptura com o direito liberal, muito pelo contrário. Romper com o estado de direito assume contornos conservadores ao abrir espaço para o arbítrio” (RODRIGUEZ, op. cit., 2008, p. 99).

de maneira que “[...] o direito deixa de se referir à transcendência e passa a ser pensado na imanência das formas institucionais”¹⁵⁵. Isso significa dizer que a emancipação necessita do Estado de Direito, consoante observa José Rodrigo Rodriguez:

Ao garantir a liberdade de organização e de ação para os diversos grupos sociais, o estado de direito permite que se lute por interesses sem romper com as instituições. Os interesses sociais podem vir a se transformar em estruturas institucionais e em políticas públicas e é o estado de direito que garante essa possibilidade¹⁵⁶.

Ponderações desse jaez nos permitem enxergar que a teoria crítica do direito não transcende o mundo físico. Ela é feita no interior das instituições, referindo-se sempre ao direito posto, em concreto. E não é por outro motivo que tal matriz teórica sempre busca reconstruir e criticar as intuições positivadas, movida que é pelas demandas nascidas no seio social, cujo ativismo é protegido pelo Estado de Direito¹⁵⁷. À vista disso, podemos dizer que a pretensão da crítica reside em inventar instituições que façam diminuir o intervalo entre as demandas sociais por justiça e a imperfeição do direito existente¹⁵⁸.

Nesse compasso, e avançando o raciocínio, é de se ver que Franz Neumann atribui dois sentidos ao direito. São eles: o sentido político e o sentido racional. O primeiro corresponde a “[...] tudo aquilo que emana da vontade de um poder soberano qualquer, ou seja, um poder capaz de impor suas regras mesmo diante da vontade de cidadãos e cidadãs recalcitrantes”¹⁵⁹. De sua vez, o segundo “[...] pode ser incompatível com certos comandos do soberano, pois o que está em jogo aqui é seu caráter universal, ou seja, sua capacidade de responder aos interesses de todos os grupos sociais em conflito”¹⁶⁰.

Como se percebe, a ideia do sentido racional do direito traz consigo uma amálgama de tudo o quanto até agora exposto, no sentido de que as normas, em um regime democrático, devem ser responsivas aos desejos e necessidades sociais, tanto no momento de sua criação, quanto no instante de sua aplicação. Apenas este modo de funcionar - tocante ao intervalo entre soberania e liberdade, exigindo que as normas sejam produzidas em função das demandas e carências sociais - confere racionalidade ao direito¹⁶¹. Donde, posto o problema nestes termos,

A criação de normas que não passem pelo crivo da sociedade ou que atinjam de forma injusta determinados grupos e não outros caracterizam a perversão do direito,

¹⁵⁵ RODRIGUEZ, op. cit., 2008, p. 100.

¹⁵⁶ Ibid., p. 102

¹⁵⁷ RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. 191.

¹⁵⁸ Ibid., p. 190-191.

¹⁵⁹ RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 290.

¹⁶⁰ Ibid., p. 290-291.

¹⁶¹ RODRIGUEZ, op. cit., 2013a, p. 59-60.

a qual faz com que o estado de direito passe a funcionar de maneira patológica¹⁶², frustrando a promessa que este regime faz às sociedades nas quais está presente. A perversão do direito [...] pode se manifestar em três figuras diferentes: fuga do direito, falsa legalidade e zona de autarquia¹⁶³.

Para ficar no que há de central, a citação acima deixa à amostra que o Estado de Direito não é um traje formal para atos de poder, mas sim uma salvaguarda aos mecanismos de participação e controle da regulação pela sociedade. Logo, dá-se a perversão do direito quando os detentores do poder fazem uso das normas jurídicas com o intuito de conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio. E é exatamente nesse contexto que ganham sentido as categorias metodológicas desenhadas por José Rodrigo Rodriguez, a partir das lições de Franz Neumann, já que elas ajudam “[...] a identificar com clareza toda uma pauta de pesquisa direcionada a cobrar do estado de direito em concreto a realização de seu ideal concebido em abstrato”¹⁶⁴.

Naquilo que mais de perto nos interessa, cumpre trazermos uma categoria específica de postura antidemocrática. É aquela classificada como legalidade discriminatória¹⁶⁵, que utiliza a forma geral do direito com o fim pervertido de atingir classes específicas ou pessoas determinadas¹⁶⁶. O que está em questão, portanto, são as estratégias de ação que produzem “[...] normas aparentemente universais, mas que são efetivamente postas a serviço de interesses parciais, por exemplo, atingir apenas a determinados grupos sociais e não outros”¹⁶⁷.

Aproximando-nos de nosso objeto de estudo, isso significa verificar a coerência das razões por trás da norma jurídica que impossibilita o enquadramento da sociedade anônima como pequeno empresário, nos termos da Lei Complementar n.º 123/06. O propósito é desvendar se essa formulação jurídica aparentemente universal e genérica, na verdade, visa provocar sub-repticiamente um efeito seletivo: o acesso de capital como reserva estratégica para os grandes empreendimentos. Atropelando um pouco a marcha de raciocínio, pois nos deteremos em capítulo próprio sobre o assunto¹⁶⁸, basta dizer que a não viabilização da roupagem societária anônima pelo Simples Nacional afeta a disponibilidade de certas formas de recursos às pequenas empresas, quais sejam, aqueles ligados ao capital de risco, tendo

¹⁶² José Rodrigo Rodriguez classifica como patológicas aquelas instituições formais ou informais que funcionam como obstáculo à autonomia da sociedade (RODRIGUEZ, op. cit., 2016a, p. 103).

¹⁶³ RODRIGUEZ, op. cit., 2016a, p. 103.

¹⁶⁴ Ibid., p. 107.

¹⁶⁵ É importante destacar que essa nomenclatura sofreu uma revisão atual pelo autor, que não alterou o significado atribuído à categoria. Agora, em virtude de confusões conceituais, José Rodrigo Rodriguez opta por utilizar *legalidade discriminatória* ao invés de *falsa legalidade* (RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 266).

¹⁶⁶ RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 265-266.

¹⁶⁷ RODRIGUEZ, op. cit., 2016a, p. 104.

¹⁶⁸ Vide próximo capítulo.

como “[...] efeito indireto, extremamente nocivo ao país, tanto no âmbito micro quanto macroeconômico: dificultar ou mesmo inviabilizar as *startups*”¹⁶⁹.

Realmente, por conta de tais graves efeitos, e tendo em vista o nosso objetivo de julgar o direito posto sob a perspectiva do seu vir-a-ser reprimido e não aproveitado, faz-se premente a análise dessa prescrição jurídica para averiguar se ela possui uma razão de ser – isto é, se há uma racionalidade a embasar sua formulação – ou se, ao contrário, ela corresponde a uma escolha arbitrária responsável por perverter o Estado de Direito ao levar o regime democrático a perder o contato com a soberania popular, aqui representada pelo segmento social e econômico das pequenas iniciativas¹⁷⁰.

Antes, contudo, precisamos estabelecer o cenário de nossa situação-problema, tema do próximo capítulo.

¹⁶⁹ PARENTONI; FÉRES, op. cit., 2016, p. 53.

¹⁷⁰ Insta salientar, em nome da transparência e da honestidade intelectual, que Franz Neumann, com seu modelo teórico, pretendia a superação da propriedade privada dos meios de produção, ou seja, ele enxergava o direito liberal como uma mediação necessária para a construção do socialismo. Isso constitui, sem dúvida, uma incursão na questão acerca das várias moldagens do sistema econômico, tarefa que não levaremos a cabo, pois, caso contrário, este estudo seria direcionado para outro rumo que não o pretendido aqui. Ainda assim, podemos, de qualquer maneira, precisar o que segue. Como afirma Karl Polanyi (POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 292), “O fim da sociedade de mercado não significa, de forma alguma, a ausência de mercados”, assim o cerne da questão não é a existência ou inexistência dos mercados, já que a sua presença é uma certeza. Isso quer dizer que o mercado não é uma expressão unicamente do modo de produção capitalista e, “[...] mesmo numa sociedade organizada sob princípios socialistas, há que se pensar em formas de produzir eficientemente bens acessíveis a todo. Será sempre preciso decidir como regular a atividade econômica para atingir os fins que a sociedade fixar para si mesma” (RODRIGUEZ, op. cit., 2008, p. 110). Disso, independente do sistema econômico que se escolha, o mercado vai estar lá e é o que basta para analisarmos a nossa situação-problema, que impende em relacionar um maior acesso ao financiamento por meio da sociedade anônima voltada para as *startups*, implicando assim numa maior democratização do mercado ao permitir a inclusão mais ampla possível dos agentes econômicos menores.

3 O FINANCIAMENTO DA INOVAÇÃO E O CONTEXTO DA ECONOMIA BASEADA NO CONHECIMENTO

Conforme já anotamos, num Estado de Direito, as prescrições que regulam o nosso comportamento devem ser responsivas aos desejos e às necessidades sociais. Com isso, compreender quais os possíveis desejos e necessidades de um determinado grupo atingido pela regra do Simples Nacional sob enfoque é um momento necessário do nosso intento crítico, já que é vital desvendar se há um proveito – e razão – para as *startups* fazerem uso do formato societário anônimo e de que forma tal comando normativo as atinge. Daí porque veremos, neste capítulo, o coeficiente que explica a adoção dessa roupagem societária pelo pequeno empreendedor: ela tem por objetivo acessar os recursos do capital de risco, enquanto modalidade de investimento própria ao financiamento das empresas emergentes e inovadoras portadoras de altos riscos e incertezas.

Inclusive, isso evita a presente pesquisa de se enveredar nas próprias reprovações aduzidas ao paradigma tributário tradicional, no sentido de tomar a norma jurídica como um texto sem sujeito e ausente de contexto e conflito social, sem qualquer preocupação com seus reflexos no mundo fático.

Nesse passo, aliás, uma advertência desde já não pode ficar sem registro: não é nossa intenção averiguar de forma detida e minuciosa qual a estrutura contratual ideal para organizar o investimento de capital de risco, nem analisar qual seria a melhor forma de participação que cada um dos agentes (empreendedores e investidores) poderia exercer na empresa ou, tampouco, pretendemos observar o instrumento mais adequado para entrada ou saída do financiador de risco. É preciso ter claro que, embora o nosso tema de estudo se aproxime do direito societário, ele não é o nosso tema de investigação por si só. Logo, será contraproducente que o leitor exija deste trabalho algo que desde o início não pode e, mais importante, nem pretende fornecer, até porque já foram feitos estudos aprofundados sob esses temas¹⁷¹.

¹⁷¹ Sobre estudos que correlacionam direito societário e capital de risco, aconselhamos ver os seguintes trabalhos: DA SILVA, Fernando César Nimer Moreira da Silva. **Venture capital**: valor da informação, riscos e instrumentos para sua mitigação. 2014. 178 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; NAKASONE, William Joji. **O financiamento das inovações por meio do venture capital**: adequação dos instrumentos jurídicos brasileiros. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; LABORATÓRIO DE EMPRESAS NASCENTES DE TECNOLOGIA (LENT). **Negócios de impacto social**: da estrutura da empresa nascente a sua aproximação com o poder público. São Paulo: FGV Direito SP, 2014. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/relatorio_-_lent_-_negocios_de_impacto_social.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016; SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**: persistência e dinâmica da atuação do BNDES em uma economia

A bem da verdade, o propósito de tangenciarmos a seara do direito societário é bem específico: demonstrar a importância da sociedade anônima de capital fechado e as consequências negativas que a expulsão desse tipo societário do Simples Nacional implica para a sobrevivência e a escalada das *startups*, ainda mais tendo em consideração as particularidades do financiamento à inovação nessas pequenas empresas recém-constituídas que sofrem com a escassez de recursos pela via tradicional de investimento. Nosso interesse envolve, portanto, e acima de tudo, apenas fornecer o arcabouço contextual e jurídico necessário para a boa compreensão acerca da PME no contexto do regime benéfico de tributação a ela voltado.

Cravada essa ressalva, dividimos este capítulo em três seções. A primeira consiste em situar a cena em que se encontra o objeto de estudo, de maneira a localizá-lo num novo paradigma tecno-econômico¹⁷²: o das tecnologias da informação, momento em que aproveitamos também para refletir brevemente acerca das inter-relações entre pequenas e grandes empresas nesse novo contexto. De sua vez, a parte subsequente lida com as peculiaridades do financiamento da inovação, principalmente no que toca às *startups*. Já o último tópico é dedicado a abordar os benefícios do mercado de risco para debelar as incertezas e os riscos inerentes às atividades inovadoras através de ferramentas jurídicas que viabilizam a capitalização mediante participação societária. Com isso, abrimos espaço para abordar como o regime societário da empresa emergente pode impactar a estruturação do capital e a escalada do negócio.

3.1 A economia baseada no conhecimento

Em linha com as ponderações já expostas na parte atinente à teoria crítica, pretendemos situar o presente trabalho dentro de uma experiência histórico-concreta, tendo como foco as restrições de ordem econômica e jurídica enfrentadas pelas pequenas empresas, vis-à-vis com o segmento das grandes firmas. Assim, antes de adentrarmos no objeto de

baseada no conhecimento. 2009. 326 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁷² Conforme explanam Helena Maria Martins Lastres e João Carlos Ferraz, o conceito de paradigma tecno-econômico “[...] indica o resultado do processo de seleção de uma série de combinações variáveis de inovações (técnicas, organizacionais e institucionais), provocando transformações que permeiam toda a economia e exercendo importante influência no comportamento da mesma. Três características definem um conjunto de inovações ou fatores-chave que se encontram no cerne de cada paradigma: amplas possibilidades de aplicação, demanda crescente e queda persistente do seu custo unitário. Cada novo *paradigma tecno-econômico* traz novas combinações de vantagens políticas, sociais, econômicas e técnicas, tornando-se o estilo dominante durante uma longa fase de crescimento e desenvolvimento econômico. [...] A combinação de inovações associadas à máquina a vapor, à energia elétrica e às tecnologias da informação são considerados exemplos de tais profundas transformações” (LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos. Economia da informação, do conhecimento e do aprendizado. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 32-33).

estudo propriamente dito, é necessário, por primeiro, precisar o contexto no qual ele se encontra, situando-o em determinado cenário socioeconômico.

Disto esclarecido, abrimos esta seção com a seguinte declaração: “Se a economia industrial era abastecida com o carvão e o minério de ferro, o combustível da economia atual é o conhecimento”¹⁷³. Aí está um prelúdio do que iremos tratar nesta parte: a conformação de um novo paradigma econômico que incorpora com maior intensidade o conhecimento nos processos produtivos, pelo que, e dessa maneira, confere maior ênfase à inovação como um fator estratégico de sobrevivência e competitividade para as empresas¹⁷⁴.

Dando um passo atrás, porém, cumpre antes estabelecermos alguns traços sumários do modelo anterior, qual seja, o fordista (que surgiu nas décadas de 1920/1930), com vistas a relevar o que particulariza e, portanto, diferencia a atual tendência de organização produtiva em relação a esse regime predecessor¹⁷⁵.

No que há de central, cabe pôr em evidência os cinco atributos resgatados por Mario Gomes Schapiro que dão condições de construir um quadro de referência sobre a dinâmica do fordismo. São eles:

- i) *uma determinada técnica produtiva*: consistia na racionalização máxima da produção, por meio de uma segmentação do processo produtivo, de modo a maximizar a divisão do trabalho, que se tornava um exercício rotineiro e repetitivo. Demais disso, o fracionamento das etapas produtivas viabilizava a introdução de máquinas com finalidades definidas, já que especializadas em um único tipo de produto. Ambos os fatores – segregação das etapas produtivas e o uso de máquinas especializadas – implicavam numa elevada produtividade industrial, porquanto resultava numa maior quantidade de produtos por unidade de tempo produtivo;
- ii) *um tipo específico de relação de trabalho*: os operários possuíam uma tarefa específica que não demandava uma alta qualificação. Ou seja, a produção em massa e seriada, baseada nas linhas de montagem e no desmembramento das

¹⁷³ Tradução livre: “If the industrial economy ran on coal and iron ore, the fuel of today’s economy is knowledge” (STAM, Erik; GARNSEY, Elizabeth W. *Entrepreneurship in the Knowledge Economy*. **Ssrn Electronic Journal**, [S.l.], p. 01-24, abr. 2007. p.01).

¹⁷⁴ LASTRES, Helena Maria Martins; CASSIOLATO, José Eduardo. Novas políticas na Era do Conhecimento: o foco em arranjos produtivos e inovativos locais. **Revista Parcerias Estratégicas**, Brasília, n. 17, p. 05-29, set. 2003. p. 07 e 10.

¹⁷⁵ Cabe ressaltar que, embora tenha sido suplantando pela economia do conhecimento, isso não quer dizer que o fordismo tenha deixado de ser vigente na atualidade (PASSOS, Carlos Arthur Krüger. Novos modelos de gestão e as informações. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 58-83. p. 60).

etapas de produção, era operada por trabalhadores com baixa qualificação profissional;

iii) *um correspondente modelo de eficiência*: como os meios de produção, físicos (máquinas e equipamentos) e humanos (força de trabalho), cumpriam tarefas específicas, rígidas e previamente estabelecidas, dava-se uma elevada escala de produção, o que estava associado a um subjacente modelo de eficiência. Assim, havia ganhos proporcionais conforme o aumento da quantidade de bens produzidos, o que configurava uma economia de escala;

iv) *um produto fabril característico*: a larga escala de produção e a segmentação das etapas de produção correspondiam à produção de bens padronizados;

iv) *e, por fim, um espectro de consumo*: tendo em conta que os bens padronizados eram ofertados de modo ampliado, era voltado, pois, a um consumo de massa.

Dessa forma, conjugando as considerações acima, torna-se possível esboçar o que Bob Jessop¹⁷⁶ denomina de ciclo virtuoso do crescimento fordista: a produção fundada numa economia de escala implicava em ganhos de produtividade; estes rendimentos ligados à produção, por sua vez, eram expressos num aumento de renda, o que significava ganhos salariais e decorrente aumento da demanda em massa; tudo o que gerava lucros em virtude da utilização total dos fatores de produção e da melhora dos equipamentos e técnicas produtivas.

Não obstante, a partir dos anos 1970/1980, essa confecção seriada de produtos e serviços começou a apresentar sinais de rigidez¹⁷⁷ e exaustão, de maneira a alcançar limites de sustentabilidade¹⁷⁸. Assim é que desse problema central ocupado pelo solapamento das bases fordistas – em que os mercados saturados não mais conseguiam absorver o ritmo de produção em massa – derivou um conturbado período de reestruturação econômica, social e política¹⁷⁹.

¹⁷⁶ JESSOP, Bob. **The Future of the Capitalist State**. Polity Press: Cambridge, 2002. p. 56.

¹⁷⁷ Interessante destacar que David Harvey atribui à rigidez grande parte dos problemas enfrentados pelo padrão fordista: “Na superfície, essas dificuldades podem ser melhor apreendidas por uma palavra: rigidez. Havia problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e de longo prazo em sistemas de produção em massa que impediam muita flexibilidade de planejamento e presumiam crescimento estável em mercados de consumo invariantes. Havia problemas de rigidez nos mercados, na alocação e nos contratos de trabalho (especialmente no chamado setor ‘monopolista’). [...] A rigidez dos compromissos do Estado foi-se intensificando à medida que programas de assistência (seguridade social, direitos de pensão etc.) aumentavam sob pressão para manter a legitimidade num momento em que a rigidez na produção restringia expansões da base fiscal para gastos públicos. [...] Por trás de toda a rigidez específica de cada área estava uma configuração indomável e aparentemente fixa de poder político e relações recíprocas que unia o grande trabalho, o grande capital e o grande governo no que parecia cada vez mais uma defesa disfuncional de interesses escusos definidos de maneira tão estreita que solapavam, em vez de garantir, a acumulação do capital” (HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural. Loyola: São Paulo, 2008. p. 135-136 e 140).

¹⁷⁸ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 129; LASTRES; FERRAZ, op. cit., 1999, p. 36.

¹⁷⁹ HARVEY, op. cit., 2008, p. 140.

Por decorrência, foram buscadas novas alternativas aptas a reanimarem o crescimento do sistema capitalista. Dentre as possibilidades de solução ao esgotamento do fordismo¹⁸⁰, a resposta veio numa nova forma particular de organização: dá-se a alteração do “[...] paradigma das tecnologias intensivas em capital e energia e de produção inflexível e de massa (baseada em energia e materiais baratos) para as tecnologias intensivas em informação, flexíveis e computadorizadas”¹⁸¹.

Outrossim, Pierre-André Julien¹⁸² não hesita em acentuar que, diferentemente do antigo paradigma, a nova economia não contempla a produção em massa relativamente homogênea capitaneada por grandes empresas. Ela, na verdade, reclama produtos heterogêneos para grupos de consumidores com necessidades diversas, sendo a produção feita tanto por pequenas como grandes firmas.

Inclusive, não é por outro motivo que David Audretsch e Roy Thurik retratam a transição de uma economia de gerenciamento – desenhada para fazer frente a produções de larga escala, tendo como fatores de produção o capital e a mão de obra (desqualificada) – para uma economia de empreendedorismo – em que o conhecimento é o mais importante fator de produção, de par com o capital empreendedor, enquanto capacidade para se lançar e gerar atividade empreendedora¹⁸³. Razão pela qual os ditos autores anunciam ainda a transformação de um cenário produtivo marcado pelos atributos da estabilidade, da certeza, da especialização e da homogeneidade para outro, calcado na flexibilidade, na inovação, na novidade e na diversidade.

Dessa feita, o fato relevante – e inegável – é o surgimento de novas práticas de produção, comercialização e consumo de bens e serviços e de competição entre os agentes, por meio uma crescente intensidade no uso de informação e conhecimento nesses

¹⁸⁰ É possível entrever dois tipos de causas para o solapamento das bases do fordismo: uma estrutural, correspondente aos problemas de excesso de produção e de saturação dos mercados consumidores com os produtos padronizados, e outras incidentais, quais sejam, os protestos sociais dos trabalhadores; a crise do sistema monetário internacional, edificado no fim da Segunda Guerra Mundial, em Bretton Woods; as crises do petróleo de 1973 e 1979; e o aumento de juros pelo *Federal Reserve* (Banco Central americano) (SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 131-133).

¹⁸¹ CASSIOLATO, José Eduardo. A economia do conhecimento e as novas políticas industriais e tecnológicas. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 164-190. p. 164.

¹⁸² JULIEN, Pierre-André. **Empreendedorismo regional e a economia do conhecimento**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

¹⁸³ AUDRETSCH, David; THURIK, Roy. **A Model of the Entrepreneurial Economy**. 1204. ed. Jena: Group Entrepreneurship, Growth And Public Policy, 2004. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/19957/1/2004-12.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p. 02 e 07.

processos¹⁸⁴. Tais práticas, por sua vez, sustentam-se em novos saberes e competências, em novos aparatos e instrumentais tecnológicos e novas formas de inovar e de organizar o processo produtivo¹⁸⁵.

A bem da verdade, “[...] informação e conhecimento sempre foram elementos cruciais no crescimento da economia, e a evolução da tecnologia determinou em grande parte a capacidade produtiva da sociedade [...], bem como formas sociais de organização econômica”¹⁸⁶, basta para tanto recordar a luz elétrica, o motor a combustão e outros exemplos que impactaram a produção industrial, no entanto, e isso é fundamental, atualmente, o conhecimento vem sofrendo drásticas mudanças, a ponto de transformar-se “[...] no sistema nervoso central do desenvolvimento social e político em todos os cantos do mundo”¹⁸⁷. A esse respeito, bem pondera David Harvey:

O acesso ao conhecimento científico e técnico sempre teve importância na luta competitiva; mas, também aqui, podemos ver uma renovação de interesse e de ênfase, já que, num mundo de rápidas mudanças de gostos e necessidades e de sistemas de produção flexíveis (em oposição ao mundo relativamente estável do fordismo padronizado), o conhecimento da última técnica, do mais novo produto, da mais recente descoberta científica, implica a possibilidade de alcançar uma importante vantagem competitiva¹⁸⁸.

De tudo quanto exposto, e reordenando as ponderações até aqui colocadas, somos forçados a concluir, portanto, que um novo ciclo virtuoso agora é formado: a produção flexível gera uma produtividade crescente baseada numa economia de escopo e em processos de inovação; com isso, a renda dessa produtividade confere uma remuneração elevada aos trabalhadores especializados com alta qualificação, os quais, por conseguirem arcar, aumentam a demanda através do consumo de produtos diferenciados e, por isso, trazem lucros fundados em inovações, tecnologias e no uso máximo da capacidade flexível; como decorrência, tais lucros são reinvestidos em equipamentos produtivos mais flexíveis ou em técnicas e/ou novos conjuntos de produtos diversificados, os quais viabilizam uma nova rodada de destruição criativa e o alcance de novos nichos de mercado¹⁸⁹.

¹⁸⁴ LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita. Chaves para o terceiro milênio na era do conhecimento. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 07-26. p. 08.

¹⁸⁵ Ibid., 1999, p. 08.

¹⁸⁶ CASTELLS, op. cit., 1999. p. 120.

¹⁸⁷ ARBIX, Glauco et al. **Inovação: estratégia de sete países**. Brasília: Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, 2010. 343 p. (Cadernos da Indústria ABDI, 15). Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016, p. 75.

¹⁸⁸ HARVEY, op. cit., 2008, p. 151.

¹⁸⁹ JESSOP, op. cit., 2002, p. 99-100.

No que segue, as empresas competidoras - que fundam a sua concorrência em conhecimento - sofrem constantes e permanentes pressões para inovarem não só tecnologicamente como em outras áreas que incidem, direta ou indiretamente, sobre a sua taxa de lucro¹⁹⁰.

Nesse compasso, essa sorte de considerações nos conduz impreterivelmente à teoria de Joseph Schumpeter, que assume uma importância cada vez maior na sociedade do conhecimento. Afinal, ele foi o primeiro teórico a colocar no centro do palco econômico capitalista a inovação, que teria o condão de criar rupturas no processo produtivo capitalista, tendo como agente provocador dessas mudanças o empreendedor, através do processo de destruição criativa. Nesse sentido, John Bellamy Foster bem sintetiza a visão schumpeteriana:

A chave para uma análise do capitalismo, que Schumpeter entendia como sendo inseparável da existência de mudança constante, foi compreender como ele destruiu e, ao mesmo tempo, recriou a si mesmo. Schumpeter, então, via o desenvolvimento econômico consistindo naquilo que chamou, em Capitalismo, Socialismo e Democracia, de "destruição criativa". Na economia capitalista não é a concorrência de preços, mas sim a concorrência envolvendo novas combinações dos recursos existentes é que conta. A atividade econômica mais frutífera, Schumpeter nos diz, não ocorreu mediante uma contínua adaptação, mas através de revoluções no meio produtivo. O empreendedor introduz revoluções nos meios de produção por meio de novas combinações dos meios produtivos existentes. "Ele" substitui, por exemplo, a diligência com a ferrovia e no processo gera nova demanda adicional e abre novos mercados¹⁹¹.

Como se percebe, para Joseph Schumpeter, o desenvolvimento econômico é alcançado por meio de novas combinações e, nesse intento, o Manual de Oslo¹⁹² da OCDE - referencial conceitual mundialmente adotado - discrimina quais são os seus tipos: i) inovação de produto; ii) inovação de processo; iii) inovação organizacional; e iv) inovação de marketing. Disso, nota-se que a inovação não se limita a régua estreita das altas tecnologias. Nos dias atuais, ela refere-se também aos pequenos avanços, tais como: a cópia e imitação, os processos de aprendizagem e as transformações organizacionais, de processo, de logística, de

¹⁹⁰ JESSOP, op. cit., 2002, p. 113; SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 147.

¹⁹¹ Tradução livre: "The key to an analysis of capitalism, which Schumpeter understood as being inseparable from the existence of constant change, was to comprehend how it destroyed and, at the same time, recreated itself. Schumpeter, then, viewed economic development as consisting of what he called in Capitalism, Socialism and Democracy, 'creative destruction'. In the capitalist economy it is not price competition but rather competition involving new combinations of existing resources that counts. The most fruitful economic activity, Schumpeter tells us, has not occurred through continuous adaptation but through revolutions in productive means. The entrepreneur introduces revolutions in the means of production through new combinations of existing means of production. 'He' replaces, for example, the stagecoach with the railroad and in the process generates new, additional demand and opens new markets" (FOSTER, John Bellamy. The political economy of Joseph Schumpeter: a theory of capitalist development and decline. **Studies in Political Economy**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 05-42, 1984. p. 08).

¹⁹² OCDE; EUROSTAT (Org.). **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. [S.l.]: Finep, 2005. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 23.

marketing e de novos modelos de negócios¹⁹³. Vale dizer, a inovação trata-se antes de mais nada de alterações (incrementais ou radicais¹⁹⁴) que são introduzidas no mercado ou em processos de produção¹⁹⁵.

Mas com isso não temos tudo por esgotado. Para a nossa questão condutora, cumpre indagar ainda como se dão as estratégias produtivas das pequenas empresas nesse novo regime de acumulação. Isto é, do que trata agora é de saber quais as possibilidades de nascimento e sobrevivência de uma empresa de pequena dimensão na estrutura da produção emergente centrada na inovação.

3.1.1 Modificação da organização corporativa no novo paradigma produtivo

De proêmio, fazemos notar que, no começo da conformação do novo padrão produtivo, como apontam David Audretsch e Roy Thurik¹⁹⁶, alguns pensadores chegaram a prever um papel economicamente fútil para as empresas de pequena monta. Entretanto, a despeito dessa forma de pensar ainda ser propagada hoje na forma de declarações como “O agente fundamental do processo de inovação continua a ser a empresa, em especial de grande porte”¹⁹⁷, isso ocorre de forma mais amenizada e com olhos não tão míopes, pois esses mesmos defensores dos empreendimentos maiores não desconsideram que, com o intuito de compartilhar os riscos de investimentos em inovação e por sua flexibilidade, o “[...] empreendedorismo e a criação de pequenas e médias empresas também têm sido incentivados [...]”¹⁹⁸.

Pois, com efeito, há uma ênfase cada vez maior no empreendedorismo e em seu instrumento específico, a inovação, tendo por base justamente a entrada de pequenas

¹⁹³ ARBIX, et al, op. cit., 2010, p. 71.

¹⁹⁴ No que toca a essa classificação, bem explana Glauco Arbix: “(1) *Inovações radicais* são as que provocam discontinuidades no mercado e na tecnologia estabelecida, simultaneamente. Ocorrem raramente. E, quando ocorrem, deflagram um processo de destruição criativa, com a segregação ou mesmo supressão da infra-estrutura estabelecida. [...] (2) *Inovações incrementais* são as que melhoram, adaptam, refinam ou aperfeiçoam um bem a partir de tecnologias e produtos maduros e estabelecidos. Constituem a maior parte dos processos inovadores e não provocam discontinuidades no nível macro. São importantes porque permitem aumentar a competitividade das empresas em mercados maduros. Para muitas empresas, esse tipo de inovação é essencial para manter e mesmo ampliar sua participação no mercado. Frequentemente, esse tipo de inovação surge mesclado na coleta de dados com o grupo das imitações (ARBIX, Glauco. **Inovar ou inovar: a indústria brasileira entre o passado e o futuro**. São Paulo: Papagaio, 2007. p. 109).

¹⁹⁵ É importante que se esclareça a diferença entre inovação, invenção e criatividade: “A invenção apoia-se em teorias, princípios, estando na maior parte das vezes ligada a laboratórios. Ela implica novidade, diferentemente da inovação, que é o mais das vezes combinada ao que é conhecido. A criatividade, por sua vez, é a busca de novas ideias que deverão ser em seguida verificadas e desenvolvidas. A inovação é nova como resultado, tanto em seu uso como em sua aplicação” (JULIEN, op. cit., 2010, p. 242-243).

¹⁹⁶ AUDRETSCH; THURIK, op. cit., 2004, p. 01.

¹⁹⁷ ARBIX, op. cit., 2007, p. 38.

¹⁹⁸ Ibid., p. 39.

empresas na economia¹⁹⁹. Colocando nos termos de David Audretsch e Roy Thurik²⁰⁰, o papel das empresas novas e menores mostra-se surpreendentemente diferente na economia empreendedora em comparação à economia gerenciada: agora elas são tomadas como o motor de crescimento econômico.

Igualmente endossa esse posicionamento Mario Gomes Schapiro²⁰¹, para quem um dos atributos trazidos pelo novo paradigma é exatamente a diversidade das formas corporativas. Vai daí que se antes, no padrão fordista, o foco era a atuação das grandes empresas, agora, ao lado destas unidades produtivas maiores, figuram as empresas emergentes e diminutas que são capazes de inovar em produtos ou processos relevantes para a dinâmica econômica de seus mercados, de modo a alterar a composição concorrencial destes setores.

O ponto de convergência sobre as novas prerrogativas das pequenas empresas advém de sua flexibilidade, enquanto traço caracterizador e contraposto ao das grandes corporações. Por certo, a proximidade com o mercado e a simplicidade de suas organizações proporciona uma maior flexibilidade às empresas menores, tornando o seu tempo de reação e adaptação às flutuações do mercado e às oscilações de demanda bem mais céleres em comparação às outras unidades produtivas, além de permitir uma estratégia mais maleável²⁰².

Com fulcro em tais anotações, Renata Lèbre La Robere²⁰³ chama a atenção para o fato de que a reestruturação do sistema produtivo viabiliza, na verdade, a coexistência de dois sistemas de produção diversos: em alguns setores, a confecção em grande escala continua, com uma maior diferença da produção; enquanto em outras áreas, predomina o modelo de especialização flexível e é neste último que se enquadra a MPE.

Todavia, mais um aspecto precisa ser adicionado e ressaltado: falta incluir nesse cenário as articulações das pequenas com as grandes empresas, bem como as suas funções dentro do processo de acumulação de capital, afinal, retomando algo que já dissemos antes, o presente trabalho não toma a MPE como se fosse um fenômeno autônomo na realidade econômica. Ao revés, aqui, colocamos as microestruturas empresarias numa dinâmica em que ela se relaciona com outras unidades produtivas, dentro de um contexto socioeconômico e político.

¹⁹⁹ MCDANIEL, BRUCE A. A survey on entrepreneurship and innovation. *The Social Science Journal*, v. 37, n. 2, p. 277–284, 2000. p. 277.

²⁰⁰ AUDRETSCH; THURIK, op. cit., 2004, p. 02.

²⁰¹ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 148.

²⁰² JULIEN, op. cit., 2010, p. 146-147.

²⁰³ LA ROVERE, Renata Lèbre. As pequenas e médias empresas na economia do conhecimento: implicações para políticas de inovação. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p.145-163. p. 145.

Em assim sendo, de par com as observações acima atinentes à exaltação dos pequenos projetos no processo de inovação, concorre uma outra: a dominação dos empreendimentos maiores mesmo neste novo regime de acumulação²⁰⁴. No que também a afirmação, a partir dessa assertiva, de que o grande capital reduz as unidades menores a funções de dependentes e subordinadas ou complementares a ele. Algo que na mesma linha pode ser colhido em Manuel Castells:

Então, ao mesmo tempo, é verdade que as empresas de pequeno e médio porte parecem ser formas de organização bem adaptadas ao sistema produtivo flexível da economia informacional e também é certo que seu renovado dinamismo surge sob o controle das grandes empresas, as quais permanecem no centro da estrutura do poder econômico na nova economia global. Não estamos testemunhando o fim das poderosas empresas de grande porte, mas estamos, sem dúvida, observando a crise do modelo corporativo tradicional baseado na integração vertical e no gerenciamento funcional hierárquico: o sistema de “funcionários e linha” de rígida divisão técnica e social do trabalho dentro da empresa²⁰⁵.

De modo que para a entrada e a sobrevivência das pequenas empresas inovadoras no processo de inovação, das duas, uma: ou elas se situam em áreas não abrangidas pelo interesse do grande capital ou, por outro lado, atuam de forma complementar e/ou em esquemas de parcerias e redes²⁰⁶. Essas são, em suma, as condicionantes que devem ser analisadas pelos pequenos empreendedores para fins de criarem condições de nascimento, persistência e expansão no novo paradigma.

Não é demais insistir que todo o exposto não implica em afirmar que as pequenas empresas estão fadadas a desaparecerem. O que queremos dizer é que, no paradigma do conhecimento, verifica-se uma abertura de janelas de oportunidades bem delineadas que permitem a complementariedade do pequeno capital no mercado de inovação.

²⁰⁴ Nesse registro, é interessante destacar que, para explicar atuação ora de uma pequena empresa e ora de uma grande empresa, há autores da economia da inovação que fazem uso do conceito de regimes tecnológicos através das dinâmicas “destruição criadora” (*Schumpeter Mark I*) e “acumulação criativa” (*Schumpeter Mark II*). Como exemplo, trazemos o seguinte trecho: “Schumpeter Mark I is characterised by ‘creative destruction’ with technological ease of entry and a fundamental role played by entrepreneurs and new firms in innovative activities. New entrepreneurs come in an industry with new ideas and innovations, launch new enterprises which challenge established firms and continuously disrupt the current ways of production, organisation and distribution, thus wiping out the quasi-rents associated with previous innovations. Schumpeter Mark II is instead characterised by ‘creative accumulation’ with the prevalence of large established firms and the presence of relevant barriers to entry to new innovators. With their accumulated stock of knowledge in specific technological areas, their competencies in R&D, production and distribution and their relevant financial resources, large established firms create relevant barriers to entry to new entrepreneurs and small firms” (BRESCHI, Stefano; MALERBA, Franco; ORSENIGO, Luigi. Technological Regimes and Schumpeterian Patterns of Innovation. *The Economic Journal*, [S.l.], v. 110, n. 463, p. 388-410, abr. 2000. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-0297.00530/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017. p. 389).

²⁰⁵ CASTELLS, op. cit., 1999. p. 214.

²⁰⁶ VERSIANI, Ângela França; GUIMARÃES, Liliane de Oliveira. A criação de empresas de base tecnológica: a influência das incubadoras na constituição dos novos negócios. In: ENCONTRO DE ESTUDOS SOBRE EMPREENDEDORISMO E GESTÃO DE PEQUENAS EMPRESAS, 3, 2003, Brasília. *Anais...* Brasília: UEM/UEL/UnB, 2003, p. 142-160. p. 146.

Assim sendo, admitida a hipótese de que o novo padrão marca uma tendência da empresa contemporânea voltar-se à plantas produtivas de pequena dimensão – e parece que existem evidências suficientes para sustentá-la – infere-se a especial relevância da protagonista dos nossos estudos: a *startup*, que representa, por excelência, esse novo cenário, pois tem como único objetivo comercial explorar oportunidades com potencial inovador, de alto valor agregado e elevado potencial de crescimento. Dessa forma é que se observa a sua maior capacidade em romper o *status quo* vigente, alterando a composição concorrencial dos setores em que está envolvida.

Quer isso dizer, em resumo, que o novo modelo de empreendedorismo, capaz de comercializar ideias, resulta no arquétipo das *startups*, que se desenvolvem com agilidade e potencial de se transformarem em uma empresa com alto nível de crescimento²⁰⁷. Também comunga desse entendimento Mario Gomes Schapiro ao lançar luz às circunstâncias que justificam a relevância destas empresas emergentes:

A formação deste universo de competidores, que lastreiam a sua rivalidade em conhecimento, e não apenas em custos, conta justamente com o desempenho das firmas novas. A geração de um mercado dinâmico pressupõe as empresas não como um instrumento de gestão da demanda existente, como no *fordismo*, mas como um fator indutor de uma nova competição. Em outros termos, a viabilidade deste ambiente dinâmico pressupõe o florescimento constante de novas empresas emergentes, portadoras de futuro e dispostas a desenvolver novos produtos e novos processos. Trata-se das chamadas firmas *start-ups*, organizadas em torno de concepções e propostas produtivas, muitas vezes desenvolvidas em ambientes de pesquisa, como incubadoras universitárias²⁰⁸.

Nesse concerto de ideias, o que se percebe é a trajetória de inserção das *startups* por meio de novos nichos, ou seja, elas exploram as dobras do mercado não (ou indevidamente) exploradas ou negligenciadas pelas grandes empresas, de maneira a desenvolver novos mercados²⁰⁹. Aí está o caráter complementar entre as unidades produtivas: são nos espaços abertos pela grande empresa, por motivos de segurança e planejamento, que oportunizam a atuação dos pequenos empreendedores empenhados no processo de inovação²¹⁰.

²⁰⁷ DORNELAS, José; TIMMONS, Jeffry A.; SPINELLI, Stephen. **Criação de novos negócios: empreendedorismo para o século 21**. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 76.

²⁰⁸ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 147.

²⁰⁹ VERSIANI; GUIMARÃES, op. cit., 2003, p. 146.

²¹⁰ É o que Edith Penrose chama de interstícios negligenciados pela grandes empresas: “The productive opportunities of small firms are thus composed of those interstices left open by the large firms which the small firms see and believe they can take advantage of. If enough small firms judge their prospects reasonably correctly and act accordingly, then the rate of growth of the economy will exceed the rate of growth of the large firms. And if the existing small firms are unable or unwilling to fill all the interstices, there will be scope for the successful creation of new firms. Plainly, we have here a variant of the longfamiliar principle of comparative advantage: given limited resources, a firm that has an advantage over others in numerous fields of activity will find its most profitable expansion in those fields where its advantage is greatest. Essentially the interstices are created because there is a limit on the rate of expansion of every firm, including the larger ones; the nature of the

Por derradeiro, desnecessário detalhar que, embora pequena empresa e *startup* sejam dois conceitos distintos²¹¹, há uma forte relação entre ambos. Afinal de contas, grande parte das *startups*, ao iniciarem as suas atividades, começam justamente como pequenas. Isso se coaduna, aliás, com o seu próprio perfil único, porquanto são simultaneamente pequenas e jovens²¹². E é justamente nesse inter-relacionamento entre *startup* e unidade de pequena monta que recai o nosso foco²¹³.

3.1.1.1 As pequenas empresas emergentes (*startups*)

Preliminarmente, desde já avisamos que a definição de *startups* não se mostra uma tarefa fácil, porquanto não há uma concepção homogênea ou padronizada sobre quais seriam os atributos que a qualificariam como tanto. Donde, somos forçados a realizar uma descrição amalgamada, eis que resultante de um conjunto de fontes.

Disto esclarecido, e realizando uma aproximação mais superficial, o conceito de *startup* corresponde a uma empresa em fase de constituição, ou seja, trata-se da simples operação de abrir um negócio. Todavia, essa expressão, abarca um fenômeno muito mais complexo: ela é referenciada às empresas recém-estabelecidas que buscam desenvolver, produzir e vender produtos ou serviços decorrentes de atividades centradas em inovação ou, em palavras mais curtas, faz alusão àquelas novas iniciativas empresariais que desenvolvem suas atividades operacionais com foco na inovação e no crescimento²¹⁴.

Por sua vez – e de modo a parecer como uma implicação decorrente da própria natureza das atividades a que se dedicam, centradas em inovações, geralmente não testadas no mercado – vê-se que a *startup* é imersa em mares negociais de extrema incerteza e alto risco,

interstices is determined by the kind of activity in which the larger firms find their most profitable opportunities and in which they specialize, leaving other opportunities open (PENROSE, Edith. **The Theory of the Growth of the Firm**. New York: Oxford, 2009. p 195-196).

²¹¹ É comum a confusão entre pequenas empresas e negócios empreendedores, como as *startups*. É preciso ter em mente que os donos de pequenos negócios se distinguem fortemente de empreendedores no que diz respeito às seguintes características: versatilidade, levantamento de investimentos, ambição, capacidade inovadora, julgamento, criação de demanda, vontade de expandir os negócios e habilidade gerencial. Em suma, o empreendedor assume predisposição ao risco na esperança de ter ganhos maiores, ou seja, ele empenha esforços e recursos em atividades especulativas e incertas (PENROSE, op. cit., 2009, p. 28-37).

²¹² SAUERMAN, Henry. Fire in the Belly? **Employee Motives and Innovative Performance in Startups versus Established Firms**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2017. (série NBER Working Paper, 23099). Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w23099.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017. p.01.

²¹³ Essa nuance é de suma relevância para o desenvolvimento do presente trabalho, à medida que é justamente o fato de as *startups* nascerem, grande partes das vezes, como pequenas empresas que atrai a nossa atenção, focada que estamos numa análise crítica das prescrições jurídicas em relação às unidades produtivas de pequeno porte.

