

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCO AURÉLIO FERREIRA COELHO

**O tratamento constitucional diferenciado e a (in)efetividade da recuperação das micro e
pequenas empresas em crise**

RIBEIRÃO PRETO

2022

MARCO AURÉLIO FERREIRA COELHO

O tratamento constitucional diferenciado e a (in)efetividade da recuperação das micro e pequenas empresas em crise

Versão Corrigida

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.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

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

RIBEIRÃO PRETO

2022

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

Ferreira Coelho, Marco Aurélio

FF383t O tratamento constitucional diferenciado e a (in)efetividade da recuperação das micro e pequenas empresas em crise / Marco Aurélio Ferreira Coelho; orientador Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. --Ribeirão Preto, 2022.

151 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2022.

1. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. 2. INSOLVÊNCIA. 3. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 4. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO. I. dos Santos Mendes, Guilherme Adolfo, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: COELHO, Marco Aurélio Ferreira.

Título: O tratamento constitucional diferenciado e a (in)efetividade da recuperação das micro e pequenas empresas em crise.

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

Ainda que diversas linhas fossem escritas, faltariam páginas para que todos os agradecimentos fossem tecidos a todos àqueles que são dignos de recebê-los pelo apoio ao longo da elaboração deste trabalho.

Mesmo que em poucas palavras, o registro merece ser feito.

Sem Deus, é claro, nada disso seria possível, qualquer obra, por mais importante que fosse, não haveria razão de ser se não fosse feita para honra e glória daquele que é digno de todas as coisas.

Ao meu orientador que, com destreza, paciência e sabedoria, guiou o desenvolvimento das linhas que adiante serão trilhadas nesta dissertação.

À minha família, a qual, como sempre, esteve sempre ao meu lado me apoiando e fornecendo todas as coisas mais do que necessárias para o meu desenvolvimento.

Por fim, a todos os que estiveram comigo direta ou indiretamente durante essa jornada, sobretudo os que entenderam as ausências necessárias e compreenderam a importância de um objetivo a ser alcançado.

RESUMO

COELHO, Marco Aurélio Ferreira. **O tratamento constitucional diferenciado e a (in)efetividade da recuperação das micro e pequenas empresas em crise.** 2022, 143 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022.

A importância do presente trabalho está calcada em um dos principais objetivos a serem atingidos pela ordem econômica do Brasil, qual seja o tratamento diferenciado e favorecido em prol das microempresas e empresas de pequeno porte. A Constituição Federal brasileira de 1988 é uma das três constituições no mundo todo a dispensar tratamento especial às MPEs. Esse tratamento vem ancorado na importância e no impacto que essas empresas possuem para o trato socioeconômico, sobretudo porque atualmente mais de 90% do empresariado brasileiro é composto por negócios de menor envergadura. Entretanto, embora exista a previsão de um tratamento diferenciado e favorecido no texto da constituição, muitas normas infraconstitucionais precisaram ser editadas ao longo dos anos para um devida regulamentação desse tratamento, em virtude da eficácia limitada da norma programática constitucional. A partir da concepção de que as pequenas empresas são o termômetro da economia, parece justo que elas sejam especialmente protegidas pelo ordenamento jurídico, principalmente a partir da ideia de que é preciso pensar nos pequenos primeiro. Porém, tanto quanto auxiliar o crescimento e o desenvolvimento dessas pequenas atividades através da criação de mecanismos de fomento, ampliação da participação de mercado, abertura de linhas de crédito específicas, desburocratização e simplificação das obrigações, é necessário que em momentos de crise acentuada ou generalizada, também sejam proporcionados meios capazes de preservá-las e recuperá-las quando em dificuldade econômico-financeira. O atualmente regime jurídico de insolvência nacional, apesar de prever uma simplificação para que MPEs tenham acesso ao processo de recuperação judicial e extrajudicial, tem se mostrado pouco efetivo no soerguimento de empresas menores. Sob esse olhar, através do método exploratório e descritivo, esta dissertação tem como escopo estudar as bases do tratamento diferenciado e favorecido, bem como verificar a efetividade do processo recuperatório do ponto de vista dessas organizações, suas bases, desproporcionalidades e assimetrias, na expectativa de fomentar o debate acerca da imperiosa necessidade de preservar e manter a fonte produtora das pequenas empresas em atividade, considerando o elevado papel social que elas desenvolvem através geração de emprego, renda e produção de riquezas.

Palavras-chave: Micro e Pequenas Empresas; Insolvência; Recuperação Judicial; Tratamento Diferenciado e Favorecido.

ABSTRACT

COELHO, Marco Aurélio Ferreira. **Differentiated constitutional treatment and the (in)effectiveness of the recovery of micro and small companies in crisis.** 2022, 143 p. Master's Dissertation – University of São Paulo at Ribeirão Preto Law School, Ribeirão Preto, 2022.

The importance of the present work is based on one of the main objectives to be achieved by the economic order of Brazil, which is the differentiated and favored treatment in favor of micro and small businesses. The Brazilian Federal Constitution of 1988 is one of three constitutions worldwide to grant special treatment to MSEs. This treatment is anchored in the importance and impact that these companies have for the socioeconomic treatment, especially because currently more than 90% of the Brazilian business community is made up of smaller businesses. However, although there is a provision for a differentiated and favored treatment in the text of the constitution, many infra-constitutional norms had to be edited over the years for a proper regulation of this treatment, due to the limited effectiveness of the constitutional programmatic norm. From the conception that small businesses are the thermometer of the economy, it seems fair that they are specially protected by the legal system, mainly from the idea that it is necessary to think about the small ones first. However, as much as helping the growth and development of these companies through the creation of promotion mechanisms, expansion of market share, opening of specific lines of credit, debureaucratization and simplification of obligations, it is necessary that in moments of accentuated or generalized crisis, means capable of preserving and recovering them when in economic and financial difficulty are also provided. The current national insolvency legal regime, despite providing for a simplification for MSEs to have access to the judicial and extrajudicial recovery process, has proved to be ineffective in the uplift of smaller companies. Under this view, through the exploratory and descriptive method, this dissertation aims to study the bases of differentiated and favored treatment, as well as verify the effectiveness of the recovery process from the point of view of these organizations, their bases, disproportionalities and asymmetries, in the expectation of foment the debate about the imperative need to preserve and maintain the source of production of small businesses in activity, considering the high social role they play through the generation of employment, income and production of wealth.

Keywords: Micro and Small Enterprises; Insolvency; Judicial Recovery; Differentiated and Favored Treatment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO E OS PROBLEMAS DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE	20
2.1 Porque é preciso pensar nas pequenas empresas primeiro.....	21
2.2. A linha tênue entre empreendedorismo por necessidade e por oportunidade.....	25
2.3 O tratamento diferenciado no plano infraconstitucional: o estatuto da pequena empresa como instrumento redutor da informalidade.....	32
2.4 Dificuldade de acesso ao crédito como barreira para investimento e financiamento.....	39
2.5 Assimetrias concorrenciais relacionadas a pequena empresa	45
3 O REGIME JURÍDICO DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRO.....	53
3.1 Origem e evolução do procedimento concursal	54
3.2 Considerações sobre o princípio da preservação da empresa	60
3.3 Os desbalanceamentos dos interesses envolvidos na recuperação da empresa em crise.....	67
4 A (IN)EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM CRISE	76
4.1 O regime jurídico de insolvência em colisão com a superação da crise das microempresas e empresas de pequeno porte	78
4.1.1 Desproporcionalidades do plano de recuperação judicial especial.....	79
4.1.2 A questão da onerosidade do processo recuperatório	89
4.1.3 A informalidade como obstáculo de acesso ao regime de insolvência.....	96
4.2 Perspectiva dos pequenos negócios em números.....	104
4.2.1 Sobrevivência de microempresas e empresas de pequeno porte	104
4.2.3 Cenário das recuperações judiciais de MEs e EPPs no Estado de São Paulo.....	110
5 RECUPERAR, OU NÃO, PEQUENAS EMPRESAS?	116
5.1 O (des)interesse no soerguimento de empresas menores	117
5.2 Um olhar setORIZADO	126
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
REFERÊNCIAS.....	143

1. INTRODUÇÃO

Como uma força em movimento, a globalização tende a modificar continuamente a sistemática das relações entre consumidores, empresas e os agentes de mercado. As mudanças, no entanto, não representam o desenvolvimento socioeconômico de forma igualitária e equilibrada. Existem inúmeras distorções de mercado nessa dinamicidade e o papel do Direito, dentro do possível, é encontrar vias que corrijam essas distorções.

Porém, a norma não é capaz de suprir todas as assimetrias decorrentes das falhas criadas pelos próprios agentes econômicos na busca pela ampliação do capital e pela produção de riquezas, o que não necessariamente se mostra incompatível com o sistema capitalista.

As distorções decorrem basicamente das assimetrias de informação e conhecimento. Essas assimetrias são mais ou menos acentuadas em diversos mercados, mas não decorrem sempre e nem predominantemente de assimetrias naturais.

Na maioria das economias, especialmente em economias em desenvolvimento, decorrem de dificuldades sociais de acesso à informação e de dificuldades impostas em função da distribuição de poder que cada um dos agentes econômicos tem no mercado¹.

Partindo dessa premissa, verificamos que o texto maior representa o anseio do constituinte em direção a uma política econômica equânime em relação aos diversos agentes do mercado, à medida que, estabelece algumas diretrizes voltadas a consubstanciar as tomadas de decisão, que, em tese, devem ser observadas pelos agentes públicos para que a atividade empresária se desenvolva equilibradamente no mercado interno, a fim de evitar a evasão de capital financeiro, humano e industrial ao mercado externo.

Dados coletados pelo SEBRAE indicam que, atualmente, mais de 90% das empresas brasileiras são de micro e pequeno porte. É cediço no atual cenário econômico nacional e no ordenamento jurídico vigente que as micro e pequenas empresas (MPES) radicadas em nosso solo dispõem de tratamento diferenciado e favorecido lastreado no texto da CF/88, a qual, faz parte de um grupo pequeno de apenas três constituições no mundo todo, juntamente com Peru e Portugal, que dispensaram o mesmo tratamento às suas pequenas atividades produtivas.

¹ COMPARATO, Fabio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A disposição assentada no artigo 170 da Constituição parte do pressuposto de que a ordem econômica do Brasil é pautada pela valoração do trabalho humano e pela livre iniciativa, visando uma sociedade mais justa que tem como anseio assegurar a todos uma existência digna.

Para tanto, alguns princípios basilares são elencados pelo dispositivo constitucional, dentre eles “*o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*” (inciso X).

A norma tem como objetivo promover, dentro do possível, uma paridade de recursos aos pequenos negócios, para que cresçam e se desenvolvam no mesmo ambiente mercadológico que os grandes *players*, independentemente do nicho ou da atividade comercial que é explorada.

Através disso, o legislador constitucional compreendeu, há muito, que não haveria chance mínima de sobrevivência sem uma política contributiva isonômica em favor desses agentes menores. Ademais, o tratamento diferenciado e favorecido não é nada mais, nada menos, do que um legitimador do axioma da igualdade e da isonomia, porquanto, trata os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades.

Sob a perspectiva de Guilherme Adolfo dos Santos Mendes², “o tratamento favorecido não se limita a buscar a igualdade entre as diversas empresas quanto ao seu porte, muito menos corresponde apenas a cuidar de desvalidos econômicos”.

Mais adiante, ainda no texto constitucional, o artigo 179 dita que compete a União, Estados, Municípios e Distrito Federal proporcionar o tratamento jurídico diferenciado às MPES brasileiras e, além disso, propõe como meio para viabilizar esse tratamento a simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

A legislação brasileira atribui o conceito de micro e pequena empresa ao caráter quantitativo, diretamente ligado ao porte do empreendimento – fatores que serão mais bem elucidados no curso desta investigação –, mas antecipamos que o aspecto quantitativo pode ser auferido através do faturamento bruto mensal obtido por meio da entrada de receitas financeiras.

Por outro lado, Carlos Montañó³ propõe um conceito mais abrangente de MPE ou *PME* como trata em sua obra, deixando de lado o aspecto quantitativo. Tal conceito está mais ligado às características e peculiaridades dessas pequenas unidades, que são tratadas como

² MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Simples Nacional: Análise da constitucionalidade das exclusões setoriais**. III Econtro Nacional do CONPEDI, Madri - ESP, 2015.

³ MOTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. 2ª Ed. São Paulo: Questões da Nossa Época. Cortez Editora, 2001.

organizações com características próprias, mesmo que tais características possam ser observadas, individual ou coletivamente, em outros modelos de negócio.

Para o referido autor, a definição de MPE está ligada a três aspectos fundamentais: *dimensão, complexidade e formação*. Na *dimensão*, considera-se o número de membros que fazem parte da organização; o volume produtivo e comercial; os custos de produção; número de mercadorias produzidas e o volume e de lucro.

A *complexidade*, abrange a centralização da empresa, visto que, nas pequenas unidades produtivas dificilmente há uma estrutura hierárquica capaz de distinguir a divisão política do trabalho, isso é, com exceção aos sócios e proprietários, é comum que a distribuição horizontal e vertical da organização passe a se confundir em um ambiente que todos fazem de tudo.

A ausência de planejamento, salvo algumas exceções, somadas ao baixo nível de cumprimento de normas ou disposições legais, além da omissão quanto a existência de objetivos claros, apresentando, de certo modo, um certo nível de informalidade, possui relação direta com o com o terceiro elemento: a *(in)formalização* da MPE.

Exatamente por todos esses motivos que o legislador constitucional entendeu, por bem é claro, que a única forma de as empresas de menor porte expandirem sua forma de atuação seria através de um tratamento jurídico próprio. Ainda, como já notamos, a norma programática do texto maior possui eficácia limitada, deixando a cargo do legislador a elaboração de leis que viabilizem e cumpram o intento do assentado na constituição.

Com base nisso, foi promulgada no ano de 2006 a Lei Complementar nº 123, denominada de Estatuto da Pequena Empresa, cujo desígnio principal é o de proporcionar ao micro e pequeno empresário um ambiente favorável para o seu desenvolvimento no mercado, através da simplificação na abertura de empresas, unificação de tributos por meio do Simples Nacional, além de outras formas de tratamento ligadas ao acesso ao crédito e a participação nas contratações junto ao poder público.