²¹⁴ Tradução livre: “We define “*startups*” as new entrepreneurial initiatives focused on innovation and growth” (ALAI, Marco; PISONI, Alessia; ONETTI, Alberto. Factors influencing the fund raising process for innovative new ventures: an empirical study. **Journal of Small Business and Enterprise Development**, [S.l.], v. 23, n. 2, p. 363-378, 16 maio 2016. p.363, nota de rodapé 1).

porquanto “[...] não há como afirmar se aquela ideia e projeto de empresa irão realmente dar certo – ou ao menos se provarem sustentáveis”²¹⁵. É o que também coloca a descoberto Eric Reis ao conceituá-la como “[...] uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”²¹⁶.

Em outro ângulo, Joaquim Torres põe em relevo outra particularidade destas empresas nascentes: consiste no ensaio de tentativa e erro no qual os empreendedores testam as suas ideias. Disso, para o autor:

*Startup é um experimento, você deve experimentar para encontrar a solução para o problema de seus clientes e para garantir que esses clientes vão lhe gerar o retorno financeiro suficiente para que você continue oferecendo essa solução. Quando você achar que não deve mais experimentar, ou que deve diminuir o ritmo de suas experiências, provavelmente você já encontrou um retorno mensal dentro do que você esperava e nesse momento você estará fazendo a transição de *startup* para um negócio*²¹⁷.

Vai daí que ponderações dessa ordem nos permitem compreender as seguintes afirmações feitas por Bob Dorf e Steve Blank²¹⁸: enquanto as empresas estabelecidas executam modelos de negócios nos quais os consumidores, os problemas e as características necessárias dos produtos são conhecidos de antemão; as *startups*, ao revés, operam no “modo pesquisa” (*search mode*), vez que precisam provar e testar cada uma das hipóteses de seus fundadores (tais como: quais seriam os potenciais consumidores e os atributos dos produtos/serviços que atrairiam a atenção deles), tudo com o fito de encontrar um modelo de negócios lucrativo, repetível e escalável.

Neste tocante, a replicabilidade refere-se a um aspecto inovador, no sentido de que a *startup* abre um mercado em que outras empresas (tanto novas, como estabelecidas) vão se apressar em alcançar, seja para replicar um modelo ou tecnologia, seja para integrar um novo mercado²¹⁹; a seu turno, a escalabilidade traduz o desejo destas empresas em crescer rapidamente dentro de um modelo exponencial, com o intuito de “[...] conseguir investimentos, eficiência produtiva e alcançarem alta rentabilidade e um rápido retorno financeiro”²²⁰.

²¹⁵ GITAHY, Yuri. O que é uma *startup*? **Exame**, São Paulo, 3 fev. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>>. Acesso em: 17 out. 2016. p. 01-02.

²¹⁶ RIES, Eric. **A Startup Enxuta**. São Paulo: Lua de Papel, 2012. p. 13.

²¹⁷ TORRES, Joaquim. **O Guia da Startup**. São Paulo: Casa do Código, 2012. p. 15.

²¹⁸ DORF, Bob; BLANK, Steve. **The startup owner's manual: the step-by-step guide for building a great company**. Pescadero: K&S Ranch, 2012. p. 54.

²¹⁹ DAHAN, Alexandre Jacob. **Operational functions for innovative startups in France**. 2016. 80 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. p. 15.

²²⁰ VICTORAZZO, Ville et al. Análise da escalabilidade em novos negócios. **Revista Fatec Sebrae em Debate: gestão, tecnologias e negócios**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 129-148, jan. 2014. Disponível em:

Por fim, em uma abordagem mais geral, tal organização empreendedora pode ser definida, ainda, como sendo “[...] um grupo de pessoas que buscam um modelo de negócios inovador e escalável, de baixo custo, crescimento rápido e capaz de gerar receitas significativas em um curto intervalo de tempo”²²¹.

Tudo o que se pode resumir, como que num epílogo, na seguinte afirmação: as *startups* são empresas emergentes – grande parte das vezes de pequeno porte – que buscam desenvolver atividades ligadas ao processo de inovação, razão pela qual enfrentam um ambiente de grande incerteza. Se esta situação pode até demonstrar uma certa negatividade, por outro lado, sugere também um potencial de gerar altas receitas num curto espaço de tempo, tendo em conta os seus atributos de escalabilidade, repetitividade e baixos custos de manutenção.

De outro revés, importa registrar, também, que muitas *startups* fracassam logo nos seus primeiros anos de vida²²². E, dentre as questões evidenciadas para esta alta mortalidade, sobressai-se a deficiência na captação de recursos financeiros necessários à alavancagem deste tipo de negócio²²³. Em um apontamento certo, Tales Andreassi e Eduardo Siqueira²²⁴

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjh0Km6oaLUAhVGfZAKHWeEDdwQFggnMAA&url=http://revista.fatecsebrae.edu.br/index.php/em_debate/article/view/19&usq=AFQjCNGnCiUKVSP8Z6hqVMW-iv52j1Jwog&sig2=0ug5RqHTOi2fetEFIYV9UA>.

Acesso em: 08 ago. 2016. p. 131.

²²¹ GOMES, Daniel Teodoro et al. Apresentação do processo de formação da estratégia: um estudo de caso em empresa inovadora. **Revista de Administração da UFSM**, [S.l.], v.5, n. 3, p. 413-438, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5902/198346597192>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p. 422.

²²² As pesquisas e as estatísticas tocantes à mortalidade divergem em termos de números exatos de fracasso e sobrevivência das *startups*. Entretanto, elas convergem no ponto acerca do alto índice de morte destas empresas. Fornecendo uma noção desse quadro, a Fundação Dom Cabral avaliou o tempo médio de sobrevivência das *startups* brasileiras, em que, pelo menos: 25% delas morrem com um tempo menor ou igual a um ano; 50% morrem com um tempo menor ou igual a quatro anos; e 75% morrem com um tempo menor ou igual a treze anos (ARRUDA, Carlos et al. **Causas da mortalidade de startups brasileiras: o que fazer para aumentar as chances de sobrevivência no mercado?**. [S.l.]: Fundação Dom Cabral, 2014. Disponível em: <https://www.fdc.org.br/blogspacodialogo/Documents/2014/causas_mortalidade_startups_brasileiras.pdf>.

Acesso em: 01 jun. 2017. p. 09). Já a *Startup Farm*, maior aceleradora da América Latina, fez um levantamento semelhante, por meio de 191 empresas do seu portfólio entre 2011 e março de 2016. O estudo apontou que 74% das *startups* nacionais fecham após cinco anos, enquanto 67% encerram suas atividades entre dois a cinco anos de funcionamento e 18% em até dois anos de operação (BIGARELLI, Barbara. 74% das *startups* brasileiras fecham após cinco anos, diz estudo. **Época Negócios**. [S.l.], jul. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/empreendedorismo/noticia/2016/07/74-das-startups-brasileiras-fecham-apos-cinco-anos-diz-estudo.html>>. Acesso em: 05 ago. 2016).

²²³ STUCKI, Tobias. Success of start-up firms: the role of financial constraints. **Industrial And Corporate Change**, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 01-40, 14 mar. 2013. p. 01; RAMALHO, Caio. **Toward a venture capital-backed entrepreneurship model in Brazil**. 2010. (Série EAESP – GVcepe – Working Papers). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13455/SSRN-id1961622%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 ago. 2016. p. 01.

²²⁴ ANDREASSI, Tales; SIQUEIRA, Eduardo Madureira Rodrigues. The funding of new technology-based firms in Brazil. **International Journal of Entrepreneurship and Innovation Management**, [S.l.], v. 6, n. 4/5, p. 369-382, 2006. p. 369.

relacionam justamente a ausência de financiamento como uma das principais causas de óbito precoce destas empresas emergentes.

Dessa forma, em jeito de uma síntese, a questão paradoxal que se coloca é a seguinte: de modo geral, a empresa recém-estabelecida está associada a uma necessidade de capital que excede a capacidade financeira do pequeno empreendedor em custear a própria ideia inovadora²²⁵ e é daí que se entrepõe um enorme embaraço à *startup*, eis que o tão indispensável aporte de recurso externo – para sair da fase inicial do negócio e, efetivamente, colocar o produto/serviço no mercado – mostra-se escasso para esse tipo de atividade marcada pelo alto risco e incerteza.

Com isso, à vista de considerações como essas, temos por revelado toda a importância do ambiente no qual está inserida a empresa de pequena monta, já que as condicionantes externas interferem na viabilidade de existência e crescimento do empreendimento. É o que nos ensina Frederico Robalinho de Barros²²⁶ ao classificar a dificuldade de acesso ao crédito pelas pequenas empresas como uma força restritiva de natureza extrínseca, que está fora do controle das organizações.

Nesse compasso, a conclusão a ser tirada, à evidência, é que a insuficiência em captar recursos, enquanto variável externa à firma, forma uma trava de difícil superação para a empresa emergente, de modo a resultar em mais uma situação de desigualdade com as corporações maiores. Por certo, sendo mais precisos nesse ponto, enquanto as empresas de menor porte enfrentam pesados embaraços no que se refere às possibilidades de captação de investimentos para os seus projetos (e isso é tanto mais verdadeiro à pequena envolvida com o desenvolvimento de inovações, caracterizado pela incerteza e por longos prazos de maturação); vê-se que, de revés, as grandes firmas não passam pelos mesmos percalços, já que possuem condições de dotarem recursos próprios (via receitas acumuladas ou lucros retidos), além de possuírem fácil acesso ao mercado financeiro²²⁷.

Posta nesses termos, portanto, a adversidade enfrentada pelas *startups* em conseguir aportes externos de dinheiro culmina, como uma nota essencial, que também sejamos obrigados a reconhecer que o tratamento do empreendedor como uma figura heroica pronta a

²²⁵ ALAIA; PISONI; ONETTI, op. cit., 2016, p.363.

²²⁶ DE BARROS, Frederico Robalinho. **Pequena e média empresa e política econômica: um desafio à mudança**. Rio de Janeiro: Apec, 1978. p. 24-27.

²²⁷ PINTO, Luciane F. Gorgulho. Capital de risco: uma alternativa de financiamento às pequenas e médias empresas de base tecnológica – o caso do Contec. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 151-184, jun. 1997. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11176/1/RB_07_Capital_de_risco_-_uma_alternativa_de_financiamento_às_pequenas_e_médias_empresas_de_base_tecnológica_P_BD.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016. p. 152.

vencer todas as dificuldades à sua frente por meio de esforço e genialidade precisa ser atravessado com certo cuidado.

O principal ganho dessa postura é aludir ao perigo da visão que se baseia na estimulação do pequeno empreendedor como uma disposição individual e puramente econômica. Não sem razão Glauco Arbix²²⁸ impõe como simplista a noção predominante de empreendedorismo que coloca em seu centro a capacidade de aproveitar as oportunidades e a introdução de novas ideias no mercado, tudo por meio de empresas recém-criadas que dariam substância ao ato empreendedor. Essa perspectiva de enxergar o empreendedor como um protótipo de *homo economicus* induz a um comportamento enviesado²²⁹, já que deixa de evidenciar (para não dizer, ocultar) os fatores externos que influenciam o desenvolvimento do negócio e as condições de inserção da pequena empresa na reestruturação produtiva.

Que fique claro, pois: em consonância até com a premissa crítica fundadora do presente trabalho²³⁰, que busca desvelar o que está por trás de premissas tomadas como verdades únicas, o que queremos alertar é o fato de que o empreendedorismo é uma empreitada difícil e de alto risco. Somente tendo consciência desses fatores e limitações externos, evita-se não só que um indivíduo sem planejamento estratégico e pormenorizado dos riscos da atividade empresarial se lance na empreitada e perca economias guardadas por longo tempo de trabalho; como também permite que aquele que se aventure na criação de uma empresa inovadora (fato esse, diga-se de passagem, com importância econômica e social para

²²⁸ ARBIX, op. cit., 2007, p. 136-137.

²²⁹ Por pertinente, nesse ponto, trazemos a seguinte passagem de Marcos Antonio Madeira De Mattos Martins: “*Startup*, ao contrário do que pregam a maioria de seus idealizadores, consiste não somente na criação de uma empresa com absorção da ideia inovadora, mas contempla toda responsabilidade do empresário oriunda do exercício da atividade econômica organizada. Chegam aos trabalhadores, diuturnamente, sobretudo aos empregados que trabalham nos setores de inovação de produtos, informações distorcidas sobre *startups* que acabam seduzindo os usuários que não tem noção do risco do negócio. [...] Em nenhum momento é apresentado aos trabalhadores ou usuários desses tipos de informações expostas em feiras de novos negócios, os riscos da abertura, os custos de manutenção a médio e longo prazo e a forma de manutenção do negócio. Como empreendedor, o empresário possui riscos econômicos, ambientes, fiscais, laborais, previdenciários, administrativos e regulatórios. Ao empreendedor que inicia uma empresa – modelo *startup* – comumente é entregue uma falsa ideia de sucesso com extrema rapidez, pouco esforço e risco zero. O perigo que ronda o trabalhador pouco informado é que *startup* é um negócio como outro qualquer, com diferença, apenas, na setorização do ramo econômico e no ineditismo do negócio a ser explorado” (MARTINS, Marcos Antonio Madeira De Mattos. Precarização do trabalho humano e as armadilhas das *startups*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Brasília. **Anais...** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 233-252. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/27tk8s9x/gh37XW1hB8H7ySL8.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2017. p. 248).

²³⁰ Esclarecemos que não é nossa intenção analisar o resgate de contribuições da teoria crítica sobre o empreendedorismo, em que pese a ser essa uma discussão valiosa. Os interessados poderão encontrar referências em: VERDUIJN, Karen et al. Conceptualizing dimensions of criticality in entrepreneurship studies. **International Journal of Entrepreneurial Behaviour & Research**, [S.l.], v. 20, n. 2, p. 98-107, 2014. p. 98-107; TEDMANSON, Deirdre et al. Critical perspectives in entrepreneurship research. **Organization**, [S.l.], v. 19, n. 5, p. 531-541, set. 2012. p. 531-541; RINDOVA, Violina; BARRY, David; KETCHEN JUNIOR, David J.. Entrepreneurship as emancipation. **Academy of Management Review**, [S.l.], v. 34, n. 3, p. 477-491, 2009.

o país) deixe de ser um brinquedo de forças estranhas e passe a ver a si mesmo como agente do processo político, com potencial de luta para extirpar, ou ao menos amenizar, as condições limitantes que lhe são impostas. Em conclusão, trazemos a seguinte passagem de Carlos Alex Cypriano que segue em sintonia com o nosso posicionamento:

Não se trata de questionar a atividade inovativa, ato criativo subjetivo e individual por excelência e não sujeito aos limites impostos por qualquer hierarquia organizacional, nem a identificação do sujeito inovador com o empresário pequeno e/ou novo que se comporta economicamente em direção ao lucro empresarial e ao crescimento. Estes são os dois componentes que permitem essa associação entre inovação e PE. No entanto, não se pode igualmente aduzir a inovatividade como algo possível de ser desenvolvido ou apropriado em qualquer circunstância pelo ato de vontade de qualquer agente, mesmo considerando as diversas formas e meios de desenvolvimento e aplicação de inovações. Apenas tais disposições individuais não são suficientes. As estruturas institucionais, além das crises influem na configuração do processo inovativo [...]²³¹.

Depois de tudo o que dissemos, claro está, sem mais, a importância dos recursos financeiros à sobrevivência das *startups*. O ponto que agora mais diretamente nos interessa, e a respeito do qual importa perguntar, é: afinal, quais são os problemas básicos que emperram o financiamento de pequenas empresas inovadoras? Indagação essa que recai, principalmente, na questão do *liabilities of newness and smallness*²³², ou seja, concerne ao risco de ser um pequeno e novo entrante no mercado. É o que veremos na próxima parte.

3.2 Dificuldades no financiamento à inovação

Como viemos argumentando, no atual paradigma da economia do conhecimento, a inovação tornou-se o centro de estratégia competitiva, tendo as empresas um papel central na transformação de ideias em novos produtos, serviços ou processos com impacto no mercado. Ou seja, são as empresas, portanto, o centro do sistema de inovação²³³.

E, para tanto, como ocorre com todas as atividades empresariais, o empreendedor precisa de recursos para viabilizar o seu projeto. Na verdade, a quantia de dinheiro necessária é alta, já que recursos significativos devem ser dispendidos para iniciar, direcionar e sustentar

²³¹ CYPRIANO, Carlos Alex de Cantuária. **Pequena empresa, desenvolvimento social e a ação institucionalizadora do Sebrae**. 2004. 335 f. Tese (Doutorado) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004. p. 95.

²³² HYYTINEN, Ari; PAJARINEN, Mika; ROUVINEN, Petri. Does innovativeness reduce *startup* survival rates? **Journal Of Business Venturing**, [S.l.], v. 30, n. 4, p. 564-581, jul. 2015. p. 564.

²³³ MELO, Luiz Martins de. O financiamento das empresas inovadoras: alternativas para discussão. **Revista Economia & Tecnologia**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 139-148, 31 mar. 2010. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/ret/article/view/27029>>. Acesso em: 08 jan. 2017. p. 140.

esse tipo de negócio²³⁴. Em palavras mais curtas e diretas, verifica-se que a inovação é um processo caro.

Nada obstante, o cruzamento entre quem tem a ideia inovadora e quem tem os recursos não é algo tão simples. Se a *startup* já dispõe de meios para desenvolver o seu processo inovativo, a questão já fica resolvida de pronto. Ocorre que a dotação de recursos próprios não é a situação corrente na realidade, que é marcada, grande parte das vezes, pela insuficiência das finanças pessoais do agente empreendedor para tocar os desideratos da empresa. Pelo o que, e para sanar a deficiência de recursos, a pequena empresa inovadora necessita recorrer a investimentos de terceiros. Daí advém um grande transtorno, já que este tipo de negócio passa a vivenciar um constrangimento financeiro para tocar as suas atividades, o que, por sua vez, acaba tornando árdua a implementação de ideias inovadoras.

A bem da verdade, são as feições únicas das *startups* que afetam as decisões iniciais de financiamento, tornando os obstáculos por elas enfrentados substancialmente superiores aos deparados por firmas estabelecidas²³⁵. Em vista disso, o caminho que se abre para a nossa empreitada é figurar quais são as dificuldades e impeditivos enfrentados por este tipo de empresa para a obtenção de recursos. Tudo o que nos permitirá, na próxima seção, investigar as respostas que o direito pode fornecer às necessidades do novo paradigma, na forma de ferramentas jurídicas que irão disciplinar as relações entre financiadores e empreendedores.

Pois bem, dando início à nossa exposição, um primeiro atributo do processo de inovação capaz de provocar atrito ao financiamento das *startups* é a incerteza inerente a este tipo de atividade econômica, que supõe a descoberta de fórmulas ainda não existentes²³⁶. Desbravando a conceituação, Mario Gomes Schapiro aduz que “A incerteza funda-se na

²³⁴ O’SULLIVAN, Mary. Finance and innovation. In: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Ed.). **The Oxford handbook of innovation**. [S.l.]: Oxford Handbooks Online, 2006, p. 240-265. p. 240.

²³⁵ Ao dispor sobre o tema, Luiz Martins de Melo segmenta as empresas inovadoras em dois tipos: as estabelecidas e as emergentes. Assim, partindo de 04 fontes distintas para financiar as atividades inovadoras (lucros retidos, emissão de ações, emissão de títulos financeiros, empréstimos bancários), o autor explica que “As firmas inovadoras estabelecidas podem ter acesso às quatro fontes de financiamento descritas anteriormente. Elas não terão problemas em utilizar os lucros retidos, pois já possuem uma base de mercado para isso. Já são conhecidas e reconhecidas por seus clientes e fornecedores. Possuem relações estáveis com o sistema financeiro. Têm condições de oferecer garantias para os empréstimos bancários. Também não terão muitos percalços para emitir títulos (debêntures conversíveis ou não). E, se forem de capital aberto, poderão emitir ações para aumento de capital, quando necessário”. Por sua vez, nas empresas emergentes “[...] o problema é inverso. Elas não têm acesso normal a nenhuma das quatro fontes de financiamento. Lucros retidos são escassos ou inexistentes. É provável que não tenham, até mesmo, geração de caixa suficiente para bancar, na totalidade, as suas atividades correntes. Não possuem uma base sólida de mercado. O seu reconhecimento pelos clientes é frágil. Não possuem relações com o sistema financeiro e não têm condições de oferecer garantia real e financeira para empréstimos (MELO, op. cit., 2010, p. 140-143).

²³⁶ KERR, William R.; NANDA, Ramana. Financing Innovation. **Annual Review of Financial Economics**, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 445-462, 7 dez. 2015. p. 447; SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 144.

ausência de possibilidade de se fazer prognósticos e de com isso se antecipar os resultados possíveis de uma operação – não há meios adequados de previsão”²³⁷, ou, ainda, como afirma Márcia Siqueira Rapini, com base em Giovanni Dosi:

[...] a incerteza no processo inovativo não se restringe somente à ausência de informação relevante sobre a ocorrência de eventos conhecidos. Implica também na existência de problemas tecno-econômicos cujos procedimentos de solução são desconhecidos e na impossibilidade de rastrear precisamente as consequências das ações²³⁸.

Ainda nesse ponto, é interessante trazer o registro feito por William E. Souder e Rudy K. Moenert²³⁹, os quais tratam de evidenciar as quatro principais fontes geradoras de incerteza num projeto que busca introduzir um novo produto, serviço ou processo. São elas: i) incertezas sobre as necessidades do usuário; ii) incertezas sobre as melhores tecnologias para empregar no processo de inovação; iii) incertezas sobre os concorrentes; e, por fim, como todas as organizações precisam reduzir todas as três anteriores através de informações adquiridas por meio de recursos (humanos, financeiros e técnicos), dá-se também a iv) incerteza em relação recursos organizacionais, ou seja, quanto mais em dúvida tem a organização acerca das incertezas de mercado, de tecnologia ou de competição, mais provável ainda que ela fique incerta sobre o tipo e a quantidade de recursos necessários para reduzir esse quadro de indefinição.

Para mais disso, outro atributo do processo inovativo deve ser anotado, consistente no alto risco²⁴⁰ de insucesso envolvido nesse tipo de atividade, pois não há como saber se a

²³⁷ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 171, nota de rodapé 315.

²³⁸ DOSI, Giovanni. The Nature of Innovative Process. FREEMAN, Chris; NELSON, Richard; SILVERBERG, G.; SOETE, Luc. (ed.). Technical Change and Economic Theory. London: Pinter Publishers, 1988, p. 221- 238 apud RAPINI, Marcia Siqueira. **O financiamento aos investimentos em inovação no Brasil**. 2010. 146 f. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 22.

²³⁹ SOUDER, William E.; MOENERT, Rudy K. Integrating marketing and R&D project personnel within innovation projects: an information uncertainty model. **Journal Of Management Studies**, [S.l.], v. 29, n. 4, p. 485-512, jul. 1992. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6486.1992.tb00675.x/abstract>>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 488.

²⁴⁰ Nesse ponto, insta fazer uma importante observação e que atina à distinção entre risco e incerteza verberada por Rogerio P. de Andrade: “O risco corresponderia a situação em que um evento ocorre com uma probabilidade com certo grau de conhecimento ou tem uma distribuição de probabilidade. Situações de risco são aquelas em que se torna possível identificar tipos de eventos repetidos ou homogêneos. Seria possível especificar, então, probabilidades quantificáveis, como, por exemplo, na teoria das expectativas racionais (ver, e.g., Lucas e Sargent, 1981) ou na abordagem subjetivista de Savage (1972). Nesse caso, a lista de resultados futuros é completa e finita, de forma que as probabilidades associadas a cada um somam um. Em um estado de incerteza, as probabilidades são desconhecidas. Não é possível associar probabilidade mensurável a todo resultado possível imaginado, nem fazer comparação entre probabilidades. Situações de incerteza são aquelas em que os tipos de eventos repetidos ou homogêneos não existem ou, se existissem, não poderiam ser identificados (Runde, 1995, p. 3). A previsão do futuro baseada na observação passada é imperfeita, podendo ser até mesmo inútil quanto mais distante for nossa tentativa de olhar no futuro. O futuro incerto pode ser muito diferente do passado e do presente, como não raro tende a ser” (ANDRADE, Rogerio P. de. A construção do conceito de incerteza: uma

inovação dará certo²⁴¹. Aqui, portanto, cuida de compreender que a inovação não se mostra convidativa aos investidores em razão das suas inúmeras chances de falha em variadas ocasiões.

Ilustrando essa ponderação, basta observar as duas modalidades de risco: o econômico e o financeiro²⁴², que colocam à evidência as diversas hipóteses responsáveis pelo malogro das aventuras empreendedoras. O primeiro (econômico) é identificado nas seguintes situações: i) possibilidade de fracasso do projeto de inovação; ii) probabilidade de que a inovação se torne obsoleta; iii) chances de que a inovação não alcance sucesso quando inserida no mercado); iv) e o riscos de crescimento, referente à eficiência e à rentabilidade da gestão na presença de crescentes volumes de atividades. Por fim, o segundo tipo (financeiro) advém das possibilidades de manifestação dos riscos econômicos anteriormente aludidos e reside na dificuldade de quantificar o montante e o perfil temporal dos fluxos financeiros relacionados com o projeto inovador.

Demais disso, por ser uma firma nascente, a *startup* torna o financiamento problemático pela circunstância de não possuir registros contábeis e tampouco demonstrativos com as suas atividades financeiras, sendo o seu foco, em geral, a perspectiva do fluxo de caixa futuro gerado pela inovação que quer financiar²⁴³. Em suma, isso significa dizer que ela não detém reputação ou desempenho passado (*track record*)²⁴⁴ para assegurar a sua solvabilidade, e, com isso, é tomada como a empresa mais informacionalmente opaca na economia²⁴⁵, motivo pelo qual falha em preencher as condições exigidas pelas fontes formais de financiamento, como os bancos, que avaliam tradicionalmente a firma com base no seu

comparação das contribuições de Knight, Keynes, Shackle e Davidson. **Nova Economia**, [S.l.], v. 21, n. 2, p. 171-195, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512011000200001>. Acesso em: 07 set. 2016. p. 192).

²⁴¹ STUCKI, op. cit., 2013, p.04.

²⁴² RAPINI, Marcia Siqueira. **O financiamento aos investimentos em inovação no Brasil**. 2010. 146 f. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 23-24.

²⁴³ CARDOSO, Sérgio César de Paula; BATISTA, Paulo César de Sousa. Capital de Risco para Pequenas e Médias Empresas Inovadoras. In: XXXII ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 32, 2008, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos...** Rio de Janeiro: EnANPAD, 2008, p. 1-15. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/ESO-C1740.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017. p. 01.

²⁴⁴ CASSAR, Gavin. *The financing of business start-ups*. **Journal of Business Venturing**, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 261-283, mar. 2004. p. 265; HUYGHEBAERT; GUCHT, op. cit., 2007, p.101; SCHAPIRO, Mario Gomes. **Banco de desenvolvimento, regulação e auto-regulação: complementaridade regulatória no mercado brasileiro de capital de risco**. 2012. (Working Paper). Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/banco_de_desenvolvimento_regulacao_e_autoregulacao.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017, p. 12.

²⁴⁵ CASSAR, op. cit., 2004, p. 264.

histórico, para fins de verificar se a organização terá caixa para quitar os juros e amortizações dos empréstimos²⁴⁶.

Sobremais, fazemos notar também que essas iniciativas empresariais não geram fluxos de caixa estáveis (na realidade, eles são incertos e, como veremos, não raras vezes, negativos) que possam ser usados para fazer frente às dívidas tomadas, ainda mais tendo em consideração as deficiências informativas relacionadas com o resultado do processo inovador e seu tempo de execução²⁴⁷. E não é por outra razão que o empreendedor e o detentor de recursos consideram árduo estabelecer uma margem de segurança envolvida no projeto inovador, já que não conseguem realizar uma projeção dos rendimentos esperados (isso se houver qualquer retorno).

Agravando ainda mais esse quadro, não deve passar despercebido que, geralmente, as empresas nascentes não são lucrativas nos primeiros anos de sua vida e, por conta disso, os seus fluxos de caixa muitas vezes são negativos, com grandes somas de dinheiro sendo utilizadas, em primeira ordem, para desenvolver um produto/serviço e, em segunda, para crescer no mercado, tudo o que leva a passagem de um longo tempo até que qualquer reembolso possa ser feito aos investidores²⁴⁸. Daí porque “As saídas de caixa destinadas ao pagamento de juros, resgates e amortizações são encargos onerosos para empresas jovens, que requerem substanciais influxos de capital durante os estágios iniciais de crescimento”²⁴⁹.

Mas não só isso. Faz-se mister pôr em evidência mais uma particularidade presente no financiamento à inovação: os ativos das empresas emergentes são, majoritariamente, intangíveis, no que o conhecimento está incorporado no capital humano dos funcionários e, portanto, não só é perdido caso eles deixem a empresa, como também é de difícil utilização como reserva de valor²⁵⁰. Fora isso, é com estribo na carência de patrimônio físico e nas dificuldades de programação, mensuração e valoração do ativo imaterial que as instituições

²⁴⁶ PAVANI, Claudia. **O capital de risco no Brasil**: conceito, evolução e perspectiva. Rio de Janeiro: E-papers, 2003. p. 16; BAÊTA, Adelaide Maria Coelho; MELO, Valdênia Silva. Venture Capital: estratégia de financiamento para empresas emergentes inovadoras. **ADM.MADE**, [S.i.], v. 11, n. 3, p.101-116, set./dez. 2007. p. 105-106; MAIA, Marcel Maggion. **Como nascem as startups?**: Uma análise microssociológica das performances e estratégias discursivas dos empreendedores à procura de capital. 2016. 179 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-28112016-103108/pt-br.php>>. Acesso em: 04 maio 2017. p. 176.

²⁴⁷ LOMBARDI, Rosa; TREQUATTRINI, Raffaele; RUSSO, Giuseppe. Innovative start-ups and equity crowdfunding. **International Journal Of Risk Assessment And Management**, [S.l.], v. 19, n. 1/2, p. 68-83, 2016. p. 70.

²⁴⁸ ARMOUR, John. **Law, Innovation and Finance**: a review. [S.l.]: Set. 2002b. (Working Paper, 243). Disponível em: <https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp243.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017. p. 04.

²⁴⁹ PINTO, op. cit., 1997, p. 152.

²⁵⁰ KERR; NANDA, op. cit., 2015, p. 44; MELO, op. cit., 2010, p. 145.

financeiras – cujas concessões de crédito são, habitualmente, asseguradas por bens e direitos e também pela estipulação clara das obrigações financeiras – tornam-se relutantes em emprestar para tais empresas com estratégias inovadoras²⁵¹.

Nessa toada, além do tipo de ativo que singulariza o financiamento às *startups*, soma-se o empecilho da informação assimétrica envolvendo os projetos de inovação²⁵², pois, conforme aduz Luis Felipe Jiménez²⁵³, o prestador de recursos não possui conhecimento bastante acerca da natureza do negócio investido, nem tem consciência sobre a forma como a organização está sendo conduzida, implicando, por conseguinte, num maior custo para a captação do financiamento. Destinchando esse traço, temos também Bronwyn H. Hall:

[...] o problema da informação assimétrica refere-se ao fato de que o inventor ou empreendedor, frequentemente, tem uma informação melhor sobre a natureza do projeto de inovação contemplado e a probabilidade de seu sucesso em comparação aos potenciais investidores. [...] As empresas são relutantes em revelar as suas ideias inovadoras ao mercado e o fato de que poderia haver um custo substancial em revelar informações aos seus concorrentes reduz a qualidade do sinal que podem fazer sobre o potencial do projeto (BHATTACHARYA and RITTER, 1983; ANTON and YAO, 1998)²⁵⁴.

²⁵¹ SCHAPIRO, op. cit., 2012, p. 13.

²⁵² Um exemplo clássico de assimetria de informação é o da seleção adversa apresentado por George Akerlof, que trata do mercado de carros usados. O dito autor explana que, na presença de informação assimétrica, somente o dono do carro usado tem conhecimento sobre a qualidade do veículo que está pondo no mercado, qualidade essa que não pode ser verificada pelo comprador. Assim, como o comprador, por não ter informação perfeita, teme adquirir um “limão” (carro ruim) no lugar de um carro bom, todos os carros usados (tanto bons, como ruins) são vendidos, em média, pelo mesmo preço (AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, [S.l.], v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970. p. 489-490.). É isso que ocorre na inovação: os investidores externos demandam um prêmio maior nos investimentos em projetos inovativos em comparação aos investimentos ordinários, com o fito de compensar as perdas dos “limões” (ou seja, pela possibilidade de terem investido num projeto inovador de má qualidade). Isso porque os investidores têm dificuldade em distinguir bons e maus projetos no que se trata de investimentos em organizações inovadoras, o que os impossibilita de oferecerem propostas individualizadas de custos adaptadas a cada perfil. Assim, os investidores cobram o “prêmio limão” como uma compensação pela média ponderada do risco de crédito existente no processo inovador. Por conta disso, a empresa nascente acaba por receber um investimento mais baixo ou a custos maiores em virtude da grande incerteza que permeia a estratégia inovadora (HALL, Bronwyn H. The financing of innovative firms. **EIB Papers**, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 8-28, 2009. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/44902/1/618781439.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017. p. 13).

²⁵³ JIMÉNEZ, Luis Felipe. **Capital de riesgo para la innovación: lecciones de países desarrollados**. Santiago de Chile: CEPAL, dez. 2006. (Série desarrollo productivo, 173) Disponível em: <<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/4567>>. Acesso em: 01 maio 2017. p. 11.

²⁵⁴ Tradução livre: “[...] the asymmetric-information problem refers to the fact that an inventor or entrepreneur frequently has better information about the nature of the contemplated innovation project and the likelihood of its success than potential investors. [...] Reducing information asymmetry via fuller disclosure is of limited effectiveness in this arena, due to the ease of imitation of inventive ideas. Firms are reluctant to reveal their innovative ideas to the marketplace and the fact that there could be a substantial cost to revealing information to their competitors reduces the quality of the signal they can make about a potential project (Bhattacharya and Ritter, 1983; Anton and Yao, 1998) (HALL, op. cit., 2009, p. 13).

Mesmo após considerações desse jaez, ainda que o investidor aporte recursos na empresa nascente, surge outro problema: o do risco moral²⁵⁵, que advém da dificuldade em prever o futuro comportamento de pagamento pelos empreendedores, especialmente em certas condições (de inconsistência temporal das decisões) em que ele pode ficar tentado a mudar a sua postura, uma vez obtido o financiamento²⁵⁶. Quer isto exprimir, por outros torneios, que, no caso de fracasso da firma nascente, o emprestador não será capaz de distinguir se isso ocorreu pela falta de esforço do empreendedor ou por sua atitude de buscar benefícios privados, ou, ainda, se foi apenas ausência de sorte, pelo que tais circunstâncias reduzem os incentivos do investidor em aplicar um esforço conjunto para perseguir um benefício comum²⁵⁷.

Avançando, por fim, em território brasileiro, o que se percebe é a ausência de um mercado desenvolvido de crédito a longo prazo à inovação, tendo em vista os traços próprios de nosso mercado de investimento. Nesse sentido, é de se ver que a captação de recursos externos em nosso país possui duas portas principais de entrada: o sistema bancário e o mercado de capitais.

No que toca à adversidade do primeiro, William Joji Nakasone²⁵⁸ relata que as concessões de crédito pelas instituições financeiras são incipientes, vez que marcadas por altas taxas de juros, pelo viés inflacionário da política econômica e por uma dominação do mercado pelo BNDES, sendo poucos bancos privados participantes. Assim, nesses quadrantes, as empresas emergentes “[...] pagam os custos mais altos pelos serviços financeiros e estão sujeitas a condições contratuais extorsivas”²⁵⁹.

²⁵⁵ Quanto a este tema do risco moral, são precisas as lições de Mario Gomes Schapiro: “Ao seguirem por esse caminho, as empresas passam, no entanto, a enfrentar uma questão não suscitada para aquelas que não demandam aportes externos: a possível assimetria de interesses que pode haver entre os provedores de capital, de um lado, e os administradores da firma, de outro. O ponto do conflito entre ambos reside no fato de que os investidores, credores ou novos sócios, não são responsáveis pela gestão do empreendimento no qual aportam os seus recursos, ao passo que aqueles que se lançam à frente da gestão societária não são os únicos financiadores de sua própria atividade. Disso resulta aquilo que a teoria econômica costuma denominar por problema de agência, isto é, a garantia dos interesses de um dos atores – o principal – depende da ação de um outro ator – o agente. É exatamente esta a situação vivida por investidores e administradores, num contexto de captação externa de recursos por uma sociedade: os interesses dos financiadores em obter o retorno de seus investimentos depende da ação dos gestores da firma. Estes, por sua vez, estão em franca posição de vantagem em relação aos principais (investidores), pois detêm, no mínimo, meios exclusivos de ação e um conjunto privilegiado de informações” (SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 21).

²⁵⁶ JIMÉNEZ, Luis Felipe. Venture capital and innovation in Latin America. **CEPAL Review**, [S.l.], n. 96, p. 175-189, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.cepal.org/en/publications/11345-venture-capital-and-innovation-latin-america>>. Acesso em: 04 maio 2017. p. 179.

²⁵⁷ ARMOUR, John. **Law, innovation and finance: a review**. [S.l.]: 2002a. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=4BD1FAE61E1687DE496B415A372714D7?doi=10.1.1.514.8406&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2017. p. 06.

²⁵⁸ NAKASONE, op. cit., 2013, p. 26-27.

²⁵⁹ MELO, op. cit., 2010, p. 145.

Por sua vez, quanto ao mercado de capitais, exsurtem duas barreiras: a primeira advém da própria natureza do processo inovativo, em que a falta de previsibilidade e de histórico progresso acabam por tornar improvável uma captação pública de recursos, afinal, em comparação com outras possibilidades de investimento, as *startups* apresentam um risco desproporcional²⁶⁰; já a segunda recai na dificuldade das pequenas empresas em abrirem o seu capital e, dentre os motivos para tanto, destacam-se os altos custos de manutenção e cumprimento de regras impostas para empresas listadas e o alto custo para a emissão de valores mobiliários no mercado público²⁶¹.

Pondo em ordem tudo o quanto agora exposto, restam, bem nítidas, eis que pintadas com fortes tintas, as severas constrições financeiras enfrentadas pelas *startups*. Com o que o desafio agora se traduz, fundamentalmente, em levantar a questão de saber qual é o veículo adequado às necessidades particulares destas iniciativas empresariais.

Eis como consideramos posto o problema e para o qual urge responder desde já, embora sem prescindir dos aprofundamentos posteriores, pela existência de um instrumento específico capaz de atender as particularidades atinentes ao financiamento da inovação: nós nos referimos ao capital de risco ou investimento em participações²⁶², que tem elo com o processo inovativo e os novos empreendimentos, de modo a preencher uma faixa da demanda das pequenas empresas por financiamentos de longo prazo que não é atendida pelo mercado financeiro²⁶³. É esse o ponto que iremos analisar em detalhes na parte seguinte.

3.3 A resposta do direito para o financiamento da inovação

Como já adiantamos, o capital de risco revela-se como o instrumento jurídico-financeiro especialmente desenhado para contornar o gargalo sofrido pelas inovações de maior risco. O seu papel, nesse intento, é “[...] o de intermediar a relação entre os investidores, dispostos a uma aplicação de risco, e as empresas emergentes, que demandam recursos para dar consecução aos seus projetos inovadores”²⁶⁴, para fins de suprir, assim, os limites apresentados pelo sistema financeiro tradicional de caráter anti-inovativo, eis que disposto a emprestar apenas para aquelas empresas que justamente menos precisam, somente

²⁶⁰ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 164.

²⁶¹ NAKASONE, op. cit., 2013, p. 26.

²⁶² A expressão *venture capital* pode ser traduzida ao português como capital empreendedor, mas também são usuais os termos capital de risco ou capital de desenvolvimento, sendo comum até mesmo o uso do termo em inglês.

²⁶³ MONTEZANO, Roberto M. **O sistema de capital de risco**. Rio de Janeiro: IBMEC, 1983. p. 23; ANG, James B.; MADSEN, Jakob B.. Risk capital, private credit, and innovative production. **Canadian Journal of Economics/ Revue Canadienne D'économique**, [S.l.], v. 45, n. 4, p. 1608-1639, nov. 2012.

²⁶⁴ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 197.

pelo fato de que elas atendem aos seus rígidos critérios de análise econômico-financeira e possuem garantias reais nos casos de inadimplência²⁶⁵.

Destarte, não sobeja repetir, porque relevante ao eixo central do presente trabalho: uma “[...] alternativa para as etapas iniciais de um projeto inovador, principalmente para aquelas empresas de menor porte, start-ups, é o capital de risco”²⁶⁶, porquanto consiste numa modalidade de investimento que busca empreendedores com projetos inovadores e capazes de possibilitar escalabilidade e retornos supra-competitivos²⁶⁷. Aí está, aliás, uma primeira nota característica deste novo canal de financiamento: em contrapartida à absorção de um risco elevado inerente à organização nascente de cunho inovativa, os investidores só têm “[...] interesse em investir nestas empresas através de instrumentos que permitam sua participação em resultados excepcionalmente favoráveis”²⁶⁸. Desse modo,

Enquanto o capitalista analisa o passado da empresa, sua história de lucros, seu desempenho financeiro, propriedade, entre outros fatores, o capitalista de risco avalia a potencialidade do empreendimento, sua capacidade de gerar lucros futuros, ainda que no longo prazo²⁶⁹.

Com o que fica tudo dito de forma muito geral, cumpre envidarmos esforços para traçar os principais atributos do capital de risco, bem como a sua fragmentação em diversas modalidades.

3.3.1 *Capital de risco: financiamento da inovação mediante participação societária*

Ajeitando o caminho que se tornará claro daqui alguns parágrafos, uma advertência desde já deve ser feita: o financiamento corporativo não ocorre em um vácuo institucional²⁷⁰,

²⁶⁵ PINTO, Luciane F. Gorgulho. **O capital de risco como alternativa de financiamento às pequenas e médias empresas de base tecnológica**. 1996. 181 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1996. p. 35.

²⁶⁶ CORDER, Solange; SALLES FILHO, Sérgio. Aspectos Conceituais do Financiamento à Inovação. **Revista Brasileira de Inovação**, [S.l.], v. 5, n. 1, jan./jun. 2006, p. 33-76. Disponível em: <<http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/297/214>>. Acesso em: 14 jun. 2017. p. 65.

²⁶⁷ É interessante registrar que, embora o capital de risco possa abranger empresas de todos os tamanhos e de qualquer setor produtivo, ele, na verdade, acaba sendo particularmente “[...] adequado para PMEs ou empresas em estágio de formação, especialmente aquelas orientadas para a inovação, envolvidas em atividades de alta tecnologia [...]” (PINTO, op. cit., 1997, p.154).

²⁶⁸ PINTO, op. cit., 1997, p.152.

²⁶⁹ BAÊTA; MELO, op. cit., 2007, p.101-116.

²⁷⁰ Esse pressuposto é relevante para o desenvolvimento do presente trabalho, já que a nossa preocupação recai sobre os possíveis entraves jurídicos ao financiamento das *startups* que, embora tenham altas perspectivas de rentabilidade e capacidade para colaborar numa melhor inserção do país na economia do conhecimento, não encontram recursos financeiros disponíveis no mercado. Mais concretamente, nos lançamos na tarefa de analisar se há ou não uma categoria de perversão do direito na disposição jurídica que expulsa o pequeno empreendedor do Simples Nacional pelo fato de ele ter adotado o modelo societário anônimo como forma de capitalizar e estruturar a organização nos moldes desejados pelo capitalista de risco.

porquanto a transferência de recursos entre dois agentes - o aplicador e o tomador - é mediada por um conjunto de ferramentas jurídicas.

Nesta toada, até mesmo os economistas vêm reconhecendo que os mercados não são entidades naturais sempre prontos a funcionarem bem e independentes das instituições legais e sociais²⁷¹. Com isso, não é desarrazoado afirmar que as normas tangenciam na capacidade de captação de recursos pelas empresas. Ou seja, os custos de agência e o alto nível de assimetria de informações fazem com que as instituições jurídicas interpretem um importante papel na organização do ambiente financeiro²⁷².

Vai daí que o direito acaba por regular, especialmente através dos direitos societário e contratual, variados atributos diretamente ligados ao acesso de investimentos externos pelas empresas, dentre os quais destacamos:

[...] (i) a definição dos elementos constitutivos de uma empresa; (ii) os limites da responsabilidade dos administradores; (iii) os mecanismos de capitalização das sociedades; (iv) os procedimentos de solução das controvérsias e (v) as regras de falência e de recuperação dos ativos²⁷³.

Pelo que, transportando essa linha de argumentação à disciplina da relação entre investidores e empreendedores, torna-se possível inferir que as particularidades do financiamento à inovação requerem e implicam na confecção de um veículo jurídico apto a compartilhar os riscos do negócio inovativo entre os agentes econômicos. Dessa forma, o pequeno empreendedor se exime das amarras de um compromisso rígido atinente ao pagamento de dívidas contraídas em prol da empresa, como também se livra da necessidade de prestar garantias; e, a seu turno, o financiador tem como benefício o potencial de altos ganhos financeiros, caso a ideia inovadora seja exitosa²⁷⁴.

E é justamente nessa sequência de ideias que aparece o capital de risco como um modo de equacionar algumas questões críticas para o investimento em empresas nascentes e desafiantes do *status quo* mercadológico. Ele consiste numa ferramenta jurídico-financeira que tem por objetivo primordial mitigar a distância entre investidores e empreendedores²⁷⁵. Em verdade, reporta-se a uma forma de participação do prestador na criação de pequenas empresas inovadoras e no compartilhamento dos riscos a ela intrínsecos. Aí está, portanto,

²⁷¹ PARGENDLER, Mariana. Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil. **American Journal of Comparative Law**, [S.l.], v. 60, n. 3, p. 805-850, 2012. p. 805.

²⁷² BECK, Thorsten. Legal Institutions and Economic Development. **Ssrn Electronic Journal**, [S.l.], n. 94, p. 01-71, ago. 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669100>. Acesso em: 10 jul. 2016. p.08.

²⁷³ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 22-23.

²⁷⁴ Ibid., p. 188.

²⁷⁵ GOMPERS, Paul; LERNER, Josh. The Venture Capital Revolution. **Journal Of Economic Perspectives**, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 145-168, maio 2001. p.145.

uma grande diferença entre o investidor tradicional e o investidor de risco: o primeiro não assume o risco, quem o faz é o tomador do recurso, já que sempre garante alguma parte do montante emprestado²⁷⁶.

No que segue, portanto, o capital de risco dá uma injeção direta de recursos mediante participação societária na iniciativa empresarial, ao mesmo tempo em que se viabiliza mecanismos para que o emprestador acompanhe a gestão da empresa investida (o que permite o monitoramento e a troca de informações, de modo a reduzir os custos de agência).

Em trecho longo, mas cuja transcrição se impõe, Mario Gomes Schapiro sintetiza todo o argumento exposto:

Entretanto, há empreendimentos corporativos que, como já argumentado, não podem contar com recursos de credores, dados os riscos e incertezas envolvidos. Um exemplo disso são as firmas e projetos que não apresentam uma lucratividade corrente, conquanto possam vir a representar empreendimentos de bastante sucesso, no futuro. O mesmo ocorre nos casos em que o resultado do empreendimento é menos previsível ou nas hipóteses em que o tomador não dispõe de mecanismos para assegurar o financiamento, no contexto presente. [...]. Consequentemente, transações financeiras que envolvem ativos com estas características demandam ferramentas habilitadas a uma disciplina que, de um lado, distribua equitativamente os riscos e, de outro, seja suscetível a um amplo leque de adaptações, ante as inúmeras contingências que podem ocorrer no curso do financiamento. Por estas razões, o aporte de recursos em uma empresa emergente ou em projetos com maior risco de insucesso, por exemplo, encontram na participação societária uma resposta satisfatória, ainda que este instrumento apresente custos superiores ao verificado nas ferramentas de dívida²⁷⁷.

Nessa ordem de reflexões, a lição a ser tirada é que o capital de risco tem como característica marcante o ingresso do investidor na sociedade e, por decorrência, os recursos aportados ficam imobilizados, leia-se, eles não se submetem aos prazos, tampouco aos juros, para pagamento a título de empréstimos²⁷⁸. Por conta disso, “[...] o empreendedor não terá nenhuma dívida caso a valorização não ocorra conforme esperado e não são exigidos avalistas ou garantias”²⁷⁹. Disso, essa modalidade de financiamento “[...] se enquadra no conceito de capital próprio, pois o investidor torna-se sócio da sociedade investida. A grande diferença é que este novo sócio é, na verdade, um capitalista, que tem, sim, expectativa de obter lucros altos com sua aplicação financeira [...]”²⁸⁰.

²⁷⁶ SOUSA, Sérgio Henrique Miranda de. **Capital empreendedor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 42.

²⁷⁷ SCHAPIRO, op. cit., 2009, p. 187-188.

²⁷⁸ REBELO, Nikolai Sosa. Os Investimentos e a Captação de Recursos por Contratos de Private Equity e Venture Capital. **Revista Síntese Direito Empresarial**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 201-234, dez./nov. 2012. p. 203.

²⁷⁹ CRIATEC. **Desmistificando o capital de risco**: o que é, como funciona e como acessar o capital de risco para o seu negócio. Rio de Janeiro, [2016]. Disponível em: <http://www.fundocriatec.com.br/doc1/cartilha_criatec.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016. p. 06.

²⁸⁰ REBELO, op. cit., 2012, p. 203.

Com tais assertos, ficamos em condições de desbravar a conceituação de capital de risco, que pode ser definido como sendo uma modalidade de financiamento que envolve a participação, seja através da aquisição de ações ou de outros instrumentos financeiros sem contrapartidas no que se refere a garantias (*equity* ou *quasi-equity*), em empresas com alto potencial de crescimento e rentabilidade associados aos altos ricos da iniciativa investida, que se volta a produto, serviço ou processo inovador²⁸¹. Esse aporte, de sua vez, é feito por agentes investidores – que apresentam os mais diversos portes, de pessoas físicas a gestores de grandes fundos de investimento – por meio de variadas formas, tais como por ações, quotas de participação, dívidas conversíveis em ações, debêntures, bônus de subscrição, etc.

Nessa tessitura, nota-se, ainda, que capitalista de risco também transfere experiência, conhecimento e apoio na condução da empresa investida. Trata-se, assim, de um monitoramento ativo do investidor no que cerca o desempenho do agente inovador²⁸², sendo, inclusive, uma importante forma de reduzir o problema da assimetria de informação. Em outras palavras, o emprestador – através de seu relacionamento e aconselhamento estratégico – procura adicionar valor à organização com o propósito de conduzi-la ao crescimento ou aumento da lucratividade²⁸³.

Ademais, o capital de risco apresenta outro importante traço característico: a liberação gradual de recursos pelo financiador. A ideia por trás desses aportes em conta gotas é que

[...] muitas vezes neste tipo de empreendimento é impossível traçar um cronograma físico-financeiro das realizações, a aplicação dos recursos financeiros ocorre em doses sucessivas (Sahlman, 1990; Schapiro, 2010, pp. 204-214). Desta maneira, cada aporte de recursos volta-se a permitir um progresso parcial no desenvolvimento do projeto, evitando assim dois tipos de problema: de um lado, os recursos poderiam ser liberados e os resultados, não alcançados; de outro, poderia haver um descasamento entre as necessidades de recursos e o ritmo das atividades de pesquisa e de desenvolvimento, cuja evolução pode ser imprevisível²⁸⁴.

Arrematando, enfim, os predicados que envolvem o capital de risco, cuida registrar a lógica de rotatividade cíclica que preside essa modalidade, porquanto os empreendedores recebem recursos por um lapso de tempo limitado. E, uma vez findo esse prazo, dá-se o desinvestimento, isto é, a saída (*exit*) do investidor da sociedade. É importante perceber que

²⁸¹ PINTO, op. cit., 1997, p.153; MACANEIRO, Marlete Beatriz; CHEROBIM, Ana Paula Mussi. O financiamento da inovação tecnológica por meio de programas governamentais de apoio às empresas brasileiras. **Revista de Administração, Contabilidade e Economia (RACE)**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 291-324, nov. 2010. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/race/article/view/630>>. Acesso em: 16 Jun. 2017. p. 294.

²⁸² MONTEZANO, op. cit., 1983, p. 13.

²⁸³ SCHMITT JUNIOR, Dalton. **Financiamento das pequenas e médias empresas**: aspectos do processo de decisão empresarial e o instrumento de capital de risco. 2002. 122 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 65.

²⁸⁴ SCHAPIRO, op. cit., 2012, p. 15.

esse é o momento mais esperado pelo capitalista de risco, pois é nessa etapa que ele será recompensado por sua aposta na empresa nascente (portadora de riscos e incertezas). Quer dizer, se tudo correu dentro do esperado e a organização alcançou sucesso com a sua ideia inovadora, o financiador alienará a sua participação societária na empresa investida, para assim obter lucros que superam as taxas de retorno de investimentos de menor risco²⁸⁵. Dentre estas formas de saída, as mais comuns são: i) abertura de capital em bolsas de valores (oferta pública de ações); ii) aquisição por outra empresa; iii) recompra da participação pela própria empresa; iv) compra secundária da participação por uma terceira parte; e v) liquidação²⁸⁶.

Avançando um pouco o raciocínio, é curioso notar, como aponta Luciane F. Gorgulho²⁸⁷, que o desenvolvimento da atividade de capital de risco é um fenômeno relativamente novo, exceto nos Estados Unidos²⁸⁸, onde começou a se desenvolver há mais de 50 anos. Relata a autora também que, na Europa, apesar de recente, o crescimento desse veículo tem sido bem acelerado, principalmente a partir de meados da década de 1980, donde se destaca o Reino Unido e a França. A seu turno, na América Latina, consoante relato da OCDE²⁸⁹, o mercado de capital de risco começou a se desenvolver no meio da década de 1990, com o suporte do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e de algumas instituições públicas dentro dos países²⁹⁰. O que se percebe é que os números latino-americanos ainda são bem tímidos quando comparados com o de outros países em que este modelo de financiamento já se encontra mais desenvolvido. A título comparativo, nos Estados Unidos, as *startups* obtiveram um percentual de 20-47% de seus investimentos na modalidade

²⁸⁵ REBELO, op. cit., 2012, p. 202-203.

²⁸⁶ PINTO, op. cit., 1997, p.158.

²⁸⁷ Ibid., p.153.

²⁸⁸ Os Estados Unidos foi o país onde o capital de risco mais se expandiu, sendo tomado como o exemplo de pioneirismo e sucesso no desenvolvimento desta modalidade de financiamento para fins de prover recursos aos processos de inovação. A sua origem deu-se em 1946, com o fito de permitir a utilização empresarial de novas tecnologias desenvolvidas durante a Segunda Guerra Mundial. Para maiores detalhamentos a esse respeito, ver: GOMPERS, op. cit., 2001, p.145-168.

²⁸⁹ OCDE. **Start-up Latin America: Promoting Innovation in the Region**. [S.l.]: OECD Publishing, 2013. Elaborada por Development Centre Studies. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/start-up-latin-america_9789264202306-en>. Acesso em: 06 abr. 2017. p. 96.

²⁹⁰ Vale a pena destacar, nesse ponto, os esforços feitos pelo Estado brasileiro para impulsionar o capital de risco na forma de políticas públicas para a inovação e o empreendedorismo. Inclusive, essa atuação tem se dado por meio de regulação direta estatal exercida, principalmente, pela FINEP (financiadora de estudos e projetos) e pelo BNDES. Para maiores esclarecimentos acerca do desenvolvimento histórico deste financiamento e o papel do Estado nesse contexto, recomendamos: RAMALHO, Caio. **Fostering innovation and entrepreneurship in Brazil through private equity and venture capital public policies**. 2010. (Série EAESP – GVcepe – Working Papers). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13456/SSRN-id1607223.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 jan. 2017; MACULAN, Anne-marie; PAVANI, Claudia. New Perspectives on Risk Capital in Brazil. **Latin American Business Review**, [S.l.], v. 6, n. 2, p.19-38, 11 out. 2005. p. 19-38; SCHAPIRO, op. cit., 2012.

de risco, contra 23% no Brasil (que conta com quase metade da indústria de risco na região latino-americana), 17% no Chile e 5% no México²⁹¹.

No que mais de perto nos interessa, Claudia Pavani²⁹² relata que, no Brasil, a despeito de não ter alcançado ainda um nível de maturidade, o financiamento de risco vem se desenvolvendo de forma mais significativa nos últimos anos, a ponto de torna-se uma fonte relevante para o crescimento de pequenas empresas inovadoras.

Inclusive, corroborando esse quadro favorável, a OCDE²⁹³ relata que o nosso país oferece investimentos – com diferentes formas e perfis – para todos os estágios do ciclo de investimento da empresa emergente. Dessa forma é que se observa, no território brasileiro, diversas modalidades de capitais de risco, que são, normalmente, classificadas conforme a fase de desenvolvimento da empresa, dentre os quais destacamos: o investimento anjo (*business angel*), capital semente (*seed capital*), *venture capital* e *private equity*.

Antes de entrarmos em minúcias sobre essa tipologia, cumpre abrir um parêntesis: essa diversidade de atores numa mesma categoria de investimento advém de uma simples razão, qual seja, no processo de crescimento e desenvolvimento, a *startup* perpassa por várias fases e, para cada uma delas, há uma fonte de financiamento mais apropriada. Isso significa dizer que o ciclo de vida da empresa nascente é desenvolvido através das chamadas rodadas (*rounds*) de investimento, em que os tipos de capital de risco se alteram conforme o crescimento da empresa²⁹⁴. É o que bem aponta Sérgio Henrique Miranda de Sousa:

As fases de investimentos misturam-se com o estágio de desenvolvimento da empresa e a própria categoria de investidores. São várias as fases no desenvolvimento de um negócio, desde sua concepção ou ideia, até o estágio em que o empreendimento entra em sua fase de maturidade, sendo que estão diretamente relacionadas com os tipos de fontes de recursos disponíveis em cada estágio²⁹⁵.

Disto estabelecido, e retomando o fio da exposição acerca das categorias existentes de capitalistas de risco, abrimos com o investidor-anjo²⁹⁶. Ele é descrito como um rico

²⁹¹ OCDE, op. cit., 2013, p. 96.

²⁹² PAVANI, op. cit., 2003, p. 23.

²⁹³ OCDE, op. cit., 2013, p. 104.

²⁹⁴ Yuri Gitahy dá uma estimativa do porte de recursos efetuados em cada estágio do capital de risco: os investidores-anjo, normalmente, investem entre R\$ 50 mil até R\$ 500 mil; o capital semente provê algo em torno de R\$ 500 mil a R\$ 2 milhões no Brasil; já o *venture capital* investe entre R\$ 2 milhões e R\$ 10 milhões; e o *private equity*, por fim, envolve montantes acima dos R\$ 10 milhões estabelecidos pelo *venture capital* (MOREIRA, Daniela. Qual a diferença entre investidor anjo, seed e venture capital? **Exame**. [S.l.], 09 mar. 2011. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/qual-a-diferenca-entre-investidor-anjo-seed-e-venture-capital/>>. Acesso em: 25 maio 2017).

²⁹⁵ SOUSA, op. cit., 2008, p. 74.

²⁹⁶ No Brasil, cuida relevar que, em 2014, o potencial desse investimento chegava a quase R\$ 3 bilhões, tendo, em cerca, 6.300 anjos (BARBOSA, Marystela. Saiba quem são os investidores-anjo do Brasil. **Exame**. [S.l.], 14

indivíduo, geralmente com experiência profissional, que age como uma modalidade informal do capital de risco, ao passo que transfere seu próprio dinheiro diretamente em empresas iniciantes²⁹⁷. Aliás, esse aporte pode ser proveniente tanto de um investidor individual ou, até mesmo, de um grupo de anjos que coordenam as suas atividades em associações.

Interessante registrar, nesse passo, que Richard T. Harrison e Colin M. Mason²⁹⁸ identificam três atributos nesse tipo de investidor: o primeiro consiste na caracterização do aporte de recursos efetuado pelo anjo, que é relativamente pequeno e concentrado em organizações no início de suas atividades, onde a lacuna de investimentos é mais significativa (ou seja, ele cobre uma lacuna de investimento que existe entre o capital dos empreendedores e os fundos de *venture capital*); segundo, esse tipo de prestador se acomoda mais às necessidades das pequenas empresas pelo fato de ter um índice de rejeição menor e um horizonte de saída mais longo (é o que os ditos autores denominam de *capital paciente*), além de demandar taxas de retorno semelhantes aos capitalistas de riscos institucionais (*venture capital* e *private equity*), apesar de assumir um risco maior; por fim, os anjos acabam investindo em suas economias locais. Para mais, diversos estudos apontam a contribuição desse investidor através de suas habilidades, *expertise*, conhecimento e contatos que ajudam a melhorar a *performance* do negócio investido²⁹⁹. Por conta disso, sob a ótica da empresa nascente, o anjo serve como uma prancha para saltos envolvendo novas rodadas de investimento.

No que segue, a partir do instante em que a *startup* passe a reclamar por quantias maiores de recursos, exsurge a figura do capital semente, formado por incubadoras, aceleradoras, fundos de investimento e até mesmo anjos. Aqui, o enfoque são empresas que buscam se firmar no mercado, mas ainda estão em estágio incipiente³⁰⁰. Ou seja, “[...] refere-se ao financiamento de potenciais negócios que requerem investimento relevante em pesquisa

jul. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/quem-sao-os-investidores-anjo/>>. Acesso em: 09 abr. 2014).

²⁹⁷ WILTBANK, Robert et al. Prediction and control under uncertainty: Outcomes in angel investing. **Journal of Business Venturing**, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 116-133, mar. 2009. p.118.

²⁹⁸ HARRISON, Richard T.; MASON, Colin M. International perspectives on the supply of informal venture capital. **Journal of Business Venturing**, [S.l.], v. 7, n. 6, p.459-475, nov. 1992. p. 459.

²⁹⁹ MADILL, Judith J; HAINES JUNIOR, George; RIDING, Allan. The Role of Angels in Technology SMEs: A Link to Venture Capital. **Venture Capital**, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 107-129, abr. 2005. p. 109.

³⁰⁰ HORBUCZ, Kessyane da Silva Novaes. **Financiamento à inovação**: investigação dos atributos considerados por fundos de capital anjo no processo de decisão de investimento. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 37.

e desenvolvimento antes que o empreendedor possa chegar a uma atividade capaz de gerar receitas”³⁰¹.

Já num estágio maior de maturidade, em que a valoração do empreendimento (*valuations*) são mais elevadas, entram o *venture capital* e o *private equity*³⁰² (PE/VC), que são intermediários financeiros, no sentido de captarem recursos de investidores para financiarem empresas com grande chance de crescimento. Em verdade, essa modalidade mostra-se composta por quatro tipos de participantes: a (i) organização gestora, que administra o (ii) veículo de investimento; os (iii) investidores que aportam recursos nos veículos de investimento quando lhe é solicitado pela organização gestora; e as (iv) empresas investidas que recebem o capital dos investidores³⁰³.

Como explana Nikolai Sosa Rebelo, o *venture capital*, em via de regra, concentra-se em empreendimentos que estão em suas fases iniciais de vida, enquanto, de outro lado, o *private equity* destina-se a empresas em estágios mais avançados, como, por exemplo, organizações de capital fechado que buscam abrir os seus capitais na bolsa de valores³⁰⁴. Assim, nas palavras do autor, essa diferença numa só consideração pode ser sintetizada assim: “O objetivo da sociedade empresária ao captar recursos em *private equity* é a maturidade do empreendimento e no *venture capital* é viabilizar economicamente a atividade nos seus primeiros anos”³⁰⁵.

Em modo de conclusão, esses ligeiros esclarecimentos nos permitem entender, por vias claras, o relacionamento entre os ciclos de vida da *startup* e os estágios de investimentos, tudo o que é permeado por várias rodadas de financiamento que funcionam, primordialmente, da mesma forma: os investidores oferecem recursos em troca de participação societária no negócio. Não é à toa, portanto, que João Pontual de Arruda Falcão alude à transitoriedade societária como sendo um dos atributos identitários das *startups*:

³⁰¹ LOBO, Carlos Alexandre; POTENZA, Guilherme Peres. Investimentos venture capital e private equity: considerações práticas e jurídicas. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (Org.). **Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 267-316. p. 275.

³⁰² Conforme o segundo censo brasileiro da indústria de VC/PE, desenvolvido pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos da Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Eaesp), a indústria Brasileira de PE/VC atingiu, em dezembro de 2009, US\$ 36,1 bilhões de capital comprometido, representando um crescimento de 29% em relação a 2008. No que tange aos nossos alvos de estudo, a pesquisa revela que, em 2009, os veículos focaram também em empresas no estágio *startup*, no percentual de 10,2%. Além do que, foi constatado que com 31% do total de negócios realizados foram realizados por *venture capital*, denotando uma concentração importante nos estágios iniciais e intermediários de desenvolvimento empresarial (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI), Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. **A Indústria de Private Equity e Venture Capital: 2º Censo Brasileiro**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8419/Private_Equity_e_Venture_Censo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2017. p. 146,157 e 188).

³⁰³ AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI), op. cit., 2009, p. 72.

³⁰⁴ REBELO, op. cit., 2012, p. 203.

³⁰⁵ Ibid., p. 203.

Em geral as empresas são familiares e buscam a perpetuação do poder nas gerações de herdeiros e sucessores. No caso das *Startups* é diferente. Durante o ciclo de vida das *Startups* é comum que haja uma transitoriedade entre os sócios. É natural que, nesta evolução, fundos de investimento assumam controle da *Startup*, diluindo os sócios fundadores e excluindo os investidores-anjo. Ou seja, utiliza-se o aporte financeiro com dois fins: *cash in* e *cash out*. No *cash in* o aporte financeiro é voltado totalmente para a operação, contratação de novos funcionários, investimentos em marketing, comercial, produto, ou qualquer característica do negócio identificada como essencial para o seu crescimento. Já o *cash out* está relacionado aos sócios que desejam se retirar por completo da operação, recebendo o pagamento devido; ou aos sócios que desejam liquidar apenas parte da sua participação para se capitalizar. Faz parte do ciclo de vida das *Startups* uma dinâmica societária transitória, com a entrada e eventualmente a saída do quadro de sócios de personagens como os investidores-anjo, as incubadoras, as aceleradoras, os funcionários e executivos estratégicos, além de investidores de uma forma geral. Essa transitoriedade é uma característica fundamental que requer um conhecimento do modelo de *Startup* em si e, sobretudo, requer um amadurecimento entre os sócios para que saibam a hora de entrar e a hora de sair da *Startup*. Com base nesta dinâmica e transitoriedade societária a *Startup* busca os mecanismos para o seu rápido crescimento³⁰⁶.

Feitas essas descrições, importa perceber que as decisões de investimento feitas pelos empreendedores perpassam em grande medida, e isso é fundamental, pelo enfrentamento de questões jurídicas. Tal se dá tendo em conta a necessidade de se encontrar o desenho adequado para a empresa nascente e as transações de investimento, empreitada essa que inclui fatores críticos envolvendo o direito, tais como averiguar as alternativas de estruturação societária e de escolhas que favoreçam a eficiência tributária do empreendimento. E não poderia ser de outra maneira, uma vez que as respectivas rodadas de investimentos “[...] só se realizam com segurança jurídica se cumpridos uma série de formalizações e atividades legais”³⁰⁷, que podem tanto facilitar ou impedir o desenvolvimento do negócio inovativo.

Naquilo que mais de perto interessa ao presente estudo, tomando em consideração as peculiaridades das *startups*, sobretudo no que concerne à atração de investimentos externos para alavancagem da empresa, o momento que se abre é analisarmos o problema que toma o centro de nossas preocupações, qual seja, quais as vantagens e desvantagens entre os modelos de sociedade limitada e anônima e, principalmente, o que essa escolha societária implica na possibilidade de adotar o regime de apuração simplificada de tributos. Essa é a análise de que nos ocuparemos na seção que segue.

3.3.2 Formas organizacionais e a alavancagem financeira das startups

De maneira a inaugurar essa parte, convocamos a atenção do leitor para um aspecto de grande interesse e importância ao presente estudo e que diz respeito ao efeito que a

³⁰⁶ FALCÃO, João Pontual de Arruda. **Startup law Brasil**: o direito brasileiro rege mas desconhece as *startups*. 2017. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/18186>>. Acesso em: 10 jun. 2017. p. 24.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 45.

organização societária impõe sobre o financiamento, na extensão em que ela afeta a disponibilidade de certas formas de recursos³⁰⁸. Nessa mesma leva, aliás, é que se pode entender a afirmação de Erik Stam e Elizabeth W. Garnsey³⁰⁹ atinente à correlação positiva entre o nível da *startup* e a sua formação numa sociedade, dotada de personalidade jurídica própria, que acaba por oferecer um *status* legal ao empreendimento com o potencial de reduzir riscos e suportar ganhos potencialmente altos³¹⁰.

Pois bem, é justamente com fundamento nesse fio de raciocínio – e tomando em consideração que as atividades desempenhadas pelas empresas emergentes são exercidas de forma organizada, profissional e com fim econômico, enquadrando-se, portanto, nos modelos das sociedades empresariais³¹¹ – que iremos analisar, com especial enfoque, os tipos societários da limitada e da anônima fechada³¹². Pelo o que, como já sobredito, o intuito é compreender os incentivos positivos e negativos à adoção desses dois formatos legais para a estruturação e condução de negócios sujeitos a altos riscos de insucesso e cujos investimentos, em regra, se dão mediante participação societária.

Ou seja, dentro da realidade jurídica brasileira, a nossa abordagem irá contrapor as particularidades e as exigências dos investidores com a anatomia das formatações societárias sob estudo, com vistas a entender os motivos da preferência por uma veste jurídica (anônima fechada) em detrimento de outra (limitada) quando se trata do financiamento via capital de risco.

³⁰⁸ CASSAR, op. cit., 2004, p. 268.

³⁰⁹ STAM; GARNSEY, op. cit., p.10.

³¹⁰ Ibid., p.10.

³¹¹ Cabe aqui um esclarecimento: o artigo 982 do Código Civil relata que as sociedades podem ser simples ou empresárias. A primeira (simples) é utilizada, de modo obrigatório, para cooperativas e pode ser também empregada para a exploração da atividade rural ou exclusivamente intelectual, ou seja, artística, literária ou científica. A segunda (empresária), enquanto pessoa jurídica de direito privado, consiste naquela que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, constituindo assim uma empresa. Em suma, o que se percebe é que as roupagens mais importantes seriam apenas a sociedade simples e, dentre as empresárias, a sociedade limitada e a anônima, já que o restante caiu em desuso no universo negocial, porquanto envolve a responsabilidade ilimitada seja de todos ou de alguns sócios (FERREIRA, Fabiana Duarte. **A Sociedade Unipessoal de Responsabilidade Limitada**. 2010. 24 f. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/fabianaferreira.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017. p. 03-04).

³¹² Em verdade, existem dois tipos de sociedades anônimas, a de capital aberto e a de capital fechado, a primeira negocia as suas ações no mercado de capitais, enquanto a segunda não. Nesse esteio, a sociedade anônima aberta não é recomendada para organizar investimentos de capital de risco, conforme discorre Fernando César Nimer Moreira da Silva: “Mesmo que os fundadores de venture capital decidam por adotar o tipo contratual das companhias abertas, os interessados na subscrição de ações, que são agentes econômicos bem informados, irão avaliar os riscos do negócio, resultando em desinteresse pela aquisição das ações ou redução do preço pago, inviabilizando a oferta. Ainda, a operação de oferta pública de ações é atividade complexa e consome recursos significativos, sendo desproporcional à estrutura e porte apresentados por negócios de venture capital” (DA SILVA, op. cit., 2014, p. 79).

Uma vez estabelecidas tais ponderações, ficaremos em condições de justificar a vigorosa razão de voltarmos a nossa atenção para a conjunção normativa que expulsa do Simples Nacional os pequenos empreendedores que adotam o formato societário anônimo fechado, enquanto opção societária de extrema viabilidade para captar recursos dos capitalistas de risco.

Antes de prosseguirmos nessa incursão, no entanto, alguns pontos apropriados necessitam prévios esclarecimentos.

Por primeiro, não desconhecemos que o direito brasileiro oferece uma miríade de diferentes tipos societários³¹³ e, até mesmo, não olvidamos que “[...] cada um deles pode trazer os mesmos benefícios aos empreendedores que optam pelas suas estruturas jurídicas das sociedades limitadas ou das sociedades anônimas”³¹⁴. A pedra de toque, nesse contexto, é que a prática mercantil foi selecionando as roupagens jurídicas mais adequadas à realidade econômica, daí porque as sociedades limitada e anônima são os modelos mais comumente adotados, afinal a não ser por estas duas modelagens, não há outra alternativa que consiga melhor proteger os interesses dos seus sócios, que só respondem pelo capital subscrito ou relativo ao valor das ações³¹⁵.

Por segundo, não queremos dizer que a sociedade anônima fechada sempre será o veículo jurídico apto a toda e qualquer situação vivida pela *startup*, como se fosse uma fórmula preestabelecida desde pronto ao nascimento da empresa nascente. A bem da verdade, o que queremos colocar em evidência é que

Embora não exista uma fórmula jurídica uniforme e constante para todas as *startups*, o modelo de Sociedade Anônima, regido pela Lei 6.404/76, é a forma de organização societária com os maiores atrativos para atender às necessidades de financiamento da *startup* inovadora, na medida em que confere: (a) maior segurança

³¹³ Em estudo sobre a possibilidade de limitação dos riscos envolvendo projetos de *venture capital* pela aplicação de normas societárias, Fernando César Nimer Moreira da Silva relata que a estrutura das sociedades de pessoas (sociedades em comum, em nome coletivo, em comandita simples e em conta de participação) é de uso difícil nessa empreitada, pois ela implica em responsabilidade solidária dos sócios, circunstância que não é adequada para lidar com o alto grau de incerteza presente em negócios de *venture capital*, já que aumenta os riscos assumidos pelos investidores. Já as empresas individuais de responsabilidade limitada apresentam as mesmas desvantagens das sociedades de pessoas, além do requisito da unipessoalidade, o que inviabiliza a sua utilização em negócios de *venture capital*, que reclama a associação de dois ou mais agentes econômicos (empreendedor e investidor). Ficam de fora, igualmente, a sociedade simples (por não ser empresária), e a cooperativa. Também inaplicável a sociedade em comandita por ações, devido à exigência de responsabilidade ilimitada do acionista-diretor. De todo o exposto, portanto, todos os modelos mencionados devem ser descartados, eis que inadequados para organizar os negócios de *venture capital* e, de forma mais geral, os projetos de capital de risco (enquanto categoria da qual aquele é espécie, seguindo ambos, por obviedade, a mesma lógica), restando a possibilidade, pois, de adoção dos tipos das sociedades limitadas e anônimas fechadas (DA SILVA, op. cit., 2014, p. 76-79).

³¹⁴ DA SILVA, op. cit., 2014, p. 124.

³¹⁵ Ibid., p. 122 e 124.

e previsibilidade jurídica ao investidor; (b) procedimentos facilitados de entrada e saída do capital social; e (c) maior número de instrumentos de financiamento³¹⁶.

Por sem dúvida, todo o nosso esforço de análise leva a concluir que há sim percepções bem fortes (conforme veremos a seguir), no sentido de que o desenho da sociedade anônima fechada mostra-se como um veículo mais adequado ao perfil do capital de risco em comparação à sociedade limitada, a qual, no entanto, possui como contraponto um diferencial importante: a possibilidade de adesão ao regime de apuração simplificada de tributos.

3.3.2.1 A sociedade anônima fechada como instrumento preferencial de capitalização do empreendimento

Como já dissemos, há uma tendência dos investidores a título de capital de risco em enxergarem na gestão societária anônima vantagens frente ao modelo da sociedade limitada.

O primeiro motivo para visão dessa ordem consiste nos riscos de responsabilidade dos sócios que, ilustrada como que numa régua, oscila em maior grau ao cotista de uma sociedade limitada e em menor, ao acionista de uma sociedade anônima. De fato, embora em ambos os tipos societários a responsabilidade social fique restringida apenas ao montante do capital integralizado, há variações nesse regime, como bem demonstra Egberto Lacerda Teixeira:

Em ambas, os sócios ou acionistas, isto é, todos os sócios ou todos os acionistas têm a sua responsabilidade limitada a uma certa cifra, que na sociedade por quotas é, em casos de falência, o montante do capital social não realizado, e nas sociedades anônimas, em todas as circunstâncias, o valor da subscrição de cada qual³¹⁷.

Dessa forma, nas sociedades de responsabilidade limitada, se algum sócio for inadimplente, todos os demais respondem solidariamente pela integralização do capital subscrito e não integralizado, quer dizer, o investidor corre o risco de ser obrigado a pagar a cota-parte de sócio insolvente³¹⁸. Já na sociedade por ações, cada acionista é responsável tão

³¹⁶ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **O estado da inovação no Brasil: pequenas e médias empresas inovadoras e startups**. Brasília: CNI, 2016. Correalização: Instituto Euvaldo Lodi. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2016/12/16/570/PME_startups_web.pdf>. Acesso em: 18 maio 2017. p. 61.

³¹⁷ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 27.

³¹⁸ Esta prescrição está contida no artigo 1.052 do Código Civil: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

somente pelo valor das ações por ele individualmente subscritas e ainda não integralizadas, cabendo aos sócios inadimplentes arcar com a sua parte faltosa do capital social³¹⁹.

À vista de tais ponderações, vê-se, portanto, que a responsabilidade social da sociedade anônima é ainda mais estreita que a da sociedade limitada, já que confinada ao preço de emissão das próprias ações subscritas ou adquiridas pelo sócio, de modo a implicar num “[...] menor custo de monitoramento do patrimônio dos demais sócios, pois o acionista não terá que arcar com a integralização de parcelas do capital devidas pelos outros acionistas”³²⁰.

Outra razão pela qual o capitalista de risco, tipicamente, reclama tal traje societário recai no fato de que as sociedades limitadas³²¹ não possuem as mesmas possibilidades de instrumentos jurídico-financeiros que estão à disposição das sociedades anônimas, como, por exemplo, as debêntures e os *comercial papers*, os quais “[...] trazem agilidade na captação do recurso, multiplicam os potenciais interessados no investimento e também garantem maior *enforcement* àqueles que investem seus recursos a sociedade”³²².

Pois, com efeito, a possibilidade de emitir ações de diferentes espécies e classes aos acionistas torna a sociedade anônima extremamente vantajosa para conceder direitos políticos ou patrimoniais distintos a financiadores diferentes, acomodando, assim, os interesses dos agentes econômicos envolvidos no negócio, já que, muitas vezes, o investidor prefere possuir ações ordinárias para influenciar na consecução da gestão da empresa e aumentar o seu valor, com o intuito de vender as suas ações futuramente³²³. Já, em outros casos, para ele pode ser

³¹⁹ Essa determinação está expressa no artigo 1º da Lei n.º 6.404: “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

³²⁰ BARBOSA, Leonardo Garcia. Sociedade anônima simplificada. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 289-323, out./nov. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana Laura/Downloads/ri_l_v51_n204_p289.pdf>. Acesso em: 04 maio 2017. p. 310.

³²¹ A esse respeito, bem explana Marcelo Godke Veiga: “Já que as limitadas não podem captar recursos dos fundos de venture capital, poderiam tentar acessar, de outra maneira, o mercado de capitais para se financiar. Segundo a própria CVM, as limitadas podem, nos termos do artigo 33 da Instrução nº 480, de 7 de dezembro de 2009 (‘Instrução CVM nº 480/09’) acessar o mercado de capitais por meio da emissão de alguns títulos de dívida: ‘emissores que emitam exclusivamente notas comerciais e cédula de crédito bancário – CCB, para distribuição ou negociação pública, podem se organizar sob a forma de sociedade anônima ou sociedade limitada’. Note-se, todavia, que tal tarefa seria bastante difícil, já que, por serem *startups*, terão dificuldade em atrair investidores. Não bastasse isso, o emissor, mesmo na forma de sociedade limitada, terá de obter registro nos termos da Instrução CVM nº 480/09, salvo se puder apoiar-se na isenção prevista no artigo 7º, IV e V, que dispensa automaticamente as micro e pequenas empresas de tal registro, desde que o emissor se qualifique como tal, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, mas, pela própria lógica de tal lei, há grandes chances que não ocorra” (VEIGA, Marcelo Godke. *Venture capital, sociedades anônimas e inovação: as falhas do direito societário brasileiro*. **Revista Juris da Faculdade de Direito: Fundação Armando Álvares Penteado**, [S.l.], v. 8, p.01-15, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2294500>. Acesso em: 05 maio 2016. p.01-15).

³²² DINIZ, Gustavo Saad. **Instrumentos de capitalização societária**. São Paulo: Liber Ars, 2014. p. 28.

³²³ LABORATÓRIO DE EMPRESAS NASCENTES DE TECNOLOGIA (LENT), op. cit., 2014, p. 33.

suficiente ter ações preferenciais que lhes garantem prioridade na distribuição de capitais ou no reembolso de capital (a teor do artigo 16 da Lei nº 6.404)³²⁴. Mais ainda, o regime da sociedade anônima prevê, também, a emissão de ações sem valor nominal (nos termos dos artigos 11 e 14 da Lei nº 6.404), fazendo com que o seu valor seja flutuante, aumentando ou reduzindo conforme o mercado³²⁵.

É, pertinente, nesse ponto, registrar também os dados colhidos no segundo censo brasileiro da indústria de VC/PE. Nesta pesquisa, entre as 60 empresas respondentes, grande parte delas toma por base jurídica estrutural a sociedade anônima de capital fechado, num percentual de 68,3%, enquanto as limitadas correspondem a 21,7% e as anônimas de capital aberto abrangem 10%³²⁶. E mais, dentro desse contexto, constata-se, igualmente, uma grande gama de instrumentos financeiros proporcionados pela sociedade de ações e que são utilizados pelas empresas para organizarem os direitos e obrigações dos sócios. São eles: ações ordinárias simples – que permitem direto a voto com ou sem restrições – na monta de 65,4%; ações preferenciais – que conferem prioridade no recebimento de dividendos, de reembolso de capital e, por vezes, direito a mais dividendos do que as ordinárias – no total de 30,8%; e os instrumentos de dívida no importe de 28,8%, que correspondem, nesse caso, a debêntures conversíveis (65% dos casos), as debêntures com direito de subscrição (46%) e as notas promissórias (com, apenas 10% de utilização).

Sintetizando o exposto, e reforçando os argumentos acima dispendidos, também é essa a orientação defendida por Marcelo Godke Veiga:

Note-se que a adoção da forma societária mais simples, barata e adequada às *startups* que é a limitada terá como consequências indesejadas (i) enorme limitação de acesso (a) a recursos financeiros e (b) ao mercado de capitais, que poderá ser feito tão-somente mediante oferta pública de cédulas de crédito bancário e notas comerciais, mas não de quotas ou quaisquer títulos representativos ou conversíveis em títulos representativos do capital da sociedade; (ii) a formação adequada da estrutura de capital da sociedade será prejudicada, já que são limitadas as fontes de captação de recursos; e (iii) por ter tantos empecilhos para se financiar, corre o risco de não se manter viva por falta de capital³²⁷.

Destarte, todas essas pistas e considerações indicam no sentido de uma mesma conclusão: embora, nos estágios iniciais da *startup*, a sociedade limitada possa ser um modelo societário preferível para as empresas de menor porte, esse quadro todo se modifica no instante em que o empreendedor passe a necessitar de capital externo para desenvolver as suas

³²⁴ LABORATÓRIO DE EMPRESAS NASCENTES DE TECNOLOGIA (LENT), op. cit., p. 33.

³²⁵ Ibid., p. 33.

³²⁶ A pesquisa ressalta que a preponderância das sociedades anônimas pode ser explicada pela transformação da empresa em sociedade limitada para anônima após o investimento de PE/VC, com mecanismos de governança corporativa.

³²⁷ VEIGA, op. cit., 2014, p.03.

atividades empresariais³²⁸. Sensíveis a tais ponderações, aliás, Gustavo Saad Diniz aponta na mesma direção ao consignar que com “[...] exceção das sociedades anônimas, os demais tipos societários não contam com bons instrumentos para busca de recursos para capitalização”³²⁹.

E mais um ponto de interesse na escolha da forma societária versa sobre o custo do controle. Como explica Fábio Soares Wuo³³⁰, nesse ponto, a anônima é benéfica aos investidores, pois ela permite abrir mão de uma parte maior do capital social sem comprometer, no entanto, o controle total da empresa, afinal, nela, o controle total vem com mais de 50% das ações; enquanto, na sociedade limitada, ele vem com mais de 75% das quotas.

De par com tais considerações, e não menos relevante, conjugamos outra que diz respeito à transferência das participações, aspecto de grande importância no contexto do capital de risco, que necessita de estratégias mais fáceis de saída da sociedade para prover o desinvestimento. Por primeiro, esse procedimento nas limitadas acaba sendo mais oneroso e burocrático, já que a transferência, para ser aperfeiçoada, necessita ser formalizada mediante arquivamento da modificação do contrato social na junta comercial. Ademais, conforme previsão do artigo 1.057 do Código Civil, se não houver dispositivo no contrato social regulando a cessão de quotas a terceiro não sócio, ela fica condicionada à inexistência de oposição de sócios que correspondam a mais de 25% do capital social (leia-se: a cessão fica sujeita à anuência de três quartos do capital social), tornando-a, pois, mais rígida. De outro lado, nas anônimas, isso é feito de maneira bem mais simples, maleável e célere, já que, em regra, o sócio é plenamente livre para alienar suas ações a estranhos à sociedade, ou seja, sem estar embasado no assentimento dos demais membros societários, por meio de simples averbação nos próprios livros sociais, conforme descrito anteriormente.

Não fosse todo o exposto bastante para decidir pela sociedade anônima de capital fechado, podemos convocar, ainda, um ponto de suma importância que exsurge na escolha do regime societário: é o risco de questionamento no que tange ao registro do ágio na subscrição de quotas da sociedade limitada, circunstância que pode se transformar em uma contingência fiscal a título de imposto de renda pessoa jurídica (IRPJ) e de contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) incidente sobre esse sobrepreço pago pelo investidor para a aquisição das quotas.

³²⁸ POTENZA, Guilherme Perez; OLIVEIRA, Alexandre Edde Diniz de. Regulando a inovação: o crowdfunding e o empreendedorismo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 69-107, 2016. p. 76.

³²⁹ DINIZ, op. cit., 2014, p. 15.

³³⁰ WUO, Fábio Soares. Direito societário: formas societárias e suas características: a importância do planejamento para as *startups*. In: RESENDE, Luiza (Org.). **Direito para empreendedores**. São Paulo: Évora, 2016. p. 20.

Em verdade, a problemática gravita na ausência de previsão legal expressa afastando a incidência de tributos sobre o valor do ágio recebido pelas limitadas, diferentemente do que ocorre nas sociedades anônimas, onde se garante a isenção de tributação nesses casos³³¹. Nesse sentido é que se observa o acórdão nº 9101-002.00³³², prolatado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), órgão administrativo máximo de decisão sobre temas tributários federais. Na referida decisão foi entendido que o valor de ágio recebido por sociedade limitada, ainda que creditado à conta de reserva de capital do balanço patrimonial, deve ser computado na apuração do lucro.

A fim de compreender a gravidade desse posicionamento, e entremostrando, de passagem, as razões econômicas e jurídicas para o registro do ágio, importa relevar que as *startups* são constituídas, em grande largura, pela roupagem da sociedade limitada e, tendo isso em consideração, o investidor – ao invés de utilizar o modelo de investimento baseado em ingresso direto no capital social da empresa – prefere adotar a estrutura do mútuo conversível em participação societária, que consiste num “[...] contrato de financiamento por meio do qual o credor entrega para o devedor uma quantia a ser paga em determinado prazo ou convertida em quotas da sociedade tomadora do capital”³³³. Essa forma de agir e decidir do investidor tem o claro propósito de buscar proteção ao seu patrimônio pessoal, já que, enquanto não convertido os recursos, ele não consta no quadro societário da firma, pelo que repele os riscos de ser responsabilizado por eventuais débitos trabalhistas, previdenciários, consumeristas e tributários da organização investida³³⁴.