É partindo de tal pressuposto que este trabalho foi desenvolvido. Apesar dos esforços do legislador constitucional e infraconstitucional para criar mecanismos capazes de atender o esteio do tratamento diferenciado e favorecido, nem sempre a positivação será suficiente para conter as exigências macro e microeconômicas do mercado que se tornam cada vez mais agressivas, principalmente no trato concorrencial.

A partir disso, surge um novo problema. O intento constitucional visa legitimar o papel da pequena empresa na cadeia produtiva, oferecendo meios para superação dos desafios enfrentados pelo caminho na busca pelo desenvolvimento, os quais, em tese, visam favorecer a manutenção dessas pequenas empresas no mercado.

Entretanto, na mesma medida que é importante oferecer meios hábeis para o crescimento e expansão das MPES, é necessário que os mecanismos de sobrevivência também sejam devidamente efetivos, principalmente para superação de momentos de acentuada crise econômico-financeira que, a depender do grau de endividamento, de ausência de liquidez ou de recessão generalizada, podem atingi-las drasticamente, e por via de consequência, obrigá-las a encerrar as atividades pela escassez de oportunidades.

Pensando em cenários como este, no dia 09 de fevereiro de 2005 foi promulgada a Lei nº 11.101, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LRF), a qual, tem por escopo regulamentar o processo de Recuperação Judicial e a Falência, oferecendo em seu bojo instrumentos para a superação da crise e soerguimento da empresa devedora insolvente.

A Lei em comento trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um dos maiores avanços em matéria de insolvência, considerando que sua predecessora, o Decreto Lei 7661/45, antiga Lei da Concordata, já não possuía mais a mesma efetividade e, portanto, não contribuía com os objetivos esperados, pois era desproporcional em relação ao tratamento dos credores.

Vale dizer que, a norma avançou significativamente em relação ao cumprimento dos preceitos da ordem econômica e financeira Brasil, a partir do momento que adota como preceito básico o princípio da preservação da empresa, em vista da importância que a atividade privada proporciona ao cenário socioeconômico.

A abordagem feita nesta pesquisa trabalha exatamente sob a ótica deste tema. A Recuperação Judicial é mecanismo que vêm sendo cada vez mais adotado no âmbito do mercado nacional, sem espanto obviamente, em vista das sucessivas crises que o país tem enfrentado ao longo das últimas décadas.

Com isso, medidas como estas se tornaram uma demonstração da responsabilidade que o sistema tem de proporcionar ao empresariado mecanismos reais para superação dos cenários adversos que fogem do controle da pessoa jurídica.

Os artigos responsáveis por regulamentar a recuperação da pequena empresa, o fazem por meio da normatização do Plano de Recuperação Judicial especial, o qual, possui

características e condições de pagamento próprias para este modelo de negócio, mas que na prática tem se mostrado pouco eficaz em relação ao esperado.

Esta dissertação tem como escopo abordar os principais benefícios e problemas que limitam o procedimento de recuperação da pequena empresa por meio da LRF, seja através do plano especial ou comum, considerando que, na forma atual, o processo recuperatório possui um caráter segregacionista, que não possibilita o acesso amplo e irrestrito a todas as empresas.

O plano de recuperação especial tem como objetivo simplificar a viabilidade do soerguimento da pequena empresa e, dessa forma, torná-lo menos oneroso em relação ao plano de recuperação originário, o que não obriga necessariamente o pequeno empresário a optar pelo plano de recuperação especial.

Protegidas pela simplificação e pela menor onerosidade dos institutos voltados a elas, em seu processo de recuperação judicial, por exemplo, é possível optar por um modelo mais restrito, que não obriga a realização de assembleia de credores e dispensa a apresentação de alguns documentos e dispensa outras burocracias.

No entanto, o principal problema aqui explorado vem relacionado ao fato de que na tentativa de atender ao intento constitucional do tratamento diferenciado e favorecido, o legislador acabou por criar mais obstáculos do que viabilidades ao pequeno empresário.

Tais circunstâncias tem causado discussões relevantes no cenário jurídico e empresarial, pois a norma que deveria, em sua essência, legitimar a recuperação das empresas em crise, dificulta o soerguimento de empresas viáveis.

Inclusive, com a reforma da legislação falimentar promulgada no início do ano de 2021, além da crise sanitária instaurada pela pandemia, o legislador perdeu uma grande oportunidade para aprimorar o modelo de recuperação da pequena empresa ou, ainda, o procedimento concursal como um todo para efetivamente proporcionar um ambiente recuperatório favorável às pequenas empresas.

Assim sendo, adentrando na parte substancial daquilo que se pretende mostrar no desenvolvimento deste trabalho, para uma boa compreensão do tema a pesquisa foi desenvolvida tendo por base a Constituição Federal e a Lei Falimentar propriamente dita, abordada por meio da pesquisa bibliográfica e do método exploratório e descritivo.

Contudo, apesar de ser a ideia central, não nos limitamos em discutir a relação entre pequena empresa e o instituto da insolvência, mas, também, sua ligação com outros problemas

que as pequenas corporações enfrentam cotidianamente. Para tanto, a estrutura proposta no desenvolvimento desta pesquisa escala uma ordem formal que entendemos ser a mais adequada à compreensão do tema.

O primeiro capítulo apresenta – não necessariamente em maior ou menor grau de importância – os principais problemas enfrentados pelas micro e pequenas empresas atualmente em atividade no Brasil, que não são poucos.

Além de um cenário fatalmente adverso, ainda existe o chamado “Risco Brasil”, terminologia adotada por diversos estudiosos do mercado e da área econômica para traduzir a alta volatilidade do mercado interno, das sucessivas instabilidades políticas que não tem dado espaço para o debate democrático da forma como esperado.

São diversos os problemas enfrentados pelas unidades produtivas de menor envergadura, como a dificuldade de acesso ao crédito e financiamento, a limitação de custo informacional, a subversão do poder econômico em razão de um mercado altamente predatório, a dificuldade na capacidade de desenvolvimento e, é claro, a limitação quanto ao soerguimento em situação de crise econômico-financeira.

Todos estes pontos serão trabalhados na primeira parte desta dissertação, a fim de evidenciar o quanto o tratamento constitucional diferenciado e favorecido é essencial para o desenvolvimento das empresas de menor porte no cenário nacional.

Ato contínuo, abordamos no segundo capítulo o tema da recuperação de empresas no Brasil, os princípios da legislação falimentar, a importância do procedimento concursal para o ambiente socioeconômico, além de alguns dos problemas que vem causando diversos questionamentos acerca da efetividade do processo recuperacional.

O concurso de credores ou procedimento concursal, é um instituto revestido de natureza coletiva que visa garantir a preservação máxima dos interesses abarcados pela Lei 11.101/05, mas que, assim como toda e qualquer norma, possui algumas lacunas importantes e difíceis de serem preenchidas.

O debate acerca disso é importante para compreendermos que apesar de todos os esforços, ainda há espaço para melhorias na atual sistemática jurídica de insolvência brasileira ainda que, infelizmente, algumas situações econômicas desfavoráveis exerçam uma condicionante negativa para o desenvolvimento de políticas públicas e econômicas legitimadoras dos reais interesses da sociedade.

Pouco mais adiante, adentrando na temática central desta pesquisa, faremos a análise minuciosa de como o instituto da Recuperação Judicial é aplicado pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência às pequenas empresas.

Isso é dizer que, serão explorados os pontos controversos que geram descontentamento de uma gama de agentes que fazem parte do cenário de insolvência brasileiro, e como a política legislativa pode ser mais bem aproveitada para proporcionar o real e efetivo soerguimento das pequenas empresas viáveis.

Claramente nosso objetivo não é de forma alguma esgotar todo o tema, tendo em vista que, apesar de nos restringirmos aos assuntos de maior relevância, há uma fonte inesgotável de problemas causados por outros fatores além do procedimento concursal, que, por sua vez, podem agravar a condição de uma empresa de menor porte.

Tal fator, parte, em muitas das vezes, do próprio poder público que não fornece subsídios suficientes para emancipação das sociedades empresárias menores e, diante disso, traz a conclusão de que não é possível transferir toda a responsabilidade para que uma única norma solucione uma reação em cadeia de problemas.

Em última abordagem, trazemos ao debate algumas ponderações que entendemos como importantes acerca de como o poder público, dentro das diversas esferas de governo, tem lidado com o problema da pequena empresa em crise.

Sob essa ótica, partimos do pressuposto de que nem sempre o instituto da Recuperação Judicial será o melhor caminho para recuperar empresas de menor porte, não só pelas diversas barreiras introduzidas nesse aspecto, mas se olharmos pela dinâmica dessas empresas, entendemos que o soerguimento pode ser mais prejudicial e desgastante para o microempresário e demais envolvidos – salvo raras exceções –, do que o próprio encerramento da atividade comercial e a abertura de um novo empreendimento, ainda que em ramo diverso.

Isso porque, mesmo que o encerramento da atividade comercial seja drástico, de forma regular ou não, o pequeno empresário tende a se reinventar mais facilmente, mesmo que isso ocorra em menor ou maior espaço de tempo, considerando que a realocação da estrutura de negócio e até a mesmo a criação de uma nova estrutura, pode ser mais viável do que passar por todo um processo judicial na expectativa de salvar ou não a empresa.

Soma-se a esse contexto o aparente desinteresse do legislador e do próprio ente governamental em si, no que se refere a criação de uma política legislativa efetiva ao

soerguimento das pequenas empresas em crise. Com esteio nessa questão, no apagar das luzes deste trabalho trazemos uma reflexão de que o próprio poder público aparenta não se preocupar em viabilizar a superação da crise de empresas menores.

Enxergamos uma certa motivação nesse desinteresse e os motivos dessa afirmação serão apontados na última parte dessa pesquisa. A reflexão que fazemos é a seguinte: se mesmo com oportunidades claras de solucionar esse tema os poderes legislativo e executivo não empregaram os esforços necessários para criar um mecanismo recuperatório eficiente, é porque, ao que parece, deixar que as pequenas empresas morram e ressurjam revela ser mais atrativo do ponto de vista socioeconômico, ainda que isso possa soar hostil.

Dentro do possível, buscamos contribuir para o debate acerca da necessidade de aprimoramento do atual modelo jurídico de insolvência adotado no Brasil e como ele deve se voltar para a questão da pequena empresa.

Para tanto, algumas soluções são propostas no decorrer deste trabalho, pautadas naquilo que vem sendo introduzido pela doutrina e pela jurisprudência, na busca por uma norma efetiva em relação à manutenção da fonte produtora e os seus reflexos difundidos na sociedade, principalmente, pela pequena empresa.

2. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO E OS PROBLEMAS DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Inauguramos as ideias propostas por este capítulo registrando inicialmente que, a nosso ver, a maior preocupação do legislador constitucional ao redigir os artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal, pressupostos do tratamento diferenciado e favorecido, é de corrigir assimetrias provocadas pelo mercado e pelas bases capitalistas, que, por sua vez, acabam por minar o desenvolvimento das sociedades empresárias de menor envergadura.

Com isso, estamos diante do cumprimento do princípio da isonomia e da igualdade em sua essência, à medida que, o tratamento simplificado não confere predileção às MPES de forma discricionária, mas aponta o norte para um crescimento mais igualitário e justo, considerando que as pequenas unidades, por sua natureza simplista, tendem a possuir uma menor paridade recursos. Essa disparidade provoca deficiências em diversos aspectos, o que impede MPEs de alçarem melhores posições no cenário mercadológico.

É preciso ressaltar, contudo, que o fomento ao empreendedorismo e ao pequeno empresário visa fortalecer as bases econômicas do mercado interno e não subverter ou estigmatizar as grandes empresas por seu elevado poderio financeiro – mesmo que as vezes usado justamente para suplantar o crescimento de empresas menores – considerando que a atividade privada, no atual modelo liberal e neoliberal, é a chave do crescimento econômico.

Por outro lado, em economias emergentes cuja maior característica acaba por ser a volatilidade, mecanismos com objetivo de abrir caminhos facilitadores e menos burocráticos para a alçada do empresariado devem ser postos pelo poder público em favor da sociedade, a fim de concretizar os intentos constitucionais.

Isso inclui olhar com mais criticidade para os desbalanceamentos causados por políticas públicas que favoreçam, teoricamente, setores específicos. Nessa definição são abarcados seguimentos que possuem maior expressividade em relação ao lugar que ocupam na cadeia produtiva e acabam sendo mais beneficiados por políticas de mercado.

Esse desequilíbrio suplanta o espaço para crescimento das micro atividades e ou atividades de pequeno porte. Assim, mesmo que assimilar e harmonizar interesses de pequenos e grandes seja uma tarefa difícil de ser atingida, cabe ao legislador, no âmago de suas atribuições, o dever de perseguir o cumprimento dos objetivos da ordem econômica.

2.1 Porque é preciso pensar nas pequenas empresas primeiro

Toda a estrutura econômico-organizativa de um determinado Estado deve ter como esteio o tratamento isonômico entre seus indivíduos. À medida que as desigualdades avançam, é preciso que esse mesmo Estado adote mecanismos efetivos para reequilibrar a balança, isso inclui a elaboração de políticas que promovam um tratamento especial e favorecido aos agentes com menor capacidade de desenvolvimento.

Quando transportamos essa linha de pensamento para o aspecto econômico, bem como analisando essa perspectiva de tratamento igualitário através do olhar da iniciativa privada, identificamos que, em sua maioria, as pequenas empresas são as que sofrem maiores desigualdades de acordo com os movimentos cíclicos do mercado, sobretudo porque elas são diretamente afetadas por inúmeras dificuldades decorrentes de suas próprias características.

Introduzindo a lição de Guilherme Mendes⁴:

Num primeiro aspecto, favorecer pequenas empresas é consagrar, sob a dimensão material, o primado da igualdade. Afinal, não só o senso comum nos leva à conclusão de que as unidades menores de produção enfrentam inúmeros e desproporcionalmente maiores obstáculos que aqueles defrontados pelas empresas de médio e grande porte. Diversos estudos comprovam essa percepção (OECD; 1994, p. 3). Assim, um regime jurídico mais favorável aos menores não é privilégio, mas sim a concretização da máxima de tratar os dessemelhantes na medida das suas desigualdades.