³³¹ Em sua literalidade, o artigo 38, inciso I, do Decreto-lei nº 1.598/77 assim dispõe: “Art. 38. Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de: I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital; [...]”.

³³² BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n.º 9101-002.00, Processo nº 13899.002346/2003-88. Relator: Valmir Sandri. Brasília, DF, 07 de outubro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília, out. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Decisao_13899002346200388.PDF>. Acesso em: 16 jun. 2017.

³³³ GARRIDO, Luiz Gustavo; COELHO, Giulliano Tozzi. A estruturação do investimento entre aceleradoras e *startups* no brasil. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Org.). **Direito das startups**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 131-145. p. 134.

³³⁴ Nesse sentido, vale a pena conferir as lições de Carlos Alexandre Lobo e Guilherme Peres Potenza: “Primeiramente, os investidores em uma sociedade limitada (a forma societária mais eficiente em termos de custos de manutenção) passam a figurar como quotistas, compondo o quadro social da empresa. O enquadramento do investidor como quotista, por sua vez, torna-se público, vez que o respectivo documento societário é registrado na Junta Comercial competente (para que tenha eficácia e gere efeitos perante terceiros), o que implica a exposição ao público do investidor como quotista. Dessa forma, caso surjam futuras contingências relativas à empresa investida, há hipóteses em que a responsabilidade limitada do investidor poderia ser desconsiderada, afetando diretamente o patrimônio do investidor, na qualidade de quotistas da sociedade limitada. Em segundo lugar, o investidor, enquanto credor e não quotista, possui prioridade de recebimento sobre o capital social em caso de liquidação ou falência da sociedade investida. Como o risco de se investir em uma

Nesse passo, ali, onde encontramos a operação de mútuo, o que se nota é a atitude do capitalista de risco em aportar recursos numa quantia desproporcionalmente maior em relação ao valor do patrimônio líquido da empresa. O ensejo por trás disso provém do atributo de escalabilidade das *startups*, ou seja, pelo fato de que elas aspiram a uma expansão acelerada de seus negócios. Dessa forma, na hipótese de entrada de novos sócios, cumpre adicionar o cálculo de rentabilidade futura ao valor do patrimônio líquido, no que segue a importância do ágio para calibrar as participações societárias.

Noutras palavras, portanto, com base no valor futuro da empresa emergente, “[...] a contribuição do investidor destinada à formação do capital social é de uma fração do total do investimento realizado, e a diferença apurada deveria constituir reserva de capital, fundamentada na rentabilidade futura da *startup*”³³⁵. Todavia, “[...] é justamente essa diferença, o ágio na subscrição das quotas, que se verá tributada, caso a empresa em questão adote a forma societária de limitada”³³⁶. Consequentemente, diante desse óbice jurídico, que torna incontornável qualquer outra opção, os capitalistas de risco, em regra, condicionam a conversão do mútuo em participação societária – caso assim desejem – à transformação da limitada em sociedade anônima³³⁷.

Não fora isso, cumpre registrar, por fim, que alguns autores colocam em dúvida a afirmação de que a sociedade anônima fechada seria mais burocrática e cara do que a sociedade limitada, pois, para eles, há, atualmente, uma aproximação entre esses dois tipos societários. Isso porque, com as alterações promovidas pelo Código Civil de 2002, várias das situações que antes eram consideradas como fatores de custos de transação para o modelo societário anônimo fechado passaram também a ser nas limitadas. Assim, frente a esse

startup em estágio inicial é muito elevado se comparado a fases posteriores, esse aspecto assume uma relevância ainda maior” (LOBO; POTENZA, op. cit., p. 276).

³³⁵ PICCHI, Flavio Augusto. A tributação do ágio nas sociedades limitadas. **Estadão**. São Paulo, 02 mar. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/sua-oportunidade/a-tributacao-do-agio-nas-sociedades-limitadas/>>. Acesso em: 08 jun. 2017. n.p.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Por oportuno, reproduzimos aqui o seguinte trecho escrito por Pedro Wehrs Do Vale Fernandes: “Os investidores [...] sentem-se mais confortáveis para investir em sociedades anônimas, por preferirem o regime de responsabilidade dos acionistas conferido por esse tipo societário, bem como pelo fato de as companhias serem sociedades com uma formatação (e tributação – vide entendimento equivocado da Secretaria da receita Federal sobre a tributação pelo IRPJ do ágio decorrente da subscrição de quotas em aumento de capital de sociedade limitada) mais interessante para o recebimento de investimentos. Por conta disso, é muito comum a inserção de cláusula que permita a investidores (inclusive no caso das aceleradoras) a exigir que a sociedade limitada se transforme em sociedade anônima previamente à conversão de seu crédito em participações societárias (assim, ao ingressarem na sociedade, receberão ações, e não quotas)” (FERNANDES, Pedro Wehrs do Vale. A natureza jurídica das incubadoras e aceleradoras e suas relações contratuais com as start-ups. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos....** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 27 - 47. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/86257626/Ap4fpW72VLabJQJh.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017. p. 41, nota de rodapé 21).

regramento mais rígido e minudente (como, por exemplo, os diversos e elevados quóruns para deliberações sociais), a sociedade limitada já não pode mais ser considerada a "opção automática" dos pequenos empreendedores, que deverão considerar, no momento de constituição da empresa, qual será a melhor veste societária para o seu negócio³³⁸.

Diante de tudo o que foi refletido e exposto, nada mais achamos necessário acrescentar para efeitos de enaltecer a sociedade por ações de capital fechado como a estrutura societária preferível e, portanto, mais propensa a receber o capital de risco.

Inclusive, em trabalho sobre o direito aplicável às *startups* de software e internet, João Pontual de Arruda Falcão, por seus argumentos expendidos, inclina-se na mesma direção, ao recomendar, inclusive, que a empresa se constitua diretamente como uma sociedade anônima fechada, caso ocorra algum dos marcos (*millestones*) por ele detalhado. Vejamos:

O tempo para constituição, registro e gestão das transformações societárias são tão custosos (tempo e dinheiro) que entendemos por bem adotar uma estratégia de constituição da personalidade jurídica da *Startup* de forma binária: de início, nas fases de descoberta e validação, utilizar a pessoa física dos fundadores. Com o avanço da *Startup*, a constituição e registro de uma sociedade anônima fechada.

Os *millestones* que, quando ocorrem, nos indicam o momento de constituição da pessoa jurídica são os seguintes:

- A *Startup* receber investimentos de terceiros.
- A *Startup* assinar contrato com o primeiro cliente.
- A *Startup* contratar equipe de funcionários.
- A *Startup* participar de editais competitivos (incubadoras, aceleradoras, FINEP, Fapesp, etc).
- A *Startup* iniciar movimento financeiro recorrente ou relevante.
- A *Startup* assumir riscos jurídicos relevantes (direito do consumidor, liability).

[...] Quando um ou mais desses *millestones* acontecerem, recomendamos a constituição da pessoa jurídica, com o devido registro em junta comercial, da forma de sociedade anônima de capital fechado, que, no Brasil, nos parece o veículo mais apropriado às *Startups*³³⁹.

Entretanto, se à primeira vista poder-se-ia pensar que essa constituição (ou transformação) para o desenho da sociedade anônima seria solução bem simplificada para a captação do capital de risco das *startups*, vemos que não é bem assim. Essa escolha esbarra em dois aspectos jurídicos: a vedação prevista na Lei do Simples Nacional a esse tipo societário e a forma limitada com a qual as *startups* se estruturam, tendo em vista que os empreendedores enxergam a anônima como sendo algo burocrático e custoso, vinculado a práticas de governança e obrigações formais (como, por exemplo, a publicação de atos societários em jornais de grande circulação).

³³⁸ MOREIRA, Ricardo Guimarães. Sociedade limitada ou anônima fechada?: o novo dilema dos empreendedores nacionais. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 43, n. 133, p. 32-76, 2004. p.33.

³³⁹ FALCÃO, op. cit., 2017, p. 96-97.

O caminho foi longo, mas aí está, enfim, a situação-problema que toma o centro de nossas preocupações e da qual pode se inferir o seguinte impasse vivido pelo empreendedor. Ou ele, para conseguir angariar recursos por intermédio do capital de risco, adota o modelo da sociedade anônima de capital fechado, e, com isso, arca com as consequências dessa escolha referentes aos altos custos tributários (de deixar o regime tributário incentivado do Simples) e societários (em virtude da manutenção cara, rígida, burocrática e complexa dessa modelagem societária); ou, de outro lado, ele se mantém no Simples Nacional e permanece estruturado como sociedade limitada, mas deixa de receber o tão necessário capital para a operação e desenvolvimento da empresa. Em ambas as situações, a sequência desta ciranda é, muito provavelmente, o mesmo fim: a obstacularização e até inviabilidade de vida da *startup*.

Entretanto, antes de enfrentarmos mais profundamente essa problemática, um importante e derradeiro passo deve ser feito ainda: consiste em anotar o teor e amplitude do arcabouço legal, tanto em nível constitucional como infraconstitucional, que estabelece o tratamento favorecido à MPE.

4 MPE E O ESPECIAL TRATAMENTO TRIBUTÁRIO

Já mencionamos inúmeras vezes o fenômeno das pequenas empresas nas dobras das páginas anteriores. Na verdade, todos os capítulos deste trabalho são marcados por passagens sobre essa categoria socioeconômica. Tal se dá porque, embora não se confundam, os termos *startup* e MPE apresentam uma forte e intensa relação. Afinal, grande parte das vezes, as empresas emergentes e inovadoras nascem e são geradas como empresas de menor envergadura.

Entretanto, tudo o quanto exposto, até agora, ainda não se mostra suficiente: para entendermos o porquê de centrarmos nossas atenções e preocupações a este porte de firma, precisamos compreender quais as razões de existir um tratamento favorecido a estas empresas. Ou, o que equivale a perguntar: qual a justificativa de se beneficiar, por meio de mecanismos jurídicos, a MPE? O que as organizações diminutas possuem de especial e diferente em relação ao restante das demais empresas?

Disto, o que queremos colocar em evidência são as externalidades positivas (sociais e econômicas) irradiadas por estes pequenos agentes econômicos. A ideia central é que as pequenas empresas não são apenas *bountiful*³⁴⁰, mas sim peças relevantes nas pautas de desenvolvimento socioeconômico de um país, já que possuem o condão de criar postos de trabalho, realizar uma melhor distribuição de riquezas, gerar inovação e realizar a desconcentração econômica.

Pelo o que, o presente capítulo está dividido em três partes principais. Tomaremos como ponto de partida a problemática envolvendo a definição de pequena empresa. Para compor esse quadro, nós iremos introduzir, também, alguns parâmetros internacionais no que cerca ao conceito de MPE e aos mecanismos tributários estabelecidos para favorecer as organizações diminutas. Em seguida, avançaremos em direção ao nosso ordenamento jurídico, começando com o seu ápice, a Constituição, que guarda inúmeros dispositivos acerca do tratamento jurídico favorecido a ser dispensado aos pequenos, momento que aproveitamos para discorrer sobre os desideratos e razões que levaram o constituinte a elevar o regime incentivado ao plano constitucional. Por derradeiro, descenderemos para a planície legal do Simples Nacional, com vistas a analisar o regime tributário benéfico em prol das firmas de menor porte.

³⁴⁰ Mark Granovetter, em artigo sobre a relação de trabalho nas pequenas empresas, jocosamente troca o título do livro de Fritz Schumacher, intitulado *Small is Beautiful*, e coloca que a MPE, pode ou não ser “bonita”, mas, com certeza, ela é abundante (*bountiful*), isto é, expressiva numericamente (GRANOVETTER, Mark. *Small is Bountiful: Labor Markets and Establishment Size*. **American Sociological Review**, [S.l.], v. 49, n. 3, p.323-334, jun. 1984. p.323-334).

4.1 MPE e o especial tratamento tributário: aproximações iniciais

“A ‘mão invisível’ da pequena empresa na economia”³⁴¹. Aí está o título que abre o livro de Steven Solomon para retratar a relevância das organizações diminutas nos Estados Unidos. Podemos ir além e afirmar que isso não é um fenômeno exclusivo estadunidense. As unidades produtivas menores representam a absoluta maioria da população empresarial e um considerável propulsor econômico e social em grande parte dos países, seja qual for o seu tamanho ou estágio de desenvolvimento³⁴². Nessa linha, a OCDE, em pesquisa realizada com os seus membros e o G20³⁴³, detectou que as empresas de porte reduzido³⁴⁴ alcançam o percentual de 99% de todas as empresas nas nações pesquisadas³⁴⁵.

E não é por outro motivo, portanto, que “[...] quase todos os países admitem algum tipo de alívio para as pequenas empresas, embora nem sempre coincidam as motivações e as formas”³⁴⁶. Realmente, ainda que diversas nas suas formas de intervir, é possível encontrar o uso de medidas especiais voltadas para as atividades de pequena monta desde a Rússia³⁴⁷, a Ucrânia³⁴⁸, a Albânia³⁴⁹, a Malásia³⁵⁰, o Equador³⁵¹, o Peru³⁵², a China³⁵³, o Nepal³⁵⁴ e o Burundi (África)³⁵⁵.

³⁴¹ SOLOMON, op. cit., 1986, p. 07.

³⁴² ACEVEDO, Gladys López; TAN, Hong W (Ed.). **Evaluación de impacto de los programas para PyME en América Latina y el Caribe**. México: Banco Mundial, 2010. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTLACREGTOPPOVANA/Resources/Impact_Evaluation_SME_Program_s_SPA_Final.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016. p. 02; OCDE. **SME and Entrepreneurship Outlook**. [S.l.]: OECD Publishing, 2005. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/industry-and-services/oecd-sme-and-entrepreneurship-outlook-2005-edition_9789264009257-en#page3>. Acesso em: 17 jul. 2016. p. 16.

³⁴³ A pesquisa envolveu, portanto, tanto países desenvolvidos como em desenvolvimento, tais como: Brasil, China, Rússia, Indonésia, Irlanda, Estônia, Áustria, Austrália, Bélgica, Islândia, Polônia, Dinamarca, Alemanha, França, Finlândia, Coreia do Sul, Luxemburgo, Canadá, Estados Unidos, México, Noruega, Reino Unido, Chile, Portugal, Japão, Suécia, Suíça, Eslováquia, Eslovênia, Turquia, Espanha, Grécia, Nova Zelândia, Hungria, Israel, Itália e Letônia.

³⁴⁴ A OCDE, nesse relatório, adotou a definição da Comissão Europeia, tomando por MPE, portanto, empresas com menos de 250 empregados e cujo valor de negócios não atinja o limite de 50 milhões de euros.

³⁴⁵ OCDE. **Taxation of SMEs in and G20 Countries**. Paris: OECD Publishing, 2015. (OECD Tax Policy Studies, 23). Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/taxation-of-smes-in-oecd-and-g20-countries_9789264243507-en#page3>. Acesso em: 05 abr. 2017. p. 19.

³⁴⁶ PAES, Nelson Leitão; ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de. Tributação da pequena empresa e avaliação do Simples. **Cadernos de Finanças Públicas**, Brasília, n. 09, p. 05-55, dez. 2009. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/trib_peq_empresa.pdf>. Acesso em: 07 maio 2017. p.05.

³⁴⁷ POLISCHUK, Leonid. Small Businesses in Russia: Institutional Environment. **Ssrn Electronic Journal**, [S.l.], p.01-27, 2001. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=260042>. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 01-27.

³⁴⁸ ENGELSCHALK, Michael. Creating a Favorable Tax Environment for Small Business. In: ALM, James Robert; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge; WALLACE, S. (Ed.). **Taxing The Hard-to-tax: Lessons from Theory and Practice**. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2005, p. 275-311. (Contributions to Economic Analysis, 268). p. 275-311.

³⁴⁹ Ibid., p. 275-311.

³⁵⁰ MUHAMMAD, Mohd Zulkifli et al. Small and Medium Enterprises (SMEs) Competing in the Global Business Environment: A Case of Malaysia. **International Business Research**, Toronto, v. 03, n. 01, p.66-75,

Todavia, cumpre ressaltar que não há uma univocidade no conceito de micro e pequena empresas, ou seja, não há um balizamento exato para definir qual agente econômico deve ser, ou não, tomado como de pequeno porte, pelo que cada país elege diferentes critérios, conforme as características de suas estruturas econômica, social e política.

Geralmente, os indicadores mais adotados para conceituar os pequenos têm sido os elementos de ordem quantitativa, seja de forma isolada ou combinada, tais como: o número de empregados, o valor do faturamento, os investimentos em ativos fixos, o patrimônio líquido, etc³⁵⁶.

Naquilo que mais de perto nos interessa, convém deixar registrado, a título de exemplificação, os conceitos de MPE delineados pela União Europeia e pelos Estados Unidos, uma vez que ambos os países não colocam qualquer trava para o enquadramento de uma sociedade anônima como pequena empresa.

Com efeito, no bloco europeu vigora a Recomendação 2003/361/CE, cujo teor é tomar como unidade produtiva de menor porte qualquer entidade que, independentemente da sua forma jurídica, exerça uma atividade econômica, tendo como critérios definidores o número de empregados e o montante financeiro (correspondente ao volume de negócios ou o total do balanço)³⁵⁷. O mesmo ocorre nos Estados Unidos, em que não há barreira quanto ao tipo societário adotado pelo pequeno empresário. Inclusive, o *Small Business Administration* (SBA), enquanto principal órgão público americano dedicado ao desenvolvimento e proteção das pequenas empresas, utiliza como fatores de elegibilidade para a sua assistência as receitas

jan. 2010. Disponível em: <<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/ibr/article/view/3893/3945>>. Acesso em: 24 abr. 2017. p. 66-75.

³⁵¹ FERRARO, Carlo; STUMPO, Giovanni. **Políticas de apoyo a las pymes en América Latina**: entre avances innovadores y desafíos institucionales. Santiago: Cepal, 2010. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2557/politicas_apoyo_pymes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁵² FERRARO, op. cit., 2010.

³⁵³ CHEN, Jia. Development of Chinese small and medium-sized enterprises. **Journal of Small Business and Enterprise Development**, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 140-147, abr. 2006. p.140-147.

³⁵⁴ COOLIDGE, Jacqueline; YILMAZ, Fatih. **Small Business Tax Regimes**. feb. 2016. Elaborado por World Bank Group. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/24250/Small0business0tax0regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

³⁵⁵ Ibid., 2016.

³⁵⁶ TAGLIASSUCHI, Miriam de Toni. Pequenas empresas: dependência econômica e participação política. **Ensaios Fee**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 65-99, 1987. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/issue/view/80>>. Acesso em: 06 maio 2017. p. 69.

³⁵⁷ COMISSÃO EUROPEIA. **What is an SME?**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_pt>. Acesso em: 01 jul. 2017.

líquidas anuais da empresa ou o número de empregados, variando conforme a atividade desenvolvida pela empresa³⁵⁸.

Dentro desse contexto acerca dos critérios de elegibilidade dos pequenos, releva destacar, ainda, algumas contribuições teóricas. Contrapondo-se a forma dominante de qualificar a MPE, Henrique Rattner³⁵⁹ afirma que a utilização de critérios puramente contábeis (como ativos fixos, lucros) não se mostra confiável, tendo em vista a tendência por parte do pequeno empresário em sonegar informações e tributos, sem contar o problema advindo com a erosão dos valores pela inflação. Afora isso, ele também entende que o parâmetro do número de empregados poderia levar ao equívoco de classificar as empresas capital-intensivas, numa mesma categoria, com as empresas artesanais e tradicionais. Tudo o que, relata o autor, concorre para uma única constatação: a equivocada conceituação de MPE exclusivamente por meio de dados quantitativos mantém-se em virtude do forte “[...] viés ideológico da microeconomia, que postula um mercado de concorrência perfeita, com ajustamentos sucessivos da empresa, até chegar à dimensão ótima”³⁶⁰, onde “[...] a função da produção (tecnologia) é tida como um bem ‘livre’ e comum a todas as empresas do ramo”³⁶¹.

Como coloca Henrique Rattner, “[...] o ramo não é um simples agregado de empresas, funcionalmente idênticas. Ao contrário, revela-se ao analista como uma estrutura complexa de relações dinâmicas e diferenciadas entre unidades com posições e funções diferentes”³⁶², razão pela qual o marco divisório conceitual de MPE precisa agregar, além do parâmetro quantitativo, variáveis complementares de natureza qualitativa. Estas últimas poderiam ser centradas nos tipos de administração (geral, financeiro-contábil e mercadológica) e de gestão tecnológica³⁶³.

Igual posicionamento assume Carlos Montaña quando entende que a definição de pequena empresa somente pelo “tamanho” corresponde a um ato de negar o seu caráter como categoria socioeconômica qualitativamente distinta da grande empresa³⁶⁴. Como exemplo, o autor relata que, “[...] embora o critério quantitativo nos mostre uma realidade empírica (a

³⁵⁸ U.S. SMALL BUSINESS ADMINISTRATION. **Small Business Size Regulations**. Disponível em: <<https://www.sba.gov/contracting/getting-started-contractor/make-sure-you-meet-sba-size-standards/small-business-size-regulations>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

³⁵⁹ RATTNER, Henrique. Acumulação de capital, internacionalização da economia e as pequenas e médias empresas. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 24, n. 4, p. 97-106, dez. 1984. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901984000400017>. Acesso em: 20 maio 2016, p. 35-82. p. 98.

³⁶⁰ RATTNER, op. cit., 1984, p.98.

³⁶¹ Ibid., p. 98.

³⁶² Ibid., p. 98.

³⁶³ Ibid., p. 98.

³⁶⁴ MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 15-17.

maioria das PeMEs ocupa um baixo número de trabalhadores), nem todas as PeMEs cumprem rigorosamente com esta generalidade, nem todas as empresas que empregam poucos funcionários são PeMES”³⁶⁵. Dessa forma, ele defende que as características quantitativas não são causa, mas consequência, ou seja, é o fato de ser uma organização diminuta, enquanto categoria socioeconômica, que condiciona, em termos gerais, a sua dimensão. Assim sendo, como forma de solucionar esse impasse na conceituação, o ideal seria tomar como pequena empresa aquela que fosse menos produtiva em comparação com a média do ramo em que está inserida. Nas suas palavras,

Isto significa que aquela empresa de dimensões reduzidas e cuja relação “valor dos meios de produção” “valor da força de trabalho” for inferior à média, dada a composição média do capital do seu ramo produtivo num dado país, constitui uma PeME. Quer dizer que a PeME possui, em termos relativos, maior valor da força de trabalho empregada que o valor de seus meios de produção, em relação à média³⁶⁶.

Seja como for, não se mostra possível desenhar critérios absolutos para definir o porte de empresas. A bem da verdade, o corte para a delimitação da pequena produção nunca será o ideal, ao passo que ele tanto pode impedir a entrada de uma efetiva MPE, como também abranger uma empresa que não necessariamente faria gozo das benesses³⁶⁷. Não podemos esquecer, ainda, os casos de nanismo tributário, em que o empreendedor fica desestimulado a crescer para não perder o tratamento incentivado ou, até o mesmo, a hipótese de planejamento tributário, por meio do qual uma empresa fragmenta-se em várias outras menores, com o intuito de que todas elas fiquem sob o abrigo do tratamento diferenciado. Nada obstante, o Estado deve sempre envidar esforços para enfrentar, amoldar e ajustar as ocasiões conforme elas vão lhe aparecendo e sendo problematizadas, ou seja, faz-se mister construir e reconstruir a conceituação de pequeno, não devendo o ente estatal restar numa postura consignada com o já estabelecido, que talvez não seja o mais adequado para um determinado tempo.

Nesse compasso, e sem a pretensão de expandir demais os horizontes em exposição cujo foco está delimitado pela análise de nosso direito pátrio, cabe trazermos alguns exemplos de mecanismos fiscais favorecidos desenhados por países em nome das pequenas empresas.

Antes de prosseguirmos, no entanto, vale a pena introduzir alguns cuidados, consoante explanam Nelson Leitão Paes e Aloísio Flávio F. de Almeida³⁶⁸. Na parte que segue, iremos centrar nossa atenção ao estudo feito pela OCDE sobre tributação da MPE e

³⁶⁵ MONTAÑO, op. cit., 2001, p. 17.

³⁶⁶ Ibid., p. 19.

³⁶⁷ PAES; ALMEIDA, op. cit., 2009, p. 12.

³⁶⁸ Ibid., p. 15-16.

nele o aludido organismo distingue empresas corporadas (*incorporated*) e não-incorporadas (*unincorporated*). A primeira expressão corresponde à organização formal e legalmente constituída, com personalidade jurídica própria e independente das pessoas naturais dos sócios. Para nós, seria o equivalente ao instituto da pessoa jurídica. De sua vez, o segundo termo refere-se à empresa que, embora pratique atos empresariais, não possui personalidade jurídica e, por conseguinte, os sócios respondem pelas obrigações contraídas em nome da empresa.

É interessante registrar que essa ausência de personalidade própria da empresa não é considerada ilegal, nem informal, pois, no cenário internacional, é habitual a realização de atos comerciais por pessoas naturais. Com isso, “[...] empresários individuais que no Brasil são considerados fora da rede formal, em vários outros países seriam qualificados como formais para a administração tributária, desde que fossem contribuintes dos impostos”³⁶⁹. De fato, mesmo considerando a figura do microempreendedor individual (MEI) trazida pela Lei Complementar nº 128/09, não é absurdo afirmar que, em nosso país, “[...] a rigor, não existe empresa formal sem personalidade jurídica. A maioria das pequenas empresas é constituída com responsabilidade limitada dos sócios”³⁷⁰.

Isto posto é bom frisar que, na maioria das nações, o regime tributário segue essa forma organizacional (incorporada ou não incorporada) adotada pelo pequeno empresário, ou seja, a constituição societária da MPE interfere na forma de tributação. Dessa forma é que se observa, salvo poucas exceções, a seguinte articulação: caso a empresa não tenha personalidade legal, os seus rendimentos são submetidos a uma única tributação ao nível do imposto de renda na pessoa física dos sócios ou proprietários; já nas hipóteses envolvendo empresas com personalidade jurídica própria, dá-se uma dupla tributação econômica, à medida que os rendimentos são tributados na pessoa jurídica e depois, novamente, na pessoa física dos proprietários e sócios, após distribuídos os lucros.

Esclarecidos tais pontos, e retomando o fio do raciocínio, o que se percebe é uma multiplicidade de mecanismos com o intuito de garantir um tratamento tributário mais benéfico à empresa de menor porte em relação ao estabelecido para as empresas em geral, seja ao nível de empresa incorporada ou não-incorporada.

Nesse sentido, merecem destaque os benefícios fiscais conferidos a título de imposto de renda pessoa jurídica às empresas enquadradas como sendo de porte reduzido. No estudo

³⁶⁹ PAES; ALMEIDA, op. cit., 2009, p. 16.

³⁷⁰ Ibid., p. 16.

realizado pela OCDE³⁷¹, 14 países pesquisados (Bélgica, Canadá, França, Hungria, Índia, Coreia do Sul, Luxemburgo, Holanda, Portugal, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos, Espanha e Japão) faziam uso desse instrumento de incentivo através de alíquotas graduais e minoradas aplicadas até um certo limiar de rendimento, podendo ainda ter o acréscimo de outro critério, como volume de negócios ou capitalização.

Ademais, vários países confeccionam sistemas tributários simplificados que substituem outros tributos, de modo a incluírem, normalmente, três elementos: i) um método simplificado de cálculo dos tributos, por meio de uma base presuntiva ou através do fluxo de caixa; ii) isenção de todos ou vários outros tributos; iii) e, por fim, requisitos simplificados de relatórios e arquivamento fiscais.

Como exemplo, além do nosso conhecido Simples Nacional (que iremos detalhar mais a frente), temos a Hungria, que instituiu um tratamento simplificado chamado Kiva. Com tal sistema, a partir de um pagamento único – apurado a partir da aplicação de uma alíquota de 16% sobre o fluxo de caixa – a MPE quita a sua obrigação em face do imposto de renda pessoa jurídica, das contribuições sociais e das contribuições de treinamento vocacional. Para usufruir de tais vantagens a entidade precisa ter até 24 empregados, além de ter tido, no exercício fiscal anterior, receita e balanço num limiar de 500 milhões (forint húngaro). Cabe situar, ainda, que a base tributária aumenta conforme o número de empregados.

Podemos citar, também, o *Régimen de Incorporación Fiscal* (RIF)³⁷² inaugurado em 2014 pelo México. Tal sistemática é aplicável aos indivíduos que desenvolvem atividades carecedoras de um diploma de graduação e que tenham uma renda anual num limiar de 02 milhões (peso mexicano). O rendimento é calculado com base no fluxo de caixa, com os investimentos sendo completamente dedutíveis no mesmo ano em que são feitos.

Ademais, insta assinalar a existência de outros modelos tributários presuntivos, como o tributo de valor fixo (*lump-sum taxes*), que corresponde a um montante uniforme a título de tributos cobrado do pequeno empreendedor, tendo como alvo as menores empresas entre a MEP e os trabalhadores por conta própria³⁷³. Bem ilustra esse tipo de incentivo o programa microempreendedor individual (MEI), cujas contribuições apresentam um valor fixo mensal, tendo como critérios: a receita bruta anual no limite de 60 mil reais e o emprego de até uma pessoa com salário mínimo (ou o piso da categoria, se houver). Há, igualmente, tributos

³⁷¹ OCDE, op. cit., 2015, p. 44.

³⁷² Ibid., p. 93.

³⁷³ Ibid., p. 94-96.

presuntivos com base em indicadores do tamanho da empresa, que fazem uso de fatores como: consumo de eletricidade e tamanho do espaço empresarial. Aqui, a ideia é mirar certos tipos de atividades econômicas. É o que faz a Índia ao utilizar no setor de transportes um tributo fixo por cada transporte de mercadoria.

Conforme os dados da OCDE³⁷⁴, não deve passar despercebido, ainda, que uma diversidade de países criaram mecanismos com o fito de encorajar e difundir os fundos de *venture capital*, tendo em mira a relevância desse tipo de investimento para estimular o empreendedorismo e contornar as dificuldades das *startups* em captarem recursos através do financiamento convencional bancário. É o caso do Japão, em que os investidores de pequenas empresas específicas têm a possibilidade de deduzir a quantia de seus investimentos em sede da tributação dos ganhos de capital em ações. Já a Turquia permite não só a dedução do montante reservado como *venture capital* do imposto de renda do investidor (desde que não exceda 10% do valor de rendimentos declarados), como também autoriza que o investidor-anjo deduza de sua renda pessoal o aporte de recursos feitos em empresas nascentes no patamar de 75% do valor investido, chegando até 100%, caso o financiamento seja feito em projetos consoantes com o escopo governamental.

Por fim, embora sem esgotar um elenco de diálogos produtivos, há todo um universo de medidas fiscais voltadas para as pequenas empresas, que podem ser assim condensadas: maior flexibilidade na dedução de perdas que as deferidas para os grandes contribuintes (como ocorre no Japão, na Coreia e na Espanha)³⁷⁵; depreciação do ativo em nível mais acelerado em relação às demais empresas (é o caso da Austrália, do Chile e da Alemanha)³⁷⁶; créditos fiscais em dispêndios com investimentos (são exemplos a França e o Canadá)³⁷⁷; créditos fiscais em despesas com pesquisa e desenvolvimento (é o que faz o Reino Unido e a Nova Zelândia)³⁷⁸; e limites de isenção orientadas à MPE (conforme estabelece a França para empresas inovativas jovens)³⁷⁹.

Mesmo que as considerações acima não esgotem a diversidade de tratamentos tributários concedidos às organizações menores no cenário internacional, elas atestam, grosso modo, uma miríade de mecanismos desenhados para as pequenas empresas incorporadas e não-incorporadas, de maneira a revelar o descompasso da legislação brasileira com as suas contrapartes em outros países. Realmente, o nosso tratamento tributário incentivado

³⁷⁴ OCDE, op. cit., 2015, p. 78.

³⁷⁵ Ibid., p. 65.

³⁷⁶ Ibid., p. 63-65.

³⁷⁷ Ibid., p. 68-69.

³⁷⁸ Ibid., p. 69-71.

³⁷⁹ Ibid., p. 73.

transforma-se, na prática, num espaço econômico próprio e exclusivo à sociedade limitada, uma vez que barra a entrada de uma pequena empresa estruturada como sociedade anônima fechada, que se torna, portanto, ineficiente em termos econômicos. Como consequência, no Brasil, o pequeno empreendedor que decida utilizar a roupagem anônima fica suprimido ao acesso de qualquer regime beneficiado igual, ou ao menos parecido, com o da MPE, indo na contramão do que ocorre em outras partes do mundo.

4.2 O sítio do tratamento tributário benéfico no ordenamento jurídico nacional

Conforme vimos, grande parte das nações dispensa, de alguma forma, mecanismos de estímulo às unidades produtivas de menor porte. E desse quadro não difere o Brasil, que coloca o tratamento favorecido aos pequenos no mais alto escalão da ordem jurídica, a Constituição.

Em assim sendo, a nossa investigação partirá do ápice das dicções constitucionais e descenderá até o patamar legal do Simples Nacional, tudo com fito de versar, com sucintas considerações, as normas que diretamente intencionam fomentar, mediante regras de tributação, a criação e o desenvolvimento de pequenas empresas.

4.2.1 O tratamento diferenciado no altiplano constitucional: objetivo da ordem econômica

O tratamento favorecido à MPE alçou lugar no tópico superior do ordenamento jurídico ao adquirir *status* constitucional com o advento da nova Carta da República em 1988, especialmente por meio dos dispositivos 170 e 179.

Nesse passo, coube ao inciso IX do artigo 170 erigir o tratamento jurídico diferenciado como um valor a ser prestigiado pela ordem econômica brasileira, já que colocado no rol dos princípios gerais do direito econômico. É interessante assinalar que a redação deste preceito originariamente circunscrevia como destinatários do favorecimento somente as empresas brasileiras de capital nacional, restando de fora o capital estrangeiro³⁸⁰. Entretanto, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, deu-se um maior alargamento no que se refere aos sujeitos abrangidos pela norma, porquanto a nova redação cogente fala apenas em empresas de pequeno porte, “[...] não importando mais a origem do seu capital, nem a natureza de seu controle, nem sua

³⁸⁰ Constituição Federal: “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 brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.

titularidade”³⁸¹, quer dizer, atualmente, garante-se às empresas menores, seja de capital nacional ou estrangeiro, o tratamento favorecido, bastando que elas sejam constituídas sob as leis brasileiras e administradas em solo nacional, conforme reza a redação cogente do aludido artigo:

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.

Eros Roberto Grau toma esse preceito da MPE orientado para a ordem econômica como um “[...] *princípio constitucional impositivo* (Canotilho), já que a Constituição como *princípio* o tomou; daí o seu caráter *constitucional conformador*”³⁸². Em seguida, ressalva o próprio autor que tal disposição constitucional tem o condão de fundamentar a reivindicação de políticas públicas por parte das organizações diminutas³⁸³.

Mas não só isso. Na verdade, importa ponderar que o inciso IX do artigo 170 da Constituição – ao ungir o tratamento favorecido como um princípio geral regente da atividade econômica brasileira – irradia vários efeitos jurídicos, como, por exemplo, o hermenêutico, por meio do qual exerce a função de vetor interpretativo do ordenamento, no sentido de comandar que a ordem jurídica em geral e cada uma das suas prescrições em particular efetivamente favoreçam ou, pelo menos, não prejudiquem as empresas de menor envergadura em comparação àquelas de maior porte³⁸⁴. Por via de consequência, toda e qualquer disposição jurídica que, direta ou indiretamente, afete negativamente os pequenos deve ser inferida com a mácula de inconstitucionalidade³⁸⁵.

No que segue, passando intacto de qualquer reforma constitucional, temos o artigo 179 da Constituição, que dá aplicação ao disposto no artigo 170³⁸⁶, que assim dispõe:

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

³⁸¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 799.

³⁸² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 222.

³⁸³ Ibid., p. 222.

³⁸⁴ MENDES; PATTON, op. cit., 2016, p. 103.

³⁸⁵ Ibid., p. 103.

³⁸⁶ Interessante registrar o posicionamento de Sérgio Karkache no que cerca à ligação entre ambas as normas: para ele, no artigo 170, inciso IX, estaria o princípio e, no dispositivo 179, restaria a regra, porquanto tal norma prescreve condutas específicas aos agentes públicos e ao Estado (KARKACHE, Sérgio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor. 2009. 296 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 104).

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

Um traço sumamente relevante para a compreensão da amplitude subjetiva tutelada pelo tratamento favorecido está contido justamente no texto legislativo acima transcrito. Vê-se, claramente, o cuidado do legislador constituinte em introduzir dois grupos distintos de pessoas aptas a gozarem dos benefícios, quais sejam, as microempresas e as pequenas empresas. Pois é justamente com estribo nessa orientação que se tira o caráter gradativo do tratamento, à medida que as benesses e o porte da empresa devem ser inversamente proporcionais. Isso significa dizer que as diferenças, em comparação ao regime padrão de tributação, devem ser diminuídas ao passo que a empresa cresce e, portanto, aumenta de dimensão, consoante ensina Celso Ribeiro Bastos:

O que parece certo é admitir-se que a diferença de que fala a Carta é tanto relativa às demais empresas, de porte normal, ou de porte comum, quanto, também, entre as microempresas, de um lado, e as empresas de pequeno porte, de outro. Afigura-se, outrossim, justo afirmar-se que o tratamento deverá ser tanto mais privilegiado quanto menor a empresa. É de respeitar-se, pois, a gradação que parece existir entre as microempresas, que seriam as menores e, conseqüentemente, mais incentivadas, e as de pequeno porte³⁸⁷.

Dessa feita, a sinergia interpretativa entre os dois dispositivos deve ser feita do seguinte modo: “[...] há um gênero ‘empresas de pequeno porte’ a que faz alusão o art. 170, que abarca duas espécies discriminadas no art. 179: 1) as microempresas e 2) as ‘empresas de pequeno porte’ em sentido mais específico”³⁸⁸.

Afora isso, o artigo 179 da Constituição contém outros comandos que se voltam para o tratamento favorecido. Vejamos quais são eles.

De proêmio, podemos extrair a característica universal do regime diferenciado, que é expressa em dois sentidos. O primeiro é que se trata de comando orientado para todos os entes políticos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), os quais têm a incumbência de instituir, nas suas tocantes esferas de competência legislativa, o tratamento diferenciado voltado à MPE. Por sua vez, o segundo sentido da universalidade é que as medidas favorecidas não são matérias restritas a um ramo jurídico em especial. Vale dizer, o elenco contido no artigo 179 (obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias) “[...] é exemplificativo (e não exaustivo), porque sua aplicação taxativa neutralizaria uma

³⁸⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. 7 v. p. 190-191.

³⁸⁸ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. 2009. 319 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>>. Acesso em: 04 abr. 2016, p. 291. p. 291.

série de Princípios Constitucionais afins ao Tratamento Favorecido (p. ex. Soberania Nacional, Defesa do Consumidor, etc.)”³⁸⁹. Disto resulta a possibilidade de inserir o tratamento favorecido em vários campos jurídicos, inclusive, para o que nos interessa, nos direitos tributário e societário.

Para além do que foi dito, acrescenta acentuar outro atributo, qual seja, o tratamento deve ser vantajoso, pois a discriminação deve configurar “[...] um efetivo ganho para as Mpes, seja em razão da interpretação conjunta com o preceito estabelecido no art. 170, inciso IX, da Lei Maior, seja por causa do caráter incentivador que a diferença de tratamento deve objetivar”³⁹⁰. Não é por outro motivo que Celso Ribeiro de Basto é incisivo ao afirmar que a legislação regulamentadora do regime incentivado não pode ser pura e simplesmente revogada, vez que ela deverá ser substituída (ou alterada) por outro diploma normativo que venha aperfeiçoar a sua aplicação³⁹¹. Em síntese, entende o autor que a intenção da Constituição é sempre caminhar no sentido de uma gradual e crescente implementação do tratamento favorecido, não sendo “[...] concebível que se pudesse, mais do que permanecer parado, o que já é, em si, condenável, retroceder no terreno já conquistado”³⁹².

Por arremate, detecta-se, ainda, o caráter alternativo contido no artigo 179, pelo qual se dá a possibilidade de que o regime incentivado seja constituído por diversos modos de benefícios igualmente importantes entre si para garantir o favorecimento em nome da MPE³⁹³. Tais formas de diferenciação podem ser utilizadas de forma conjugada ou isolada, sendo preferenciais, pois expressos, os mecanismos de simplificação, redução e eliminação (leia-se, em síntese, mitigação) das obrigações tributárias³⁹⁴, que fazem “[...] menção não apenas à obrigação tributária *stricto sensu* como também aos deveres instrumentais, auxiliares às atividades de arrecadação e fiscalização dos tributos”³⁹⁵. Por outro lado, cuida ressaltar que isso não retira a hipótese de serem adotados outros meios de beneficiamento aos pequenos por parte do legislador, como, por exemplo, a concessão de subsídios governamentais³⁹⁶.

Quanto ao mais, é certo que os dois ditames (artigos 170 e 179 da Constituição) representaram uma grande evolução em matéria dos pequenos empreendedores. Entretanto, a experiência legislativa brasileira com a concretização do princípio do tratamento favorecido

³⁸⁹ KARKACHE, op. cit., 2009, p. 107.

³⁹⁰ MENDES; PATTON, op. cit., 2016, p. 104.

³⁹¹ BASTOS; MARTINS, op. cit., 1988, p. 190-192.

³⁹² Ibid., p. 190-192.

³⁹³ MENDES; PATTON, op. cit., 2016, p. 104.

³⁹⁴ Ibid., p. 104; MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 87-88.

³⁹⁵ SOTTO, Debora. **Tributação da microempresa e da empresa de pequeno porte**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60.

³⁹⁶ MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 87-88.

foi marcada por uma multiplicidade de diplomas normativos, que, no mais das vezes, entravam em conflito, desfigurando, assim, o objetivo constitucional em prol da MPE, envolta que estava num emaranhado de conceitos e requisitos específicos para fins de usufruir o regime diferenciado fabricado pelas diversas pessoas políticas. Ou seja,

Não havia qualquer organicidade entre os regimes estabelecidos. Ficava ao talante de cada pessoa política não só criar, mas também definir a forma do regime criado. Cada legislação – federal, estaduais, distrital e municipais – estava apta a estatuir critérios diversos para qualificação das pessoas como microempresas e empresa de pequeno porte, fixar limites e condições para o enquadramento, bem como estabelecer as mais diversas formas de benefício e suas gradações. O regime favorecido estabelecido, por exemplo, pelo Estado de São Paulo – o “Simples Paulista” – só permitia o favorecimento de empresas que fornecessem bens e serviços exclusivamente a consumidor final, ao passo que o “Simples Federal” não impunha esta limitação³⁹⁷.

Isso quando havia lei tratando do tema, pois vários entes políticos, especialmente os Municípios, não constituíram qualquer tratamento favorecido³⁹⁸. Tal ocorria porque o artigo 179 consiste numa norma de caráter programático, com eficácia limitada. Desse modo, apenas a partir do texto constitucional, o preceito não possui potência própria para já beneficiar de pronto as pequenas empresas, tornando de rigor a intervenção legislativa infraconstitucional que estabeleça a discriminação em prol da MPE.

Com o que tudo vai culminar num quadro caótico formado por graves problemas concorrenciais e de tratamento desigual entre empresas com a mesma situação jurídica. A face mais visível desse quadro era a possibilidade de uma mesma empresa ser qualificada como de pequeno porte no âmbito federal e não ter qualquer classificação mais benéfica em âmbito municipal³⁹⁹.

Pois é justamente nesse contexto que adveio a Emenda Constitucional nº 42/03, responsável por alterar o artigo 146 da Constituição, de maneira a arrogar à lei complementar a tarefa de conceituar o tratamento favorecido, com vistas a extirpar a postura discrepante e injusta promovida pelo antigo balizamento, cuja matéria era versada em diplomas ordinários de todas as pessoas políticas. É o que se pode verificar na redação dos dispositivos atinentes ao tema do regime diferenciado no trato tributário:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

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

[...]

³⁹⁷ MENDES, op. cit., 2009, p. 292.

³⁹⁸ Ibid., p. 292.

³⁹⁹ Ibid., p. 293.

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.

Para bem precisar o dispositivo acima transcrito é necessário atentar que foram delineados dois grupos de competências para a lei complementar⁴⁰⁰. O primeiro foi posto na alínea “d” do inciso III, no qual há a previsão para definir o que se trata o tratamento favorecido, com o intuito de uniformizar a matéria em território nacional. Tanto assim o é que a própria Emenda Constitucional nº 42 introduziu o artigo 94 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que preconizou, em claras palavras, o fim da vida legislativa dos tratamentos especiais anteriores estabelecidos por cada uma das pessoas políticas: “Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição”. De sua vez, o segundo grupo de competência está inserto no parágrafo único do artigo 146 e diz respeito ao regime único de arrecadação de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais.

Ultimando nossa incursão sobre o texto constitucional, insta assinalarmos outra norma fundamental ao tratamento beneficiado à MPE: o artigo 195, § 9º⁴⁰¹, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 47/05. Nele, o assunto tratado é o da seguridade social e seu tocante financiamento, pelo qual se dá a diferenciação, em virtude do porte da empresa, nas alíquotas e bases de cálculo das contribuições previdenciárias devidas pelos empregadores. Em verdade, não há uma determinação expressa no sentido do beneficiamento, todavia, como bem discorre Guilherme Mendes, tendo em conta o princípio do tratamento diferenciado às pequenas empresas estampado no inciso IX, artigo 170, da Constituição, “[...]”

⁴⁰⁰ MENDES, op. cit., 2015, p. 110.

⁴⁰¹ Constituição Federal: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”.

é notório que não podem ser as grandes empresas e os conglomerados econômicos os destinatários de benesses tributárias estabelecidas segundo o critério do porte empresarial”⁴⁰².

Por tudo discutido até o momento, mostra-se, à evidência, a irradiação do tratamento favorecido à MPE por todo o altiplano constitucional, tendo em vista os vários dispositivos disciplinadores do tema na Constituição. Todavia, restam, ainda, algumas arestas a aparar.

O ponto que agora mais diretamente nos interessa é: por que, afinal, tutelar e criar mecanismos facilitadores às pequenas empresas? Teria a própria Lei Maior se inclinado ao favoritismo de um determinado porte de empresas?

Desde já não vacilamos em afirmar que não é o caso de uma predileção constitucional por certa dimensão econômica de empresa. Quer dizer, “A Constitucional Federal, ao prever o favorecimento das pequenas empresas, não faz uma escolha por um modo de produção calcado prioritariamente em pequenos atores econômicos”⁴⁰³.

Com a ideia de tentar uma síntese, podemos sopesar que os principais motivos ao tratamento mais benéfico às organizações menores centram-se, fundamentalmente, em duas vigas: i) a mitigação ou eliminação das desvantagens em ser pequeno; e ii) a geração de externalidades positivas promovidas pelos agentes de menor envergadura no campo econômico e social. Passemos a conferir em linhas muito rápidas cada um desses aspectos.

No que se refere ao primeiro aspecto, a ideia subjacente recai no retumbante fato de que as unidades produtivas menores apresentam grandes dificuldades para se desenvolverem em comparação aos grandes empreendimentos. Em via de consequência, faz-se mister a intervenção estatal para fins de reequilibrar, por meio de medidas jurídicas, situações concretas naturalmente desbalanceadas⁴⁰⁴. E daí a termos de concluir que o regime incentivado busca conferir específico cumprimento ao primado maior da igualdade, que demanda a diferenciação jurídica na proporção das desigualdades relevantes entre os destinatários dos diplomas normativos⁴⁰⁵.

Não é demasia insistir, porque relevante: o porte empresarial consiste em desigualdade relevante aos olhos do direito, motivo pelo qual tem o condão de legitimar a concretização do tratamento favorecido em favor dos agentes econômicos mais fracos. E o motivo reside precisamente nas incontáveis condições desfavoráveis suportadas pelos pequenos em comparação aos macro empreendimentos. Vejamos como isso se dá.

⁴⁰² MENDES, op. cit. 2015, p. 110.

⁴⁰³ MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 88.

⁴⁰⁴ MENDES; PATTON, op. cit., 2016, p. 105.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 105.

Por primeiro, importa relevar as possíveis falhas de mercado que podem afetar diretamente a MPE, tais como o monopólio protagonizado por grandes firmas que tornam árduo o acesso de pequenos e novos entrantes na arena econômica⁴⁰⁶. Afora isso, há também a restrição de acesso ao crédito sofrida pelas empresas de menor porte.

Aprofundando essa última questão, Nelson Leitão Paes⁴⁰⁷ explica que essa falha advém da circunstância de que os investidores – ao julgarem se aportam recursos ou não numa pequena empresa – não tomam em considerações os efeitos positivos gerados por tais agentes na economia como um todo. Pelo que, em virtude da assimetria de informações⁴⁰⁸ entre o pequeno proprietário e as instituições financeiras, o crédito, se concedido, é marcado por um alto custo, posto que as taxas de juros são elevadas. Além disso, outro fator a agravar esse quadro é a falta ou o baixo valor do bem a ser dado pelo pequeno proprietário como garantia ao empréstimo. Vai daí que os investimentos e a expansão da MPE ficam abaixo do socialmente desejável.

Realmente, um grupo de pesquisa do Banco Mundial chegou à mesma conclusão ao realizar um estudo com 56 mil empresas em 90 países. Neste trabalho foi constatado que a captação de investimentos externos cresce monotonicamente com a dimensão econômica da empresa. Em linhas gerais, os grandes empreendimentos possuem maior acesso ao crédito em comparação à MPE. Um outro estudo⁴⁰⁹ detido, e também atento a um quadro mais amplo, segue essa mesma linha de argumentação. Aqui, a investigação focou em pequenas empresas de 54 países, neles se incluindo o Brasil, e terminou por concluir que as dificuldades de acesso ao financiamento, os entraves legais e a própria corrupção afetam mais negativamente os pequenos do que as grandes empresas. Ou seja, o reflexo dessas três restrições (financeiras, jurídicas e corrupção) sobre o desenvolvimento das organizações é inversamente proporcional à dimensão da empresa.

⁴⁰⁶ FREEDMAN, Judith. Small business taxation: policy issues and the UK. In: **Taxing Small Business: Developing Good Tax Policies**. [S.l.]: Australian Tax Research Foundation, 2003, p. 01-67. (Conference Series, 23). Disponível em: <<http://www3.law.ox.ac.uk/themes/tax/documents/SmallBusinessTaxation.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017. p. 14.

⁴⁰⁷ PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. **Nova Economia**, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 541-554, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-63512014000300541&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 14 abr. 2017. p. 543.

⁴⁰⁸ Nós já tratamos do problema da assimetria de informações (vide tópico intitulado “dificuldades no financiamento à inovação”).

⁴⁰⁹ BECK, Thorsten; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; MAKSIMOVIC, Vojislav. Financial and Legal Constraints to Growth: Does Firm Size Matter?. **The Journal of Finance**, [S.l.], v. 60, n. 1, p. 137-177, fev. 2005. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6261.2005.00727.x/pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017. p. 170-171.

De par com tais considerações, somam-se, ainda, condições desfavoráveis associadas a fatores econômicos, que “[...] dizem respeito fundamentalmente ao fato de que, em razão do baixo grau de *output*, as MPE operam com custos altos e não fazem uso de economia de escala”⁴¹⁰. Algo que na mesma linha pode ser colhido em Bart Nooteboom⁴¹¹, para quem existem efeitos de escala, escopo, experiência e aprendizado em relação aos dispêndios da organização. No que segue, as pequenas empresas, geralmente, produzem baixos volumes (escala) de poucos produtos (escopo). Além do que, frequentemente, elas têm história recente, eis que não entraram no mercado há muito tempo, e, por consequência, colhem poucos benefício das economias de experiência, bem como, muitas vezes, apresentam capacidade limitada para a aquisição de conhecimento (aprendizado). Com isso, é de rigor concluir que as empresas menores enfrentam custos desproporcionalmente maiores em virtude de seu tamanho.

Aliás, com relação aos custos de conformidade⁴¹² fiscal, vale o mesmo diagnóstico no que cerca à natureza regressiva dos encargos sobre o porte da organização, ao passo que eles são desigualmente mais elevados para a MPE, e essa desproporção aumenta quanto mais complexo for o sistema tributário. Tal se dá porque, a partir de sua abertura, a empresa se sujeita a custos fixos ou quase nada relacionados com o tamanho da empresa – tais como licenças, inscrições em órgãos públicos – que são proporcionalmente maiores para uma pequena firma quando comparados com uma grande⁴¹³. Desse gasto inicial exsurge um entrave à entrada dos pequenos empreendedores no mercado.

Todavia, mesmo que a firma de menor porte supere a barreira de entrada, ela se depara com outro custo fixo: o de satisfazer as obrigações tributárias necessárias para a sua

⁴¹⁰ PESSÔA, Leonel Cesarino; COSTA, Giovane da; MACCARI, Emerson Antonio. As micro e pequenas empresas, o Simples Nacional e o problema dos créditos de ICMS. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 345-363, ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200345>. Acesso em: 12 out. 2016. p. 348.

⁴¹¹ NOOTEBOOM, Bart. Firm size effects on transaction costs. **Small Business Economics**, [S.l.], v. 5, n. 4, p. 283-295, dez. 1993. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/BF01516249.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017. p. 283.

⁴¹² Esse termo é corrente em publicações que tratam dos temas relacionados com os custos dos encargos colocados pelos tributos, podendo ser assim definido: “Custos de Conformidade na tributação são os que abrangem as pessoas físicas e jurídicas que têm que cumprir as obrigações principais e acessórias definidas pelo Poder Público e que, no exterior, são designadas como *compliance costs of taxation* e que representam o sacrifício de recursos para atender às disposições legais. O termo é ambíguo tanto em inglês como em português mas deve ser compreendido como o custo de conformar sua atividade às normas tributárias, assumindo a forma estabelecida pelo Poder Público (BERTOLUCCI, Aldo Vincenzo. **Uma contribuição ao estudo da incidência dos custos de conformidade às leis e disposições tributárias: um panorama mundial e pesquisa dos custos das companhias de capital aberto no Brasil**. 2001. 183 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 14).

⁴¹³ POPE, Jeff. Favourable small business taxation: to what extent is it justified from a tax policy perspective. **Journal of Applied Law and Policy**, [S.l.], p. 21-34, 2008. p. 07-08.

regular atividade. É o caso de despesas a título serviços de contabilidade, livros, registros ou softwares fiscais. Dessa feita, “Se estes custos mínimos são altos, serão mais onerosos na pequena empresa, pois, ao deter poucos recursos financeiros e humanos, vê-se ainda obrigada a imobilizá-los em processos burocráticos”⁴¹⁴. Já, de outro revés, “As grandes empresas obtêm vantagens comparativas por conta da maior especialização da mão de obra, de economias de escala e de métodos organizacionais que não estão disponíveis para as MPes”⁴¹⁵.

A seguinte passagem de Nelson Leitão Paes e Aloísio Flávio Ferreira de Almeida bem trata dessa problemática sufocante engendrada pelo cumprimento das obrigações tributárias:

A superação da barreira inicial não representa uma linha de chegada, mas sim um ponto de partida, uma vez que a burocracia acompanhará a empresa durante o seu ciclo de vida. Para as pequenas empresas, essa situação é um obstáculo, pois, em geral, elas não contam com a assessoria especializada de contadores e advogados. O pequeno empresário, além de cuidar diretamente de seus negócios, deverá conhecer, interpretar e cumprir a complexa legislação tributária, convertendo-se em sujeito passivo de vários tributos federais, estaduais e municipais. Ele terá de apresentar uma série de declarações e realizar vários pagamentos de tributos em datas diferentes. Esse fato contribui para aumentar os problemas das pequenas empresas no cumprimento das suas obrigações tributárias⁴¹⁶.

De tudo quanto exposto, ficamos em condições de compreender uma das razões para o estabelecimento do tratamento mais favorecido em prol das empresas diminutas. Como se percebe, toda a argumentação acima converge fundamentalmente para um claro ponto tocante às fragilidades naturais das pequenas empresas: elas suportam, ao fim e ao cabo, custos econômicos desproporcionais em comparação ao dos grandes empreendimentos, seja na forma de: i) falhas de mercado (que tornam o acesso ao financiamento mais dispendioso à MPE); ii) custos de conformidade tributária (que oneram mais os agentes menores); iii) custos de fatores econômicos (tendo em vista o efeito contraposto do ganho de escala, que é mais favorável ao grande empreendimento).

Nada obstante, necessário se faz salientar que existem aqueles contrários, ou mais cautelosos, à redução do ônus tributário sobre as organizações menores. Nesse sentido, Judith Freedman⁴¹⁷ sintetiza esta corrente num conjunto de três grandes objeções ao uso do sistema tributário como modo de beneficiar a pequena empresa.

⁴¹⁴ KARKACHE, op. cit., 2009, p. 33.

⁴¹⁵ PAES, op. cit., 2014, p. 544.

⁴¹⁶ PAES; ALMEIDA, op. cit., 2009, p. 08.

⁴¹⁷ FREEDMAN, op. cit., 2003, p. 15-16.

Por primeiro, a aludida autora esclarece que as empresas de importância para a economia, em termos de crescimento e criação de empregos, formam, na verdade, um segmento bem reduzido dentro do universo heterogêneo da MPE. Todavia, como não se mostra fácil separar, *ex ante*, as organizações relacionadas (ou não) com o crescimento, os mecanismos fiscais favorecidos ficam disponíveis para todas as empresas de porte reduzido, sem qualquer distinção. Com o que isso pode resultar numa reorganização das atividades empresarias, no sentido de serem criadas “pequenas empresas” com o intuito apenas de usufruir as vantagens tributárias.

De segundo, a concessão de mecanismos favorecidos para as organizações reduzidas contraria o princípio da neutralidade. Com isso, há chances de ocorrerem distorções na escolha da organização empresarial, nas decisões comerciais sobre modos de despesas, etc. Aqui, a ideia é que, talvez, um sistema de tributação simples e neutro pode ser mais relevante para os pequenos do que a criação de provisões especiais, geradoras de uma complexidade própria.

E, como último fundamento avesso à interferência estatal para favorecer as firmas reduzidas, tem-se o risco de se criar ineficiências econômicas, já que tais ingerências podem provocar uma alocação de recursos insatisfatória ou, inclusive, manter no mercado empresas ineficientes que, sem os benefícios tributários, não teriam condições de sobrevivência.

Seja como for, em que pese à razoabilidade das críticas dispendidas, é preciso levar em consideração – e isso é um ponto essencial – que a política tributária de beneficiamento aos pequenos não se encontra adstrita somente à lógica econômica, ou seja, ela não se limita a mitigar as desvantagens comparativas que as menores têm em relação às demais empresas. O tratamento tributário incentivado em prol da MPE vai muito além de reparar as disfunções do mercado. E esse asserto se confirma quando pensamos nas externalidades econômicas e sociais que a MPE gera no seu entorno, tais como: uma maior democratização do capital; estímulo à produção de inovações e crescimento econômico; auxílio na descentralização da economia, ao propiciar novas oportunidades de empreendedorismo⁴¹⁸; e, acima de tudo, contribui para a concretização do direito ao trabalho e, por consequência, dos direitos sociais (é o caso da habitação, saúde, educação, etc.).

Desenvolvendo um pouco mais esses argumentos, cabe anotar que o fomento às menores unidades produtivas colabora com a pulverização da atividade empresarial, já que favorece o aumento do número de atores econômicos no mercado, aproximando-se, portanto,

⁴¹⁸ BASTOS; MARTINS, op. cit., 1988, p. 36.

de um modelo ideal de concorrência perfeita, no qual nenhum dos agentes, isoladamente, é capaz de influenciar o preço e quantidade produzida⁴¹⁹. Dá-se, assim, a materialização dos princípios econômicos da livre concorrência e da livre iniciativa.

Outro ponto fundamental a se ter em mente é o papel de estabilização promovido pela MPE, que, em momentos de recessão, absorve boa parte dos desempregados, os quais abrem o seu próprio negócio, ainda que informalmente. Isto é, as organizações menores constituem-se em alternativas atenuantes ao desemprego, e os problemas dele conseqüentes, ao possibilitar o segmento dos trabalhadores por conta própria⁴²⁰. E mais do que isso, os pequenos auxiliam a suavizar as oscilações de mercado, garantindo o abastecimento de setores econômicos com maior risco e menor retorno⁴²¹.

De saída, faz-se mister destacar uma última e importante consideração: são as pequenas empresas que, proporcionalmente, mais absorvem a mão de obra e criam postos de trabalho num sentido lato, que abrange tanto o emprego, referente ao vínculo de subordinação, como a ocupação autônoma⁴²². O que daí se segue é a efetivação dos outros valores da ordem social, uma vez que o

[...] trabalho é sobremaneira relevante em razão de, por seu intermédio, outros tantos direitos poderem ser minimamente conquistados. Quem está empregado e, portanto, recebe salário ao final de cada mês, terá melhores condições, sem a necessidade de intervenção direta do Estado, de obter saúde, educação, cultura, desporto; enfim, todos os demais direitos da ordem social são indiretamente intensificados⁴²³.

Com tais anotações, infere-se, sem sombra de dúvida, que não é sem razão o tratamento favorecido dispensado à MPE, quer do ponto de vista econômico ou social. De qualquer modo, independente do seu desiderato, a escolha do legislador constituinte brasileiro impressa na Constituição é bem clara: os pequenos fazem jus a um regime tributário incentivado.

4.2.2 O tratamento diferenciado na planície infraconstitucional: o Simples Nacional

Exercendo a competência trazida no artigo 146 da Constituição, com as alterações feitas pela Emenda Constitucional nº 42/03, a União instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, cujo objetivo foi justamente uniformizar – no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – o tratamento incentivado em torno da Lei Complementar nº 123/06.

⁴¹⁹ MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 89.

⁴²⁰ KARKACHE, op. cit., 2009, p. 36.

⁴²¹ Ibid., p. 28.

⁴²² MENDES; PATTON, op. cit., 2016, p. 106.

⁴²³ MENDES, op. cit., 2009, p. 295.

Dentro do referido Estatuto, foram reunidas uma amplitude de normas gerais benéficas para a MPE nos mais diversos campos, especialmente no que toca à: i) simplificação do cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária; ii) desburocratização dos procedimentos de abertura e liquidação da empresa; iii) facilitação de acesso ao crédito e linhas de financiamento; iv) preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Estado, por meio de condições mais favoráveis nos certames licitatórios; v) formação de um arquétipo simplificado e unificado de arrecadação dos tributos; vi) inovação; entre outras disposições.

No que mais de perto nos interessa, cumpre analisarmos, com maior profundidade, as regras de cunho tributário, que, aliás, representam o maior e mais relevante grupo de vantagens dentro do Estatuto, à medida que elas formam um sistema tributário benéfico denominado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, ou, apenas, Simples Nacional, nos termos do artigo 12 da Lei nº 123/06.

Fazendo uma aproximação inicial, podemos conceituar tal sistemática como sendo um “[...] regime especial de tributação unificada opcional, diferenciada e favorecida, para pequenas atividades empresariais”⁴²⁴. E, desse singelo conceito, podemos extrair as principais características que dão forma e estrutura ao tratamento fiscal em prol da MPE.

O primeiro atributo (regime especial) dá-se pelo fato de que o Simples Nacional corresponde a um regime tributário específico para os pequenos, não sendo suscetível, pois, de utilização à generalidade das empresas. Depreende-se, com isso, que o tratamento incentivado revela-se especial porque excepciona parcialmente o sistema geral de tributação, com vistas a concretizar os ditames constitucionais de tratamento jurídico benéfico à MPE.

Por sua vez, a característica da tributação unificada consiste, como o próprio nome já revela, na forma simplificada e englobada para o recolhimento de tributos e contribuições. Mais especificamente, nos termos do artigo 13 da Lei nº 123/06, o regime uno de arrecadação abarca até oito tributos federais, estaduais e municipais⁴²⁵. São eles: imposto de renda da

⁴²⁴ MARINS, James; BERTOLDI, Marcelo M. **Simples Nacional**: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68.

⁴²⁵ Como relata Hugo de Brito Machado Segundo, as exações deixadas de fora do recolhimento unificado podem ser divididas em três modalidades; i) tributos apurados e recolhidos exclusivamente pelo regime geral de tributação, tais como imposto de importação (IPI), imposto de exportação (IE), imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR; ii) tributos que estão inclusos no Simples, mas em certos casos devem ser recolhidos pela sistemática normal, conforme ocorre com o imposto de renda incidente em aplicações financeiras e sobre o ganho de capital auferidos na alienação de bens do ativo; iii) tributos dos quais a MPE está isenta, como é o caso das contribuições para as entidades privadas de serviço social e profissional como o SESI, SENAI e SENAC (o denominado Sistema “S”) (MAMEDE, Gladston et al. **Comentários ao estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 101-110).

pessoa jurídica (IRPJ); contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL); contribuição ao programa de integração social (PIS); Contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS); contribuição previdenciária patronal (CPP); imposto sobre produtos industrializados (IPI); imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS); e imposto sobre serviços (ISS).

No que segue, os optantes do regime incentivado recolhem mensalmente – mediante um documento único – todos os tributos acima discriminados, cuja apuração é feita por meio da aplicação de um percentual sobre a receita da atividade. Disso, e numa síntese, o pequeno contribuinte consegue quitar e, portanto, extinguir as obrigações tributárias abrangidas no regime através de um único pagamento.

Vale registrar que o percentual é determinado a partir de tabelas previstas nos anexos contidas na Lei nº 123/06, as quais oscilam consoante o patamar de receita e a atividade desempenhada pela empresa. Aqui, importa destacar a proporcionalidade do tratamento benéfico em prol dos pequenos, à medida que as alíquotas aumentam de forma gradual e na proporção direta do porte (expresso pela receita bruta) da organização. Quer dizer, quanto menor for uma empresa, mais elevados serão os seus benefícios tributários. Por conseguinte, o contrário também é verdadeiro: caso a firma cresça e aumente a sua dimensão econômica, as obrigações por ela sujeitas serão incrementadas, só que não de forma abrupta a impossibilitar o seu desenvolvimento⁴²⁶.

Como se percebe, portanto, nesse microssistema, o método de tributação apresenta duas principais vantagens: i) a possibilidade de arcar com uma carga tributária menor em comparação ao regime do lucro real ou presumido, já que as alíquotas do Simples são compostas por parcelas correspondentes de cada um dos tributos nele abrangido, as quais, em regra, apresentam um percentual inferior ao que seria suportado na sistemática geral⁴²⁷; ii) uma ampla redução dos custos de conformidade à tributação que atingem desproporcionalmente à MPE, posto que “[...] a legislação é única, está reunida num só documento legal, a base de cálculo é a mesma para até oito tributos e há significativa redução de deveres instrumentais por meio da eliminação e simplificação de declarações, de documentos e de livros fiscais”⁴²⁸.

⁴²⁶ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; SILVA, Rafael Ragazzo Pacheco. Tratamento favorecido para pequenas empresas – inovações da lei complementar 147/2014. **Revista da Receita Federal**: estudos tributários e aduaneiros, Brasília, v. 1, n. 2, p. 285-305, 2015. Disponível em: <<http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceitafederal/article/view/156/38>>. Acesso em: 08 fev. 2017. p. 291.

⁴²⁷ MENDES; SILVA, op. cit., 2015, p. 291.

⁴²⁸ Ibid., p. 291.

Outro predicado relevante do Simples Nacional é o seu caráter não obrigatório, ou seja, o pequeno contribuinte tem a possibilidade de aderir ou não ao tratamento tributário benéfico, conforme melhor lhe aprouver. Entretanto, uma vez escolhido o subsistema incentivado, a opção será irretratável para todo o ano calendário.

E, enfim, como derradeiro ponto de análise, do que se trata agora é de saber qual a conceituação de MPE trazida no bojo do Estatuto. A resposta encontra-se nos incisos I e II do artigo 3º da Lei nº 123/06⁴²⁹, que trazem a receita bruta como único critério para fins de diferenciar a microempresa (receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00) e a pequena empresa (receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 e inferior ou igual a R\$ 4.800.000,00).

Se tal conceito de micro e pequena empresa, calcada num único indicativo de ordem quantitativa, poderia levar a uma conclusão apressada de que o regime diferenciado possuiria uma larga definição subjetiva, no sentido de qualificar como MPE todos aqueles empreendimentos que se encontram nos estratos mais baixos de faturamento, em uma postura mais atenta, vemos que não é bem assim, já que há inúmeras situações excepcionais previstas na própria Lei nº 123/06.

Por sem dúvida, no aludido Estatuto, existem duas espécies de impedimento à fruição do tratamento benéfico. Há a proibição, mais específica, embutida no artigo 17 da Lei nº 123/06, no qual é previsto um rol bem extenso de pequenos que não poderão recolher os tributos nos moldes do Simples Nacional, sendo as exclusões setoriais um exemplo típico dessa modalidade vedatória. Para além dessas hipóteses que obstam apenas o gozo do sistema tributário único de arrecadação, temos, ainda, as interdições trazidas no §4º (e seus incisos) do artigo 3º da Lei nº 123/06. Aqui, a vedação é mais severa, pois não autoriza sequer a própria caracterização do empreendimento como MPE e, em via de consequência, barra o aproveitamento de qualquer medida favorável prevista no Estatuto como um todo. É o caso de uma pequena empresa estruturada sob o modelo societário anônimo, que não poderá gozar do regime favorecido, para nenhum efeito legal (tributário ou não-tributário). Pois aí está

⁴²⁹ Lei Complementar nº 123/06: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).”

justamente a nossa situação-problema, cuja análise, com base em nosso eixo teórico crítico, é feita no capítulo que se segue.

5 REVISITANDO O SIMPLES NACIONAL A PARTIR DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Como nos esforçamos por demonstrar ao longo do capítulo anterior, o constituinte brasileiro dispensou às empresas de menor porte um tratamento jurídico diferenciado, especialmente no que tange aos encargos e obrigações tributárias, tendo por base a ideia de que “Garantir a possibilidade do surgimento de novos empreendimentos – pequenos em tamanho, mas expressivos no seu conjunto – cumpre elevados e auspiciosos escopos econômicos e sociais”⁴³⁰. E mais, sobre esse preceito constitucional, não pairam quaisquer dúvidas de que ele não estabeleceu sequer uma exceção explícita em função do modelo societário para a sua fruição.

Nada obstante, a nossa empreitada histórica está marcada por variados intentos legislativos que buscaram, e ainda buscam, favorecer as pequenas empresas sob uma fórmula restrita, eis que, ao definirem o que é MPE, sempre deixaram de fora inúmeras organizações diminutas⁴³¹. No recorte que mais de perto nos interessa, verifica-se que grande parte desses veículos assentaram discriminações aos pequenos empreendimentos em função de sua forma organizacional. E não foge desse panorama excludente o atual regramento, constante na Lei Complementar nº 123/06, porquanto, nos termos do artigo 3º, § 4º, inciso X, dele não podem se beneficiar as menores unidades produtivas constituídas em sociedade por ações.

Alias, é até curiosa (para não dizer preocupante) essa disjunção exclusiva entre modelo societário e regime de tributação, já que atípica em nosso país. Em regra, o legislador brasileiro não toma a forma organizacional da empresa como consideração principal quando confecciona normas tributárias, de modo que a legislação se aplica, indistintamente, tanto para a sociedade limitada como para a anônima. Todavia, a principal exceção diz respeito justamente às pequenas empresas que ficam vedadas de utilizarem essa roupagem societária se pretendem (na verdade, necessitam) usufruir das benesses do regramento tributário simplificado.

É este o ponto que agora mais diretamente nos interessa, e a respeito do qual exsurge perguntar: que motivo poderia embasar juridicamente o interdito de unidades produtivas menores optarem pelo regime unificado de tributação em função de sua roupagem societária? Ou, noutras palavras, quais as reais motivações do poder oficial nessa situação e quais são as razões por ele assumidas para justificar essa posituação discriminatória?

⁴³⁰ MENDES; SILVA, op. cit., 2015, p. 286.

⁴³¹ No que tange à proibição de pequenas empresas optarem pelo Simples Nacional em virtude do seu ramo de atividade, recomendamos a seguinte leitura: MENDES, op. cit., 2015.

Pois aí está a questão condutora de toda esta dissertação e a qual implica, fundamentalmente, em descrever e cobrar racionalidade das instituições do Estado de Direito no que cerca à *startup*. Isto é, conscientes de que sob prescrições aparentemente legais e universais podem-se encobrir escusos interesses parciais, somos levados a averiguar se a norma objeto de estudo forma um espaço decisório com critério racional ou se, na verdade, constitui um espaço de legalidade discriminatória em favor do grande capital, com o intuito perverso de evitar que o Simples Nacional se transforme para abarcar desejos e interesses sociais das próprias pequenas empresas, sobretudo e em especial, daquelas inovadoras. Aliás, é esse o fio de raciocínio que será retomado a cada momento desta exposição a partir de agora: as relações de forças entre o pequeno e o grande capital, bem como o papel do Estado dentro desse contexto.

Pois bem, para dar cabo dessa tarefa, faz-se mister “[...] reconstruir o funcionamento das instituições em detalhes com a finalidade de identificar sua maneira de reagir ou tentar ficar imune à influência do debate público que expressa os conflitos presentes na sociedade”⁴³².

Assim sendo, o caminho que se impõe é realizar uma breve incursão histórica atinente às sucessivas leis que introduziram normas benéficas em prol das organizações diminutas, momento no qual iremos analisar a coerência das razões fornecidas pelo legislador para promover as vedações informadas por parâmetros de tipo societário. E, para complementar essa análise, cuidaremos de saber, também, quais são os fundamentos encontrados nos (raros) trabalhos acadêmicos dedicados ao assunto.

Na realidade, como veremos nas linhas a seguir, há todo um discurso dominante que toma de assalto a sociedade anônima como uma estrutura utilizada exclusivamente pela (e para) a grande empresa e, portanto, seria descabida qualquer possibilidade de sua inclusão no tratamento tributário simplificado. Todavia, não fraquejamos em afirmar que esse lugar comum internalizado pelos legisladores e doutrinadores consiste numa patente forma de encobrir, seja consciente ou inconscientemente, velhos mecanismos de exclusão e repressão àqueles pequenos empreendimentos que buscam acesso ao financiamento de terceiros. Até porque, esse tipo de pensamento não consegue mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento econômico, marcado por um novo paradigma fundado no conhecimento, que implica numa tendência de voltar-se à pequena organização capaz de inovar, mas carente de recursos.

⁴³² RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 289.

Sem querer resumir aqui toda a exposição contida nesse capítulo, por agora, o ponto essencial a se compreender é que as normas jurídicas são cambiantes, decorrentes das vontades e interesses de agentes sociais e em conflito. Não é sem razão, pois, a assertiva de Marjorie E. Kornhauser⁴³³, para quem as leis tributárias são resultados de um determinado tempo e lugar, não representando, pois, uma única verdade, sendo um dos principais escopos do pensamento crítico justamente desvelar o que está por trás dessa verdade, para fins de demonstrar que ela é apenas uma história, tendo origem e consequências. Para a dita autora, portanto, o papel da crítica consiste em desvendar os pressupostos escondidos no pensamento estabelecido e nas instituições, os quais tendem a ser vistos como inevitáveis, objetivos e verdadeiros para todos os membros da sociedade, se não em todos os momentos⁴³⁴.

Vai daí que, dentro desses critérios teóricos críticos e dando ênfase nas condições de subordinação e dependência das pequenas em favor das grandes empresas, conjecturamos a seguinte hipótese para a nossa situação-problema: a de que o intento oculto por detrás da norma que proíbe as pequenas sociedades anônimas de optarem pelo Simples Nacional foi o de conferir aparência legal a ações arbitrárias que intencionam tornar árduo, senão impossível, o acesso de pequenas empresas inovadoras a fontes externas de financiamento.

E não é por outra razão que a nossa proposta investigativa, ao defender o controle social da produção normativa, intenta subverter as prescrições jurídicas feitas em nome da MPE, para que elas sejam referidas na forma de imaginação institucional, com este vir-a-ser significando a viabilidade de uma emancipação, capaz de instigar a “[...] democratização radical da sociedade, ou seja, a desnaturalização de toda e qualquer solução institucional existente em nome da crescente inclusão de novas demandas e interesses dos vários indivíduos e coletividades”⁴³⁵. Algo que na mesma linha pode ser colhido em Boaventura de Sousa Santos: “[...] todo pensamento crítico é centrífugo e subversivo na medida em que visa desfamiliarização em relação ao que está estabelecido e convencionalmente aceite como normal inevitável necessário”⁴³⁶.

Sob esse diapasão, não se pode olvidar que são nas dobras dos meandros regulatórios em concreto que se torna possível inferir uma inflexão emancipatória ao direito, como bem situa José Rodrigo Rodriguez:

⁴³³ KORNHAUSER, Marjorie E. Through the Looking Glass with Alice and Larry: Nature of Scholarship. *North Carolina Law Review*, [S.l.], v. 76, p. 1609-1627, 1998. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1441493>. Acesso em: 28 abr. 2016. p. 1065.

⁴³⁴ Ibid., p. 1623.

⁴³⁵ RODRIGUEZ, op. cit., 2013b, p. 154.

⁴³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 17.

Situar a crítica exclusivamente no nível abstrato da forma direito resulta, necessariamente, num praxis defensiva. Trata-se apenas de zelar pela manutenção do potencial emancipatório do direito, ou seja, garantir que a forma direito continue a funcionar. A possibilidade de emancipação se coloca, de fato, no nível menos abstrato de projetos de juridificação relacionados aos diversos setores e institutos do ordenamento jurídico. Este é o verdadeiro campo de batalha da teoria crítica do direito. Não há uma ligação necessária entre forma direito e distribuição de renda, entre forma direito e igualdade de oportunidade, entre forma direito e o fim da discriminação dos negros e das mulheres. Por esta razão, os estudiosos de direito civil, direito do trabalho, direito societário, direito penal etc., estão mais perto das questões que realmente interessam do que os teóricos do direito, que limitam a zelar pela integridade das abstrações. A batalha da autonomia da emancipação via direito liberal só pode ser travada em cada setor do ordenamento jurídico⁴³⁷.

Insistimos nesse ponto: o que nos move é o anseio de “[...] redefinir os horizontes, constituído da linguagem normativa repressora e ritualizada, objetivando propiciar meios instrumentais para a conscientização e a emancipação dos sujeitos históricos na sua condição de dominados e excluídos”⁴³⁸, etapa que impõe, ainda, mais um parágrafo acerca do itinerário que devemos prosseguir.

O presente capítulo está dividido em duas partes principais. Na primeira, nos lançaremos na tarefa de compor, para depois desconstruir, as justificações que intentam conferir racionalidade à vedação de pequenas empresas em adotarem o regime tributário benéfico em virtude de sua organização societária. De seguida, enquadraremos essa situação como sendo um caso de legalidade discriminatória, categoria construída por José Rodrigo Rodriguez, com base em Franz Neumann, para denunciar desenhos regulatórios que se apresentam como lícitos na aparência, mas cujo efeito é neutralizar o anseio popular.

5.1 Breve histórico das exclusões por tipo societário nos diplomas legais voltados aos pequenos empreendimentos

Em adiantamento, cumpre fazermos, desde logo, duas observações importantes.

Nesta primeira seção, com o intuito de facilitar a exposição, a proposta é examinar o histórico das exclusões informadas por critérios de escolha societária, de maneira a coletar nesse percurso as razões legislativas e doutrinárias conferidas às normas que proibiram os pequenos empreendimentos de adotarem a sociedade anônima, caso quisessem usufruir do regramento fiscal mais favorável. Feitas essas digressões, na seção seguinte, nós voltaremos a retilhar tais motivações para a exclusão (que são bem uníssonas em suas argumentações), instante no qual elas serão alvos dos interesses analíticos e críticos deste trabalho. Assim procedendo, conseguiremos concentrar todos nossos esforços e atenções para descortinar e,

⁴³⁷ RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. 190.

⁴³⁸ WOLKMER, op. cit., 2015, p. 119.

por conseguinte, desestabilizar o discurso legal que reverbera, como se fosse acima de qualquer suspeita, a “obviedade” da inadequação da estrutura societária anônima no contexto do regime tributário simplificado.

Por segundo, impõe ressaltar que, antes de nos aventurarmos na linha histórica das leis que introduziram tratamento favorecido às empresas de pequenas monta, é de rigor entender, previamente, o contexto na qual elas foram erigidas. Quer dizer, para compreender a racionalidade dominante que naturaliza a norma discriminatória, precisamos, primeiro, perscrutar sobre as contingências históricas e jurídicas que engendraram os modelos societários (especificamente, o da anônima e o da limitada).

Por óbvio que não iremos abordar toda a árvore genealógica societária brasileira, mas somente realizar um voo rasante sobre os veículos jurídicos que estavam em vigor quando da implementação da primeira lei voltada à MPE (o Decreto-Lei nº 1.780, de 1980), razão pela qual focaremos nos seguintes diplomas: a Lei nº 6.404/76, ainda vigente entre nós e tocante à sociedade anônima, e o Decreto nº 3.708/19, referente à limitada e revogado pelo Código Civil de 2002. Com tais notas já se tornará possível lançar luz sobre o motivo pelo qual os legisladores e autores entendem a roupagem anônima como sendo feita para a grande empresa.

Pois bem. A sociedade limitada (a então chamada sociedade por quota de responsabilidade limitada) veio à tona no dia 10 de janeiro de 1919, por meio do Decreto nº 3.708, que “[...] por ser muito curto e simples, conferiu grande flexibilidade e liberdade às ‘limitadas’, que funcionavam muito bem e rapidamente se tornaram o principal tipo societário brasileiro”⁴³⁹.

Sintetizando como se deu o aparecimento deste modelo de organização, Marlon Tomazette⁴⁴⁰ explica que, até o século XIX, os tipos existentes podiam ser fracionados em dois grupos: as sociedades de pessoas, que tinha simples constituição, mas a responsabilidade era ilimitada, e as sociedades anônimas, que tinha limitação da responsabilidade, mas apresentavam constituição e operação complexas. Disso, continua o autor, os pequenos e médios empresários restavam insatisfeitos, já que desejavam explorar a atividade mercantil através de uma pessoa jurídica, com limitação de suas responsabilidades, sem a contrapartida

⁴³⁹ LEITE, Leonardo Barém. A nova sociedade limitada brasileira (uma visão histórica e crítica, e aspectos de governança corporativa). In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade limitada contemporânea**. São Paulo: Quatier Latin, 2013, p. 665-688. p. 677.

⁴⁴⁰ TOMAZETTE, Marlon. O passado, o presente e a perspectiva de futuro da administração das sociedades limitadas. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade limitada contemporânea**. São Paulo: Quatier Latin, 2013, p. 191-216. p. 192.

de uma organização dispendiosa e burocrática como a do modelo anônimo. E daí advém a sociedade limitada, enquanto

[...] novo tipo societário que conjuga as vantagens das sociedades de capitais e das sociedades de pessoas, isto é, assegura aos sócios responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, sem a complexidade da sociedade anônima. Sem maiores formalidades ou complicações e com riscos limitados de prejuízo, é indubitável que esta é a forma mais aconselhável para os pequenos e médios empreendimentos⁴⁴¹.

A seu turno, a mudança legislativa no que toca à sociedade anônima deu-se numa conjuntura em que “[...] o mercado de capitais carecia de volumes expressivos e também de importância como mecanismo de atração de poupanças para capitalização das companhias brasileiras”⁴⁴², razão pela qual a Lei nº 6.404/76 “[...] estabeleceu algumas medidas visando à atração de capital de investidores interessados na rentabilidade proporcionada pelas ações das companhias, sem, todavia, influir na governança destas”⁴⁴³.

Logo se percebe, nessa esteira, que a circunstância de ter a sua disciplina inserida num contexto de reformulação e incentivo ao mercado de capitais implicou na organização do formato jurídico sob o enfoque da sociedade aberta⁴⁴⁴, quer dizer, houve um certo encaminhamento da sociedade anônima para a figura dos grandes empreendimentos, eis que submetida a regras mais rígidas e custos elevados. Inclusive, promulgada a lei, sem demora foi reconhecido pela doutrina esse direcionamento a determinado agente econômico. Um autor que exemplifica esse ponto de vista é Philomeno J. da Costa⁴⁴⁵, para quem uma das funções da modalidade anônima é justamente ser um instrumento jurídico adequado para o funcionamento das empresas maiores.

Pondo em outros termos, este tipo societário foi tomado como um instrumento de política econômica voltado à criação da grande empresa privada nacional, conforme explanam Marcel Edvar Simões e Rodrigo Carneiro Cipriano:

Em 1976 é então promulgada a atual Lei de S.A. brasileira (Lei nº 6.404), a partir de anteprojeto elaborado pelos ilustres Professores Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. [...]. Com ele buscou-se a atualização e sincronização das formas jurídicas e econômicas encontradas na prática societária, mediante um autêntico

⁴⁴¹ TOMAZETTE, op. cit., 2013. p. 192.

⁴⁴² MARCO, Douglas de. A regulação do mercado de capitais: aspectos jurídicos e contábeis da divulgação da informação. **Revista Jurídica da Presidência**, [S.l.], v. 11, n. 95, p. 05-34, 29 jan. 2010. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/224>>. Acesso em: 20 jun. 2017. p. 07.

⁴⁴³ Ibid., p. 07.

⁴⁴⁴ BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 72, n. 2, p. 389-401, jan. 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66833>>. Acesso em: 14 jul. 2016. p. 390.

⁴⁴⁵ COSTA, Philomeno Joaquim da. Aspectos da sociedade por ações. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 72, n. 02, p. 47-85, 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66821/69431>>. Acesso em: 06 jun. 2017. p. 53.

projeto de engenharia social. Esta engenharia era parte de um projeto desenvolvimentista instalado entre as décadas de 1960 e 1970, e que era direcionado ao fortalecimento da grande empresa nacional (deixando em segundo plano a pequena e média empresas). Ao contrário das ideias antitruste tipicamente disseminadas em solo norte-americano, a visão jus-política da época era no sentido de que as empresas brasileiras sempre foram anêmicas, impondo-se a necessidade de formação de conglomerados nacionais como medida urgente⁴⁴⁶.

Mesmo que em grossas linhas, o traçado desse breve panorama nos permite compreender a divisão que foi sendo feita entre os dois modelos societários e que marcaram o imaginário do legislador daquela época: a limitada seria para as empresas diminutas, porque mais simples e flexíveis, e as anônimas, corresponderia às grandes captações e organizações mais formais e burocráticas.

E as leis mais importantes no que diz respeito ao tratamento favorecido e simplificado aos pequenos empreendedores vão ser justamente caudatárias do binômio sociedade limitada/pequena e sociedade anônima/grande, vez que foram delineadas e editadas dentro desse contexto. Vejamos como isso deu.

Ainda na vigência da Constituição anterior, a temática foi regulada, de modo ainda incipiente, pelo Decreto-lei nº 1.780/80, que concedia isenção do imposto de renda às empresas menores, além de dispensá-las de obrigações acessórias. Aqui, já nos deparamos com normativa que expulsa os pequenos agentes econômicos dos incentivos legais em função de seu modelo societário⁴⁴⁷. Conforme a Exposição de Motivos do projeto encaminhado ao Congresso Nacional:

No art. 2º acham-se previstos os casos de exclusão do regime de isenção e de dispensa da escrituração, no pressuposto de que certas formas societárias e determinadas atividades são típicas de empresas de maior porte econômico e, portanto, a elas não se deve estender os benefícios do Decreto-lei⁴⁴⁸.

Na sequência, adveio a Lei nº 7.256/84, conhecida como o Estatuto da Microempresa, sendo um importante marco legal no assunto, já que foi o primeiro diploma legislativo a introduzir o termo microempresa no vocabulário jurídico e econômico do país⁴⁴⁹, expressão essa utilizada ainda hoje para designar uma parte das pessoas jurídicas sob o

⁴⁴⁶ SIMÕES, Marcel Edvar; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. Histórico das companhias: evoluções e involuções dos mecanismos societários nas S.A. In: NOVAES, Erasmo Valladão Azevedo (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quatier Latin, 2009, p. 459-490. p. 486.

⁴⁴⁷ Decreto-lei nº 1.780/80: “Art. 2º A isenção referida no artigo 1º não se aplica à empresa: I - constituída sob a forma de sociedade por ações; [...]”.