Essa visão de que as pequenas empresas precisam ser protegidas e amparadas face as empresas de maior porte deram origem ao “*Small Business Act*”⁵ americano, sob o lema “*Think Small First*”, que em tradução livre significa “Pensar nos Pequenos Primeiro”. A legislação norte-americana prevê diversas medidas essenciais de tratamento diferenciado em prol das “Small Business” – pequenas empresas.

Parece interessante para o contexto deste trabalho analisar alguns pontos do diploma que marcou o tratamento especial em favor de MPEs nos EUA. Os objetivos desta legislação foram divididos por seção, contudo, pela extensão do documento citaremos apenas aqueles que julgamos importantes, ainda que de forma não tão profunda. Destacamos, a princípio, algumas das disposições contidas na Seção 7.

⁴ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades**. VII Encontro Nacional do CONPEDI. Braga-PT, 2017.

⁵ EUA, **Small Business Act**. Public Law 85-536; Approved July 18, 1958. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/app/collection/comps/>. Acesso em: 02/08/2022.

A parte introdutória desta seção (7) reproduz que os programas de assistência autorizados pela norma devem ser utilizados para auxiliar no estabelecimento, preservação e fortalecimento de empresas de pequeno porte e melhorar as habilidades gerenciais empregadas em tais empreendimentos, com atenção especial às pequenas empresas localizadas em áreas urbanas ou rurais com altas proporções de desempregados ou indivíduos de baixa renda; e mobilizar para esses objetivos habilidades gerenciais tanto privadas quanto públicas.

Esses programas, segundo o legislador, têm como objetivo fomentar a propriedade e o desenvolvimento de negócios por indivíduos de grupos que possuem e controlam pouco capital produtivo; e promover a viabilidade competitiva de tais empresas no mercado, criando um programa de desenvolvimento de pequenas empresas e proprietários de capital para fornecer assistência financeira, técnica e gerencial disponível, conforme necessário.

A Seção 8 da norma, por sua vez, apresenta objetivos diretamente ligados ao desenvolvimento das pequenas unidades produtivas, estabelecendo diretrizes como a promoção do desenvolvimento de negócios de pequenas empresas pertencentes e controladas por indivíduos social e economicamente desfavorecidos, para que tais empresas possam competir em igualdade de condições no mercado.

Além disso, há uma interessante disposição no texto que trata sobre a preocupação do poder público norte-americano com os pequenos negócios. O que chama atenção são aos fundamentos dessas preocupações, pois esse modelo não é comum entre outros sistemas legislativos. Essas preocupações foram distribuídas entre gerais e específicas.

Diferentemente do Brasil que enquadra o porte das empresas apenas de acordo com o faturamento bruto anual, a lei estrangeira utiliza alguns critérios diferenciados para classificar o que são empresas de pequeno porte, qualificando-as por setor e por outros critérios adicionais:

Para os fins desta Lei, uma empresa de pequeno porte, incluindo, mas não se limitando a empresas que se dedicam ao negócio de produção de alimentos e fibras, pecuária e criação de pecuária, aquicultura e todas as outras indústrias agropecuárias e afins, serão consideradas como aquelas de propriedade e operação independentes e que não sejam dominantes em seu campo de operação. [...] Os padrões descritos podem utilizar número de funcionários, volume de negócios em dólares, patrimônio líquido, lucro líquido, uma combinação destes, ou outros fatores apropriados; além desses critérios o Administrador pode especificar definições ou padrões detalhados pelos quais uma empresa pode ser determinada como um empresa de pequeno porte para os fins desta Lei ou de qualquer outra Lei. A menos que especificamente autorizado por lei, nenhum departamento ou agência federal pode prescrever um padrão de tamanho para categorizar uma empresa como uma empresa de pequeno porte.

Seguido pelo modelo norte americano, a União Europeia também passou a direcionar os olhares para a importância das pequenas empresas na valorização do mercado e o que elas representam para a economia do bloco, levantando a necessidade de adotar o *Think Small First* em favor das MPEs estabelecidas em seu território, dando origem a um *Small Business Act EU*, adaptado pela Comissão Europeia em 25 de junho de 2008.

O relatório elaborado pela comissão⁶, prevê um conjunto de princípios comuns em dez áreas diferentes para tornar as políticas mais favoráveis às pequenas empresas, de modo a pensar nelas em primeiro lugar quando da elaboração de medidas regulatórias que tenham impacto direto na economia e no desenvolvimento do mercado.

Embora os benefícios das regulamentações se voltem de maneira bastante uniforme entre empresas de diferentes tamanhos, devido a sua menor estrutura e poucos recursos disponíveis, as PME's podem ser mais afetadas pelos custos das regulamentações do que seus concorrentes maiores, isso em qualquer contexto macro e microeconômico.

Deve-se ter em mente que as PME's são um grupo extremamente heterogêneo e, na medida do possível, os formuladores de políticas precisam estar atentos às diferenças entre micro, pequenas e médias empresas ao realizar sua análise⁷.

A comissão adota a seguinte definição para o *Think Small First*:

A definição do princípio “Think Small First” implica que os decisores políticos dão total consideração às PME na fase inicial de desenvolvimento da política. Idealmente, as regras com impacto nos negócios devem ser criadas do ponto de vista das PME's, ou seja, as PME's devem ser consideradas pelas autoridades públicas como seus “clientes principais” no que diz respeito à regulamentação empresarial. O princípio baseia-se no fato de que “um tamanho não serve para todos”, mas uma abordagem de toque mais leve também pode ser benéfica para empresas maiores. Por outro lado, as regras e procedimentos concebidos para grandes empresas criam encargos desproporcionados, se não insuportáveis, para as PME, uma vez que carecem de economias de escala⁸.

⁶ **Think Small First: Considering SME interests in policy-making including the application of an ‘SME Test’**. EU, European Commission: Enterprise & Industry Directorate General. March, 2009. Disponível em: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/10038/attachments/1/translations/en/renditions/native>. Acesso em: 03/08/2022.

⁷ Id. p. 6.

⁸ The definition of the “Think Small First” principle implies that policy makers give full consideration to SMEs in the early stage of policy development. Ideally, rules with business impact should be created from the SME's point of view, that is, SMEs should be considered by the public authorities as its “primary customers” with regard to business regulation. The principle is based on the fact that “one size does not fit all”, but a lighter touch approach can also be beneficial for larger companies. On the other hand, rules and procedures designed for large companies create a disproportionate, if not unbearable, burden on SMEs as they lack economies of scale.

Na visão do modelo Europeu, projetar regras e políticas que atendam MPEs vem de uma questão lógica, considerando que negócios de pequeno porte são a maioria esmagadora das empresas, assim como no Brasil.

Apesar disso, na visão da comissão, criar políticas para empresas maiores parece mais fácil do ponto de vista público, devido à sua maior visibilidade e acesso a ministros e formuladores de políticas direcionadas à questão.

Soma-se a isso o fato de que empresas de maior porte possuem mais recursos para lidar com um sistema regulatório mais impositivo, o que, contrario sensu, incide no risco de que a criação de regras iguais para todos acabaria conferindo um ônus e um encargo desproporcional em desfavor das MPEs, prejudicando ainda mais a sua competitividade, bem como sua capacidade operacional, desaguando em consequências prejudiciais à economia europeia.

No Brasil não há um movimento específico que se traduza no modelo do *Think Small First*, porém a constituição brasileira é uma das três do mundo que dispensa tratamento diferenciado e favorecido em favor das pequenas empresas, colocando esse tratamento como um dos objetivos da ordem econômica (art. 170, IX e 170 da CF/88).

Pensando na ideia de um mercado democrático e mais participativo, o favorecimento dos pequenos negócios nada mais é do que um caminho para que empreendimentos de menor porte adquiram sua parcela de representatividade no cenário econômico, impedindo que apenas empresas grandes dominem a cadeia produtiva e passem a ditar as regras do modo que lhes convém, sobretudo pela influência política que o poder econômico já exerce.

Esse padrão é muito bem traçado por William R. Nylen⁹:

Os ativistas da não-elite do capital no Brasil articularam uma visão do futuro desenvolvimento econômico de seu país muito diferente do modelo atual de inspiração neoliberal ou do modelo de grandeza desenvolvimentista anterior. Ele incorporou o “tratamento diferenciado” para os MPMEs em uma “opção para o mercado interno” com foco no consumo popular e na produção nacional, estimulando o primeiro com uma distribuição de renda mais justa (por exemplo, salários-mínimos mais altos, tributação progressiva e programas sociais ampliados) e esse último com incentivos fiscais e de crédito seletivos, proteção seletiva da indústria nascente contra a concorrência estrangeira e legislação antitruste eficaz. Em vez disso, o que eles obtiveram foram “reformas modestas”, como mudanças favoráveis ao MPME nos processos de negociação trabalhista. Os departamentos de assistência do MPME acrescentaram, à maioria das organizações empresariais tradicionais,

⁹ NYLEN, William R. **Small business and democratisation in brazil (1978-1990)**. – **Pequenas empresas e democratização no brasil (1978-1990)**. Traduzido por Daniel Gustavo Fleig. Revista de Ciências Sociais [online], nº 53, julho/dezembro, 2020.

o Estatuto da Microempresa – que proporciona alívio tributário e regulatório para os menores dos menores – do artigo 179 da Constituição de 1988, que consagra legalmente o princípio de “tratamento diferenciado” para micro e pequenas empresas.

Na expectativa de legitimar esse tratamento e atender ao intento da constituição, pensando primeiro nos pequenos, o legislador elaborou o Estatuto da Pequenas Empresas, a Lei Complementar 123/06, a qual será objeto de análise no tópico subsequente, contudo, cabe, aqui registrar algumas anotações a respeito.

A origem do estatuto, segundo Mendonça e Arruda¹⁰, teve sua concepção a partir da Teoria Poliédrica de Asquini, considerando que “o elemento de empresa caracterizador da atividade como empresarial exige do agente econômico que a desenvolve a organização necessária ao emprego de capital e mão de obra alheia”, partindo das características de empresário desenvolvidas pelo Código Civil de 2002.

Essa técnica de pensar nos pequenos primeiro, quer seja através de instrumentos legislativos ou da elaboração de políticas específicas, não apenas retira as empresas menores de uma posição subjacente do mercado, mas estabelece uma linha de pensamento mais teleológica, ou seja, se há um legítimo tratamento diferenciado e favorecido em favor do pequeno empresário, toda a cadeia socioeconômica ganha de algum modo.

Partilhamos neste trabalho o entendimento de que não existe uma lista exaustiva de soluções para a desigualdade experimentada pelas empresas menores, uma vez que o princípio “*Think Small First*” não é um conceito rígido.

Pelo contrário, são necessárias, portanto, soluções político-institucionais inovadoras para compensar a falta de recursos das pequenas empresas, na intenção de viabilizar que elas participem ativamente do ambiente empresarial. As MPEs são competitivas e inovadoras desde que lhes seja permitido fazer o que melhor sabem fazer – o seu negócio.

2.2. A linha tênue entre empreendedorismo por necessidade e por oportunidade

Momentos economicamente mais recessivos acabam por afetar negativamente os fatores de desenvolvimento de um determinado país, principalmente em economias emergentes. Esses movimentos de baixa, por sua vez, são capazes de impactar diretamente os índices de desemprego. É comum, nesses casos, onde há demissões em massa e perda da empregabilidade,

¹⁰ MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. **O microempreendedor individual a luz da teoria poliédrica de Alberto Asquini**. Revista Brasileira de Direito Empresarial, v. 2, n. 1. Brasília, Janeiro/Julho, 2016.

que os indivíduos, em busca de recursos para manutenção de sua subsistência, se reinventem e persigam alternativas para produção do próprio sustento.

A maioria desses indivíduos passa a atuar na informalidade. Em que pese um dos objetivos do estatuto da pequena empresa seja reduzir a informalidade e fomentar o empreendedorismo, sobretudo pela incorporação da figura do microempreendedor individual, observamos, contudo, que a realidade na prática é diferente. Níveis maiores de desemprego se inclinam a fomentar a subcontratação e a precarização da mão de obra.

Para registro, o conceito de informalidade pode ser entendido como “trabalho não regulamentado e localizado de forma majoritária em setores de baixa produtividade e rentabilidade como a pequena produção familiar, atividades comerciais ambulantes e outras voltadas à subsistência”¹¹.

Existem estudos que concluem que a informalidade guarda relação com a incapacidade da economia formal em absorver os elevados custos trabalhistas e demais encargos, o que faz com que os trabalhadores e os próprios empresários, com o intuito de evitar os altos custos e com burocracia, procurem o setor informal ou se tornem autônomos.

Relevante destacar a lição de Afonso e Lorencini¹²:

Adotamos a tese do adensamento de todos os pressupostos da ordem econômica, inclusive da livre iniciativa e do trabalho humano na medida da função social correlata. Para se alcançar tal objetivo, em alguns momentos é necessária a atuação do Estado sobre a ordem econômica, no caso, subsidiando as relações trabalhistas entre micro e pequenas empresas e seus respectivos empregados, intervindo diretamente nas normas jurídicas gerais e abstratas firmadas nas Convenções Coletivas de Trabalho, a fim de assegurar princípio de inquestionável relevância sem comprometer o trabalhador – diga-se de passagem, parte também considerada hipossuficiente na relação – com o ônus advindo de sua efetivação.

Na prática a figura do empreendedor possui uma distinção da figura do empresário.

Segundo Cruz Junior *et. al*¹³. “a expressão empreendedorismo foi traduzida da palavra inglesa “*entrepreneurship*”, que, por sua vez, foi derivada do latim “*imprehendere*”, tendo seu correspondente empreender, surgido na língua portuguesa no século XV.

¹¹ SIQUEIRA, João Paulo Lara *et. al*. **Microempreendedorismo: formalidade ou informalidade?** XVI SemeAd – Seminário em Administração da FEA-USP. São Paulo, 2013.

¹² AFONSO, Tulio Augusto Tayano; LORENCINI, Bruno Cesar. **O papel do estado no tratamento favorecido às micro e pequenas empresas face às convenções coletivas de trabalho e sua relação com o desenvolvimento econômico empresarial e social.** Revista *Thesis Juris*. São Paulo, v. 6, n. 1, jan./abr. 2017.

¹³ CRUZ JUNIOR, João Benjamim *et. al*. **Empreendedorismo e educação empreendedora: confrontação entre a teoria e prática.** Revista de Ciências da Administração. CAD [online], v. 8, n. 15, 2006.