⁴⁴⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Exposição de motivos nº 128, de 17 de abril de 1980. In: DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1980, Brasília. **Anais da Câmara dos Deputados**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1980. 1980, p. 16-17. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=24/06/1980&txpagina=1525&altura=700&largura=800#>. Acesso em: 18 jan. 2016.

⁴⁴⁹ KREPSKY, Júlio César. **O estatuto da microempresa e a necessidade de sua reformulação**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 11.

albergue da Constituição. Tal regramento buscava assegurar, numa única peça normativa, um tratamento diferenciado nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial, constituindo-se assim no ponto culminante do processo de desburocratização encabeçado pelo então Ministro Hélio Beltrão⁴⁵⁰. Interessante destacar que o Estatuto apresentava um objetivo modesto, abarcando tão somente as microempresas que se enquadravam dentro dos parâmetros legais reduzidos de faturamento, sequer fazendo menção às empresas de pequeno porte, como entidades distintas daquelas, ou seja, não havia uma gradação progressiva mais adequada às várias etapas de fragilidade econômica próprias da vida de uma entidade.

Já nos fornecendo uma pista, Júlio César Krepsky⁴⁵¹ sobreavisa que a Lei nº 7.256/84 aproveitou muito daquele Decreto-lei nº 1.780/80, apontado acima. E, realmente, dele não divergiu no ponto tocante à forma jurídica de constituição da empresa como aspecto impeditivo de entrada ao sistema favorecido⁴⁵². Inclusive, veio reforçar essa proibição o art. 51 da Lei nº 7.713/1988, ao tratar da isenção do imposto de renda⁴⁵³. A explicação para tanto veio na Mensagem nº 136 enviada ao Congresso Nacional, que trata do projeto de lei do Estatuto:

Foram, porém, excluídas da definição de microempresas aquelas que revestissem certas formas associativas ou exercessem determinadas atividades somente compatíveis com empresas de maior porte econômico, adotando-se, pois, neste projeto, os mesmos critérios conceituais constantes do projeto de lei complementar⁴⁵⁴.

Como coloca Marcelo Andrade Féres, a censura promovida pelo aludido Estatuto era uma forma de “[...] coibir fraudes, pois muitas atividades civis poderiam se mascarar sob a forma de sociedade anônima, para obter as graças do Estatuto”⁴⁵⁵. Na verdade, parece

⁴⁵⁰ TAGLIASSUCHI, Miriam de Toni. O estatuto da microempresa: sistematizando o debate. **Ensaios Fee**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 121-144, 1985. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/909/1202>>. Acesso em: 25 maio 2016. p. 121-144.

⁴⁵¹ KREPSKY, op. cit., 1992, p. 11.

⁴⁵² Lei nº 7.256/84: “Art. 3º Não se inclui no regime desta Lei a empresa: I - constituída sob a forma de sociedade por ações;”.

⁴⁵³ Lei nº 7.713/88: “Art. 51. A isenção do imposto de renda de que trata o art. 11, item I, da Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984, não se aplica à empresa que se encontre nas situações previstas no art. 3º, itens I a V, da referida Lei, nem às empresas que prestem serviços profissionais de corretor, despachante, ator, empresário e produtor de espetáculos públicos, cantor, músico, médico, dentista, enfermeiro, engenheiro, físico, químico, economista, contador, auditor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, ou assemelhados, e qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida”.

⁴⁵⁴ RIBEIRO, Carlos Reinaldo Mendes. **O estatuto (contra a) microempresa**. São Paulo: Ômega, 1984. p. 17.

⁴⁵⁵ FÉRES, Marcelo Andrade. Ensaio sobre o novo estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte (lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999). **Revista do Caap**, [S.l.], n. 1, p. 351-375, 2000. Disponível em: <<https://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/view/158>>. Acesso em: 17 abr. 2017. p. 352.

esquecer o autor que o diploma legal detinha um entrave econômico traduzido pela receita bruta anual para a conceituação como microempresa, circunstância que, por si só, já bastaria para barrar a grande corporação, independente da estrutura organizacional por ela adotada. Não só isso, mesmo naquela época, já havia o artigo 294 da Lei nº 6.404, cuja finalidade era justamente poupar as pequenas sociedades anônimas fechadas com elevados custos de publicidade, quer dizer, não só as empresas maiores faziam uso dessa forma organizativa, como quis supor o autor⁴⁵⁶. Mas não nos adiantemos, esse ponto será melhor desenvolvido na seção seguinte.

De sua vez, reverberando o discurso dominante, Wilson de Souza Campos Batalha afirma que a censura promovida pelo aludido Estatuto fundamenta-se no fato de que a sociedade por ações seria um instrumento de concentração de capital, o que afastaria a qualidade de microempresa. Nas suas palavras:

A microempresa destina-se a empreendimentos de pequeno vulto, do tipo artesanal, familiar ou semelhante. Por isso mesmo, não podem assumir as características de microempresas os empreendimentos que, pela sua própria natureza e por suas próprias necessidades de capitais para a consecução de seus objetivos, demandam maior volume de investimentos e exigem estrutura mais complexa⁴⁵⁷.

Em 1988, sobrevém a nova Constituição, a qual, como já discurremos, elevou o tratamento diferenciado e favorecido ao pequeno empreendedor ao *status* constitucional, por meio dos artigos 170, inciso IX, e 179.

Nesse ensejo, concretizando o quanto exposto na novel Lei Maior, em 28 de março de 1994, foi editada a Lei nº 8.864/94, que criava o denominado Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Aqui – seguindo os ditames constitucionais que institui duas categorias de empresas beneficiadas – o grande diferencial foi a introdução da empresa de pequeno porte no subsistema jurídico facilitado, até então não mencionado no Estatuto anterior, de sorte a tonar mais lento e gradual o desenquadramento da microempresa, evitando, assim, que o microempreendedor se veja num dia acolhido pelo regime tributário favorecido para, depois, ser lançado no sistema geral de tributação, junto com as empresas

⁴⁵⁶ Interessante registrar que esse dispositivo contido na Lei nº 6.404 foi alvo de severas críticas feitas por Philomeno J. da Costa: “No entanto o legislador de 1976 criou o subtipo das semi-anônimas ou, para se refletir mais adequadamente à nova realidade, criou as semicompanhias-fechadas. Basta que tenham menos de vinte acionistas de ações nominativas inconversíveis e cujo patrimônio líquido seja inferior ao valor nominal (reajustável pela depreciação monetária) de vinte mil obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional. Pode escrever-se que [...] a nova lei deturpa na verdade a finalidade da companhia com a adoção oficial de um novo tipo de sociedade por quotas de responsabilidade limitada híbrida, cuja análise está a merecer um a dissecação pelos especialistas. O legislador não deve ser um criador novidadeiro de reboques de institutos decantados pela tradição mercantil ou, escrevendo-se com expressões diferentes, ele não deve com o seu trabalho de gabinete deturpar esses institutos.” (COSTA, op. cit., 1977, p. 52).

⁴⁵⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Estatuto da microempresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 65.

mais estabelecidas. Entretanto, em via efetiva, nada de específico foi criado por essa nova lei em favor da MPE⁴⁵⁸.

Para o que há de central para nós, no bojo desse diploma legislativo deu-se uma situação peculiar: embora na sua redação original - mais especificamente no artigo 3º, inciso I⁴⁵⁹ - havia a contemplação da exclusão societária, essa prescrição não chegou a entrar em vigor por causa de veto presidencial. Se aos olhos de um observador inocente isso seria uma evolução da reflexão do legislador acerca da matéria, já extirpamos qualquer esperança quanto a isso. Na verdade, essa meia volta converge (tanto quanto nos veículos legais antecessores) na marcha da aceitação entre o suposto antagonismo entre sociedade anônima e o regime benéfico de tributação voltado aos pequenos empreendimentos. É o que se nota nas razões do veto, cujas linhas transparecem a intenção em barrar ao máximo o ingresso em seu sistema diferenciado:

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 desenvolverem⁴⁶⁰.

É fácil ver que as razões do veto não se sustentam, já que marcadas por uma profunda ambiguidade e vagueza. De certo, como se infere do referido documento, a motivação para não permitir a entrada das sociedades anônima no regime beneficiado seria em virtude das características por elas sustentadas, que as fariam competir em condições desiguais com as outras empresas beneficiadas optantes por tipos societários deferentes. Todavia, não se delineiam quais seriam essas características, até porque, convenhamos, seria uma tarefa difícil de convencer, já que as anônimas são mais burocráticas e complexas em comparação aos demais modelos de sociedade. Realmente, cumpre insistir: se todas as

⁴⁵⁸ MENDES; SILVA, op. cit., 2015, p. 288.

⁴⁵⁹ Projeto de Lei nº 3.081/1989: “Art. 3º. Não será considerada microempresa a pessoa jurídica e firma individual: I – constituída sobre a forma de sociedade por ações;” (BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.081/1989**. Estabelece normas para as microempresas - me, e empresas de pequeno porte - epp, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativos, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e do desenvolvimento empresarial - artigo 179 da constituição federal. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=209465>>. Acesso em: 17 abr. 2017).

⁴⁶⁰ BRASIL, Presidência da República. **Mensagem de Veto nº 254**. Brasília: 28 mar. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8864-1994.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

empresas apresentam a mesma receita bruta anual, eventualmente exercendo atividades no mesmo segmento, quais são as vantagens de uma roupagem societária mais custosa de funcionamento e como ela conseguiria gerar uma competição abusiva frente às demais empresas estruturadas de forma diferente e menos dispendiosa? É a pergunta que fica frente ao silêncio “ensurdecedor” do veto.

Seja como for, independente da norma discriminatória ter sido vetada no bojo da Lei nº 8.864/94, importa notar que, na verdade, os benefícios tributários destinados às microempresas no Estatuto de 1984 não chegaram a ser revogados por esta lei precursora. Quer dizer, conviveram, simultaneamente, ambos os diplomas legais (Lei nº 8.864/94 e Lei nº 7.256/84). Disso, vê-se que a exceção legal à sociedade anônima continuou vigendo e irradiando efeitos, ainda que só para uma categoria dos pequenos (as microempresas). Inclusive, essa conclusão pode ser tirada, de algum jeito, ao observarmos que o Presidente da República vetou o dispositivo que estabelecia exclusões dos conceitos de MPE da Lei nº 8.864/94 com o fundamento de que a redação da norma equivalente no Estatuto de 1984 era mais refinada. Essa forma de agir só faz sentido se partida do pressuposto de que a Lei nº 8.864/94 não teve o objetivo revogar o Estatuto de 1984, mas somente cumprir o mandamento constitucional de favorecer duas classes organizações diminutas: a micro e pequena empresas, já que antes o foco era somente na primeira. Além do que, corroborando todo o exposto, basta observar que o Legislativo ab-rogou expressamente as disposições do Estatuto de 1984 por meio de veículos legais precursores, quais sejam, a Lei nº 9.317/96 e a Lei nº 9.841/99, o que não teria razão de ser caso o diploma como um todo já tivesse sido revogado pela Lei nº 8.864/94.

No que se segue, com o advento da Lei nº 9.317/96 ganha forma o regime tributário intitulado Simples Federal, que autorizava o pagamento de diversos tributos mediante um sistema de recolhimento unificado, que simplificava e reduzia diversas obrigações tributárias federais, estaduais e municipais. Na verdade, ele foi o “[...] primeiro documento legislativo federal a efetivamente dispensar tratamento jurídico favorecido para as duas classes de pequenas empresas constitucionalmente protegidas. Nada obstante, era restrita à seara tributária”⁴⁶¹.

Este veículo normativo, dentre as condições determinantes para o enquadramento legal e, portanto, beneficiamento do seu esquema normativo, estabeleceu a exceção legal⁴⁶²,

⁴⁶¹ MENDES; SILVA, op. cit., 2015, p. 289.

⁴⁶² Lei nº 9.317/96: Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: [...] III - constituída sob a forma de sociedade por ações;”.

de modo que, agora, tanto os microempresários como os pequenos empresários estruturados sob as vestes da sociedade anônima não se qualificavam na definição legal para usufruir do sistema normativo diferenciado.

Aproximando-nos um pouco mais dos tempos atuais, veio a lume a Lei nº 9.841/99, que se autoneomeou como Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Esta norma legal revogou todas as leis anteriores sobre o tema, com exceção da lei do Simples Federal, que continuou em vigor. Dessa forma, em plano federal, o tratamento favorecido foi regido, nessa época, por estes dois veículos legais. Em seu corpo legislativo, não havia uma proibição expressa no que tange à escolha organizacional, “[...] a despeito de, na prática, persistir a vedação, com fundamento nas mesmas razões do veto a lei anterior”⁴⁶³.

Finalmente, chegamos ao vigente subsistema jurídico facilitado para os pequenos empreendimentos: a Lei nº 123/06, que dispensa maiores detalhes, porquanto foi por nós apresentada no capítulo anterior.

Como já viemos discorrendo no percurso deste trabalho, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte impede a adesão (e, em via de decorrência, a fruição do tratamento favorecido) de pessoas jurídicas que adotem o formato de sociedade por ações, ainda que se enquadrem no porte de faturamento previsto em seus parâmetros legais.

Não obstante, vale destacar que não foi sempre assim desde o seu rascunho legislativo. Com efeito, nos parece ter havido uma tentativa de mitigar o discurso dominante e discriminatório no projeto de lei que deu vida ao Simples Nacional⁴⁶⁴. Nesse primórdio, as empresas que não podiam se qualificar na definição legal eram aquelas constituídas sob a forma de sociedade por ações de capital aberto, restando uma via de entrada, portanto, para as anônimas de capital fechado. Entretanto, esse intento restou frustrado pela emenda supressiva nº 195, a qual retirou o complemento “de capital aberto”, fazendo abarcar, novamente, ambas as espécies de sociedade anônima, sem ao menos conferir qualquer justificativa para tanto.

No que tange ao campo doutrinário, não há grandes surpresas. Uma boa leva de autores pendem para a suposta incompatibilidade entre a sociedade anônima e a natureza do regime favorecido para as pequenas empresas. Um deles é Júlio César Casarin, para quem é justificável a vedação “[...] que impede as sociedades por ações de gozarem os benefícios da

⁴⁶³ PARENTONI, Leonardo; FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade anônima fechada em perspectiva. **Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários**, São Paulo, n. 4, p. 37-64, nov. 2016. p. 46.

⁴⁶⁴ BRASIL. **Projeto de lei complementar nº 123**. Regulamenta o parágrafo único do art. 146 e o inciso IX do art. 170 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DF, jan. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=193056&filename=PLP+123/2004>. Acesso em: 2 jun. 2017.

lei, eis que a complexidade faz parte das mesmas e não se coaduna com a simplificação a que se propõe a norma legal”⁴⁶⁵. E não diverge desse posicionamento Debora Sotto:

As hipóteses descritas nos incisos [...] X, do § 4º do artigo 3º da Lei Geral decorrem logicamente da fixação dos patamares máximos de receita brutal anual veiculados pelos incisos I e II do *caput* do mesmo artigo 3º e visam garantir que somente se beneficiem com o tratamento diferenciado e favorecido as empresas cuja capacidade econômica real esteja dentro dos limites legalmente estabelecidos⁴⁶⁶.

Arrematando o exposto, Alfredo Portinari Maranca e Mauro Hidalgo declinam o mesmo entendimento, valendo-se dos seguintes termos:

A sociedade anônima é contrária a todos os princípios do Simples Nacional, sendo o protótipo de grande empresa, com contabilidade sofisticada e detalhada, com sócios anônimos e indeterminados, exatamente oposto do que se imagina que seja o optante do Simples Nacional⁴⁶⁷.

Pois bem, as notas acima tocantes à breve digressão histórica até aqui empreendida já nos bastam para efeito de análise a que nos propusemos. Agora, o próximo passo, com base no ferramental oferecido pela teoria crítica, é justamente desestruturar essa máxima propagada pelo legislador e pela doutrina, com vistas a demonstrar que a exclusão do regime mais benéfico em razão de tipo societário e as respostas monotônicas que a ela se seguiram não resistem a um exame mais sério e detido. Ou seja, é chegada a hora de distinguirmos, “[...] na esfera jurídica, o ‘nível das aparências’ (realidade normativa) da ‘realidade subjacente’ (o sublinear, o que não está prescrito mas existe)”, para fins de concebermos outras formas emancipadoras e inclusivas de prática jurídica⁴⁶⁸.

Ultimando o raciocínio, um ponto fundamental precisa ser destacado: nós não desconsideramos que muitas das sociedades anônimas existentes são de médio ou grande porte, tampouco desconhecemos a grande aceitação social por parte de organizações menores (inclusive, das *startups*) em relação às sociedades limitadas. O que queremos colocar em evidência é o equivocado tropeço legislativo em presumir que toda empresa sob a moldagem anônima é precisamente de maior envergadura. Vejamos então.

5.2 As (in)coerências do discurso legal dominante

Conforme se pode constatar da seção anterior, a racionalidade dominante foi sendo construída, reproduzida e assimilada de forma acrítica no percorrer do tempo. Em verdade, os

⁴⁶⁵ CASARIN, Júlio César Martins. Definição de microempresa e empresa de pequeno porte. In: HENARES NETO, Halley (Comp.). **Comentários à lei do supersimples**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49-64. p. 55.

⁴⁶⁶ SOTTO, op. cit., 2007, p. 80.

⁴⁶⁷ MARANCA, Alfredo Portinari; HIDALGO, Mauro. **Regulamento do Simples Nacional comentado**: resolução CGSN nº 94. São Paulo: Fiscosoft, 2013. p. 152.

⁴⁶⁸ WOLKMER, op. cit., 2015, p. 46.

autores e legisladores, com uma singeleza desconcertante, contentaram-se em proclamar fracas razões para a marginalização da pequena sociedade anônima no bojo das sucessivas legislações que conferiram tratamento benéfico aos menores empreendimentos, sem ao menos considerar diferenças técnicas básicas, como a separação entre sociedade anônima fechada e aberta.

Como numa síntese, podemos afirmar que esta narrativa imperante pode ser enquadrada em duas grandes máximas: a primeira é pressupor que toda empresa estruturada sob as vestes do anonimato constitui uma organização de maior porte, ou seja, parte-se da ideia de que, por precisar de um maior rigor contábil, organizativo, escritural, etc., isso significaria esperar um alto rendimento da firma; por sua vez, a segunda é inferir pela incompatibilidade entre a organização anônima, caracterizada por sua complexidade, formalidade e alto custo, e o regime tributação voltado à pequena empresa, informado pela simplicidade.

Nessa linha, Leonardo Parentoni aventa que esse menoscabo legal seria reflexo da circunstância em que foram geridas as leis favorecidas, momento no qual a sociedade por ações era vista para as grandes empresas e a limitada, para as pequenas. Nos seus dizeres:

Pode-se perceber que o tratamento favorecido e simplificado do pequeno empresário, no Brasil, foi regulado num momento em que o tipo de S/A era majoritariamente indicado para empreendimentos de médio e grande porte, enquanto a sociedade limitada seria destinada, primordialmente, a pequenas empresas. Por isso, toda a legislação pátria das últimas décadas vedava – expressamente ou por via interpretativa – o enquadramento da S/A como pequeno empresário. Proibição que persiste até hoje.

Ocorre que houve expressiva mudança nesse cenário, no início do século XXI, sobretudo a partir da vigência do Código Civil de 2002. Esta mudança, infelizmente, ainda não foi assimilada pela legislação, fazendo com que a Lei Complementar nº 123/2006 mantenha a proibição de enquadramento da S/A como pequeno empresário, por simples tradição, ainda que isto não mais se justifique⁴⁶⁹.

Entretanto, o nosso sentimento de estranhamento e desconfiança no que tange ao assunto não são passíveis de serem afastados pela alegação de que as circunstâncias históricas produzidas podem ser dadas como o embrião que implicou no modo de ser das sucessivas positivamente discriminatórias insistentemente encontradas nos diversos regimes incentivados.

Não desconsideramos a importância de compreender o contexto histórico na época de redação e publicação dos diplomas normativos, para fins de bem aprendê-los e interpretá-los. A contingência do passado é um fator relevante e deve ser considerado pelos juristas em seus estudos. O nosso argumento aqui é outro: essa linha de argumentação é pouca, e, como veremos, com uma pecha equivocada.

⁴⁶⁹ PARENTONI; FÉRES, op. cit., 2016, p. 46-47.

Por primeiro, cuida registrar que o próprio legislador, no projeto de lei das sociedades anônimas, achou por bem não fixar um capital mínimo para esse modelo, com o intuito justamente de não barrar a viabilidade de pequenas empresas elegerem esse tipo societário. Vejamos a Exposição de Motivos nº 196 do aludido projeto de lei:

O Projeto não exige capital mínimo na constituição da companhia porque não pretende reservar o modelo para as grandes empresas. Entende que, embora muitas das pequenas companhias existentes no País pudessem ser organizadas como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não há interesse em limitar arbitrariamente a utilização da forma de companhia, que oferece maior proteção ao crédito devido à publicidade dos atos societários e das demonstrações financeiras⁴⁷⁰.

Aí está o primeiro reconhecimento de que a anônima não é um veículo exclusivo para empresas maiores. E, como já adiantamos, esse mesmo legislador trouxe no bojo da Lei nº 6.404 o artigo 294⁴⁷¹, que continua em vigor até hoje, ainda que com modificações legislativas (feitas pela Lei nº 9.457/97 e Lei nº 10.303/02). Nele, há a criação da “superanônima” ou “supercompanhia”⁴⁷², à medida que atribui uma disciplina especial à sociedade anônima fechada que conta com menos de 20 acionistas e com patrimônio líquido inferior a um milhão de reais. Por meio de tal disposição dá-se, por exemplo, a dispensa de determinadas publicações custosas e a possibilidade de convocar a assembleia geral por anúncio. E daí a termos de concluir que a existência dessa prescrição especial, “[...] nas origens do marco regulatório da macroempresa societária brasileira, demonstra uma evidente preocupação com pequenas e médias companhias e o interesse compatibilizar o modelo regulatório emergente à sua realidade”⁴⁷³.

Em assim sendo, soa um tanto paradoxal alegar que a empresa anônima é de utilização apenas pelas grandes empresas, já que esse mesmo legislador dispensou um certo tratamento e possibilidade de que – caso assim quisessem ou necessitassem – as unidades econômicas miúdas fizessem uso do manto do anonimato.

⁴⁷⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos nº 196**, de 24 de junho de 1976. Brasília, DF, jun. 1976. Disponível em: <http://sistemas.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴⁷¹ Lei 6.404/76: “Art. 294. A companhia fechada que tiver menos de vinte acionistas, com patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), poderá: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001) I - convocar assembleia-geral por anúncio entregue a todos os acionistas, contra-recibo, com a antecedência prevista no artigo 124; e II - deixar de publicar os documentos de que trata o artigo 133, desde que sejam, por cópias autenticadas, arquivados no registro de comércio juntamente com a ata da assembleia que sobre eles deliberar. § 1º A companhia deverá guardar os recibos de entrega dos anúncios de convocação e arquivar no registro de comércio, juntamente com a ata da assembleia, cópia autenticada dos mesmos. § 2º Nas companhias de que trata este artigo, o pagamento da participação dos administradores poderá ser feito sem observância do disposto no § 2º do artigo 152, desde que aprovada pela unanimidade dos acionistas. § 3º O disposto neste artigo não se aplica à companhia controladora de grupo de sociedade, ou a ela filiadas”.

⁴⁷² WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro. **Regime especial da sociedade anônima simplificada**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

⁴⁷³ Ibid., p. 44, nota de rodapé 48.

Aprofundando mais esse ponto, há que se ter em mente que a estrutura organizativa mais sofisticada, que reveste a sociedade anônima, não implica, por si só, um dimensionamento econômico mais relevante da empresa. A ideia é simples: embora, em regra, as sociedades anônimas sejam utilizadas por maiores empreendimentos, isso não permite induzir necessariamente que toda anônima é reservada para o grande capital. Ou seja, na prática econômica, existem pequenas e grandes empresas trajando as roupas tanto das sociedades limitada e anônima e, por conseguinte, essa lógica de uma organização societária ligada, ou derivada do “[...] ‘tamanho do investimento/empreendimento’ foi (também) abandonada com o tempo, havendo empresas pequenas, médias e grandes utilizando-se dos mais diversos societários, por várias razões”⁴⁷⁴.

Aliás, em 1968, um estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre os aspectos legais e econômicos da pequena empresa brasileira já deixava clara essa ideia, embora a transcrição seja longa, vale pelas palavras escritas:

Além do consenso, entre os autores e até mesmo entre empresários, a respeito da superioridade da sociedade anônima sobre as demais sociedades, tem-se firmada a idéia geral de que ela é apropriada apenas a grandes empreendimentos econômicos. Com efeito, desde seu advento até os nossos dias, a sociedade anônima anda quase como sinônimo de empresas gigantes, as quais, através de jôgo de ações com formação de sociedades “holding”, são um traço típico do regime empresário capitalista. Um tal entendimento, no entanto, posto que correto a partir da experiência até mesmo da história, não deve chegar a ponto, como observamos em repetidos casos, de levar à crença de que a lei brasileira estabelece aquela relação entre sociedade anônima e grandes empresa. Em termos mais sumários, queremos dizer que qualquer empresa poderá usar a técnica da sociedade anônima com absoluto amparo na lei. A recíproca, também é verdadeira, eis que grandes empresas há que se organizam mediante a forma de sociedade por cotas. E, através dessa simples observações, podemos verificar aquilo que já hoje se fez pacífico entre os doutos: não há como confundir a “empresa”, como realidade plural e a “sociedade”, mero revestimento jurídico a envolver aquela⁴⁷⁵.

Não é demasia repisar: em nosso ordenamento jurídico, o empresário tem autonomia e liberdade para organizar o seu planejamento societário, não sendo, portanto, viável impor como critério de conceituação da pequena empresa a sua estruturação jurídica⁴⁷⁶. Por tal razão, Luiz Machado Fracarolli chega a afirmar que este requisito é uma “[...] condição perigosa [...] e que só deve ser invocada na falta quase absoluta dos outros elementos capazes de qualificar o empresário como pequeno”⁴⁷⁷. Inclusive, em estudo aprofundado sobre

⁴⁷⁴ LEITE, op. cit., 2013, p. 673.

⁴⁷⁵ BOUZAN, Ary; SILVA, Antônio Angarita; PRADO, Alcídio de Sousa. **Aspectos legais e econômicos da pequena empresa brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 1968. p. 30.

⁴⁷⁶ FRACAROLLI, Luiz Machado. **Pequena e média empresas: aspectos legais**. São Paulo: Pioneira, 1975. p. 148-149.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 148.

tributação das empresas diminutas, Claire Crawford e Judith Freedman⁴⁷⁸ sustentam o mesmo posicionamento ao declararem que o formato legal não é uma medida confiável para medir, por si só, o tamanho ou as características qualitativas dos pequenos, isto é, ele não é um parâmetro para o tamanho da empresa⁴⁷⁹.

Nesse passo, e continuando a desconstruir a premissa que toma a estrutura anônima como sendo um formato organizacional privativo e exclusivo das grandes empresas, importa relevar que essa divisão há muito “[...] não condiz com a realidade, pois a evolução histórica dos tipos societários brasileiros vem, cada vez mais, aproximando a estrutura interna e o funcionamento da sociedade limitada ao da sociedade anônima fechada”⁴⁸⁰. Destarte, retomando algo que já dissemos, a partir da promulgação do Código Civil de 2002, a flexibilidade e a simplicidade que vigoravam na sociedade limitada foi bastante restringida em virtude do grande detalhamento legislativo e, em muitos casos, as empresas optaram pela transformação em sociedade anônima, que até então era considerada mais formal e burocrática⁴⁸¹.

Fora isso, mais uma questão é possível de ser aventada: mesmo considerando a (falaciosa) situação de que as sociedades anônimas são – em sua completude – um instrumento de atuação para a grande empresa, ainda assim, não se mostra razoável a discriminação feita nas legislações fiscais em nome da MPE. Para explicar tanto, nos aproveitamos da argumentação dispendida por Guilherme Mendes no que tange às vedações do Simples Nacional em razão do setor econômico de atuação. Para o autor, “Não faz sentido deontológico impedir a opção pelo regime favorecido [...], porque, se as próprias características do negócio fossem, de fato, impeditivas para a atuação de pequenos, a vedação legal seria absolutamente desnecessária”⁴⁸², porquanto “[...] dos três tipos modais descritivos das condutas humanas – possíveis, impossíveis e necessárias –, o direito só alcança as primeiras”, ou seja, “É totalmente destituído de função jurídico-pragmática proibir, obrigar ou permitir

⁴⁷⁸ As referidas autoras, na verdade, defendem fortemente que as escolhas societárias no campo das pequenas empresas devem ser neutras do ponto de fiscal. Nas suas palavras: “the approach taken in this paper requires us to examine the legal forms of organisation used by small businesses, and to consider the link between legal form, the nature of the economic activity involved and the consequent tax implications. We argue that the ideal would be that the legal form of a business should make no difference to its tax treatment (that is, we would achieve complete neutrality) but this cannot always be achieved in a straightforward way” (FREEDMAN, Judith; CRAWFORD, Claire. *Small Business Taxation*. In: ADAM, Stuart et al (Ed.). **Dimensions of tax design: the mirrlees review**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1028-1099. (Legal Research Paper Series, 25/2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804333>. Acesso em: 25 maio 2017. p. 11).

⁴⁷⁹ FREEDMAN; CRAWFORD, op. cit., 2010. p. 1038 e 1014.

⁴⁸⁰ PARENTONI; FÉRES, op. cit., 2016, p. 42-43.

⁴⁸¹ LEITE, op. cit., 2013, p. 671.

⁴⁸² MENDES, op. cit., 2015. p. 117.

alguém de respirar (conduta necessária) ou de voar desprovido de qualquer aparato tecnológico (conduta impossível)”⁴⁸³.

Como se pode intuir, essa logicidade serve perfeitamente para o nosso estudo envolvendo a exclusão por tipo societário: se a estruturação anônima fosse plenamente impeditiva para os pequenos empreendimentos, a proibição legal seria completamente desnecessária e vazia, pois não faz sentido obstar a opção pelo regime favorecido de empresa que já não conseguiria de pronto alcançar essa qualificação legal, tendo em vista o critério econômico de receita bruta.

Não bastasse toda a argumentação dispendida até aqui, insta trazermos outra ponderação: a opção pela sociedade anônima, como viemos argumentando, é viável no plano jurídico, mas, assumimos que ela pode ser penosa em termos econômicos, tendo em conta a sua maior complexidade e burocracia, mesmo considerando a válvula de escape fornecida pelo artigo 294 da Lei nº 6.404⁴⁸⁴. E daí porque salta aos olhos a incongruência daquela segunda premissa da racionalidade dominante, referente à incompatibilidade entre tal tipo societário, marcado por sua complexidade, e o regime benéfico, caracterizado por sua simplicidade.

Em nosso ver, esse atributo do custo maior decorrente da organização anônima deveria reforçar ainda mais o impulso para que o legislador mitigasse o fardo regulatório suportado pelo pequeno empreendedor, e não penalizá-lo ainda mais com a sua expulsão do regime tributário benéfico. Com efeito, é ausente de qualquer coerência fazer uma organização diminuta suportar um duplo ônus: além de padecer com os dispêndios advindos com o formato organizacional do anonimato e, por causa disso, jogá-lo no mesmo regime geral de tributação das grandes empresas, como se estivessem em paridades de condições técnicas e econômicas com essas últimas.

Correndo o risco de sermos repetitivos, voltamos a perguntar: por que se dá a exclusão de pequenas empresas do subsistema favorecido de tributação, caso elas resolvam

⁴⁸³ MENDES, op. cit., 2015. p. 117.

⁴⁸⁴ Walfrido Jorge Warde Júnior e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, ao discorrerem sobre o artigo 294 da Lei nº 6.404/76, assim relatam: “Ainda que seja difícil avaliar o bom sucesso dessa iniciativa, vez que essas companhias não se diferenciam das demais companhias da lei por meio de sinais externos, senão pela análise de balanços patrimoniais e das listas de presença em assembleias, a sensibilidade e a experiência dos operadores permitem concluir que não tenha vingado. E isso se explica com alguma facilidade. Existem pesados ‘custos regulatórios’, para além daqueles que decorrem da publicação de convocações e de documentos, a exemplo dos relacionados: (i) a uma administração mínima (diretoria com ao menos 2 componentes, limitações a recondução etc.); (ii) à formação das deliberações; (iii) à vedação à unipessoalidade (companhia com único acionista pessoa física); (iv) aos entraves à retirada e à exclusão de acionistas e a dificuldade de ‘pacificação’ de conflitos; e (v) à impossibilidade de pagamento desproporcional de dividendos etc.” (WARDE JÚNIOR; CASTRO, op. cit, 2013, p. 44).

encarar a complexidade e os custos do regime legal da sociedade anônima? Porquê esse que nos leva a crer, sem qualquer vacilo, na seguinte constatação de Guilherme Mendes: “Ao proibir uma conduta sob a falaciosa justificativa de ser impossível, o legislador busca, na verdade, juridicamente impedir algo que, apesar de difícil, seria possível”⁴⁸⁵.

Por certo, no que toda a nossa análise vem a culminar é no sentido de uma mesma e inexorável conclusão: a exclusão por formato societário do regime tributário incentivado opera um quadro legislativo que possui como real intento constranger o acesso das pequenas empresas inovadoras ao capital de terceiros, fazendo com que as técnicas de financiamento sejam resguardadas estrategicamente para as grandes empresas. A consequência derradeira, portanto, é a inviabilização das *startups*.

Feita essa afirmação, vale a pena enfrentar uma questão que, talvez, esteja incomodando o leitor: afinal, se a norma discriminatória por modelo societário é tão antiga, o que levaria o presente trabalho a afirmar que a vedação atual, contida na Lei nº 123/06, teria a motivação escusa de impossibilitar as *startups*, enquanto fenômeno mais recente? Em outras palavras, como uma norma discriminatória gerada na década de 80, quando ainda nem se ventilava sobre *startups*, teria correlação e influência sobre tais empresas inovativas agora?

De pronto, podemos afastar esta suposta contradição temporal com quatro argumentos que se encontram para formar um único quadro: a relação de dominação das pequenas em relação às grandes conta, sem sombra de dúvidas, com o reforço do aparato estatal, sobretudo e especialmente por meio das normas jurídicas.

Por primeiro, devemos ressaltar que, embora o termo *startup* seja relativamente recente, de certa forma, ele sempre existiu, se pensarmos nessa expressão como fazendo alusão às pequenas empresas disruptivas, responsáveis por quebrarem antigos paradigmas, estagnados por interesse de grandes empreendimentos que intentam reduzir o risco nas suas áreas de negócio. Algo que na mesma linha relata Andréia Cristina Dullius ao aduzir que “Embora as startups não sejam um fenômeno novo, já que estão na origem de firmas inovadoras, o que existe de novidade é a intencionalidade de criar um novo negócio com o intuito de explorar uma invenção”⁴⁸⁶.

Para tornar esse argumento mais concreto, basta observar a lista de inovações introduzidas por organizações de menor porte no século XX, tais como: a lata de aerossol, a

⁴⁸⁵ MENDES, op. cit., 2015. p. 117.

⁴⁸⁶ DULLIUS, Andréia Cristina. **As capacidades de inovação em startups**: um estudo no vale do silício. 2016. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/143320>>. Acesso em: 16 jul. 2017. p. 15.

insulina biossintética, o marca-passos, o helicóptero, as lentes de contato moles, a válvula eletrônica, o computador pessoal, entre tantos outros⁴⁸⁷. Foi isso, aliás, que percebeu Joseph Schumpeter⁴⁸⁸ há quase 90 anos quando, ao tratar das diferentes necessidades de financiamento existentes entre pequenas e grandes empresas, relatou que a inovação envolve processos de descontinuidade e ruptura que são dirigidos por novas e reduzidas organizações. Assim, sob esse ângulo, vê-se que a atuação de empresas menores como um agente de mudança que revoluciona o padrão competitivo por meio da inovação – assim como faz a *startup* – não é algo realmente novo e, por conta disso, não há que se falar num desencontro entre a temporalidade das exclusões por modelo societário e as empresas nascentes.

Por segundo, verifica-se que o empreendedorismo via *startup* alçou popularização na década de 90, quando se deu o *boom* da internet⁴⁸⁹. Ora, excetuando o Decreto-lei nº 1.780/80 e a Lei nº 7.256/84, todas as demais normas supervenientes foram geradas nesse contexto do auge das *startups*, motivo pelo qual o legislador não poderia invocar desconhecimento de sua existência. E nem se alegue que a potencialidade de empresas emergentes e inovadoras era algo distante da realidade brasileira naquela época, pois, justamente em 1991, foi instituído pelo BNDES o primeiro programa de financiamento à inovação tecnológica orientado à MPE, chamado Contec, por meio do capital de risco. Ou seja, desde os anos 90, em que o fenômeno *startup* teve maior notoriedade, o Estado brasileiro já tinha consciência do papel das pequenas organizações inovadoras em quebrarem paradigmas e a importância do capital empreendedor para viabilizar tais negócios.

Por terceiro, não é absurdo argumentar que, em seu nascedouro, a norma discriminatória tinha por objetivo obstar o nascimento e crescimento de pequenas sociedades anônimas em geral, no sentido de englobar a heterogeneidade das atividades desempenhadas pela MPE, e, com a conformação do novo paradigma da economia do conhecimento, essa exclusão alcançou uma amplitude subjetiva maior ainda, adaptando-se aos novos tempos. Isto é, a manutenção da exclusão por tipo societário se deu para repelir qualquer chance de um pequeno empreendedor, incentivado pelo tratamento tributário diferenciado, conseguisse adquirir tamanho suficiente para competir no campo econômico com os grandes grupos estabelecido. E, agora, no novo paradigma produtivo, o grande capital continua a se aproveitar desse quadro para fagocitar as *startups*.

⁴⁸⁷ SOLOMON, op. cit., 1986, p. 142.

⁴⁸⁸ SCHUMPETER, Joseph. The Instability of Capitalism. **The Economic Journal**, [s.l.], v. 38, n. 151, p. 361-386, set. 1928.

⁴⁸⁹ DE AZEVEDO, Júlio Cesar da Rocha Germano. Inovação, startups e o direito. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Coord.). **Direito das startups**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 14-27. p. 15.

Como último esforço de reflexão, é possível aventar, mesmo que improvável, a possibilidade que, em seu início, a norma discriminatória foi posta por um deslize do legislador, tendo em vista o seu desconhecimento sobre a real possibilidade de um pequeno empreendedor estruturar-se na roupagem anônima. Todavia, mesmo assim, isso não justifica a perpetuação dessa discriminação pelos diversos diplomas normativos que foram sendo sucedidos no decorrer do tempo. Ou seja, mesmo tomando como verdadeira essa hipótese do equívoco legislativo, estamos seguros em afirmar que a exclusão societária no bojo do tratamento favorecido foi sendo mantida nos subsequentes veículos legais, pois a grande empresa se deu conta que tal cenário excludente era convergente aos seus interesses de manter, com exclusividade, o acesso do capital nas suas mãos.

Avançando o raciocínio, dentro desse contexto de possíveis hipóteses, poderia ainda se argumentar que essa discriminação positiva decorreria de interesses arrecadatários fiscais, e não dos grandes empreendimentos preocupados em conservar a sua dominação na arena econômica. Tal ocorreria porque seria impraticável para a Receita Federal averiguar o cumprimento do quanto disposto no artigo 3º, § 4º, da Lei nº 123/06⁴⁹⁰ (que estabelece um rol de restrições relativas aos sócios da MPE), uma vez que o controle da titularidade das ações, nas sociedades anônimas, é feito nos livros da companhia, que são guardados em arquivo na sede. Então, por exemplo, seria árduo para o agente fiscal identificar se o acionista de uma pequena empresa beneficiada teria participação, com mais de 10%, no capital de uma organização estruturada sob o regime da anônima e não enquadrada na qualificação legal

⁴⁹⁰ Lei nº 123/06: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de 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 em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X - constituída sob a forma de sociedade por ações; XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade”.

incentivada. Assim, ao promover esse mecanismo da exclusão legal, o Fisco conseguiria estabelecer um controle mais eficiente e menos onerosos para a máquina estatal. E, realmente, essa é uma hipótese sustentável de motivação para a vedação legal por tipo societário, mas, igualmente, evitada de ilegitimidade, já que preocupações de eficiência fiscal podem até um certo “[...] orientar a formulação legislativa, mas não a ponto de inviabilizar, em qualquer dos setores da atividade econômica, o cumprimento dos escopos extrafiscais norteadores do regime jurídico a ser dispensado às pequenas unidades produtivas”⁴⁹¹.

Nada obstante, não acreditamos que seja o interesse fiscal o único e exclusivo causador das vedações legais. No que, para nós, há a configuração das seguintes alternativas: “[...] ou um conluio entre o Estado, na sua voracidade arrecadadora, e as grandes empresas, no seu afã de dominação dos mercados para obter lucros extraordinários, ou, ao menos, um equilíbrio de interesses hegemônicos [...]”⁴⁹².

Concretamente, o ponto fundamental que transparece nessa já longa exposição é a visão distorcida e anacrônica do Estado acerca das pequenas empresas, que são tomadas como entes de segunda classe, não merecedoras de financiamento por terceiros e, portanto, fadadas, em sua maior parte das vezes, à mediocridade.

É o que Carlos Reinaldo Mendes Ribeiro já denunciava ao fazer uma caricatura do Estatuto de 1984 como sendo o Estatuto do Pobre (o pobre aqui sendo a microempresa). No que tange ao dispositivo deste diploma que positivava a expulsão da sociedade por ações do regime incentivado, o autor, com argúcia, reproduziu o seu significado real ao trocar a redação original pela seguinte: “Art. 3 – Não se inclui no regime desta lei o pobre: I - com sobrenome que o identifique como pertencente a família tradicional”⁴⁹³, afinal era, e ainda é, essa a racionalidade estatal dominante: viabilizar tão somente a sobrevivência e existência das pequenas empresas, mas não ao ponto de permiti-las crescer e alçar o mesmo patamar intocável do grande capital.

5.3 A perversão social do direito: a legalidade discriminatória da vedação em função do modelo societário

Em nossa incursão histórica sobre a persistência legislativa em positivar a discriminação por tipo societário nos seios dos diplomas incentivados, nós vimos que a racionalidade dominante mostra-se ausente de qualquer razoabilidade ou fundamento jurídico, mas, mesmo assim, ela é propagada como se fosse um dado da realidade, com o qual é

⁴⁹¹ MENDES, op. cit. 2015, p. 126.

⁴⁹² Ibid., p. 126.

⁴⁹³ RIBEIRO, op. cit., 1984, p. 42.

necessário conviver, mas que não se pode e, pior, sequer vale a pena ser discutido, tampouco combatido ou eliminado.

E mais do que isso, essa marcha de aceitação acrítica pelos sucessivos diplomas normativos orientados à MPE tornou o direito hipostasiado de tal maneira que impediu – como ainda o faz – a própria possibilidade de pensar outras formas institucionais mais inclusivas e consoantes aos anseios democráticos, implicando numa conduta que conserva e resguarda determinadas distribuições de poder político, econômico e social, já que materializa uma via de manutenção da grande empresa e de seus canais de acesso ao financiamento via estrutura societária.

Pois é justamente nesse cenário estático – com ares de naturalização e transcendência do desenho regulatório – que exsurge, com todas as forças, a importância da matriz teórica crítica. Contra esse esforço da racionalidade hegemônica em impingir como imutável e permanente as coisas como são (no que toca à suposta inviabilidade de inserção da sociedade anônima no regime incentivado dos pequenos); o pensamento crítico vem demonstrar o direito no seu devir cambiável e permeável aos conflitos sociais, os quais buscam imprimir as suas insatisfações e interesses dentro das normas jurídicas. Ou, melhor dizendo, contra a paralisia do raciocínio hegemônico que subtrai da luta social a definição do que deva ser o direito, para fins de manter o *status quo* daqueles que estão no poder; a crítica busca construir uma sociedade emancipada através de uma democratização que incorpore, ao direito posto, novas demandas sociais, de modo a questionar a posição dos grupos já protegidos, cujo efeito último é a transformação permanente das instituições concretas e a desintegração da posição dos grupos já protegidos⁴⁹⁴. Não é à toa, portanto, que José Rodrigo Rodriguez afirma que

[...] é preciso estudar o Direito como estrutura mutável e contingente e não como mecanismo eterno de reprodução da sociedade. Estudar com olhos de zelador o direito posto e das instituições atualmente existentes é, por vias tortas, barrar as mudanças sociais que desafiam o direito sob a forma de demandas dirigidas ao sistema político e ao Poder Judiciário⁴⁹⁵.

Seguindo justamente essa ordem de argumentos centrados na promoção do controle social da produção normativa, que deve ser permeável às influências dos diversos grupos e indivíduos, não vacilamos em afirmar que, independentemente das intenções explícitas do legislador, o artigo 3º, § 4º, X, da Lei nº 123/06, na forma como se encontra, revela um patente exemplo de legalidade discriminatória, à medida que tal regramento pretensamente

⁴⁹⁴ RODRIGUEZ, op. cit., 2013b, p. 11; RODRIGUEZ, op. cit., 2016a, p. 103.

⁴⁹⁵ RODRIGUEZ, op. cit., 2013b, p. 121.

universal em prol das pequenas empresas é utilizado de forma seletiva, colocado a serviço de proveitos escusos e parciais.

Quer dizer, a norma que positiva a exclusão por modelo societário é um mecanismo dos poderosos para conferir aparência legal a um espaço de puro arbítrio no interior do Estado de Direito. Inclusive, é fácil identificar o grupo social que fica sub-repticiamente excluído do regime incentivado (as pequenas empresas inovadoras) e as pessoas que seriam possivelmente beneficiadas por essa exclusão (os empreendimentos de maior porte).

Na verdade, essa arbitrariedade passaria despercebida se os nossos olhos ficassem atentos somente ao texto da prescrição jurídica. Por conta disso, nós precisamos ir além e averiguar os efeitos distorcidos que a norma gera sobre a sociedade. Assim, com tais considerações, ficaremos confortáveis em deixar a descoberto os interesses e as contradições que se ocultam no discurso dominante embutido na norma discriminatória do Simples Nacional.

Para esse intento, nós precisamos retomar algo já dito no capítulo anterior. Conforme vimos, “Muitas *startups*, atualmente, ao receberem uma primeira rodada de investimentos de aceleradoras ou investidores-anjo são obrigadas a se transformarem em Sociedades Anônimas”⁴⁹⁶, porquanto essa reestruturação jurídica apresenta algumas vantagens para os investidores, tais como: uma maior limitação da responsabilidade dos acionistas; um grau maior de versatilidade dos instrumentos financeiros, como classes de ações e debêntures; e, por fim, ela ainda afasta eventuais riscos fiscais caso a entrada do financiador envolva o reconhecimento de ágio na subscrição de ações. Entretanto, em termos práticos, o requisito de estruturação da sociedade no formato anônimo acaba inibindo a captação do capital de risco pelas empresas nascentes⁴⁹⁷, pois isso traz para o empreendedor maiores custos tributários, tendo em conta a expulsão do Simples Nacional e sua forçada migração para o regime geral de tributação. Dá-se, portanto, um hialino *trade-off* entre tributação e financiamento⁴⁹⁸. Seja qual escolha for, o fim não é tão imprevisível: o desincentivo ou inviabilização da empresa emergente, de modo a repelir o seu ingresso e participação no processo acumulativo, tendo como resultado a estabilização da posição hegemônica ocupada pelas grandes empresas.

Não podemos esquecer que, atualmente, há o novo paradigma da economia do conhecimento, e dele se tira, ainda que com um certo cuidado (afinal, o grande capital continua a deter o poder econômico e político), uma maior abertura para as pequenas

⁴⁹⁶ WUO, op. cit., 2016. p. 20.

⁴⁹⁷ DOLABELA, Fernando. **O segredo de Luísa**. São Paulo: Cultura, 1999. p. 274.

⁴⁹⁸ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, op. cit., 2016, p. 60.

empresas como agentes de inovação, especialmente as *startups*, que ganham uma grande proeminência neste cenário de reestruturação produtiva, porquanto são ágeis, simplificadas, enxutas e com alto potencial disruptivo, com o condão não só de desafiar padrões consolidados por grandes conglomerados empresariais, como também têm a capacidade de abrir novos nichos de mercados, onde conseguem obter um monopólio temporário. Ou seja, elas conseguem desestruturar o regime concorrencial e, portanto, alterar a dinâmica. Vai daí a grande ameaça representada por essas empresas emergentes e que o grande capital tenta arrefecer através de entraves jurídicos à sua entrada na arena econômica.

Tudo o que nos permite evidenciar, enfim, os aspectos de dominação e exploração que a discriminação positivada no Simples Nacional busca esconder: ela intenta eliminar, desde a sua fase embrionária, qualquer chance de que a empresa emergente – incentivada pelo tratamento tributário diferenciado e fazendo uso da forma organizacional que lhe possibilita acessar o capital de risco – consiga ganhar tamanho e força suficientes para competir no mercado com os empreendimentos de grande porte já estabelecidos. Entretanto, como desfere Guilherme Mendes, “[...] não há qualquer valor constitucional que legitime o não favorecimento aos pequenos como meio de garantir a participação exclusiva do grande capital em qualquer dos setores econômicos nacionais”⁴⁹⁹.

Nem se alegue, como já dissemos, que a proibição legal poderia ser explicada por ignorância ou equívoco do poder legislativo acerca da viabilidade de *startups* fazerem uso do formato societário anônimo. Podemos trazer de pronto outra constatação que comprova a consciência do legislador no que tange às sérias defasagens e incongruências sobre a exclusão da sociedade anônima do Simples Nacional: estamos falando da Lei Complementar nº 155, de 2016, que trouxe o novo artigo 61-A, § 2º, à Lei nº 123/06⁵⁰⁰.

Esse novo dispositivo veio regular a figura do investidor-anjo, pessoa física ou jurídica, que, agora, pode efetuar aportes de recursos em sociedades enquadradas como MPE, por meio de um contrato de participação. Embora essa seja uma medida salutar para tentar conciliar o trio benefícios fiscais, viabilidade de financiamento de risco e responsabilidades legais de sócios e investidores no que cerca às empresas inovadoras, ela corresponde a uma só categoria do capital de risco (deixando de fora, por exemplo, o capital semente ou o *venture capital*). Ademais, a própria legislação esclarece que o investimento corresponde a um mero

⁴⁹⁹ MENDES, op. cit. 2015, p. 117.

⁵⁰⁰ Lei Complementar nº 123/06: Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa. § 2º. O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou por pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo.

aporte de capital, e não à participação efetiva no capital social, e, como vimos, “[...] a participação de toda e qualquer pessoa jurídica no capital social da *startup* inovadora é fundamental, como alternativa de financiamento e parceria técnica”⁵⁰¹.

De mais a mais, cuida registrar que até os próprios editais públicos de fomento à inovação reconhecem e incentivam *startups* estruturadas sob o formato anônimo. Basta observar, por exemplo, o edital do Programa Finep *Startup*, que tem por objetivo apoiar a inovação em organizações nascentes e intensivas em conhecimento através do aporte de recursos financeiros. Nele, estão aptas a concorrer ao apoio empresas brasileiras, sob a forma de sociedade limitada ou anônima⁵⁰². Aliás, o fundo de investimentos Criatec 3, criado pelo BNDES para fomentar empresas inovadoras, por meio de edital, selecionou a Inseed Investimentos como gestora do fundo, cujo diretor, Alexandre Alves⁵⁰³, relata que uma das exigências para receber o aporte de recursos é justamente a transformação da empresa em sociedade anônima.

Assim, sob qualquer ângulo que se olhe, todas as ponderações indicam no sentido de uma mesma conclusão: a proibição por modelo societário contido no bojo do Simples Nacional configura um evidente caso de perversão do direito, com vistas a evitar que ele se transforme para abarcar interesses sociais, sobretudo e em especial, das *startups*, ainda mais tendo em conta a necessidade que elas possuem em usar as vestes da sociedade anônima de capital fechado, enquanto tipo adequado para facilitar e atrair o tão necessário recurso do capital de risco para o desenvolvimento de suas operações.

Com efeito, nunca é demais repetir: as *startups*, durante o seu estágio inicial, reclamam altas somas de dinheiro para desenvolverem as suas atividades, tendo como característica, ainda, nesses primeiros anos de vida, um fluxo de caixa geralmente negativo. Ou seja, em seu início, ela é uma empresa que consome muito capital, mas não apresenta lucros desde pronto, razão pela qual possui baixos recursos. Em verdade, demora um longo período de tempo até que ela atinja um ponto que consiga trazer retorno aos sócios e investidores. Desta feita, um sistema de tributação impróprio (leia-se: oneroso e burocrático)

501 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, op. cit., 2016, p. 59.

502 Edital de seleção pública Finep *Startup*: “6.1. Estão aptas a concorrer ao apoio da Finep empresas brasileiras, isto é, com sede no Brasil e instituída conforme a legislação pátria, que concomitantemente atendam aos seguintes critérios: 6.1.1. Sejam registradas na Junta Comercial, sob a forma de sociedade limitada (“LTDA”) ou sociedade anônima (“S/A”) há, no mínimo, 6 (seis) meses a contar da data de abertura das inscrições no programa” (FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP). **Programa de Investimento em Startups**: edital de seleção pública. [S.l.], 2017. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/images/chamadas-publicas/2017/26_06_2017_Edital_FINEP-STARTUP-2017.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017).

503 COMUNELLO, Patrícia. ‘Tem de matar a *startup* para a empresa nascer’, avisa diretor da Inseed. **Jornal do Comércio**. [S.l.], 10 abr. 2017. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/04/economia/556523-tem-de-matar-a-startup-para-a-empresa-nascer--defende-empresendedor.html>. Acesso em: 05 maio 2017.

tem o condão de obstar a organização emergente em alcançar um ponto de maturação, eis que a exclusão do Simples Nacional gera aumento na carga tributária e nos custos de conformidade às obrigações fiscais acessórias, consumindo, assim, recursos e tempo que ela não possui e deveriam ser voltados ao seu crescimento.

Nesse compasso, certamente um dos pontos essenciais a ser destacado neste estudo, agora em sua fase final, é que as debilidades e deficiências em angariar recursos, normalmente, apontadas como a causa da alta taxa da mortalidade das empresas emergentes podem ser vistas como situações não em processo de correção, mas institucionalizadas pelo próprio Estado e reforçadas por nossa estrutura jurídica, o que dificulta sobremaneira a liberdade e a capacidade dos pequenos empreendedores em determinarem os rumos de suas vidas de forma autônoma. Donde, não é sem razão afirmar que se dá um equilíbrio de interesses hegemônicos às dispensas do direito das organizações menores.

Pelo que, e dessa forma, descortina-se a fragilidade, para não dizer falácia, da figura do empreendedor heroico apto a vencer por vontade própria todas as barreiras à sua frente. Isso não é o bastante, afinal, como discutimos aqui, as condições de financiamento e riscos a ele associados “[...] podem se constituir em empecilhos para que a PE de países periféricos e dependentes concretize sua missão de gerar inovação constituindo-se em setores dinâmicos e mais eqüitativos de produção”⁵⁰⁴.

Indo mais a fundo, essa forma de atuação do Estado em corroborar e intensificar a sujeição dos pequenos pelas grandes empresas revela que a ideia subjacente é apenas assegurar a existência das unidades produtivas menores, alijando-as no momento em que elas prenunciam um potencial de sobrevivência e crescimento através do acesso ao capital de risco. Isto é, no instante em que elas começam a engatinhar, o Estado aparece para barrar o seu crescimento ao asfixiá-las por meio do regime de tributação geral, pelo simples fato de terem adotado o formato da sociedade anônima.

Por sinal, no plano dessa justificação do discurso hegemônico que defende como imiscíveis a mistura entre empresas diminutas e sociedade anônima, isso nos lembra os dizeres de Lênio Streck, com esteio em Ferraz Júnior, sobre os mecanismos de deslocamento ideológicos-discursivos, que intentam neutralizar a pressão da participação social ao transformá-la num conflito em abstrato, ou seja, ao normatizar a discussão concreta por meio de abstrações jurídicas. Com isso, a partir desse deslocamento, “[...] não se discute, por exemplo, o problema dos direitos humanos e da cidadania, mas sim, sobre (e a partir

⁵⁰⁴ CYPRIANO, op. cit., 2004, p. 96.

deles)»⁵⁰⁵, e , valendo-nos dessas palavras, pedimos licença para configurá-las e dizer que não se fala sobre o problema das pequenas empresas (tais como as suas fragilidades e suas formas de inserção no processo de acumulação do capital), mas sim sobre (e a partir delas)⁵⁰⁶.

Em síntese, a questão que queremos colocar é que as formulações legislativas não são pensadas na MPE, mas sim para atender às funções desempenhadas por elas na sustentação e legitimação do processo de acumulação do capital, de maneira a amortecer

“[...] os conflitos entre o capital e o trabalho, enquanto proporciona vias de acesso e mobilidade ocupacional e social, tudo integrado por uma base ideológica vital para o sistema, expressa pela liberdade individual e a livre iniciativa dos indivíduos – membros da sociedade⁵⁰⁷.”

De tudo isto resulta a imperiosa necessidade de se quebrar a naturalização promovida pela racionalidade dominante no que tange ao suposto caráter inconciliável de conjugar, simultaneamente, a sociedade anônima e o regime tributário incentivado numa mesma pequena empresa emergente. Esse discurso legitimador (embora talvez não consciente por alguns dos seus formuladores) desarma os conflitos sociais, perdendo a capacidade de produzir normas renovadas e responsivas aos anseios sociais. No que acarreta a subversão do direito, que passa a ser chamado a

[...] autenticar, cancelar, práticas que delimitam as fronteiras entre o possível e o impossível, entre o que podemos afirmar que seja a efetividade do mundo como se apresenta hoje e o que poderia ser um mundo diferente, uma outra realidade possível. Nestes casos, portanto, a perversão do direito revela todo o seu potencial conservador ao conferir ao que é a aparência de algo que deve ser, ou seja, a aparência de algo que “é o que é” por ser “de direito”. Tal uso do direito é uma estratégia evidente para tentar neutralizar qualquer ação transformadora, ao apresentar o mundo, que sabemos ser essencialmente mutável, como alguma coisa que deve ser como sempre foi⁵⁰⁸.

Como nos esforçarmos por demonstrar ao longo desse capítulo, não há coerências nos motivos proclamados pela racionalidade dominante que fundamente a mitigação do preceito constitucional do tratamento favorecido e de outros ditames superiores, como a livre concorrência, que reclama a atuação de diversos agentes econômicos no mercado. E pior, daí derivam graves consequências: a canalização da sociedade anônima com quase exclusividade ao grande capital tem um grande custo social e político figurado pela alta concentração econômica em poucos grupos empresariais de maior envergadura, tendo em vista a dificuldade de novos entrantes em captar recursos no mercado.

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 57.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 57.

⁵⁰⁷ RATTNER, op. cit., 1985, p. 40.

⁵⁰⁸ RODRIGUEZ, op. cit., 2016c, p. 271.

Diante desse quadro, por óbvio, que não se pode admitir um arranjo regulatório que discrimine ou inviabilize os pequenos empreendimentos, de modo a estreitar o pluralismo econômico que deve caracterizar um regime democrático.

Isso traz ao âmbito da discussão a necessidade de um reposicionamento estratégico para uma maior e melhor utilização do contingente de *startups* às fontes de financiamento, tais como a participação societária do capital de risco, que assegura uma maior democratização do capital. E mais, essa introdução de novos agentes tem o potencial de gerar novos empregos e fortalecer a competitividade nacional, por meio da introdução de produtos/serviços inovadores com maior quantidade de conhecimento agregado.

Sob tal viés, se, nos seus primórdios, a mímica legislativa em positivar a discriminação por formato societário nos sucessivos diplomas normativos voltados à MPE já não se justificativa, isso tanto é mais verdade agora, na vigência da economia do conhecimento, que demanda a entrada de novas empresas para o desenvolvimento de inovação. A inércia do legislador em responder às necessidades e aos desejos das *startups* conduz a um profundo descompasso entre a lei e o fenômeno disciplinado, frustrando a promessa de reconhecimento de direitos para todos os grupos sociais trazida pelo Estado de Direito.

Dentro de um quadro tão sombrio, formam-se dois caminhos: o do conformismo supostamente imutável da alternativa jurídica positivada e o que enxerga a natureza histórica e construída do direito, que tem data de nascimento e um dia terá obituário. Nós seguimos pelo segundo, tomando por veículo condutor o raciocínio libertador promovido pelos contradiscursos crítico-emancipadores, capazes de “[...] indicar que dentro do ‘ser’ há o ‘novo’, que ainda não nasceu por estar de alguma maneira impedido”⁵⁰⁹. Noutras palavras, consideramos “[...] o ordenamento jurídico como um construído histórico, isto é, como um produto do universo cultural, em permanente vir-a-ser”⁵¹⁰, num constante perscrutar por “[...] um direito *in fiere*: um conjunto de regras em movimento, sujeito a contínua produção e reprodução, onde se destacam as forças extralegislativas e extra-estatais”⁵¹¹.

Nessa direção e como forma de projetar luzes aos espaços inclusivos que têm se esforçado para tornar o direito mais democrático, de maneira a incluir os interesses e desejos das *startups* em captarem recursos e, ao mesmo gozarem do regime tributário benéfico, nós

⁵⁰⁹ ISHII, Caio Shiguemy Cassiano. Trilogia do conhecimento: teoria, prática e crítica. In: BANNWART JÚNIO, Clodomiro José. **Direito e teoria crítica**: reflexões contemporâneas. Birigui: Boreal, 2015, p. 1-18. p. 11.

⁵¹⁰ FARIA, op. cit., 1988, p. 33.

⁵¹¹ Ibid., p. 33.

iremos colocar em evidência um estudo e um projeto de lei, que, na verdade, caminham juntos para permitirem a viabilidade das empresas emergentes ao renegarem a exclusão orientada por critério societário contida no Simples Nacional.

Antes, entretanto, cumpre fazermos três ressalvas.

A primeira advertência é no sentido de que as possíveis respostas descritas aqui não são uma solução definitiva para o problema, isto é, elas não esgotam as soluções dessa equação, que podem vir em tantas formas quanto forem as novas demandas sociais⁵¹². Tal ocorre porque o pensamento crítico busca a constante transformação das instituições jurídicas em concreto, conforme preleciona José Rodrigo Rodriguez:

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 ser⁵¹³.

O segundo ponto consiste em relevar que as medidas a seguir descritas são paliativas, já não introduzem profundas e desejáveis mudanças no sistema econômico capitalista. Todavia, dentre as soluções pelas quais se pode lutar, mesmo dentro desse sistema, tais alternativas têm o potencial de minorar os problemas enfrentados pelas *startups*, sendo, portanto, válidas de serem acionadas.

Por fim, a terceira observação é que as propostas a seguir analisadas, atentas a um quadro mais amplo, com o qual concordamos, convergem na necessidade de desburocratizar a sociedade anônima⁵¹⁴ fechada, para que ela seja mais acessível às pequenas empresas. Afinal,

O direito, nesse contexto, deve cuidar para que a entrada, a permanência e a saída dos empresários nos mercados se deem de modo facilitado, pela constituição e pelo manejo simples e barato das formas societárias disponíveis. Os interesses de supervisão estatal não se podem concretizar ao custo do absoluto desincentivo à organização e ao exercício da empresa ou, o que é pior, do seu desaparecimento. Não é acertado um modelo regulatório, que pretende controlar o fenômeno empresarial, mas que finda por determinar a sua rarefação e, na pior das hipóteses, o seu desaparecimento⁵¹⁵.

⁵¹² RODRIGUEZ, op. cit., 2013b, p. 11.

⁵¹³ Ibid., p. 11.

⁵¹⁴ Como bem salienta Calixto Salomão Filho, “[...] é em torno da grande sociedade anônima, elemento fundamental da economia capitalista que se deve estruturar parte importante de uma agenda reformista de nosso sistema econômico” e, dentro desse contexto, o autor relembra a polêmica marxista entre a revolucionária Rosa Luxemburgo e o reformista Eduard Bernstein, para quem a possibilidade de criação de uma democracia acionária era uma das principais esperanças contra a tendência à monopolização crescente do capital na sua época (Alemanha do início do século XX) (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 33).

⁵¹⁵ WARDE JÚNIOR; CASTRO, op. cit, 2013, p. 33.

Com certeza, forma-se um duplo entrave formado pelo direito positivado no acesso ao crédito pela empresa emergente, composto pelos custos burocráticos da anônima em conjunção com a expulsão desse modelo societário do regime incentivado de tributação.

Nesses quadrantes, ao nos perguntarmos sobre quem pode dar-se ao luxo de deixar como está o estado de coisas e, mais importante, quem é que dele se prejudica, a resposta culmina numa só constatação: tal cenário serve àqueles que conseguem contornar os efeitos mais perversos do ordenamento jurídico, isto é, a uma parcela mínima de agentes econômicos com maior envergadura. Realmente, para a grande empresa, os custos advindos da sociedade anônima⁵¹⁶ e do regime geral de tributação⁵¹⁷ não são tão penosos ao ponto de inviabilizá-las, ao contrário do que ocorre com as pequenas empresas, em que as amarras legislativas acabam por sufocá-las e, no mais das vezes, as levam ao óbito. Por óbvio, isso não significa dizer que os entraves burocráticos não afetem e deixem ilesas as empresas de maior porte, mas sim que as barreiras burocráticas são regressivas pelo grau de tamanho do empreendimento, afetando mais fortemente as empresas diminutas, e sobre isso, enfatizamos, não pairam quaisquer dúvidas.

Pois bem, cravadas essas premissas, o próximo passo é analisar tais documentos.

O primeiro deles é o estudo *Capital Empreendedor*⁵¹⁸ promovido pelo Centro de Estudos e Debates Estratégicos (CEDES), que é um órgão técnico-consultivo da Câmara dos

⁵¹⁶ Interessante destacar que o Centro de Estudos em Finanças da Fundação Getúlio Vargas, em um dos raros estudos sobre o tema, avaliou os impactos de custos para se manter uma sociedade anônima de capital aberto no Brasil, cuja análise, como veremos, são tais mais verdadeiras para a sociedade anônima de capital fechado, que apresenta uma burocracia e formalidade menores em comparação à aberta. Na pesquisa, foram ouvidas 08 empresas, sendo que a menor delas apresentou uma receita líquida de aproximadamente R\$ 700 milhões e a maior, R\$ 3,2 bilhões. E mais um detalhe: tais empresas, à época do estudo, eram as menores empresas listadas na Bovespa. O trabalho concluiu que os dispêndios para cumprir com a legislação societária foi de, aproximadamente, 0,19% da receita líquida, de maneira a concluir que tais valores não são altos suficientes para impedir o alistamento de tais empresas na bolsa. Ou seja, os custos societários para as abertas (imagine, para as fechadas) é um valor ínfimo se considerado todos os benefícios propiciados à grande empresa pela manutenção das sociedades anônimas como empresas públicas e transparentes (JUNIOR, William Eid. **Custos de manter uma Sociedade Anônima no Brasil**. FGV: São Paulo, 2012. Elaborado por Centro de Estudos em Finanças (FGV/EAESP). Disponível em: <[http://cef.fgv.br/sites/cef.fgv.br/files/file/Custos de manter uma Sociedade Anonima.pdf](http://cef.fgv.br/sites/cef.fgv.br/files/file/Custos%20de%20manter%20uma%20Sociedade%20Anonima.pdf)>. Acesso em: 04 maio 2016).

⁵¹⁷ Nesse ponto, trazemos as palavras de Jeff Pope: “The literature on the tax compliance costs of small business shows that one of the major findings of nearly all studies worldwide is their regressive nature. In other words, large business benefits from economies of scale of tax compliance and vice versa. There is often ‘fixed cost’ nature of tax compliance that particularly disadvantages small business, who generally resent acting as an ‘unpaid tax collector’ for government” (POPE, op. cit., 2008, p. 22).

⁵¹⁸ Vale a pena registrar, aqui, que o estudo “**Produtivismo Incluyente**: Empreendedorismo Vanguardista” promovido pelo ex-ministro chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos, Roberto Mangabeira Unger, apresenta, dentre os seus eixos, o regime jurídico do capital empreendedor, que possui como um dos seus escopos a flexibilização societária para empresas de pequeno porte, que inclui não só desburocratizar a sociedade anônima, como também colocá-la no rol de pessoas qualificadas para usufruir do Simples Nacional. A ideia da proposta, portanto, é realizar uma nova agenda de desenvolvimento para o Brasil, por meio do empreendedorismo, da inovação e da democratização do acesso aos instrumentos da produção através de organizações menores intensivas em conhecimento. O referido estudo, em sua minuta de lei, possui artigos

Deputados. O referido estudo foi construído com a participação ativa de representantes do Executivo, do Legislativo, do setor privado e do meio acadêmico, com vistas a discutir os óbices jurídicos que emperram a realização do capital de risco em pequenas empresas inovadoras, conforme se verifica abaixo:

As experiências vivenciadas pelas modernas economias em seus mais importantes polos de desenvolvimento e de inovação revelam que o poder de transformação propiciado por um eficiente direcionamento de capitais e de conhecimentos para empresas jovens e inovadoras não pode ser subestimado. Não se trata apenas de viabilizar o florescimento de novos negócios, mas de possibilitar a exploração de novas ideias e conceitos que sequer poderiam vir a ser conhecidos na ausência do apoio de investidores que aceitem os riscos intrínsecos a esse tipo de investimento empresarial.

[...]

Contudo, observa-se que ainda persiste uma lesiva amarra no País: as empresas promissoras muitas vezes não recebem os aportes de recursos que necessitam. Frequentemente, não contam também com a experiência de investidores ou gestores experimentados, que poderiam dar um direcionamento adequado a seus negócios. Essa é a lacuna a ser preenchida pelos investimentos de risco direcionados a nossas empresas por meio do que vem sendo denominado “capital empreendedor”.

Por esse motivo, é urgente que o Brasil compreenda profundamente não apenas a cadeia de negócios realizados através dessa modalidade de investimentos, mas sobretudo os entraves que contribuem para que o ânimo desses investidores não se desenvolva plenamente no País. Trata-se, inclusive, de avaliar nosso ambiente de negócios e as medidas que poderiam ser adotadas para que também o Brasil se beneficie do direcionamento de experiências e de recursos privados para empreendedores que, sem esse apoio, não teriam condições de transformar bons projetos em atividade econômica inovadora⁵¹⁹.

Dessa feita, partindo da ideia de que o problema não é “[...] a necessidade de alteração da natureza jurídica da empresa, uma vez que as sociedades por ações propiciam melhor governança e transparência, mas sim a impossibilidade de as sociedades anônimas estarem inscritas no Simples”⁵²⁰, o estudo propõe a viabilidade de organizações menores serem estruturadas sob o formato anônimo, sem prejuízo de gozar das benesses tributárias contidas no Simples Nacional. Além disso, ele também recomenda a reforma de algumas exigências previstas na Lei nº 6.404/76, de maneira a simplificar e desonerar o seu uso e manutenção. E mais, orienta, ainda, outras alterações com o intuito de viabilizar que investidores-anjo, aceleradoras de empresas e fundos de investimento em participações possam investir em empresas inscritas no regime tributário diferenciado, possibilidade que

idênticos à proposta do CEDES, por isso, para fins de não cansar o leitor com repetições, não o colocamos acima no meio de texto (BRASIL, Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Produtivismo incluyente**: empreendedorismo vanguardista. Disponível em: < <http://www.sae.gov.br/wp-content/uploads/EMPREENDEORISMO-VANGUARDISTA-FINAL-FUNDO-CLARO.pdf> >. Acesso em: 24 abr. 2016).

⁵¹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Capital empreendedor**. Brasília: Câmara, 2014. Elaborado por Centro de Estudos e Debates Estratégicos. (Série estudos estratégicos, 4). Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/19719/capital_empreendedor.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 mar. 2017. p. 11-12.

⁵²⁰ Ibid., p 128.

também é vedada pela Lei nº 123/06, mesmo que a empresa investida seja uma sociedade limitada.

Realmente, o Simples Nacional apresenta algumas condicionantes inadequadas ao aporte de recursos por capital de risco numa *startup*, que podem, inclusive, levar à perda de sua elegibilidade ao regime incentivado. Em especial, podemos destacar a participação de outra pessoa jurídica no capital da empresa emergente; participação de sócio (pessoa jurídica ou física) residente no exterior e a existência de sócio, com participação superior a 10% no capital de empresa não enquadrada como MPE.

Assim, com vistas a remover as barreiras que atravancam o financiamento de risco, o estudo propõe a não aplicação dos incisos I a V e VII do § 4º da Lei nº 123/06 nas seguintes situações:

- I – caso a pessoa jurídica, o empresário ou a empresa referidos nesses incisos não desenvolvam atividades conexas, nos termos do § 17, com a pessoa jurídica referida no *caput* do § 4º; ou
- II – caso as hipóteses de que tratam esses incisos sejam verificadas exclusivamente em decorrência da participação de fundo de investimento em participações empreendidas, conforme definido em lei, na pessoa jurídica referida no *caput* do § 4º⁵²¹.

Verifica-se, pois, que a criação do conceito de atividades conexas está justamente relacionado à viabilização da inclusão, no Simples, daquelas pessoas elencadas nos incisos I a V e VII do § 4º do art. 3º. Em verdade, a preocupação recai sob as modalidades de investidores-anjo e aceleradoras, já que, somente após a alienação de suas participações é possível averiguar: i) se o investimento temporário feito por eles cumpriu os prazos máximos de duração estabelecidos pelo projeto de lei e ii) se a empresa investida alterou seu modelo societário para a estrutura anônima, caso não fosse esse o modelo vigente por ocasião do investimento inicial⁵²². Consoante acentua o estudo:

⁵²¹ BRASIL, op. cit., 2014, p. 166.

⁵²² Importante observar que o projeto de lei condiciona o aporte do capital de risco à transformação da empresa em sociedade por ações. Vejamos quais motivações para essa exigência de constituição societária, lembrando, no entanto, que, ao contrário do que afirma o estudo, se antes a roupagem anônima era obrigatória, em 2016, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) permitiu que certas espécies de Fundo de Investimentos em Participações (FIP), dentro de alguns limites, possam investir também em sociedades limitadas, conforme Instrução Normativa nº 578/2016: “Além desse aspecto, e extremamente importante que, até a saída do investidor-anjo, a empresa investida efetue a alteração de sua natureza jurídica para sociedade por ações, caso não seja esse o modelo societário empregado no momento do investimento inicial. Essa questão é relevante, pois a transformação para o modelo de sociedade anônima possibilita o aprimoramento da governança, da transparência e do ambiente empresarial na economia, e também prepara a empresa para o aumento da transparência para subsequentes aportes de capitais por meio de fundos de investimento em participações (os quais apenas podem ser direcionados a sociedades anônimas). Adicionalmente, pode ser um requisito relevante a contribuir para evitar que proliferem no País investimentos que sejam declarados como anjos apenas para receberem o benefício fiscal de que trata esta lei complementar” (BRASIL, op. cit., 2014, p. 187).

Essas duas características são essenciais para a identificação de um investimento-anjo ou de um investimento acelerador de empresas. Sem essas restrições, haveria um expressivo risco de que qualquer sócio de qualquer empresa pudesse pleitear o benefício tributário que deveria ser destinado exclusivamente a esses investidores temporários que contribuem não apenas com capital, mas também com conhecimento, experiência e com sua rede de relacionamentos para a viabilização e o desenvolvimento das empresas investidas.

Em suma, no momento da aquisição da participação não será possível saber se o investimento é, de fato, um investimento-anjo ou um investimento acelerador de empresas⁵²³.

Em assim sendo, as atividades conexas de que trata a proposta são aquelas:

I – enquadradas na mesma subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, definida e divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE; ou

II – realizadas por diferentes pessoas jurídicas sem que exista propósito negocial que justifique a sua realização por pessoas jurídicas distintas, conforme estabelecido em resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional⁵²⁴.

Por fim, relevamos o Projeto de Lei nº 4.303, de 2012⁵²⁵, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. A proposta consiste na criação da sociedade anônima simplificada, de modo a acrescentar os artigos 294-A a 294-I à Lei nº 6.404/76. Entre as principais alterações promovidas pela projeto, para o que nos interessa, são duas: i) facultar à empresa, com patrimônio líquido inferior a R\$ 48 milhões, constituir-se sob o regime especial de sociedade anônima simplificada⁵²⁶ ou aderir a essa modalidade a qualquer tempo; e ii) inclusão dessas organizações no regime tributário incentivado, à medida que prescreve a não aplicação do artigo 3º, § 4º, inciso X, da Lei nº 123/06 a esse tipo societário, entretanto, o projeto silencia-se quanto aos demais critérios de elegibilidade trazidos pelo Simples, o que pode constituir uma barreira para o capital de risco. Como exemplo, bastaria que um único quotista de um fundo de investimento fosse pessoa jurídica ou residente no exterior para fazer incidir uma das vedações à sua entrada no sistema simplificado.

⁵²³ BRASIL, op. cit., 2014, p. 167.

⁵²⁴ Ibid., p. 166.

⁵²⁵ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.303 de 2012**. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E5FB00523521DC3561C88D8373C47F33.proposicoesWebExterno2?codeor=1018083&filename=PL+4303/2012>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁵²⁶ Ressaltamos, nesse ponto, o Projeto de lei nº 348/2012 proposto pela senadora Ana Amélia, que também pretende simplificar a constituição e o funcionamento das sociedades anônimas de capital fechado (BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 348, de 2012**. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para simplificar a constituição e o funcionamento da sociedade anônima de capital fechado que possua menos de vinte acionistas e patrimônio líquido inferior a cem milhões de reais. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107503>>. Acesso em: 19 jun. 2017). Nesse esteio, cabe ressaltar duas diferenças principais entre este projeto e aquele que corre na Câmara dos Deputados (Projeto de lei nº 4.303, de 2012): a primeira é que a presente proposta visa aumentar o patamar do patrimônio líquido para 100 milhões de reais, enquanto a outra é de 48 milhões; além disso a medida do Senado nada diz sobre a possibilidade de inserir a sociedade anônima nos quadros do Simples Nacional, ao contrário, do outro plano que prevê essa possibilidade.

Feitos, ainda que brevemente, alguns lineamentos para uma intervenção no arranjo regulatório, se o trabalho pode apontar para algum desdobramento seria o de que o tratamento favorecido contido em nosso ordenamento jurídico não é algo estrutural, pois voltado para grandes e médias empresas, salvo algumas poucas medidas voltadas às pequenas. Onde, exsurge a necessidade de se conceber um sistema que, desde seu berço, tome em consideração a MPE “[...] nas formulações normativas, na aplicação do direito e na execução das atividades administrativas”⁵²⁷, em oposição de apenas criar cada vez mais veículos legais excepcionais que buscam beneficiar as atividades de pequena monta.

Em assim sendo, a lição que fica, e com a qual terminamos esse capítulo, é a de que o Estado necessita ampliar o seu campo de visão: ao invés de focar num padrão de acumulação que privilegia, por meio de mecanismos jurídicos, o grande capital, faz-se mister, ao revés, aproveitar o cenário de reestruturação produtiva para conferir maiores oportunidades de crescimento e desenvolvimento às pequenas empresas, especialmente àquelas inovadoras e com potencial de desestabilizar o status quo do mercado: as *startups*.

⁵²⁷ MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 84.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo principal propor uma necessária e diferente reflexão acerca das pequenas empresas em oposição àquela empreendida pelo paradigma tradicional. O nosso intuito foi abrir os horizontes do cientista tributário às múltiplas possibilidades do vir-a-ser do direito em sua concretude existencial, fazendo-o perceber a relevância que há em considerar o mundo real, onde estão os infortúnios sociais e os impasses jurídicos, tudo o que é permeado pelos desejos e os conflitos dos diversos grupos sociais que buscam imprimir a sua vontade no seio da lei.

Mais especificamente, partindo de uma análise crítica sobre as relações de dominância entre pequenas e grandes empresas e o papel exercido pelo Estado nesse contexto, nós centramos nossa atenção à hipótese legal contida na Lei nº 123/2006 que impede as pequenas empresas de adotarem o regime tributário benéfico em virtude de sua organização societária.

Sob tal diapasão, o caminho que se abriu para a nossa pesquisa foi realizar a integração da norma discriminatória sobre o que ela exerce influência, cogitando quais os seus efeitos reais (obstacularização do acesso ao capital de risco) e os sujeitos alvos de sua incidência normativa (pequenas empresas inovadoras).

Dentro desse contexto, vimos as possibilidade de inserção, expansão e sobrevivência das *startups* em uma nova etapa do regime de acumulação capitalista: a economia do conhecimento, que coloca a inovação como variável estratégica de competitividade das organizações, de modo a abrir espaço para uma maior contribuição das pequenas empresas no desenvolvimento econômico e social dos países.

Com isso, extraímos, também, a necessidade pujante que as empresas emergentes possuem de acessar os recursos de terceiros para conseguirem colocar os seus produtos/serviços inovadores no mercado. De outro revés, no entanto, observamos que o financiamento da organização nascente, permeada por altos riscos e incertezas, mostra-se especialmente problemático, uma vez que o sistema financeiro tradicional não é capaz de prover, de modo regular e satisfatório, recursos nos volumes e custos adequados para tais tipos de negócio.

Donde, relevamos a importância do capital de risco, como o instrumento jurídico-financeiro especialmente desenhado para contornar o gargalo sofrido pelas empresas desafiadas do *status quo* mercadológico. Neste novo conceito de investimento por participação societária, dá-se, na realidade, a aproximação entre duas partes: o empreendedor

e o capitalista de risco (ou, que é o mesmo dizer, respectivamente, o sócio fundador e o sócio investidor), dada a necessidade de aplicação de recursos financeiros e de gestão⁵²⁸ na empresa.

Nada obstante, apreendemos, ainda, que os pequenos empreendedores, para acessarem o necessário capital de risco, terão que perfazer, grande parte das vezes, uma reestruturação jurídica, no sentido de se revestirem com o modelo da sociedade anônima de capital fechado. Isso se dá porque os investidores enxergam neste modelo societário diversas vantagens, tais como: maior limitação dos riscos; benefícios de governança e transparência (especialmente a entrada e saída de sócios); segurança na seara fiscal, já que o ágio formado na subscrição de aumento de capital é reconhecido legalmente; e, por fim, a grande versatilidade dos instrumentos financeiros que a anônima dispõe para reunir recursos, como classes de ações e debêntures.

Pelo que, e dessa forma, a *startup* tem que escolher entre dois rumos: ou se constitui numa roupagem anônima para angariar recursos de terceiros, ou se mantém como sociedade limitada e permanece no Simples Nacional. De qualquer modo, o destino é o mesmo: a obstacularização e até mesmo a inviabilização desta empresa nascente.

Assim, impulsionados pela inquietação e pelo estranhamento em relação a esse desenho regulatório, que possui como fim último o estrangulamento das firmas emergentes, e tendo como foco justamente transformar o direito posto, analisamos criticamente a coerência da racionalidade conferida pelo legislador brasileiro à norma que proíbe os pequenos empreendimentos de adotarem a sociedade anônima, caso eles desejem usufruir do regramento fiscal mais favorável.

Para dar cabo dessa tarefa, fizemos um breve resgate histórico sobre as razões legislativas e doutrinárias que intentaram legitimar a proibição em razão de modelo societário nos sucessivos diplomas legislativos postos em prol dos pequenos.

As informações colhidas, nesse mergulho legislativo, permitiram constatar que há todo um discurso dominante e mimicamente propagado que busca naturalizar e conferir ares de imutabilidade a algo que é transitório e construído historicamente: o direito posto. Em verdade, essa forma de pensar mistificante se funda no seguinte lugar comum: a sociedade anônima, por ser uma estrutura mais burocrática, é destinada a acolher tão somente as empresas de maior porte, o que demonstraria a impropriedade de encaixá-la nos esquadros do regime incentivado em favor das pequenas empresas.

⁵²⁸ SOUSA, op. cit., 2008, p. 35.

Nada mais absurdo, porquanto nós constatamos que esse falacioso argumento pode ser assim descontruído: i) as sociedades anônimas não são um refúgio exclusivo para as grandes empresas, já que elas também são utilizadas (até porque necessária na busca de recursos por terceiros) pelos empreendimentos menores; ii) mesmo que admitido esse absurdo de que a estrutura anônima é privativa ao uso do grande capital, ainda assim seria despicienda a legislação que veda a sua inclusão no regime benéfico, afinal, se as próprias características desse tipo societário, de fato, fossem impeditivas para a atuação dos pequenos, não teria sensatez o legislador se preocupar em positivar uma situação que nunca poderia acontecer na realidade; por fim, iii) é uma situação incongruente argumentar que a sociedade anônima, pelo fato de ser um formato mais burocrático, não faria jus ao gozo do regime tributário benéfico, fazendo com que o pequeno empreendedor seja empurrado a força para outra situação ainda mais burocrática consistente no regime geral de tributação.

Na realidade, com essa pretensa justificativa de que o regime da anônima foi “feita somente para a grande empresa”, o pensamento hegemônico intenta inculcar sub-repticiamente tal lógica em todos os espaços sociais, de modo a neutralizar e arrefecer os anseios e desejos de determinado grupo social (as *startups*) em favor de outro (grande capital). Por conta disso, aceitar essa naturalização e transcendência dos termos do direito positivado significa capitular necessariamente diante dos poderosos do momento.

Pois é justamente com base em tais considerações que conseguimos enquadrar a norma proibitória por roupagem societária como um típico caso de legalidade discriminatória, porquanto corresponde a uma escolha arbitrária responsável por corroer o Estado de Direito ao levar o regime democrático a perder o contato com o segmento social e econômico das empresas emergentes. Aqui, o que está em jogo, portanto, é o caráter universal do tratamento jurídico incentivado, ou seja, a sua capacidade de responder aos interesses dos grupos sociais que supostamente ele deveria se dedicar a favorecer.

Dessa feita, pondo em ordem todo o exposto, estamos seguros em afirmar que, além das barreiras naturais de entrada para a *startup*, a grande empresa coloca uma outra, artificial e criada pelo homem: são os entraves legislativos que transfiguram grandes obstáculos em fronteiras intransponíveis.

Chegando, agora, o trabalho ao seu fim, para tornar mais ilustrativo o nosso modo de pensar toda a problemática exposta neste estudo, pedimos licença ao leitor para apresentar

uma ilustração metafórica que se afasta do campo jurídico e se vale de referência à seguinte mitologia de Procusto⁵²⁹:

Conta a mitologia que o salteador Procusto, após convidar os viajantes que percorriam os caminhos da antiga Grécia a passar a noite em sua casa, seduzia-os com uma recepção calorosa. Depois de vencidas pelo cansaço, ele obrigava suas vítimas a deitarem-se num leito de ferro e cortava-lhes os pés, quando ultrapassavam o tamanho deste, e estirava-os com cordas quando não lhe alcançavam o tamanho. Seu objetivo é que ficassem na medida exata de seu leito. Procusto teve o mesmo fim de suas vítimas: seus pés foram cortados por Teseu⁵³⁰.

Em nosso país, algo bastante semelhante acontece com as *startups*, principalmente no que toca ao acesso do capital de risco. Ainda que o constituinte brasileiro claramente tenha dispensado às empresas de menor porte um tratamento jurídico diferenciado nas diversas áreas jurídicas (como a societária e, principalmente a tributária), sem estabelecer qualquer ressalva expressa, nós constatamos que não é bem isso o que acontece na realidade.

De começo, a primeira maquinação de Procusto às pequenas empresas desafiantes e inovadoras já se inicia quando estas adotam a sociedade anônima devido à necessidade de captar recursos externos, tendo em vista que ela é uma estrutura de manutenção cara, burocrática e complexa, o que vai contra o espírito ágil e as limitações financeiras das *startups*. Aqui, como se percebe, a legislação estica os pés do pequeno para caber no leito da anônima, que é formatada nos moldes e interesses da grande empresa.

Todavia, ainda que a *startup* consiga superar o primeiro leito de Procusto, dá-se, ainda, um segundo: ela é proibida de gozar das benesses conferidas pelo atual regime diferenciado de tributação em função justamente do seu modelo societário, nos termos do artigo 3º, § 4º, inciso X da Lei n 123/06. Quer dizer, aqui, a legislação corta os pés dos empreendimentos diminutos, pois a vedação de gozar o regime incentivado coloca as empresas infantes em poucas condições de competir na arena econômica com as empresas mais consolidadas. Isso porque a empresa emergente tem como atributos a flexibilidade, a agilidade e, acima de tudo, a carência de recursos e, de outro lado, o regime geral de tributação é caracterizado por seus altos custos e complexas obrigações jurídicas, razão pela qual a imposição da regra de tributação feita para as empresas maiores às *startups* não só as imobilizam, como terminam por consumir o seu parco capital.