Outra definição de empreendedorismo descrita por Cruz *apud* Barreto¹⁴ descreve-o como a habilidade de se conceber e estabelecer algo partindo de muito pouco ou quase nada. Em sua teoria, o autor considera o empreendedorismo como um comportamento ou processo voltado para a criação e desenvolvimento de um negócio que trará resultados positivos. Em outras palavras, empreender é conseguir criar valor através do desenvolvimento de uma empresa.

Joseph Schumpeter dá outra conotação ao termo empreendedor, definindo-o como alguém que perturbava e desorganizava a ordem vigente, sendo o agente responsável pela transformação e desenvolvimento econômico. Para o autor, empreendedor é alguém que faz novas combinações de elementos, introduzindo novos processos ou produtos, identificando novos mercados de exportação ou fontes de suprimentos, criando tipos de organizações¹⁵.

Em termos simples, entende-se por empreendedor o indivíduo que promove mudanças em processos e equipes através da implantação de suas ideias inovadoras. Ele pode ou não ser dono de uma empresa devidamente registrada nos termos da Lei Civil. Sem nenhuma formalidade, a principal característica é que ele tem potencial de inovar, realizar os planos e de gerar transformação em qualquer tipo de ambiente¹⁶.

A figura do empresário, por sua vez, tem previsão expressa no art. 966 do Código Civil: considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Na concepção de Gomes *et. al*¹⁷.

O trabalhador por conta própria ou o tradicional pequeno empresário (estilo de vida) não pode ser confundido com o empreendedor de alto impacto, pois o primeiro constitui uma empresa para satisfazer minimamente suas necessidades o que logicamente gera empregos através de, por exemplo, atividades como cabeleireiros, padarias, confecções etc. Por outro lado, o segundo, tem uma atividade de alto crescimento que aceleradamente gera empregos e valor econômico.

No último ano, por exemplo, o número de empreendedores brasileiros à frente de um negócio com mais de 3,5 anos voltou a crescer no país. De acordo com o relatório da *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM) 2021, maior pesquisa de empreendedorismo do mundo e realizada no Brasil pelo SEBRAE em parceria com o Instituto Brasileiro de Qualidade e

¹⁴ Id. p. 3.

¹⁵ NASSIF, Vânia Maria Jorge. **Empreendedorismo por Necessidade: O Desemprego como Impulsionador da Criação de Novos Negócios no Brasil**. Revista Pensamento Real. PUC-SP, v. 24, n. 1, 2009.

¹⁶ Disponível em: <https://www.sebrae-sc.com.br/blog/empreendedor-e-empresario>. Acesso em: 03/08/2022.

¹⁷ GOMES, Marcus Vinicius Peinado. **Políticas Públicas de Fomento ao Empreendedorismo e às Micro e Pequenas Empresas**. Programa de Gestão Pública e Cidadania – FGVEA-EASP. São Paulo, 2013.

Produtividade (IBQP), mesmo com os reflexos da pandemia, a Taxa de Empreendedores Estabelecidos teve um incremento de 1,2 ponto percentual e passou de 8,7% da população adulta, em 2020, para 9,9%, no ano passado¹⁸.

Esses percentuais trazem algumas reflexões. Ao longo dos anos alguns estudos revelaram que o cenário econômico gerou duas modalidades de empreendedorismo: por necessidade e por oportunidade/vocação. Obviamente eles possuem definições distintas, assim como suas motivações e fatores determinantes.

Empreendedorismo por necessidade, também chamado de empreendedorismo emergente, é o caso daquele típico profissional que se viu desempregado, ou que está há muito tempo fora do mercado, e encontrou no empreendedorismo, bem como no trabalho autônomo, uma forma de garantir seu próprio sustento, as vezes da própria família.

Esse tipo de empreendedor encontra guarida no mercado informal, exercendo atividades comuns, como por exemplo, a revenda de produtos porta-a-porta, na internet ou em locais abertos sem estrutura de loja.

Também na prestação de serviços informais, exercendo atividades como entregador, motorista, “faz-tudo”, além de outras atividades que porventura não exijam um grau de instrução avançado. Alguns, lamentavelmente, acabam se submetendo a condições degradantes de trabalho ou se sujeitando aos exploradores de mão de obra.

De outra face, o empreendedorismo por necessidade também é um caminho encontrado para trabalhadores formais que buscam uma renda extra ou o complemento da renda básica mensal percebida por ele e por sua família, principalmente porque tem se tornado comum, independentemente da profissão, a oferta de baixos salários no mercado de trabalho.

O indivíduo, então, começa a empreender, exercendo um “trabalho pós trabalho” nas horas livres. Nesse caso, é comum a fabricação e comércio de alimentos e produtos caseiros, que podem ser comercializados no próprio ambiente de trabalho ou em lugares com bastante movimento, a exemplo de bares e lanchonetes no horário noturno.

Aqui estamos citando apenas alguns exemplos que são visualizados no dia a dia, o que não constitui nenhum tipo de regra, haja vista que momentos de necessidade são capazes de transformar a mentalidade das pessoas e aguçar a criatividade, fazendo com que elas

¹⁸ Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/03/sebrae-empendedorismo-24mar2022.pdf>. Acesso em: 03/06/2022.

desenvolvam novas habilidades e diferentes formas de subsistência inovativas, fora dos padrões. Esses casos são a exceção, contudo.

Na visão de Rocha¹⁹, o empreendedorismo por necessidade é diretamente associado às condições de queda de atividade econômica que gera desemprego e diminui a oferta de emprego. Na verdade, a ocorrência desse cenário tem impulsionado pessoas a iniciarem uma atividade econômica que possibilite sua sobrevivência econômica.

Contudo, a entrada forçada em uma atividade própria pode resultar em maiores probabilidades de fracasso, em função da falta de planejamento adequado, não gerando o esperado desenvolvimento econômico.

Essa modalidade de empreendedorismo acaba por inflar os números de novos trabalhadores autônomos, fazendo pressupor que toda a massa de novos empreendedores está apenas buscando maior autonomia no mercado ou começar um novo negócio.

Embora no escopo geral a abertura de novas empresas esteja enquadrada na modalidade de atividade empreendedora em linhas gerais, esse formato não está imune a críticas doutrinárias, como, por exemplo a posição de Rocha²⁰ nesse sentido:

Carrão, Johnson e Montebelo (2007) argumentam que, em vários casos, a falta de opção de trabalho tem sido a motivação para se criar uma empresa, caracterizando-se de autoemprego o empreendimento criado compulsoriamente como forma de garantir a sobrevivência. Para estes autores, sob tais circunstâncias, os criadores dessas empresas não poderiam ser categorizados como empreendedores, uma vez que esta condição lhes foi imposta. Berlung e Johansson (2007) afirmam que, nas diferentes concepções de pesquisas sobre empreendedorismo, o ponto em comum encontrado tem sido a capacidade humana de criar coisas novas. Estes autores argumentam que o fato de se abrir um novo negócio copiando um já existente, como forma de sobrevivência, poria em dúvida a caracterização como um ato empreendedor.

Por sua vez, empreendedores motivados pela oportunidade ou pela vocação, são aqueles que efetivamente enxergam boas oportunidades de negócio na abertura de empresas ou no empreendedorismo, ainda que informalmente. A título de exemplo, oportunidades podem surgir de acordo com as necessidades ou imprecisões do mercado, bem como pelo comportamento dos consumidores em busca de novos serviços ou produtos.

¹⁹ ROCHA, Estevão Lima de Carvalho. **Oportunidade ou necessidade? Um estudo do impacto do empreendedorismo no desenvolvimento econômico.** Revista Gestão Analítica. Fortaleza, v. 3, n. 1, 2014.

²⁰ Id. p. 5.

Essas oportunidades, se bem aproveitadas, podem elevar o empreendedor a um papel de destaque no mercado, sobretudo em âmbito regional ou local. Alguns autores definem esses agentes como “empreendedor schumpeteriano” pela capacidade de criar oportunidades e explorar comercialmente determinada ideia ou habilidade.

Em economias de livre mercado, as janelas de oportunidade (*window of opportunity*) tendem a se abrir com mais frequência, principalmente pela carência que o mercado de consumo brasileiro possui de bons itens que facilitem as tarefas do cotidiano.

São dessas janelas – *windows* – que se originam os empreendedores por vocação, os quais visualizam na alta demanda a oportunidade abrir novos negócios e promover boas soluções em favor do consumidor final.

O empreendedor opera de forma a lançar as novas propostas no momento adequado, de forma que seja agregado valor para o usuário final do serviço ou produto. Segundo Luecke (2009), nas economias de livre mercado, janelas de oportunidades para empreendimentos rentáveis sempre tendem a aparecer. Este autor apresenta cinco situações ou áreas em que se poderiam encontrar estas janelas de oportunidades: a) novos conhecimentos e mudança tecnológica; b) mudanças na regulamentação; c) turbilhão social e colapso civil; d) mudança nos gostos; e) a busca por soluções convenientes. A conjugação da criatividade, inovação e oportunidade tem sido o *modus operandi* do empreendedor mais associado ao definido por Schumpeter (1982). As alterações introduzidas no mercado por estes empreendedores têm movimentado a economia, gerando crescimento e desenvolvimento²¹.

A lição de Barros, Fiusa e Ipiranga²², resume de forma clara as duas formas de empreendedorismo aqui tratadas:

Com vistas a diferenciar a motivação do comportamento empreendedor, quando da criação de novos negócios, identificam-se duas forças propulsoras: a “oportunidade” e a “necessidade”. Os empreendimentos de “oportunidade” surgem ao se investir em um novo negócio a fim de aproveitar uma circunstância favorável percebida no mercado. Já os casos de “necessidade” decorrem da criação de negócios na busca de trabalho e ocupação, quando é essa a melhor opção disponível em determinado momento. Esses dois tipos de negócios florescem, principalmente, em regiões com economias em pleno desenvolvimento e/ou com desequilíbrios sociais. Em países mais pobres, os empreendimentos de “necessidade” representam uma maior parcela (Bom Ângelo, 2003b).

O mesmo relatório do SEBRAE, reproduzindo dados da Pesquisa GEM já citada neste tópico, aponta que em 2021 o Brasil apresentou uma queda na taxa de empreendedorismo por

²¹ Id. p. 22

²² BARROS; Francisco Savio; FIUSA, João Luis Alexandre; IPIRANGA, Ana Silva Rocha. **O empreendedorismo como estratégia emergente de gestão: histórias de sucesso.** [periódico desconhecido]. 2005.

necessidade e atingiu o terceiro patamar da série histórica. No ano passado, cerca de 48,9% dos empreendedores iniciais abriram um negócio por necessidade.

Em 2020, 50,4% dos negócios abertos foram motivados pela necessidade. A pandemia teve início em 2020 e junto com ela cresceu a quantidade de desempregados, motivados, em muitos casos, pelo grande número de restrições.

Mas com a vacinação e o arrefecimento das medidas restritivas, as empresas voltaram a funcionar e a contratar, o que pode ter reduzido o empreendedorismo por necessidade.

Em nossa perspectiva, empreendedorismo por necessidade e por oportunidade são separados por uma linha tênue. Ambas as formas de exploração de atividade comercial têm origem em uma motivação relevante, ainda que distintas.

Essa ideia vem calcada no seguinte fundamento. Não são raros os casos em que há possibilidade de um empreendedor ter sido motivado pela necessidade, mas a ideia inicial se desenvolveu tão bem, foi aprimorada e profissionalizada, que o negócio passou a ganhar uma nova roupagem, se tornando a principal fonte de renda daquele indivíduo.

Além disso, esse mesmo empreendedor, observando que o negócio tem potencial, pode dar origem a uma pequena empresa local, passando exercer um relevante papel socioeconômico em caráter regional, micro localizado.

Obviamente essa não é a regra geral. Normalmente, empreendedores por necessidade, com exceção aos que perseguem renda extra, estão em busca de uma fonte de subsistência até uma possível recolocação no mercado ou durante certo lapso temporal; outros até que determinada fase da vida se esvaia ou seja superada por algum fator do destino. Nem todos os empreendedores por necessidade tem a mesma vocação para se tornarem empresários.

Isso também pode ser considerado um fator de impacto na questão da mortalidade das pequenas empresas. Empreendedores que são lançados ao mercado apenas pela necessidade de obter recursos para a própria subsistência e de plano buscam compor uma sociedade empresaria organizada, ainda que enxuta, sem experiência empreendedora ou de gestão negocial, raramente tem o privilégio de tornar o pequeno negócio prospero.

Por fim, essa preocupação deve ser considerada sobretudo como critério para a elaboração de políticas legislativas que tenham como destinatário o empreendedor e a pequena empresa, bem como para melhor qualificação dos dados estatísticos que tem o objetivo de quantificar a participação desses indivíduos no cenário econômico, principalmente na

expectativa de um legítimo tratamento especial pensando primeiro nos pequenos, aumentando o número de empreendedores por vocação e oportunidade.

2.3 O tratamento diferenciado no plano infraconstitucional: o estatuto da pequena empresa como instrumento redutor da informalidade

Ao atingir status constitucional, o tratamento diferenciado e favorecido para micro e pequenas empresas alçou grau máximo no que diz respeito ao incentivo e a proteção contra as diretrizes econômicas desiguais, que não atendessem com a devida destreza os demais princípios norteadores do aspecto socioeconômico lastreado no texto maior: não há que se falar em subterfúgio quando os princípios não coadunam entre si.

Podemos dizer, com isso, que cairia por terra qualquer possibilidade mínima da construção de uma sociedade justa, livre e solidária, quando os desígnios a serem atendidos encontram-se em desarmonia, sendo que, enquadram-se nesta assertiva o desequilíbrio do mercado e o açoitamento de negócios embrionários.

Nessa linha de pensamento, Ana Laura Patton²³, assim disserta:

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 porte. Por via de consequência, toda e qualquer disposição jurídica que, direta ou indiretamente, afete negativamente os pequenos deve ser inferida com a mácula de inconstitucionalidade.

Não obstante, o fenômeno da alta rotatividade da PME não pode ser explicado unicamente por seus aspectos econômicos, ou seja, a análise sociopolítica demonstra importantes funções desempenhadas pelas PME na sustentação e legitimidade do próprio sistema, “enquanto proporcionam vias de acesso e mobilidade ocupacional e social, integradas por uma base ideológica vital para o sistema, expressa pela liberdade individual e a livre iniciativa dos indivíduos membros da sociedade”²⁴.

²³ 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.** Ribeirão Preto: Dissertação de Mestrado, 2017.

²⁴ RATNER, Henrique. **Acumulação de capital, internacionalização da economia e as pequenas e médias empresas.** Revista de Administração Empresarial. Rio de Janeiro. v. 24, n. 4, 1984.

Por sua vez, a norma programática constitucional apenas traçou as diretrizes básicas em relação ao que se esperava que fosse idealizado no altiplano normativo ordinário, sendo, portanto, uma norma de eficácia limitada passível de regulamentação por uma Lei Complementar que fosse capaz de adentrar na esfera do tratamento diferenciado com a devida legitimidade e efetividade esperada pelo legislador.

Entretanto, essas questões transcendem o direito positivo, pois como muito bem-disposto pelo art. 179 da CF/88, todas as esferas do Poder Público são responsáveis pela criação de mecanismos que tenham como objetivo fornecer meios necessários ao favorecimento das MPEs, isso inclui a simplificação das obrigações, o fomento a atividade empresária de pequeno porte e o incentivo ao desenvolvimento econômico igualitário.

Dessa forma, o empreendedor nasce, cresce e se desenvolve visando atingir níveis maiores de emancipação e isso somente ocorre quando demais requisitos e pressupostos são atendidos, situação que se concretiza apenas quando existem caminhos legitimadores reais oportunizadas pelo Poder Público, inclusive, para formalização.

A maioria significativa das MEs e EPPs brasileiras vivem na ‘escuridão’. A intenção do legislador é, sobretudo, possibilitar um fácil acesso à formalização das pequenas empresas para que elas adquiram maior patamar de igualdade entre as empresas maiores. Nossa legislação, assim como a estrutura burocrática do Brasil, foi feita para uma economia fechada e pouco concorrencial, diferente da política legislativa atual.

Na realidade “o empreendedor tem certa aversão à burocracia e tende a dar passos rápidos sem muitas vezes planejá-los”²⁵. Por este motivo, havia plena necessidade da elaboração de uma política legislativa que fornecesse, não só os remédios contra os males da burocracia e das grandes complexidades, mas também, os atributos mínimos capazes de proporcionar ao microempresário certa estabilidade na iniciativa privada.

Muito se associa a expressão “tratamento diferenciado e favorecido”, com a ideia de que a administração pública injetará capital na atividade empresarial privada discricionariamente, ou, então, adotará uma política intervencionista que regule o mercado e deixe o cenário econômico sujeito a oscilações e devaneios imprevisíveis, o que poderia causar efeitos catastróficos no curto, médio e longo prazo.

²⁵ OLIVEIRA, Thiago de. **As principais determinações da lei complementar 123/2006 servindo como incentivo ao empreendedorismo no Brasil**. Revista Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, Paraná, v. 10, n. 2, Julho/Dezembro, 2016.

O registro comparativo histórico mostra que reformas, mesmo modestas, devem ser realizadas com estratégia, de acordo com uma política adequada e responsiva às necessidades do mercado e da sociedade, ou seja, não podem de nenhum serem desordenadas.

Foi sob uma perspectiva alinhavada a esses fundamentos, que, como medida mais bem aplicável à concretização do desígnio constitucional, no ano de 2006 foi promulgado Estatuto da Micro e Pequena Empresa, a Lei Complementar nº 123/06.

Na intenção de reduzir a informalidade, a lei prevê que para fruir dos benefícios do Estatuto Nacional da Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte, é indispensável estar devidamente registrado no Registro de Empresas Mercantis²⁶. “Justamente por isso, o profissional autônomo não possui capacidade para se beneficiar desta Lei, somente o empresário, isto é, o titular de empresa, regularmente registrado na Junta Comercial”²⁷.

A Lei 123/06 revogou todas as outras disposições esparsas que orbitavam no ordenamento jurídico em relação ao tratamento diferenciado às MPEs e, com isso, estabeleceu uma espécie de regime geral da micro e pequena empresa, traçando parâmetros e diretrizes básicas para simplificar a vida do pequeno empresário.

Nesse sentido, anotamos a observação de Aline da Costa e Leandro de Lima²⁸:

Atendendo as reivindicações dos micro e pequenos empresários, o estatuto visa estimular o desenvolvimento e a competitividade dos pequenos negócios como forma de gerar emprego, distribuição de renda, inclusão social, fortalecimento da economia e redução da informalidade. Outro ponto importante é que a lei institui diversos mecanismos de ampliação de oportunidades e fomento. Sendo assim, facilita o acesso a linhas de créditos oferecidas pelas instituições financeiras.

Todavia, o texto legal possui alguns pontos controvertidos e que tem desencadeado discussões acerca do real objetivo de sua política legislativa, para que, através do debate, haja uma aplicação prática realmente efetiva em favor do público-alvo da norma, principalmente em relação a aceção que são feitos em alguns momentos.

²⁶ Art. 3º da LC 123/06: 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 [...].

²⁷ MAMEDE, Gladston. **Microatividades e pequenas atividades econômicas beneficiárias da lei complementar n. 123/2006: o artigo 3º do estatuto nacional da microempresa e empresa de pequeno porte.** Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, Ceará, v. 4, n. 8, dezembro, 2006.

²⁸ DA COSTA, Aline Pereira Neves; LEANDRO, Luiz Alberto de Lima. **O atual cenário das micro e pequenas empresas no Brasil.** XIII SEGeT - Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – AEDB. Resende, Rio de Janeiro. Outubro, 2012.

Pode-se dizer que, o diploma em comento tem como propósito o incentivo à criação, manutenção, regulamentação e expansão das MPEs. Para isso, prevê instrumentos de inclusão e formalização de pequenos negócios, de simplificação e desoneração tributária, de estímulo ao crédito e à capitalização de associativismo e representatividade, de ampliação de mercado pelas compras governamentais, de acesso à inovação, em outras palavras, tornar o ambiente mais favorável aos pequenos negócios.

Por outro lado, não é o intuito da exposição realizada neste tópico elencar os elementos e pontos controvertidos na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicação efetiva da norma, mas dentro dos limites propostos nesta pesquisa, apontar quais os principais benefícios adquiridos pelas MPEs pela promulgação do Estatuto.

Analisemos brevemente algumas das benesses concedidas pelo regime geral da pequena empresa. Extraímos da percepção de Carolina Strack Rostirolla²⁹:

Talvez a atribuição com maior grau de importância e de estudo dentro do texto da legislação complementar, diz respeito ao regime de tributação unificado de apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o qual, trabalha com simplificação das obrigações fiscais acessórias”.

Não é segredo que o sistema tributário brasileiro é um dos mais complexos do mundo e cria um verdadeiro emaranhado de situações que podem levar o contribuinte a erro e, por via de consequência, a ser penalizado pelo fisco.

São recorrentes as situações em que a Fazenda Pública transfere ao contribuinte o ônus de apurar o valor devido, quando na realidade já sabe e, a partir disso, caso o contribuinte apure e recolha de forma errada, venha a ser penalizado com multas pelo recolhimento a menor.

Nesse sentido, há que se ressaltar que a ideia do Simples Nacional ou Supersimples, ainda que passível de discussão por alguns dos problemas que porventura trouxe consigo, originou-se da necessidade de unificar e simplificar, dentro do possível, a complexa legislação tributária atualmente aplicável às MPEs em todas as esferas (federal, estadual e municipal).

Dentre as principais características da tributação simplificada, podemos citar: a abrangência dos seguintes tributos: IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS/PASEP E CPP (que já compunham o Simples Federal), ICMS de competência estadual, ISS de competência

²⁹ ROSTIROLLA, Carolina Strack. **Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte: Uma análise geral**. Anais do I Seminário Nacional de Desenvolvimento Regional: Sustentabilidade socioeconômica e ambiental no contexto regional. Taquara, 2016.

municipal; a apuração e recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação (DAS); disponibilização às MPES de sistema eletrônico para a regularização do cálculo do valor mensal devido; apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais (DASN)³⁰.

A instituição do “Simples Nacional” é apontada por alguns como a alteração legislativa de cunho tributário mais importante desde a promulgação da atual Constituição. Mendes³¹, leciona que, de fato, sua edição, bem como a da Emenda Constitucional n° 42/03, que a precedeu, representaram mudanças significativas e paradigmáticas no arcabouço jurídico-tributário nacional, mas não está imune a críticas pelos pesquisadores da matéria tributária, contudo, é um contexto que não nos assiste abordar nessa pesquisa.

Podemos citar, ainda, que o regime geral da pequena empresa promoveu algumas questões relacionadas ao aspecto laborativo, pois diminuiu burocracias excessivas em relação ao processo ou dispensa do cumprimento de certas obrigações trabalhistas e previdenciárias, sem que isso pressuponha a redução de direitos trabalhistas.

Um dos aspectos mais valiosos do regime geral das MPEs volta-se à simplificação do processo de abertura, alteração e encerramento da pequena empresa. Já dissemos no decorrer desta pesquisa que, um dos principais problemas das empresas menores está relacionado a formalização, em razão dos inúmeros entraves causados pela burocracia administrativa excessiva quando o empreendedor decide formalizar a sua empresa para usufruir dos benefícios que a pessoa jurídica possui perante os órgãos públicos reguladores.

Considera-se, neste aspecto, que a Lei 123/06 deixou claro que todos os órgãos e entidades que fazem parte do processo de abertura e encerramento de empresas deverão possuir um sistema unificado e compatibilizado para evitar sucessivos problemas quando o empresário se mostra disposto a realizar formalização da empresa.

Dessa forma, o procedimento deve ser integrado. No atual momento, algumas medidas vêm sendo adotadas pelo poder público para, cada vez mais, atender ao pressuposto assentado na legislação complementar, como, por exemplo, o Balcão Único, dentre outras medidas administrativas capazes de compilar em um único sistema o registro e a baixa de CNPJ's.

³⁰ MENUSSI, Marta Bruscatim. *et al.* **Uma análise do simples nacional, base primordial para a micro e pequena empresa: Pressupostos e discussões a partir da lei complementar 123/2006.** Intraciência Revista Científica, Guarujá, São Paulo, n. 11, junho, 2016.

³¹ MENDES, 2015, *op. cit.* p. 8.

Outra relevante situação proporcionada pelo regime geral da pequena empresa é a previsão quanto o acesso ao crédito e à capitalização. Isso é, a lei dispõe que as instituições financeiras de caráter público devem manter e divulgar de forma ampla quando houver a abertura de linhas de crédito específicas ao pequeno empresário, visando possibilitar a obtenção de recursos financeiros para fins específicos (fluxo de caixa, investimentos, mudanças estruturais, reformas etc.), diminuindo a escassez de recursos para ampliação do capital de giro.

Através dessa normatização, o poder Executivo criou o Sistema Nacional de Garantias de Crédito e o PRONAMPE, os quais tem como objetivo facilitar o acesso de micro e pequenas empresas ao crédito sem maiores burocracias e com taxas de juros mais atrativas, aptas a facilitar os pagamentos e prevenir o endividamento da devedora.

No tocante ao aspecto licitatório, já dissemos em outra oportunidade que “o estatuto da pequena empresa também abriu espaço para que as pequenas empresas tivessem acesso ao ambiente de compras públicas, fator que contribuiu para o crescimento expressivo das MPEs nos últimos anos”³². “Este eixo da lei 123/06, traz importantes ferramentas de atuação para os órgãos públicos a fim de que possam implementar políticas inclusivas para os fornecedores locais, possibilitando ampliar mercados e desenvolver mais oportunidades de negócios”³³.

Dentre os aspectos relevantes neste eixo, destaca-se que a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação das MPEs nos itens de contratação de valor até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), acrescido ao fato da obrigação de estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% do objeto para a contratação de MPEs.

Direcionando a análise para um campo um pouco mais abrangente, é preciso pontuar que o crescimento do mercado de inovação e tecnologia vem mostrando o quanto é essencial que a elaboração de políticas públicas capazes de auxiliar no acesso a ferramentas que tenham a capacidade de solucionar os problemas empresariais e conseqüentemente do consumidor.

Dito isso, a Lei 123/06 determina que cabe a União, Estados, Municípios e respectivas agências de fomento, instituições científicas e tecnológicas, núcleos de inovação tecnológica,

³² COELHO, Marco Aurélio Ferreira. **Pandemia e recuperação de empresas: a crise sob enfoque do micro e pequeno empresário**. Revista Brasileira de Direito Empresarial, IV Encontro Virtual do CONPEDI. Julho, 2021.

³³ ANDRADE, Bruna de; KRAMBECK, Daniela. **Mais acesso às compras governamentais: priorizando pequenos negócios através da aplicação dos benefícios do estatuto nacional da micro e pequena empresa**. X Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasília, DF, julho, 2017.

manter o elaborar programas específicos para as MPEs, principalmente porque, há uma relevante dificuldade nesse sentido, inclusive quanto ao acesso à informação.

Em caráter complementar, o legislador instituiu que as instituições públicas de fomento à inovação terão como meta a alocação de um mínimo de 20% dos recursos federais, estaduais e municipais em pesquisa, desenvolvimento e capacitação tecnológica para os programas voltados para aos pequenos negócios.

Visando o aspecto concorrencial e o aumento da competitividade dos pequenos negócios em face dos empreendimentos de maior porte e da agressividade do mercado, a legislação complementar propõe o incentivo ao associativismo através da formação de consórcios que tenham por base o fomento aos pequenos negócios, principalmente em relação a exportação, que atualmente representa parcela significativa da frente de mercado.

A finalidade maior desta medida é propiciar o aumento da competitividade e a inserção das MPEs em novos cenários mercadológicos, por meio de formação dos consórcios empresariais, promovendo o cooperativismo e a liberdade de associação.

O objetivo é que, a exportação deixe de ser uma característica dos grandes *players* e passe a se tornar uma característica também das MPEs, que, a partir disso, podem vir a ter a capacidade de realizar negócios de compra e venda de bens e serviços para os mercados nacional e internacional, gerando ganhos em escala, redução de custos, gestão estratégica, maior capacitação, acesso a crédito e a novas tecnologias.

Por último, arrematando a construção teórica que foi proposta neste tópico, voltemos a atenção no que tange a regulamentação da figura do Microempreendedor Individual (MEI), que outrora era conhecido como Pequeno Empresário.