529 Ressaltamos que essa interessante analogia foi por nós emprestada e adaptada da seguinte obra: LASTRES, Helena M. M.; ARROIO, Ana; LEMOS, Cristina. Políticas de apoio a pequenas empresas: do leito de Procusto à promoção de sistemas produtivos locais. In: LASTRES, H.M.M; CASSIOLATO, J.E.; MACIEL, M.L. (Orgs.). **Pequena empresa**: cooperação e desenvolvimento local. Rio de Janeiro: Relume Dumará Editora, 2003, p. 1-11. p. 01.

530 LASTRES; ARROIO; LEMOS, op. cit., 2003, p. 01.

Com o que se verifica que o nosso quadro regulatório não é adequado às necessidades e particularidades das empresas de pequeno porte. Na verdade, as organizações diminutas inovativas não possuem um leito próprio, feito na medida dos seus predicados e tamanho econômico, mas sim são forçadas a se encaixarem num leito jurídico moldado para as grandes empresas. O resultado culmina com quase todas as *startups* mortas ou aleijadas.

Isso significa dizer que o aparato institucional brasileiro, ainda que significativo em certos pontos ocasionais à MPE, é pensado para o atendimento dos grandes empreendimentos, restando aos pequenos, como única alternativa, a tentativa de se enquadrarem nesse sistema jurídico orientado para projetos faraônicos e megalomaniacos. No entanto, e isso é fundamental, por maiores que sejam os esforços envidados pelas empresas emergentes, a sua dificuldade de adaptação ao formato vigente é expressiva. E não é por outro motivo que Guilherme Mendes chama a atenção para a óbvia necessidade de se ter um “[...] equilíbrio nas iniciativas públicas, equilíbrio este só alcançado por meio de medidas que efetivamente levem em consideração, em cada pormenor, a peculiar situação das múltiplas desvantagens em que se encontram os menores negócios”⁵³¹, razão pela qual assim conclui o autor:

Numa perspectiva crítica, contudo, não podemos aceitar passivamente que a nossa estrutura de Estado e o sistema normativo devem compor necessariamente um ambiente nada hospitaleiro para as pequenas empresas e que obrigaria a criação de regimes especiais como o único remédio para incentivar esses diminutos agentes econômicos; remédio, contudo, que produz graves efeitos colaterais⁵³².

Com efeito, é de rigor avançar no sentido de suplantar a síndrome do leito de Procusto, com vistas a modificar a cultura reinante no Estado, para que ele passe a adequar, primeiramente, as formulações legislativas e as políticas públicas ao perfil da MPE, e não o contrário. Não são os pequenos os únicos culpados por sua alta mortalidade, o Estado necessita reconhecer as suas falhas em propiciar um ambiente regulatório amigável e acolhedor para organizações de menor porte.

Concluindo, a nosso ver, tal cenário só pode ser engendrado evidenciando aos pequenos empreendedores que o poder político não é algo alheio e fora de seu alcance, mas que depende de seu engajamento ativo para funcionar. Somente por meio de reivindicações e pressões associativas contra o Estado será possível reconstruir o direito posto, com o intuito de incluir interesses das empresas de pequena monta e questionar a posição dos grupos já protegidos.

⁵³¹ MENDES; FERREIRA, op. cit., 2016, p. 95.

⁵³² Ibid., p. 93.

Aí está o potencial democrático fornecido pelo Estado de Direito, que toma o campo jurídico como um espaço de luta, como tendo um caráter dual, ao passo que ele “Contém em si mesmo o metro capaz de servir de referência para sua correção”⁵³³. Assim, se, em algumas vezes, o direito pode ser utilizado como instrumento de dominação, de outras, ele constitui o próprio mecanismo de emancipação ao dar voz para a vontade do devir reclamada pelos prejudicados com algum desenho regulatório. Essa é a agenda aberta que fica para as *startups* pavimentarem uma estrada de estímulos jurídicos em seu favor.

⁵³³ RODRIGUEZ, op. cit., 2009, p. 122.

REFERÊNCIAS

ACEVEDO, Gladys López; TAN, Hong W (Ed.). **Evaluación de impacto de los programas para PyME en América Latina y el Caribe**. México: Banco Mundial, 2010. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTLACREGTOPPOVANA/Resources/Impact_Evaluation_SME_Programs_SPA_Final.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI), Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. **A Indústria de Private Equity e Venture Capital: 2º Censo Brasileiro**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8419/Private_Equity_e_Venture_Censo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2017.

AKERLOF, George A. The Market For "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, [S.l.], v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

ALAIA, Marco; PISONI, Alessia; ONETTI, Alberto. Factors influencing the fund raising process for innovative new ventures: an empirical study. **Journal of Small Business and Enterprise Development**, [S.l.], v. 23, n. 2, p. 363-378, 16 maio 2016.

ANDRADE, Rogerio P. de. A construção do conceito de incerteza: uma comparação das contribuições de Knight, Keynes, Shackle e Davidson. **Nova Economia**, [S.l.], v. 21, n. 2, p. 171-195, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512011000200001>. Acesso em: 07 set. 2016.

ANDREASSI, Tales; SIQUEIRA, Eduardo Madureira Rodrigues. The funding of new technology-based firms in Brazil. **International Journal of Entrepreneurship and Innovation Management**, [S.l.], v. 6, n. 4/5, p. 369-382, 2006.

ANG, James B.; MADSEN, Jakob B.. Risk capital, private credit, and innovative production. **Canadian Journal of Economics/ Revue Canadienne D'économique**, [S.l.], v. 45, n. 4, p. 1608-1639, nov. 2012.

ARBIX, Glauco et al. **Inovação: estratégia de sete países**. Brasília: Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, 2010. 343 p. (Cadernos da Indústria ABDI, 15). Disponível em:

<<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016.

_____. **Inovar ou inovar: a indústria brasileira entre o passado e o futuro.** São Paulo: Papagaio, 2007.

ARMOUR, John. **Law, innovation and finance: a review.** [S.l.]: 2002a. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download;jsessionid=4BD1FAE61E1687DE496B415A372714D7?doi=10.1.1.514.8406&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. **Law, Innovation and Finance: a review.** [S.l.]: Set. 2002b. (Working Paper, 243). Disponível em: <https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp243.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2017.

ARRUDA, Carlos et al. **Causas da mortalidade de startups brasileiras: o que fazer para aumentar as chances de sobrevivência no mercado?.** [S.l.]: Fundação Dom Cabral, 2014. Disponível em: <https://www.fdc.org.br/blogespacodialogo/Documents/2014/causas_mortalidade_startups_brasileiras.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

ASSOUN, Paul-Larent. **A escola de Frankfurt.** São Paulo: Ática, 1991.

AUDRETSCH, David; THURIK, Roy. **A Model of the Entrepreneurial Economy.** 1204. ed. Jena: Group Entrepreneurship, Growth And Public Policy, 2004. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/19957/1/2004-12.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do direito tributário.** Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 221-245.

_____. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista Direito Tributário Atual,** São Paulo, v.32, p. 159-197, 2014.

_____. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual,** São Paulo, v. 29, p. 181-204, 2013.

_____. **Sistema constitucional tributário.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BAÊTA, Adelaide Maria Coelho; MELO, Valdênia Silva. Venture Capital: estratégia de financiamento para empresas emergentes inovadoras. **ADM.MADE**, [S.i.], v. 11, n. 3, p.101-116, set./dez. 2007.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Introdução. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Direito e teoria crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui: Boreal, 2015, p. 19-36.

BARBOSA, Leonardo Garcia. Sociedade anônima simplificada. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 289-323, out./nov. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana Laura/Downloads/ril_v51_n204_p289.pdf>. Acesso em: 04 maio 2017.

BARBOSA, Marystela. Saiba quem são os investidores-anjo do Brasil. **Exame**. [S.l.], 14 jul. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/quem-sao-os-investidores-anjo/>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 72, n. 2, p. 389-401, jan. 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66833>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988. 7 v.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Estatuto da microempresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BECK, Thorsten. Legal Institutions and Economic Development. **Ssrn Electronic Journal**, [S.l.], n. 94, p. 01-71, ago. 2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669100>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BECK, Thorsten; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; MAKSIMOVIC, Vojislav. Financial and Legal Constraints to Growth: Does Firm Size Matter?. **The Journal of Finance**, [S.l.], v. 60, n. 1, p. 137-177, fev. 2005. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6261.2005.00727.x/pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

BERTOLUCCI, Aldo Vincenzo. **Uma contribuição ao estudo da incidência dos custos de conformidade às leis e disposições tributárias: um panorama mundial e pesquisa dos custos**

das companhias de capital aberto no Brasil. 2001. 183 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

BIGARELLI, Barbara. 74% das startups brasileiras fecham após cinco anos, diz estudo. **Época Negócios**. [S.l.], jul. 2016. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Empreendedorismo/noticia/2016/07/74-das-startups-brasileiras-fecham-apos-cinco-anos-diz-estudo.html>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BORGES, José Souto Maior. Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: superação da dogmática. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 211, p. 106-121, abr. 2013.

BOUZAN, Ary; SILVA, Antônio Angarita; PRADO, Alcídio de Sousa. **Aspectos legais e econômicos da pequena empresa brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de Veto nº 254**. Brasília: 28 mar. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8864-1994.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Presidência da República. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Produtivismo includente**: empreendedorismo vanguardista. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/wp-content/uploads/EMPREENDEADORISMO-VANGUARDISTA-FINAL-FUNDO-CLARO.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Capital empreendedor**. Brasília: Câmara, 2014. Elaborado por Centro de Estudos e Debates Estratégicos. (Série estudos estratégicos, 4). Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/19719/capital_empreendedor.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n.º 9101-002.00, Processo nº 13899.002346/2003-88. Relator: Valmir Sandri. Brasília, DF, 07 de outubro de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília, out. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Decisao_13899002346200388.PDF>. Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 junho. 2017.

_____. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1919. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl3708.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Decreto-lei nº 1.780, de 14 de abril de 1980. Concede isenção do imposto sobre a renda às empresas de pequeno porte e dispensa obrigações acessórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 abr. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De1780.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Emenda constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Emenda constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 ago. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984. Estabelece Normas Integrantes do Estatuto da Microempresa, Relativas ao Tratamento Diferenciado, Simplificado e Favorecido, nos Campos Administrativo, Tributário, Previdenciário, Trabalhista, Creditício e de Desenvolvimento Empresarial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7256impressao.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994. Estabelece normas para as microempresas (ME), e Empresas de Pequeno Porte (EPP), relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista; creditício e de desenvolvimento empresarial (art. 179 da Constituição Federal). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8864.htm>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9317impressao.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

_____. Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999. Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 de out. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9841impressao.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Exposição de motivos nº 128, de 17 de abril de 1980. In: DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 1980, Brasília. **Anais da Câmara dos Deputados**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1980, p. 16-17. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&Datain=24/06/1980&txpágina=1525&altura=700&largura=800#/>. Acesso em: 18 jan. 2016.](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&Datain=24/06/1980&txpágina=1525&altura=700&largura=800#/)

_____. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos nº 196**, de 24 de junho de 1976. Brasília, DF, jun. 1976. Disponível em: <http://sistemas.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Projeto de lei complementar nº 123**. Regulamenta o parágrafo único do art. 146 e o inciso IX do art. 170 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DF, jan. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=193056&filename=PLP+123/2004>. Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. **Projeto de lei do Senado nº 348, de 2012**. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para simplificar a constituição e o funcionamento da sociedade anônima de capital fechado que possua menos de vinte acionistas e patrimônio líquido inferior a cem milhões de reais. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/107503>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 3.081/1989**. Estabelece normas para as microempresas - me, e empresas de pequeno porte - epp, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativos, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e do desenvolvimento empresarial - artigo 179 da constituição federal. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=209465>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 4.303 de 2012**. Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para criar e disciplinar a sociedade anônima simplificada (SAS). Brasília, DF, 2012.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E5FB00523521DC3561C88D8373C47F33.proposicoesWebExterno2?codteor=1018083&filename=PL+4303/2012>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRESCHI, Stefano; MALERBA, Franco; ORSENIGO, Luigi. Technological Regimes and Schumpeterian Patterns of Innovation. **The Economic Journal**, [S.l.], v. 110, n. 463, p. 388-410, abr. 2000. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-0297.00530/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

CAMPOS, Giovanni Christian Nunes. **A tributação indutora nos regimes tributários das microempresas e empresas de pequeno porte brasileiras**. 2010. 222 f. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3795>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

CARDOSO, Sérgio César de Paula; BATISTA, Paulo César de Sousa. Capital de Risco para Pequenas e Médias Empresas Inovadoras. In: XXXII ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 32, 2008, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos...** Rio de Janeiro: EnANPAD, 2008, p. 1-15. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/ESO-C1740.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Breves considerações sobre a função descritiva da Ciência do Direito Tributário. **Conjur**, [S.l.], out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-01/paulo-barros-breves-consideracoes-funcao-descritiva-ciencia-direito-tributario>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

CASARIN, Júlio César Martins. Definição de microempresa e empresa de pequeno porte. In: HENARES NETO, Halley (Comp.). **Comentários à lei do supersimples**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49-64.

CASSAR, Gavin. The financing of business start-ups. **Journal of Business Venturing**, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 261-283, mar. 2004.

CASSIOLATO, José Eduardo. A economia do conhecimento e as novas políticas industriais e tecnológicas. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 164-190.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 1 v.

CHAMBERS, Simone. A política da teoria crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria crítica**. São Paulo: Idéias&letras, 2008, p. 263-294.

CHEN, Jia. Development of Chinese small and medium-sized enterprises. **Journal of Small Business and Enterprise Development**, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 140-147, abr. 2006.

CIPRIANO, Leandro. Ambiente desfavorável trava potencial bilionário de startups no Brasil. **Agência Gestão CT&I**, São Paulo, 06 jul. 2016. Disponível em: <http://www.agenciacti.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9226:ambiente-desfavoravel-trava-potencial-bilionario-de-startups-no-brasil&catid=144:noticias>. Acesso em: 08 jul. 2016.

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

COMISSÃO EUROPEIA. **What is an SME?**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_pt>. Acesso em: 01 jul. 2017.

COMUNELLO, Patrícia. 'Tem de matar a startup para a empresa nascer', avisa diretor da Inseed. **Jornal do Comércio**. [S.l.], 10 abr. 2017. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/04/economia/556523-tem-de-matar-a-startup-para-a-empresa-nascer--defende-empendedor.html>. Acesso em: 05 maio 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **O estado da inovação no Brasil**: pequenas e médias empresas inovadoras e startups. Brasília: CNI, 2016. Correalização: Instituto Euvaldo Lodi. Disponível em: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2016/12/16/570/PME_startups_web.pdf>. Acesso em: 18 maio 2017.

COOLIDGE, Jacqueline; YILMAZ, Fatih. **Small Business Tax Regimes**. feb. 2016. Elaborado por World Bank Group. Disponível em:

<<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/24250/Small0business0tax0regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

CORDER, Solange; SALLES FILHO, Sérgio. Aspectos Conceituais do Financiamento à Inovação. **Revista Brasileira de Inovação**, [S.l.], v. 5, n. 1, jan./jun. 2006, p. 33-76. Disponível em: <<http://ocs.ige.unicamp.br/ojs/rbi/article/view/297/214>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semilógico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

COSTA, Philomeno Joaquim da. Aspectos da sociedade por ações. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 72, n. 02, p. 47-85, 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66821/69431>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

CRIATEC. **Desmistificando o capital de risco: o que é, como funciona e como acessar o capital de risco para o seu negócio**. Rio de Janeiro, [2016]. Disponível em: <http://www.fundocriatec.com.br/doc1/cartilha_criatec.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CYPRIANO, Carlos Alex de Cantuária. **Pequena empresa, desenvolvimento social e a ação institucionalizadora do Sebrae**. 2004. 335 f. Tese (Doutorado) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.

DA SILVA, Fernando César Nimer Moreira da Silva. **Venture capital: valor da informação, riscos e instrumentos para sua mitigação**. 2014. 178 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

DAHAN, Alexandre Jacob. **Operational functions for innovative startups in France**. 2016. 80 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

DE AZEVEDO, Júlio Cesar da Rocha Germano. Inovação, startups e o direito. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Coord.). **Direito das startups**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 14-27.

DE BARROS, Frederico Robalinho. **Pequena e média empresa e política econômica: um desafio à mudança**. Rio de Janeiro: Apec, 1978.

DINIZ, Gustavo Saad. **Instrumentos de capitalização societária**. São Paulo: Liber Ars, 2014.

DOLABELA, Fernando. **O segredo de Luísa**. São Paulo: Cultura, 1999.

DORF, Bob; BLANK, Steve. **The startup owner's manual: the step-by-step guide for building a great company**. Pescadero: K&S Ranch, 2012.

DORNELAS, José; TIMMONS, Jeffry A.; SPINELLI, Stephen. **Criação de novos negócios: empreendedorismo para o século 21**. São Paulo: Elsevier, 2010.

DULLIUS, Andréia Cristina. **As capacidades de inovação em startups: um estudo no vale do silício**. 2016. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/143320>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

ENGELSCHALK, Michael. Creating a Favorable Tax Environment for Small Business. In: ALM, James Robert; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge; WALLACE, S. (Ed.). **Taxing The Hard-to-tax: Lessons from Theory and Practice**. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2005, p. 275-311. (Contributions to Economic Analysis, 268).

FALCÃO, João Pontual de Arruda. **Startup law Brasil: o direito brasileiro rege mas desconhece as startups**. 2017. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/18186>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: EDUSP, 1988.

FÉRES, Marcelo Andrade. Ensaio sobre o novo estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte (lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999). **Revista do Caap**, [S.l.], n. 1, p. 351-375, 2000. Disponível em: <<https://www2.direito.ufmg.br/revistadoCaap/index.php/revista/article/view/158>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

FERNANDES, Pedro Wehrs do Vale. A natureza jurídica das incubadoras e aceleradoras e suas relações contratuais com as start-ups. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos....** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 27 - 47. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/86257626/Ap4fpW72VLabJQJh.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FERRARO, Carlo; STUMPO, Giovanni. **Políticas de apoyo a las pymes en América Latina:** entre avances innovadores y desafíos institucionales. Santiago: Cepal, 2010. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2557/politicas_apoyo_pymes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 jun. 2017.

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

FERREIRA, Fabiana Duarte. **A Sociedade Unipessoal de Responsabilidade Limitada.** 2010. 24 f. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/fabianaferreira.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017.

FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP). **Programa de Investimento em Startups:** edital de seleção pública. [S.l.], 2017. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/images/chamadas-publicas/2017/26_06_2017_Edital_FINEP-STARTUP-2017.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

FOLLONI, André. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento nacional. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Org.). **Direito Tributário.** Florianópolis: Conpedi, 2014a. 1 v., p. 191-212.

_____. Reflexões sobre complexity science no direito tributário. In: MACEI, Demetrius Nichele; SILVA, Francisco de Assis (Org.). **Direito Tributário e Filosofia.** Curitiba: Instituto Memória, 2014b, p. 24-37. Disponível em: <http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1415900499_complexity_science.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. **Clareiras e caminhos do direito tributário**: crítica da ciência do direito tributário a partir da obra de José Souto Maior Borges. 2011. 563 f. Tese (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: 02 abr. 2017.

FOLLONI, André; SIMM, Camila Beatriz. Direito tributário, complexidade e análise econômica do direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 49-70, 28 jun. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19726/pdf#.WO6ZcdIrLNM>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

FOSTER, John Bellamy. The political economy of Joseph Schumpeter: a theory of capitalist development and decline. **Studies in Political Economy**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 05-42, 1984.

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

FREEDMAN, Judith. Small business taxation: policy issues and the UK. In: **Taxing Small Business: Developing Good Tax Policies**. [S.l.]: Australian Tax Research Foundation, 2003, p. 01-67. (Conference Series, 23). Disponível em: <<http://www3.law.ox.ac.uk/themes/tax/documents/SmallBusinessTaxation.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

FREEDMAN, Judith; CRAWFORD, Claire. Small Business Taxation. In: ADAM, Stuart et al (Ed.). **Dimensions of tax design: the mirrlees review**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1028-1099. (Legal Research Paper Series, 25/2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804333>. Acesso em: 25 maio 2017.

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. 19-36.

GAMEIRO, Ian Pimentel. Deverá o direito ser emancipatório? Da Redução Político-Ideológica do Jurídico à Recuperação do Seu Sentido. **Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 9, n. 4, p.

2335-2372, 19 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21898/18894>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GARRIDO, Luiz Gustavo; COELHO, Giulliano Tozzi. A estruturação do investimento entre aceleradoras e startups no brasil. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Org.). **Direito das startups**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 131-145.

GITAHY, Yuri. O que é uma startup? **Exame**, São Paulo, 3 fev. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>>. Acesso em: 17 out. 2016.

GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR (GEM). **Global Report: 2016/17**. [S.l.]: Global Entrepreneurship Research Association, 2017. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/gem-2016-2017-global-report-web-version-updated-210417-1492789938.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

GOMES, Daniel Teodoro at al. Apresentação do processo de formação da estratégia: um estudo de caso em empresa inovadora. **Revista de Administração da UFSM**, [S.l.], v.5, n. 3, p. 413-438, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5902/198346597192>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

GOMPERS, Paul; LERNER, Josh. The Venture Capital Revolution. **Journal Of Economic Perspectives**, [S.l.], v. 15, n. 2, p. 145-168, maio 2001.

GRANOVETTER, Mark. Small is Bountiful: Labor Markets and Establishment Size. **American Sociological Review**, [S.l.], v. 49, n. 3, p.323-334, jun. 1984.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Marco Aurélio. Crise Do Formalismo No Direito Tributário Brasileiro. **Revista da PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 9-18, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://gestao.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/greco.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

HALL, Bronwyn H. The financing of innovative firms. **EIB Papers**, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 8-28, 2009. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/44902/1/618781439.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

HARRISON, Richard T.; MASON, Colin M. International perspectives on the supply of informal venture capital. **Journal of Business Venturing**, [S.l.], v. 7, n. 6, p.459-475, nov. 1992.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural. Loyola: São Paulo, 2008.

HORBUCZ, Kessyane da Silva Novaes. **Financiamento à inovação**: investigação dos atributos considerados por fundos de capital anjo no processo de decisão de investimento. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. W.; HARBERTMAS, Jürgen. **Textos Escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975 (Série os pensadores, 48).

HUYGHEBAERT, Nancy; GUCHT, Linda M. Van de. The Determinants of Financial Structure: New Insights from Business Start-ups. **European Financial Management**, [S.l.], v. 13, n. 1, p.101-133, jan. 2007.

HYTTINEN, Ari; PAJARINEN, Mika; ROUVINEN, Petri. Does innovativeness reduce startup survival rates? **Journal Of Business Venturing**, [S.l.], v. 30, n. 4, p. 564-581, jul. 2015.

ISHII, Caio Shiguemy Cassiano. Trilogia do conhecimento: teoria, prática e crítica. In: BANNWART JÚNIO, Clodomiro José. **Direito e teoria crítica**: reflexões contemporâneas. Birigui: Boreal, 2015, p. 1-18.

JESSOP, Bob. **The Future of the Capitalist State**. Polity Press: Cambridge, 2002.

JIMÉNEZ, Luis Felipe. Venture capital and innovation in Latin America. **CEPAL Review**, [S.l.], n. 96, p. 175-189, dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.cepal.org/en/publications/11345-venture-capital-and-innovation-latin-america>>.

Acesso em: 04 maio 2017.

_____. **Capital de riesgo para la innovación:** lecciones de países desarrollados. Santiago de Chile: CEPAL, dez. 2006. (Série desarrollo productivo, 173) Disponível em: <<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/4567>>. Acesso em: 01 maio 2017.

JULIEN, Pierre-André. **Empreendedorismo regional e a economia do conhecimento.** São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, William Eid. **Custos de manter uma Sociedade Anônima no Brasil.** FGV: São Paulo, 2012. Elaborado por Centro de Estudos em Finanças (FGV/EAESP). Disponível em: <[http://cef.fgv.br/sites/cef.fgv.br/files/file/Custos de manter uma Sociedade Anonima.pdf](http://cef.fgv.br/sites/cef.fgv.br/files/file/Custos%20de%20manter%20uma%20Sociedade%20Anonima.pdf)>. Acesso em: 04 maio 2016.

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

KERR, William R.; NANDA, Ramana. Financing Innovation. **Annual Review Of Financial Economics**, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 445-462, 7 dez. 2015.

KORNHAUSER, Marjorie E. Through the Looking Glass with Alice and Larry: Nature of Scholarship. **North Carolina Law Review**, [S.l.], v. 76, p. 1609-1627, 1998. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1441493>. Acesso em: 28 abr. 2016.

KREPSKY, Júlio César. **O estatuto da microempresa e a necessidade de sua reformulação.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

LA ROVERE, Renata Lèbre. As pequenas e médias empresas na economia do conhecimento: implicações para políticas de inovação. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento.** Rio de Janeiro: Campus, 1999, p.145-163.

LABORATÓRIO DE EMPRESAS NASCENTES DE TECNOLOGIA (LENT). **Negócios de impacto social:** da estrutura da empresa nascente a sua aproximação com o poder público. São Paulo: FGV Direito SP, 2014. Disponível em:

<https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/relatorio_-_lent_-_negocios_de_impacto_social.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

LASTRES, Helena M. M.; ARROIO, Ana; LEMOS, Cristina. Políticas de apoio a pequenas empresas: do leito de Procusto à promoção de sistemas produtivos locais. In: LASTRES, H.M.M; CASSIOLATO, J.E.; MACIEL, M.L. (Orgs.). **Pequena empresa: cooperação e desenvolvimento local**. Rio de Janeiro: Relume Dumará Editora, 2003, p. 1-11.

LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita. Chaves para o terceiro milênio na era do conhecimento. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 07-26.

LASTRES, Helena Maria Martins; CASSIOLATO, José Eduardo. Novas políticas na Era do Conhecimento: o foco em arranjos produtivos e inovativos locais. **Revista Parcerias Estratégicas**, Brasília, n. 17, p. 05-29, set. 2003.

LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos. Economia da informação, do conhecimento e do aprendizado. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 27-57.

LEITE, Leonardo Barém. A nova sociedade limitada brasileira (uma visão histórica e crítica, e aspectos de governança corporativa). In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade limitada contemporânea**. São Paulo: Quatier Latin, 2013, p. 665-688.

LOBO, Carlos Alexandre; POTENZA, Guilherme Peres. Investimentos venture capital e private equity: considerações práticas e jurídicas. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (Org.). **Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 267-316.

LOMBARDI, Rosa; TREQUATTRINI, Raffaele; RUSSO, Giuseppe. Innovative start-ups and equity crowdfunding. **International Journal Of Risk Assessment And Management**, [S.l.], v. 19, n. 1/2, p. 68-83, 2016.

MACANEIRO, Marlete Beatriz; CHEROBIM, Ana Paula Mussi. O financiamento da inovação tecnológica por meio de programas governamentais de apoio às empresas brasileiras. **Revista de Administração, Contabilidade e Economia (RACE)**, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 291-324, nov. 2010. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/race/article/view/630>>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

MACULAN, Anne-marie; PAVANI, Claudia. New Perspectives on Risk Capital in Brazil. **Latin American Business Review**, [S.l.], v. 6, n. 2, p.19-38, 11 out. 2005.

MADILL, Judith J; HAINES JUNIOR, George; RIDING, Allan. The Role of Angels in Technology SMEs: A Link to Venture Capital. **Venture Capital**, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 107-129, abr. 2005.

MAIA, Marcel Maggion. **Como nascem as startups?:** Uma análise microsociológica das performances e estratégias discursivas dos empreendedores à procura de capital. 2016. 179 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-28112016-103108/pt-br.php>>. Acesso em: 04 maio 2017.

MAMEDE, Gladston et al. **Comentários ao estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte.** São Paulo: Atlas, 2007.

MARANCA, Alfredo Portinari; HIDALGO, Mauro. **Regulamento do Simples Nacional comentado:** resolução CGSN nº 94. São Paulo: Fiscosoft, 2013.

MARCO, Douglas de. A regulação do mercado de capitais: aspectos jurídicos e contábeis da divulgação da informação. **Revista Jurídica da Presidência**, [S.l.], v. 11, n. 95, p. 05-34, 29 jan. 2010. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/224>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MARINS, James; BERTOLDI, Marcelo M. **Simples Nacional:** Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Marcos Antonio Madeira De Mattos. Precarização do trabalho humano e as armadilhas das startups. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Brasília. **Anais...** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 233-252. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/27tk8s9x/gh37XW1hB8H7ySL8.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2017.

MCDANIEL, BRUCE A. A survey on entrepreneurship and innovation. **The Social Science Journal**, v. 37, n. 2, p. 277–284, 2000.

MELO, Luiz Martins de. O financiamento das empresas inovadoras: alternativas para discussão. **Revista Economia & Tecnologia**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 139-148, 31 mar. 2010. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/ret/article/view/27029>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Simples Nacional: Análise da Constitucionalidade das Exclusões Setoriais. In: ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, 3, 2015, Madri. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Ediciones Laborum, 2015. p. 107 - 129. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-8-Madrid.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

_____. **Extrafiscalidade**: análise semiótica. 2009. 319 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-090938/pt-br.php>>. Acesso em: 04 abr. 2016, p. 291.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; FERREIRA, Gustavo Assed. Pequenas empresas e desconcentração administrativa. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 83-98. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/4zq26u71/9078usIX53p6NP8K.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; PATTON, Ana Laura Javaroni. Pequenas empresas, ICMS e comércio eletrônico: a regulação inconstitucional do Confaz. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Brasília. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 101-121. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1vtu3xbu/7KXI8490w5Vl6sGk.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; SILVA, Rafael Ragazzo Pacheco. Tratamento favorecido para pequenas empresas – inovações da lei complementar 147/2014. **Revista da Receita Federal**: estudos tributários e aduaneiros, Brasília, v. 1, n. 2, p. 285-305, 2015. Disponível em: <<http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceitafederal/article/view/156/38>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

MERCADO de startups cresce no Brasil e movimenta quase R\$ 2 bi. **Pequenas Empresas & Grandes Negócios**. [S.l.], jan. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2014/01/mercado-de-startups-cresce-no-brasil-e-movimenta-quase-r-2-bi.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

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: 22 mar. 2017.

_____. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 2005.

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

MONTEZANO, Roberto M. **O sistema de capital de risco**. Rio de Janeiro: IBMEC, 1983.

MOREIRA, Daniela. Qual a diferença entre investidor anjo, seed e venture capital? **Exame**. [S.l.], 09 mar. 2011. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/qual-a-diferenca-entre-investidor-anjo-seed-e-venture-capital/>>. Acesso em: 25 maio 2017.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. Sociedade limitada ou anônima fechada?: o novo dilema dos empreendedores nacionais. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 43, n. 133, p. 32-76, 2004.

MUHAMMAD, Mohd Zulkifli et al. Small and Medium Enterprises (SMEs) Competing in the Global Business Environment: A Case of Malaysia. **International Business Research**, Toronto, v. 03, n. 01, p.66-75, jan. 2010. Disponível em:

<<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/ibr/article/view/3893/3945>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

NAKAGAWA, Marcelo Hisroshi. **Empresa inovadora de base tecnológica**: um modelo de desenvolvimento para o contexto brasileiro. 2008. 214 f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NAKASONE, William Joji. **O financiamento das inovações por meio do venture capital**: adequação dos instrumentos jurídicos brasileiros. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a.

_____. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008b, p. 9-20.

NOOTEBOOM, Bart. Firm size effects on transaction costs. **Small Business Economics**, [S.l.], v. 5, n. 4, p. 283-295, dez. 1993. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/BF01516249.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. The Facts About Small Business and the Real Values of Its 'Life World': A Social Philosophical Interpretation of This Sector of the Modern Economy. **American Journal Of Economics And Sociology**, [S.l.], v. 47, n. 3, p. 299-314, jul. 1988.

O'SULLIVAN, Mary. Finance and innovation. In: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. (Ed.). **The Oxford handbook of innovation**. [S.l.]: Oxford Handbooks Online, 2006, p. 240-265.

OCDE. **Start-up Latin America**: Promoting Innovation in the Region. [S.l.]: OECD Publishing, 2013. Elaborada por Development Centre Studies. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/start-up-latin-america_9789264202306-en>. Acesso em: 06 abr. 2017.

_____. **SME and Entrepreneurship Outlook**. [S.l.]: OECD Publishing, 2005. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/industry-and-services/oecd-sme-and-entrepreneurship-outlook-2005-edition_9789264009257-en#page3>. Acesso em: 17 jul. 2016.

_____. **Start-up Latin America 2016: Building an Innovative Future.** [S.l.]: OECD Publishing, 2016. Elaborada por Development Centre Studies. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/development/start-up-latin-america-2016_9789264265660-en#.WUR-wWgrLIX#page4>. Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. **Taxation of SMEs in and G20 Countries.** Paris: OECD Publishing, 2015. (OECD Tax Policy Studies, 23). Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/taxation-of-smes-in-oecd-and-g20-countries_9789264243507-en#page3>. Acesso em: 05 abr. 2017.

OCDE; EUROSTAT (Org.). **Manual de Oslo:** diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. [S.l.]: Finep, 2005. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. **Nova Economia**, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 541-554, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-63512014000300541&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 14 abr. 2017.

PAES, Nelson Leitão; ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de. Tributação da pequena empresa e avaliação do Simples. **Cadernos de Finanças Públicas**, Brasília, n. 09, p. 05-55, dez. 2009. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/trib_peq_empresa.pdf>. Acesso em: 07 maio 2017.

PARENTONI, Leonardo; FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade anônima fechada em perspectiva. **Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários**, São Paulo, n. 4, p. 37-64, nov. 2016.

PARGENDLER, Mariana. Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil. **American Journal of Comparative Law**, [S.l.], v. 60, n. 3, p. 805-850, 2012.

PASSOS, Carlos Arthur Krüger. Novos modelos de gestão e as informações. In: LASTRES, Helena Maria Martins; ALBAGLI, Sarita (Org.). **Informação e globalização na era do conhecimento.** Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 58-83.

PAVANI, Claudia. **O capital de risco no Brasil: conceito, evolução e perspectiva**. Rio de Janeiro: E-papers, 2003.

PENROSE, Edith. **The Theory of the Growth of the Firm**. New York: Oxford, 2009.

PESSÔA, Leonel Cesarino; COSTA, Giovane da; MACCARI, Emerson Antonio. As micro e pequenas empresas, o Simples Nacional e o problema dos créditos de ICMS. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 345-363, ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200345>. Acesso em: 12 out. 2016.

PICCHI, Flavio Augusto. A tributação do ágio nas sociedades limitadas. **Estadão**. São Paulo, 02 mar. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/sua-oportunidade/a-tributacao-do-agio-nas-sociedades-limitadas/>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

PINTO, Luciane F. Gorgulho. Capital de risco: uma alternativa de financiamento às pequenas e médias empresas de base tecnológica – o caso do Contec. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 151-184, jun. 1997. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11176/1/RB_07_Capital_de_risco_-_uma_alternativa_de_financiamento_às_pequenas_e_médias_empresas_de_base_tecnológica_P_BD.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016.

_____. **O capital de risco como alternativa de financiamento às pequenas e médias empresas de base tecnológica**. 1996. 181 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1996.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POLISCHUK, Leonid. Small Businesses in Russia: Institutional Environment. **Ssrn Electronic Journal**, [S.l.], p.01-27, 2001. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=260042>. Acesso em: 26 jun. 2016.

POPE, Jeff. Favourable small business taxation: to what extent is it justified from a tax policy perspective. **Journal of Applied Law and Policy**, [S.l.], p. 21-34, 2008.

POTENZA, Guilherme Perez; OLIVEIRA, Alexandre Edde Diniz de. Regulando a inovação: o crowdfunding e o empreendedorismo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 69-107, 2016.

RAMALHO, Caio. **Fostering innovation and entrepreneurship in Brazil through private equity and venture capital public policies**. 2010. (Série EAESP – GVcepe – Working Papers). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13456/SSRN-id1607223.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

_____. **Toward a venture capital-backed entrepreneurship model in Brazil**. 2010. (Série EAESP – GVcepe – Working Papers). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13455/SSRN-id1961622%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

RAPINI, Marcia Siqueira. **O financiamento aos investimentos em inovação no Brasil**. 2010. 146 f. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

RATTNER, Henrique. Acumulação de capital, internacionalização da economia e as PME. In: RATTNER, Henrique (Org.). **Pequena empresa: o comportamento empresarial na acumulação e na luta pela sobrevivência**. São Paulo: CNPq; Brasiliense, 1985, p. 35-82.

_____. Acumulação de capital, internacionalização da economia e as pequenas e médias empresas. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 24, n. 4, p. 97-106, dez. 1984. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901984000400017>. Acesso em: 20 maio 2016.

REBELO, Nikolai Sosa. Os Investimentos e a Captação de Recursos por Contratos de Private Equity e Venture Capital. **Revista Síntese Direito Empresarial**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 201-234, dez./nov. 2012.

RIBEIRO, Carlos Reinaldo Mendes. **O estatuto (contra a) microempresa**. São Paulo: Ômega, 1984.

RIES, Eric. **A Startup Enxuta**. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

RINDOVA, Violina; BARRY, Daved; KETCHEN JUNIOR, David J.. Entrepreneurship as emancipation. **Academy of Management Review**, [S.l.], v. 34, n. 3, p. 477-491, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo: direito e lutas sociais. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 49-66, jul. 2013a. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, v. 19, n. 37, p. 99-124, jan./jun. 2016a. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a07.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. **Como decidem as cortes**: para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013b.

_____. Franz Neumann: do direito liberal para além de si mesmo. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 97-116.

_____. **Fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Luta por Direitos, Rebeliões e Democracia no Século XXI: Algumas tarefas para a pesquisa em Direito. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 3, n. 3, p. 609-635, 2016b. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/viewFile/119325/116697>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 261-294, 7 dez. 2016c. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185/18937>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

RUSH, Fred. As bases conceituais da primeira teoria crítica. In: RUSH, Fred (Org.). **Teoria crítica**. São Paulo: Idéias&letras, 2008, p. 31-66.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, ago. 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v2n2/v2n2a07.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SAUERMAN, Henry. Fire in the Belly? **Employee Motives and Innovative Performance in Startups versus Established Firms**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2017. (série NBER Working Paper, 23099). Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w23099.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Banco de desenvolvimento, regulação e autorregulação**: complementaridade regulatória no mercado brasileiro de capital de risco. 2012. (Working Paper). Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/banco_de_desenvolvimento_regulauo_e_autorregulauo.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia**: persistência e dinâmica da atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. 2009. 326 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHMITT JUNIOR, Dalton. **Financiamento das pequenas e médias empresas**: aspectos do processo de decisão empresarial e o instrumento de capital de risco. 2002. 122 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SCHNEIDER, Fabiana Keylla; OLIVEIRA, Lourival José de. Estudo crítico sobre as propostas de alteração do direito do trabalho: tratamento diferenciado aos empregados de microempresas e de empresas de pequeno porte é constitucional e necessário?. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 2, n. 2, p. 123-142, 15 dez. 2007. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11460/10196>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SCHUMPETER, Joseph. The Instability of Capitalism. **The Economic Journal**, [s.l.], v. 38, n. 151, p. 361-386, set. 1928.

SEBRAE MATOGROSSO. Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. **Sebrae**, Mato Grosso, 2014, Disponível em:<<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresasgeram-27%25-do-PIB-do-Brasil>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

SHADLEN, Kenneth C. **Representation, participation, and development: lessons from small industry in Latin America**. London: Crisis States Programme, 2004. (Working papers series, 45). Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/28219/1/wp45.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

SIMÕES, Marcel Edvar; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro. Histórico das companhias: evoluções e involuções dos mecanismos societários nas S.A. In: NOVAES, Erasmo Valladão Azevedo (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quatier Latin, 2009, p. 459-490.

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

SOTTO, Debora. **Tributação da microempresa e da empresa de pequeno porte**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUDER, William E.; MOENAERT, Rudy K. Integrating marketing and R&D project personnel within innovation projects: an information uncertainty model. **Journal Of Management Studies**, [S.l.], v. 29, n. 4, p. 485-512, jul. 1992. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6486.1992.tb00675.x/abstract>>. Acesso em: 16 maio 2016.

SOUSA, Sérgio Henrique Miranda de. **Capital empreendedor**. Curitiba: Juruá, 2008.

STAM, Erik; GARNSEY, Elizabeth W. Entrepreneurship in the Knowledge Economy. **Ssrn Electronic Journal**, [S.l.], p. 01-24, abr. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STUCKI, Tobias. Success of start-up firms: the role of financial constraints. **Industrial And Corporate Change**, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 01-40, 14 mar. 2013.

TAGLIASSUCHI, Miriam de Toni. O estatuto da microempresa: sistematizando o debate. **Ensaio Fee**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 121-144, 1985. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaio/article/viewFile/909/1202>>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. Pequenas empresas: dependência econômica e participação política. **Ensaio Fee**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 65-99, 1987. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaio/issue/view/80>>. Acesso em: 06 maio 2017.

TEDMANSON, Deirdre et al. Critical perspectives in entrepreneurship research. **Organization**, [S.l.], v. 19, n. 5, p. 531-541, set. 2012.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. O passado, o presente e a perspectiva de futuro da administração das sociedades limitadas. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade limitada contemporânea**. São Paulo: Quatier Latin, 2013, p. 191-216.

TORRES, Joaquim. **O Guia da Startup**. São Paulo: Casa do Código, 2012.

TOZETTO, Claudia. Número de startups brasileiras cresce 18,5% em seis meses. **Estadão**. São Paulo, 18 jan. 2016. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,numero-de-startups-brasileiras-cresce-185-em-seis-meses,10000028610>>. Acesso em: 07 out. 2016.

U.S. SMALL BUSINESS ADMINISTRATION. **Small Business Size Regulations**. Disponível em: <<https://www.sba.gov/contracting/getting-started-contractor/make-sure-you-meet-sba-size-standards/small-business-size-regulations>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

VEIGA, Marcelo Godke. Venture capital, sociedades anônimas e inovação: as falhas do direito societário brasileiro. **Revista Juris da Faculdade de Direito: Fundação Armando Álvares Penteado**, [S.l.], v. 8, p.01-15, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2294500>. Acesso em: 05 maio 2016.

VELLOSO, Andrei Pitten. A Ciência do Direito Tributário. **Carta Forense**. São Paulo, 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-ciencia-do-direito-tributario/12983>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

VERDUIJN, Karen et al. Conceptualizing dimensions of criticality in entrepreneurship studies. **International Journal of Entrepreneurial Behaviour & Research**, [S.l.], v. 20, n. 2, p. 98-107, 2014.

VERSIANI, Ângela França; GUIMARÃES, Liliane de Oliveira. A criação de empresas de base tecnológica: a influência das incubadoras na constituição dos novos negócios. In: ENCONTRO DE ESTUDOS SOBRE EMPREENDEDORISMO E GESTÃO DE PEQUENAS EMPRESAS, 3, 2003, Brasília. **Anais...** Brasília: UEM/UEL/UnB, 2003, p. 142-160.

VICTORAZZO, Ville et al. Análise da escalabilidade em novos negócios. **Revista Fatec Sebrae em Debate: gestão, tecnologias e negócios**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 129-148, jan. 2014. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjh0Km6oaLUAhVGfZAKHWeEDdwQFggnMAA&url=http://revista.fatecsebrae.edu.br/index.php/em_debate/article/view/19&usg=AFQjCNGnCiUKVSP8Z6hqVMW-iv52j1Jwog&sig2=0ug5RqHTOi2fetEFIYV9UA>. Acesso em: 08 ago. 2016.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. 1 v.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro. **Regime especial da sociedade anônima simplificada**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILTBANK, Robert et al. Prediction and control under uncertainty: Outcomes in angel investing. **Journal of Business Venturing**, [S.l.], v. 24, n. 2, p. 116-133, mar. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WUO, Fábio Soares. Direito societário: formas societárias e suas características: a importância do planejamento para as startups. In: RESENDE, Luiza (Org.). **Direito para empreendedores**. São Paulo: Évora, 2016.