O legislador, ao criar a figura do MEI, apresenta condições favoráveis para a formalização do profissional autônomo que atuava, até recentemente, sem carteira assinada prestando serviços em diversas frentes de negócio, mas sem a constituição de um CNPJ, deixando de obter benefícios fiscais e previdenciários.

Logo, determinados profissionais autônomos, hoje, podem usufruir do cadastro de pessoa jurídica para obter condições de acesso ao crédito mais atrativas, além do recolhimento de impostos de forma simplificada e de condições trabalhistas e previdenciárias menos burocráticas. Quando adentramos na esfera das políticas públicas, independentemente se de

caráter econômico ou social, temos como pressuposto de que elas são elaboradas e adotadas para promover benefícios em prol da coletividade, não apenas dos agentes privados.

No caso da Lei Complementar 123/06, portanto, é possível observar que o legislador buscou alcançar o aspecto socioeconômico de forma mais abrangente, a fim de cumprir como o intento constitucional do tratamento diferenciado e favorecido.

Por conseguinte, a percepção que temos é que em se tratando de uma política legislativa cujo pressuposto é legitimar o crescimento de uma parcela do empresariado menos eficiente, há, ainda, um longo caminho a ser percorrido, principalmente porque, o Estatuto da micro e pequena empresa possui mecanismos que se voltam para o mercado propriamente dito, ou seja, para a manutenção da empresa na cadeia produtiva e, por outro lado, não dispõe na forma como deveria de mecanismos suficientes para prevenção da insolvência.

2.4 Dificuldade de acesso ao crédito como barreira para investimento e financiamento

Todas as atividades empresariais, independentemente do porte, necessitam de diversos fatores para o desenvolvimento e crescimento da atividade, especialmente de capital. Recursos financeiros são a pedra angular para que a atividade empresarial seja prospera.

Nenhum negócio é criado visando o fracasso, mas o crescimento econômico sob a perspectiva do mercado, alavancagem, desempenho positivo, escala, capital de giro, recursos para investimento, são, na maioria esmagadora dos casos, o objetivo principal do empresário.

Nesta toada, diversas são as formas de obtenção de capital. Quando não desembolsado por sócios e acionistas, a obtenção de verba acaba ocorrendo por vias diversas como, por exemplo, a captação de recursos externos junto ao mercado de capitais; a contratação de empréstimos através de instituições financeiras públicas ou privadas; a capitalização por meio de investimentos de terceiros como *venture capital* e investimento anjo, assim por diante.

Para empresas de maior porte, com atividade já consolidada no mercado, a obtenção de capital é uma tarefa mais fácil, considerando que o negócio já se encontra em patamar avançado de desenvolvimento na cadeia produtiva e sua capacidade financeira não é comprometida pelo investimento único da linha de produção.

Em outras palavras, em empresas de porte mais desenvolvido não é preciso sacrificar um dia pelo outro. Soma-se a isso, o fato de que empresas com mais ativos quase sempre

possuem mais garantias para outorgar em troca de crédito, o que minimiza os riscos dos investidores e maximiza a atratividade de capital, facilitando o acesso ao mercado de capitais.

Pode-se dizer, ademais, que empresas que sofrem com restrições financeiras mais agressivas não possuem a mesma facilidade para obter recursos externos suficientes para financiar seu crescimento, ou seja, o nível de investimento/financiamento é determinado pelo montante de capital próprio e pela geração de recursos internos, muitas das vezes desembolsados pelos sócios da empresa, sem considerar a elevada probabilidade de que o fluxo de caixa será sacrificado para financiar os investimentos desejados³⁴.

Ao mesmo tempo a estrutura de capital pode ser o problema e a solução da atividade. Quando o negócio sofre com o angariamento de recursos financeiros, seja de forma interna ou externa, há um desequilíbrio na balança financeira, que, por sua vez, pode comprometer parcial ou totalmente o futuro da atividade empresarial acabando por traçar o futuro dela como inglório, levando à contratação de financiamentos suicidas junto ao mercado de capitais ou instituições financeiras, ou, como última e mais drástica medida, o encerramento da atividade.

Sobre o tema, anotamos a lição de Alves³⁵:

O capital próprio é o recurso dos proprietários especificados na conta de Patrimônio Líquido. Segundo Lemes Junior *et. al.* (2002), “o aumento do capital próprio ocorre através da autogeração de recursos e reinvestimentos na empresa, pela subscrição e integralização de capital social ou pela emissão de ações, no caso de grandes empresas de capital aberto, ofertadas na Bolsa de Valores”. A utilização do capital de terceiros é uma prática universal nas empresas, pois permite sua implantação, funcionamento e expansão não dependem apenas do capital próprio”. A utilização de capital de terceiros muitas vezes é vantajosa quando seu custo é menor do que o retorno proporcionado pelos ativos da empresa, mesmo com essa vantagem, o risco de endividamento surge, porque o lucro da empresa é incerto.

Por outro lado, empresas com capital de giro e fluxo de caixa elevado, podem também sofrer reveses pela falta de conhecimento dos gestores ou comandatários da corporação, pois a ausência de informação, planejamento e gestão podem levar a pessoa jurídica a realizar investimentos desordenados que não atendam estritamente ao interesse da atividade.

³⁴ BURKOWSKI, Erika.; PEROBELLI, Fernanda.; ZANINI, Alexandre. **Identificação de preferências e atributos relacionados à estrutura de capital em pequenas empresas.** Revista de Administração de Empresas - RAE-Eletrônica - FGV, São Paulo - SP, v. 8, n. 1^a, março, 2009.

³⁵ ALVES, Juliana; RAUFIR, Léo; SOUZA, Almir. **Capital de giro e pequena empresa: estrutura, financiamento e gestão.** Anais do XVI Congresso Brasileiro de Custos, Fortaleza/CE, novembro, 2009.

Esse descompasso acaba por comprometer o futuro da firma pela escassez de capital no curto e médio prazo, além, é claro, dos diversos prejuízos decorrentes da tomada decisão sem a devida estratégia, que se dá por uma cognição precipitada.

Uma das questões teóricas centrais para o entendimento da dinâmica da acumulação capitalista é o financiamento desigual do processo de investimento. A respeito disso, ganha destaque o papel dos bancos, que são os agentes responsáveis pela criação do poder de compra, a promoção dos investimentos e da inovação.

Dentro desse raciocínio, o empresário experiente com visão panorâmica de negócio, é aquele que se vale de medidas alternativas e inovadoras para promover mudanças na organização produtiva da corporação, essa relação entre empresa inovadora e crédito é fundamental para o processo de desenvolvimento econômico.

Traçadas as percepções iniciais sobre o tema, passemos a transportar a problemática para o campo da pequena empresa. Aqui o problema do financiamento ganha outra dimensão dentro do cenário de sucessivas dificuldades que as MPEs suportam na frente mercadológica, simplesmente porque, as maiores dificuldades dessas pequenas unidades estão ligadas a obtenção de recursos financeiros para financiamento da atividade empresarial.

Todavia, para o leitor que tenha um primeiro contato com os problemas das empresas menores, a impressão transmitida inicialmente é que há uma certa inclinação em se criar cenários adversos quando falamos delas, mas, na realidade, o fato de ser MPE parece ser um atrativo para os problemas. A subversão é aparente e não existe mecanismo perfeito capaz de modificar este plano de maneira rápida e eficaz.

O que temos, em verdade, é uma pretensão muito forte e instintiva de elevar o patamar dessas empresas a um estágio condizente com o pressuposto da ordem econômica constitucional, que, aliás, tem sido subvertido pelo desnivelamento do mercado ao longo do tempo, considerando que a dificuldade de financiamento contribui para esse papel.

Feita tal observação, quando olhamos para a questão do acesso ao crédito por parte das micro e pequenas empresas, nos deparamos com um problema ainda mais relevante: o fato de as empresas de menor porte possuírem menor capacidade para obtenção de crédito junto ao mercado financeiro, dá margem aos bancos para que, a seu próprio interesse, condicionem o mercado de crédito da maneira que melhor lhe aproveite, mesmo que isso custe o sacrifício de uma empresa com pouco potencial econômico.

Corrobora essa afirmação a lição de Giovanini e Neri³⁶.

A questão do acesso a crédito no Brasil é apenas um dos problemas da pequena produção, ao lado do excesso de burocracia e de impostos e das dificuldades de acesso à tecnologia e ao conhecimento e, por último, e mais importante, a falta de clientes. As instituições que concedem créditos preocupam-se em garantir empréstimos para grandes empresários por causa das grandes quantias em jogo e rejeitam transações de pequena monta dados os custos fixos de natureza administrativa e informacional envolvidos no processo.

O maior problema relacionado a contratação de empréstimos pelas pequenas empresas está ligado ao fator segurança. MPEs não possuem o mesmo rol de garantias a serem ofertadas como boa-fé em troca do crédito ou do investimento. Financiamento torna-se, então, o verdadeiro bicho de sete cabeças da pequena unidade produtiva.

Apesar de, na maioria dos casos, a obtenção de crédito por parte dos empreendimentos mais modestos serem de menor monta, o mercado de crédito não está tão disposto a pôr em risco recursos que poderiam ser mais bem alocados em favor de empresas de maior porte, inclusive pelo oferecimento de garantias melhores, o que tende a favorecer mais o ganho de capital por parte do cedente, pois nessas hipóteses, os valores subcapitalizados por empresas maiores atingem cifras exorbitantes, o que é mais atrativo do ponto de vista lucrativo.

A realidade é que existe uma falha de mercado – mais uma – que obsta o acesso ao crédito pelas MPEs e a ausência de garantias palpáveis é preponderante em relação ao futuro da pequena empresa, em muitos casos promissor.

Além disso, outro fator relevante é que as MPEs possuem uma maior taxa de mortalidade no mercado, ou seja, são mais voláteis e mais propensas às oscilações econômicas, fazendo com que haja um número considerável de pequenas empresas levadas ao encerramento das atividades em momentos de recessão, o que amplia o risco.

Em relação a isso, José Mauro de Moraes³⁷ em um trabalho que reúne informações acerca do perfil do mercado de crédito brasileiro e sua relação com as pequenas empresas, leciona “que os bancos apontam as altas taxas de mortalidade das MPES como um fator importante, que interfere na predisposição em emprestar ao segmento”.

³⁶ GIOVANINI, Fabiano da Silva; NERI, Marcelo. **Negócios Nônicos, Garantias e Acesso a Crédito**. Revista Economia Contemporânea – FGV, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 643-669, setembro, 2005.

³⁷ MORAIS, José Mauro de. **Empresas de pequeno porte e as condições de acesso ao crédito: falhas de mercado, inadequações legais e condicionantes macroeconômicas**. Texto Para Discussão nº 1189 – IPEA, Brasília - DF, junho, 2006.

E continua o autor:

A atitude de cautela [quanto a abertura de crédito à pequenas empresas] se traduz na exigência de número mínimo de anos de funcionamento para a empresa se candidatar a empréstimos, que pode variar de um ano até cerca de quatro anos. Ademais, os modelos de *credit scoring* somente pontuam positivamente as empresas com determinado número mínimo de anos de funcionamento. Num exemplo de um dos bancos, para firmas com até quatro anos de atividade, são retirados pontos do *credit scoring*, refletindo a posição do banco de que “um moderador para o risco mais alto das MPEs é o tempo de atividade da empresa que solicita crédito.

Soma-se a isso o fato de o Brasil ser um dos países com maior concentração bancária da América Latina, o que faz com que haja pouca concorrência neste setor no mercado nacional. Podemos dizer, sem errar, que os quatro bancos privados brasileiros dominam e controlam o sistema financeiro e o mercado de crédito do país.

Por via de consequência, o alto poder de mercado possibilita que essas instituições financeiras ditem o ritmo dos juros, o que pode encarecer ou baratar a aquisição do crédito. No entanto, apesar de relevante, este fator é uma majorante dos problemas que já abordamos anteriormente, inclusive porque, há quem defenda que a concentração bancária pode ser benéfica para o sistema financeiro, mas essa análise não nos compete neste trabalho.

Dessa forma, a concentração de capital na mão das grandes empresas, seja pela maior facilidade de obtenção de crédito, seja pela maior rentabilidade dos negócios, faz com que as empresas diminutas se vejam a mercê da boa vontade destes bancos, que, com exceção aos bancos públicos, possuidores de linhas de crédito específicas aos pequenos empresários – nem sempre tão vantajosas – mostram certa resistência em financiar as atividades de menor porte.

Outro fator que fragiliza ainda mais as MPES quando o assunto é acesso ao crédito, decorre da necessidade que elas têm de obter recursos financeiros de curto prazo e, portanto, a qualquer custo. Essa característica se sobressai por alguns elementos preponderantes, como, por exemplo, a necessidade de dinheiro para cobrir resultados negativos; fluxo de caixa deficiente; cumprimento das obrigações tributárias, trabalhistas e previdenciárias; reposição do capital de giro e assim por diante.

Isso é, em momentos quando o ciclo de vendas e de consumo chega a um nível muito baixo, os negócios menores, onde há pouca reserva de emergência, acabam se sobrecarregando com os compromissos decorrentes do exercício da atividade, logo, são mais suscetíveis a aceitar as elevadas taxas de juros predominantes no mercado financeiro doméstico.

Ainda, há que se observar que o acesso ao crédito é dificultado pelo excesso de exigências burocráticas nos procedimentos cadastrais de análise para concessão de recursos que são consideradas como excessivas pela maioria dos pequenos empresários. Isso porque, as MPEs, em sua maioria, atuam com certa informalidade e a questão documental acaba por ser um problema quando exigida em caráter mais formalista.

Isso revela que as deficiências empresariais no âmbito da pequena empresa formam um verdadeiro efeito cascata; uma reação em cadeia. É o mesmo que dizer que quanto maiores as informalidades – problema que já pontuamos no curso desta pesquisa – menores são as chances de acesso ao crédito e estabilidade financeira.

Além disso, quando a pretensão creditória é feita diante de fontes públicas (governamentais), o rol de documentos e certidões é ainda mais extenso, o que faz o empresário desistir no meio do caminho, infelizmente.

Ao que tudo indica, a perspectiva pelo caminho que o Brasil vem trilhando nos últimos anos, é que os processos se tornem cada vez menos burocráticos em razão do acesso à informação e o uso dos canais digitais para obtenção de documentos nas esferas do Poder Público, o que pode ser capaz de simplificar o acesso aos documentos necessários para obtenção do crédito e a formalização das MPEs.

Por outro lado, entendemos que “a burocracia constitui um problema generalizado e não foi incluída entre as falhas que afetam o sistema de crédito”³⁸, mas chama a atenção para a necessidade de avaliações específicas para a identificação de soluções na área bancária, nas normas do Banco Central e nos registros públicos, que fornecem informações detalhadas sobre a empresa candidata ao financiamento.

A partir desta exposição, questionamos se pode haver um efetivo cumprimento do tratamento constitucional diferenciado e favorecido sem que as pequenas empresas tenham dinheiro para se desenvolverem no mercado? A resposta é negativa. Quando iniciamos a organização das ideias neste tópico, dissemos que os recursos financeiros são a pedra angular de qualquer empresa, independentemente do porte.

A falta de recursos afeta os investimentos, o capital de giro, o crescimento, a produtividade, a empregabilidade e todas as demais áreas interrelacionadas da pequena empresa, assim, a falta de crédito é capaz de definir o futuro do empreendimento. Dessa forma,

³⁸ MORAIS, 2006, *op. cit.* p. 36.

incumbe aos agentes econômicos, além do Poder Público, garantir uma política de acesso crédito que favoreça o micro e pequeno empresário na cadeia produtiva.

É preciso mitigar os efeitos de uma distribuição desigual de capital na iniciativa privada e isso somente ocorre quando as falhas de mercado são corrigidas em prol daqueles que são mais atingidos por elas. Isso, no entanto, não é tão simples e não há uma solução fácil.

Ainda sob a perspectiva de Morais³⁹:

As imperfeições de mercado, falhas legais e desequilíbrios macroeconômicos devem, portanto, ser considerados na avaliação das causas das restrições no acesso ao crédito para que se componha um quadro abrangente das deficiências que interferem no funcionamento mais eficiente dos mercados, permitindo complementar as análises realizadas com base em pesquisas com demandantes de crédito. Nesse caso, conforme apontadas pelos empresários, as principais barreiras ao crédito são decorrentes de: juros altos, empréstimos com prazos muito curtos, falta de garantias reais para apresentar, critérios rígidos dos bancos nos procedimentos de seleção das empresas candidatas a empréstimos e dificuldades de atender às informações e documentações pedidas pelos bancos.

Finalmente, concluímos que o fomento às MPES via concessão de crédito é fator determinante para seu desenvolvimento e, por isso, há que se ressaltar que condições macroeconômicas instáveis, decorrentes de desequilíbrios fiscais, alta dívida pública ou política monetária expansiva levam à instabilidade no crescimento econômico e impõem restrições ao crédito em razão do ambiente de insegurança geral nos negócios e da perda de confiança dos investidores domésticos e internacionais (OCDE, 2006).

Esse aspecto, portanto, tende a causar um quadro indiscriminado de baixo investimento por parte da iniciativa privada e não apenas do poder público, o que acaba por agravar a situação da pequena empresa pela ausência de alternativas de acesso ao crédito.

2.5 Assimetrias concorrenciais relacionadas a pequena empresa

Assim como o tratamento diferenciado e favorecido, a livre concorrência também encontra respaldo na Constituição Federal. O maior objetivo de uma política concorrencial realmente efetiva é preservar as relações e as bases da ordem econômica prevista no texto constitucional, o qual, pondera que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios básicos a serem seguidos para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

³⁹ Ibid. p. 10.

Além disso, o fio condutor da norma programática constitucional tem como pressuposto zelar pelo bem-estar do consumidor, assim como, pela saúde do mercado. Em tese, quanto maior a concorrência, melhor a qualidade do serviço ou produto ofertado na cadeia produtiva à população, pois amplia a necessidade de que os prestadores e fornecedores se adequem ao que os concorrentes estão oferecendo ao consumidor final.

O princípio da livre concorrência age diretamente na esfera do mercado econômico. Tal princípio, não constitui um desdobramento do princípio da livre iniciativa, mas atua em caráter complementar a ele. Na visão de Domingues e Gaban⁴⁰ “considera-se que, a resultante da interação entre os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, representa também uma liberdade, conquanto revestida de certo grau de responsabilidade e limitação”.

Significa dizer que, a livre concorrência tem como pressuposto garantir que os agentes econômicos tenham a liberdade de atuação no mercado, buscando alcançar seus clientes e elevar o próprio negócio a um papel de destaque na escala comercial.

A livre concorrência é o princípio que visa garantir a aplicação pura e simples do princípio da livre iniciativa, à medida que, tende a propor uma relação sustentável entre os preços de bens e serviços fixados através de um jogo justo entre os agentes econômicos.

O poder de mercado muitas das vezes pode acabar por desnivelar o equilíbrio efetivo entre as partes dentro da cadeia produtiva. Isso ocorre por diversos motivos, como a concentração de mercado, a prática de preços predatórios, a formação de cartéis, o *dumping*, as vendas casadas, dentre outros meios definidos pelo Direito Antitruste.

Ainda para Domingues e Gaban, entende-se como poder de mercado aquele que permite ao agente agir de forma independente e com indiferença com relação aos comportamentos dos demais agentes, em razão da ausência de concorrência capaz de fazê-lo instaurar uma conduta mais bem alinhada aos preceitos da ordem econômica brasileira” bem como [...] o poder de controlar preços ou excluir competidores.

Não há óbice em afirmar (ou relembrar) que a maior parcela de poder e concentração econômica se encontra, atualmente, na mão das grandes empresas, isso ocorre independentemente do nicho de atuação na orbita empresarial.

⁴⁰ DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Estes fatores formam uma política segregacionista em determinado setor da economia e, a partir daí, possibilita que as grandes empresas passem a transpor a esfera da razoabilidade, impedindo a entrada de novas empresas, controlando preços, se valendo de meios artificiosos para lesar a concorrência, amarrando fornecedores e, por via de consequência, suprimindo a oferta e alternativa do consumidor de bens ou serviços.

Uma vez definido o mercado relevante, pressupõe-se que uma empresa controla uma parcela substancial desse mercado quando for capaz de, ao restringir quantidades que oferta, provocar variações nos preços vigentes por um período razoável. Em outras palavras: são empresas que detém o poder de mercado. Para consolidar a identificação da posição dominante, ou seja, do poder de mercado do agente, é importante identificar a presença de barreiras à entrada e dificuldade ou impossibilidade de substituição (isto é, no caso de um aumento significativo e não transitório de preços por parte do agente em posição dominante, não há opção de oferta ou alternativa para o consumidor ou cliente)⁴¹.

Quando se fala em uma estrutura monopolista, automaticamente pensamos em um único agente induzindo os rumos do mercado por caminhos que lhe favoreçam em maior ou menor medida, o que é mesmo comum em aspectos gerais.

No entanto, a característica monopolista pode estar centrada na mão de um determinado grupo de agentes que, mesmo não formando cartéis, possuem, por seu elevado poder econômico, a capacidade de ditar as regras de mercado. E a recíproca também é verdadeira, pois mesmo que uma empresa não atue sozinha como monopolista, pode ser detentora de grande poder econômico e utilizá-la para os mesmos fins.

Este é o entendimento proposto por Paula Forgioni⁴², que sustenta “que mesmo a empresa que não atue sozinha naquele determinado nicho do mercado, pode deter poder econômico tal que lhe permita agir de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento dos outros agentes”.

Em outras palavras, reforça-se que, em virtude da ausência de um ambiente concorrencial saudável, aquele *player* que detém um nível de poder tanto quanto razoável, tende a não sofrer pressões significativas de outros concorrentes e, nesse caso, os pequenos agentes integrantes do cenário econômico estarão sempre sujeitos ao comportamento das empresas maiores, que poderão propor as diretrizes que atendam aos seus próprios interesses.

⁴¹ Ibid. p. 88.

⁴² FORGIONI, 2015, *op. cit.* p. 259.

Noutro ponto, “existe uma compreensão de que a competição nos mercados gera, em regra, eficiências e aprimoramentos nos processos tecnológicos, implicando, por sua vez, importantes ganhos de produtividade. Estes elementos seriam importantes, colaborando de forma relevante com o desenvolvimento e com o bem-estar do consumidor”⁴³.

No Brasil, o direito antitruste é regido pela Lei 12.529/11, a qual, regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o seus órgãos componentes, como, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), responsável pela política de combate à formação de cartéis por meio de operações de concentração econômica, além de fiscalizar as boas práticas de mercado para que nenhum desnível prejudicial venha a ocorrer no âmbito das relações empresárias e de consumo.

Merece destaque a lição de Calixto Salomão Filho⁴⁴:

As organizações empresariais devem respeitar a pluralidade de interesses envolvidos pelos bens comuns. Toda vez que forem titulares de direitos que lhes garantam posse ou propriedade, direta ou indireta, dos referidos bens deverão reconhecer os efeitos que a utilização empresarial de tais bens pode ter sobre a comunidade em que atuam e garantir o contínuo acesso da comunidade afetada a esses recursos, zelando pelo respeito à sua integridade e preservação.

Isso é dizer que, os mecanismos de regulação e a atuação do Estado propriamente dita, devem estar à frente na atuação protecionista de forma a garantir a existência e manutenção de uma concorrência saudável que preserve os objetivos traçados pela Constituição Federal.

De se destacar que não se trata de defesa de uma política intervencionista dos agentes públicos, eis que, no modelo liberalista defende-se a ideia do Estado mínimo, garantindo a liberalidade de atuação dos agentes econômicos, permitindo que o mercado regule a si mesmo.

Sabemos que o mercado possui fatores muito sensíveis às oscilações políticas e econômicas de cunho nacional ou global, logo, considerando que o Brasil não possui estabilidade política e econômica há algumas décadas em virtude dos acontecimentos marcados em nossa história, é melhor que atuação estatal seja direcionada para políticas públicas que atendam as necessidade populacionais.

⁴³ DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste**. Tese de Doutorado – PUC/SP, São Paulo, 2010.

⁴⁴FILHO, Calixto Salomão. **Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento**. Revista de Estudos Brasileños, vol. 1, São Paulo, 2014.

Em relação aos aspectos gerais do Direito Concorrencial, há muito o que ser discutido, porém, nosso objetivo neste tópico não é exaurir a temática, inclusive porque, o desígnio aqui é traçar uma visão panorâmica acerca do problema da pequena empresa sob a perspectiva da concorrência e não esgotar o tema com uma análise esmiuçada do instituto.

De todo modo, não haveria razão de ser esta pesquisa sem que algumas considerações fossem tecidas sobre a atuação da pequena empresa no mercado propriamente dito e como o tratamento diferenciado, mesmo que em constante evolução, ainda não tem sido suficiente para conter a força do mercado perante as empresas de menor porte.

Pensemos no caso de uma pequena sociedade empresaria, envolvida, infelizmente, neste rol de situações provocadas pelos agentes de mercado em posição dominante. Não é difícil reconhecer, ainda que superficialmente, que não haveria a menor probabilidade de sobrevivência diante de tantos predadores capazes de fazer uso indiscriminado de sua posição e de seu poder de mercado para extirpar as empresas menores do caminho.

A partir do momento que comparamos as estruturas empresariais de maior porte com as de menor porte, pensamos na subversão das MPEs em razão da dificuldade de acesso ao mercado, crescimento e desenvolvimento, dominação econômica etc. No entanto, a falha no aspecto concorrencial diz respeito não somente a dominação de mercado através da extirpação das empresas menores, mas, sim, da dominação direta que é exercida sobre as elas.

Grandes indústrias se valem da terceirização para transferir para as MPEs algumas fases da cadeia produtiva de menor lucratividade, concentrando em suas próprias estruturas as fases mais rentáveis, de maior lucro e de maior expressividade mercadológica.

Principalmente com a possibilidade de terceirização da atividade-fim, isso vem se tornando uma prática recorrente, ou seja, não bastasse a prática predatória pela dominação do mercado, as grandes empresas colocam as empresas menores para trabalharem em seu favor através da subcontratação e da precarização de mão de obra.

Este aspecto não é de todo negativo, pois quanto maior a produtividade da empresa contratada, maior a geração de emprego e renda, porém, isto não é sinônimo de maior lucratividade, pois, como dissemos, é comum que se transfira para as organizações mais modestas as fases da cadeia produtiva que demandem apenas mais mão de obra.

Diante deste viés, pode-se compreender que não há emancipação da pequena empresa no mercado sem uma política concorrencial que permita o exercício livre da atividade,

sobretudo porque, estão sempre à mercê das diretrizes impostas pelas empresas maiores, sem possibilidade de desenvolvimento e independência, salvo no caso de mercados com abertura suficiente para exploração secundária pelas MPEs.

Os aspectos ligados a gestão e a criação interna de mecanismos de proteção contra as falhas do mercado é uma dificuldade estritamente relevante no âmbito das pequenas empresas, isso é, além da questão de mercado pura e simples, há ainda o fator de gerenciamento que se torna limitado pelo baixo poder estrutural que as pequenas atividades empresariais possuem.

Sob essa perspectiva, a Lei Complementar 123/06, instituiu em alguns pontos uma política legislativa que tem como objetivo proporcionar um ambiente concorrencial mais favorável às pequenas organizações, mas que no cenário atual não tem sido suficientemente efetivo para concretização dos intentos constitucionais.

Primeiramente porque, a redução de custos ainda é a medida mais adotada no cenário empresarial, isso importa em retornos diminutos e, conseqüentemente, revela um menor parcela que pode ser destacada do lucro para reinvestimento na atividade quando se fala em MPEs.

Ademais, este fator reflete diretamente na diminuição da competitividade, minando qualquer possibilidade de a pequena empresa emergir no mercado em patamar elevado suficiente para concorrer com as sociedades empresariais de maior envergadura.

O segundo motivo é que em raras situações há um plano de ação que vise a correção de algumas falhas operacionais que estão afetando a competitividade da empresa.

A respeito disso, cabe anotar que o fomento às menores unidades produtivas, principalmente por estímulos que ampliem a paridade concorrencial, colabora com a pulverização da atividade empresarial, já que favorece o aumento do número de atores econômicos no mercado, aproximando-se, portanto, de um modelo ideal de concorrência, no qual nenhum dos agentes, isoladamente, é capaz de influenciar o preço e quantidade produzida.

Do ponto de vista inovativo, ainda que não seja objeto deste trabalho, enquanto as grandes empresas têm vantagens materiais para gerar e adotar inovações que possam diretamente incorporadas na atividade, devido à sua maior capacidade de P&D, as pequenas e

médias empresas têm vantagens comportamentais relacionadas à sua maior flexibilidade e capacidade de adaptação a mudanças no mercado⁴⁵.

Na maioria dos casos, as MPEs, se valendo de sua elevada capacidade de adaptação, são mais propensas ao fornecimento de respostas rápidas as mudanças que ocorrem no mercado e, inclusive, podem atuar em nichos cuja taxa de inovação pode ser maior.

Mas isso não quer dizer que as pequenas empresas possuem maior potencial inovativo em face das empresas de maior porte, o que seria um erro afirmar, considerando que a predisposição a inovação pela especificidade do negócio, não pressupõe que as pequenas empresas tenham maior probabilidade de implementação de novas tecnologias.

As pequenas empresas não possuem, necessariamente, um olhar focado na obtenção de novas tecnologias para aprimoramento da atividade, além de que, “frequentemente, as MPEs não possuem consciência dos possíveis ganhos de competitividade trazidos pelas novas oportunidades de negócio associadas ao novo paradigma”⁴⁶, o que as torna menos competitivas.

Além do mais, a expressiva dificuldade de acesso a novas tecnologias e ao desenvolvimento inovativo em sociedades de menor porte está ligada à dificuldade de capital suficiente para investimento, o que é um fator determinante quando comparado com a atuação de empresas de maior porte, que, em sua maioria, possuem setores específicos trabalhando para o aprimoramento dos processos e da gestão tecnológica da empresa.

Essa é a visão também compartilhada por Dacorso e Silva⁴⁷:

Diante disso, a performance de inovação dessas empresas se vê restringida, já que detêm pouca capacidade de investir em inovações que envolvam grandes pesquisas e recursos, em virtude do risco e incerteza inerentes à inovação perante a dinâmica de mercado. Somados a isso, evidenciam que as micro e pequenas empresas disputam espaço com as grandes empresas, as quais apresentam maior capacidade financeira de arcar com o desenvolvimento de inovações e estratégias mais abrangentes.

Todas essas vertentes refletem uma só necessidade para correção dessas assimetrias: o desenvolvimento de políticas públicas capazes de viabilizar o acesso tecnológico em favor das empresas mais modestas, ampliando sua participação concorrencial. Somente assim as unidades de menor porte poderão ter o seu papel devidamente valorizado na economia do conhecimento.

⁴⁵ LA ROVERE, Renata. **As Pequenas e Médias Empresas na Economia do Conhecimento: Implicações para Políticas de Inovação**. Rio de Janeiro, 2014.

⁴⁶ Ibid. p. 5.

⁴⁷ DACORSO; SILVA, *op. cit.* p.7.

Desse modo, ainda baseado na lição de Ana Laura Patton⁴⁸, “se na teoria econômica neoclássica o empreendedor busca maximizar os seus lucros, isso não se aplica tanto à MPE, porque, a concorrência não é nada perfeita”. 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.

⁴⁸ PATTON, 2015, *op. cit.* p. 44.

3 O REGIME JURÍDICO DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRO

Ao nos depararmos com a discussão sobre os aspectos ligados a crise econômica, não é difícil observar que as dificuldades relacionadas ao instituto da insolvência trazem consigo problemas que se prolongam no tempo e demonstram que apesar de sucessivas alterações legislativas pouco mudou em relação ao conceito pelo qual crises econômicas geram consequências em efeito cascata, principalmente na esfera social.

Quando uma crise econômica é desencadeada, todo o aparelho estatal é afetado e o caos pode vir a se instalar na vida das pessoas, seja de forma singular ou coletiva, o que, por sua vez, reflete com maior impacto na seara financeira e monetária, levando, na maioria dos casos, ao cenário de insolvência e ausência de liquidez.

Com o ocorrência de reiteradas crises acentuadas e o desenvolvimento do comércio e a necessidade de proteção ao crédito na relação entre credor e devedor, o sistema entendeu a necessidade da criação de um instituto/mecanismo próprio para regular e resguardar os interesses dos agentes de mercado. E mais. A carga protetiva tem seus aspectos subjetivos, na medida que em efeito ricochete garante o equilíbrio das relações sociais e empregatícias.

A respeito disso é a exposição feita por Debora Kirschbaum⁴⁹:

A manifestação da existência de crise financeira nas empresas não deve ser encarada como algo intrinsecamente negativo. Assim como um termômetro, a crise financeira pode revelar a existência de crise econômica subjacente e, portanto, servir para alertar os titulares de interesses organizados pela empresa da existência de um problema que deve ser resolvido mediante algum tipo de intervenção.

A saída para o descompasso causado pela crise nesses casos, então, foi a busca pela intervenção estatal através do desenvolvimento de um regime jurídico próprio para a superação do estado de insolvência das empresas em crise.

O atual modelo do regime de insolvência adotado no Brasil e em outros países mundo afora, assim como tantos outros institutos regulados pelo direito moderno, atravessou durante décadas mutações do mais alto grau de relevância, isso inclui a mudança de cultura experimentada ao longo dos séculos, bem como a modernização dos aspectos jurídico-econômicos desencadeados pela globalização.

⁴⁹ KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. Tese de Doutorado – USP. São Paulo, 2009.

Não só isso. Além da própria evolução jurídica do sistema de execução coletiva do devedor insolvente, outros aspectos relacionados à amplitude da seara dos Direitos Humanos também contribuíram significativamente para a estrutura do instituto como ele é hoje. A adoção de boas-práticas internacionalmente reconhecidas, fizeram com que a estrutura socioeconômica do mercado reconhecesse que a pessoa do devedor deve ter os seus direitos preservados.

O contexto abordado neste tópico do trabalho caminha em direção à concatenação dos principais elementos que compõe a estrutura do direito das empresas em crise moderno. Aqui, temos como objetivo demonstrar que, assim como toda e qualquer ramificação do direito, em seus aspectos jurídicos, sejam eles internos ou externos, tendem a avançar na concretização das bases que legitimam o estado democrático de direito.

Sob uma visão menos arraigada e mais protetiva, mesmo que ainda um pouco longe do cenário ideal para todos os agentes envolvidos na recuperação de empresas, não podemos desprezar que, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que aboliu a prisão por dívida, houve uma transformação na forma de cobrança do devedor insolvente que em priscas eras beiravam a barbárie, mas agora dão espaço para medidas menos drásticas e, até certo ponto de vista, mais efetivas e coerentes, pois preservam a integridade física do indivíduo.

3.1 Origem e evolução do procedimento concursal

Os primeiros registros sobre a responsabilização do devedor por suas dívidas remontam ao período da antiguidade em civilizações como Índia, Grécia e Egito, sistemas que tinham como característica em comum a autorização para que os credores perseguissem a responsabilização física do devedor pela dívida inadimplida.

As punições nesses regimes variavam de acordo com a cultura de cada povo, alguns possuíam motivação religiosa, enquanto outras começavam a desenhar suas próprias leis e códigos. Independentemente disso, as punições para o devedor consistiam em trabalho escravo, sofrimento corporal e em alguns casos a morte. O Código de Hamurabi, previa expressamente a possibilidade de o credor escravizar seu devedor e posteriormente vendê-lo a terceiros.

No direito Romano primitivo, berço do direito falimentar se assim podemos dizer, as punições para a pessoa do devedor foram prescritas na Lei das XII Tabuas, cujas penalidades impostas eram ainda mais severas e em muitos casos beiravam a crueldade, como, por exemplo, a escravidão hostil (*nexum*) e o esquartejamento do devedor insolvente.

Sob influência do direito pretoriano, o cenário de responsabilização pessoal do devedor insolvente começa ser revisto com a introdução da Lex Poetelia Papiria (428, a.C.), a qual, passou a prever os primeiros instrumentos de responsabilização patrimonial do devedor, representando um progresso em favor da liberdade civil, sobrepondo a crueldade pelo não pagamento das dívidas prevista na Tabua III da Lei das XII Tabuas.

A Lex Poetelia Papiria representa no Direito Romano a evolução de um sistema degenerado que responsabilizava a pessoa física do devedor, baseado na retaliação para equivalência do prejuízo percebido pelo credor. A introdução desse sistema abandona o clássico modelo de impiedade na execução da dívida e dá início a estruturação do direito falimentar.

Com bastante clareza, Sheila Neder Cerezetti⁵⁰, aponta que de acordo com os ditames da nova lei, “a morte, a venda do devedor como escravo e sua prisão na cadeia passaram a ser proibidas. Impediram-se a intervenção do credor sem a participação do magistrado e a *manus iniectio* contra o devedor não *confessus* ou não *judicatus*”.

Os bens do devedor – ao invés dele mesmo – passaram, então, a responder pelos débitos, tolhendo-se, assim, o caráter penal anteriormente presente e aumentando-se a ingerência do juiz e a divisão de funções.

Entretanto, apesar dessa fase de transição entre a responsabilização física e pessoal do devedor e a responsabilização patrimonial, existia um entrave quanto a insuficiência do patrimônio do devedor para adimplir sua dívida no caso de possuir mais de um credor. O código Justiniano apresentava – não da melhor maneira – a solução para este problema.

Nessa toada, André Santacruz⁵¹ leciona que havia neste código – Justiniano – a previsão de uma execução especial contra o devedor insolvente: tratava-se da chamada *missio in possessio bonorum*, por meio da qual os credores adquiriam a posse comum dos bens do devedor, os quais, passavam a ser administrados por um curador, o curador bonorum.

Esse sistema se valia de uma certa “cooperação” do devedor para o pagamento das dívidas, mas não o devedor originário, e sim daquele que o havia substituído em decorrência da sucessão a título universal operada mediante a alienação do seu patrimônio.

⁵⁰ CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁵¹ SANTACRUZ, André. **Manual de Direito Empresarial Volume Único**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Ou seja, os credores adquiriam o direito de vender os bens do devedor com o intuito de saldar a dívida que este possuía em relação a eles. Há certa semelhança com o instituto da *par conditio creditorum*, em vista da natureza coletiva da execução sobre os bens do devedor.

Grosso modo, na antiguidade os modelos de liquidação creditícia, mesmo que já previssem a responsabilização patronal, formavam uma espécie de “direito falimentar do inimigo”, que não previa, em sua essência, qualquer margem para uma relação negocial ou consentida entre credores e devedores.

Na idade média começam a nascer os primeiros manuais de práticas mercantis. Pode-se dizer, a princípio, que o direito falimentar como se vê hoje teve início durante essa fase, onde passam a ser abandonadas algumas velhas práticas inquisitivas principalmente pela previsão de o devedor propor aos credores formas de pagamento de suas dívidas.

Com a edição do *Code de Commerce* ou Código Napoleônico, introduzido na França, que passa a dispor sobre os aspectos inerentes ao falido, o direito falimentar sofreu mudanças significativas, passando a contar com estrutura própria e um conjunto de regras específicas para a execução da dívida em face do devedor insolvente enquanto comerciante.

Com bastante precisão sobre essa nova fase, Luiz Felipe Spinelli, João Pedro Scalzilli e Rodrigo Tellechea⁵², discorrem da seguinte forma:

Esse novo período histórico desviou o foco do tratamento dado ao falido para o aperfeiçoamento dos institutos falimentares, atribuindo maior destaque para o aspecto econômico da falência em vez do seu caráter subjetivo-punitivo (...) Nesse contexto evolutivo, as prescrições de ordem punitiva migraram para o direito penal falimentar, acionado apenas no caso de cometimento de crime. Delineia-se, mais claramente, a distinção entre falência honesta e desonesta, reservando-se apenas ao devedor desonesto as disposições mais severas.

Ainda na lição de Sheila Neder⁵³, “tais normas buscaram destituir a regulação falimentar então vigente de sua extrema rigidez e simplificar os termos do processo falimentar, visando à redução das despesas ali envolvidas”.

A legislação francesa inaugurou uma nova era ao direito da insolvência, servindo como influência para a codificação do direito falimentar em outros países da Europa e da América Latina, reformulando o panorama do instituto.

⁵² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do Direito Falimentar**. São Paulo: Almedina Brasil, 2012.

⁵³ CEREZETTI, 2012, *op. cit.* p. 55.

Ato contínuo, a Revolução Industrial, um dos acontecimentos históricos mais marcantes da civilização contemporânea, trouxe consigo um dos maiores índices de desenvolvimento econômico já vistos. Nasce, daí, a figura da empresa e do empresário.

Neste momento o instituto da falência passa a ser reexaminado: a questão primária deixa de ser o devedor, per se, e passa a ser as consequências sociais e econômicas advindas da sua inadimplência. Isso é, o Estado começa a enxergar que é mais propício a manutenção do bem-estar econômico-social do que a punição propriamente dita da pessoa do devedor.

Isso porque, as crises econômicas passaram a ser encaradas como fatores naturais da evolução social, evidenciando a necessidade da criação de mecanismos que, ao invés de estigmatizar a pessoa do devedor, proporcionassem a ele formas legítimas de repactuação e adimplemento de suas dívidas e reestruturação da empresa.

Há uma resignificação em relação à figura do falido, cuja insolvência deixa de ter uma conotação pejorativa e começa a ser vista como algo inerente ao risco empresarial e da atividade econômica que se submetem às condições do mercado.

O reconhecimento da função social da empresa e dos efeitos nefastos que a paralisação de certos agentes econômicos produz fez com que o legislador percebesse que muitas vezes a permanência do devedor em crise poderia ser mais benéfica do que a sua imediata exclusão do meio empresarial, ante a possibilidade de sua recuperação e da consequente manutenção de sua atividade socioeconômica⁵⁴.

Em se tratando do Brasil, seguindo a mesma linha dos demais países que adotavam medidas pessoais de cobrança de dívidas, a execução do devedor insolvente ainda possuía caráter repressivo, tendo como objeto a satisfação das pretensões por meio do punitivismo e do castigo corporal contra a pessoa do falido.

Após diversas Ordenações instauradas pelo regime colonial português e durante o Brasil Império, as mudanças incorporadas ao sistema mercantil fizeram com que os mercadores e comerciantes nacionais exigissem da corte real a criação de leis adequadas à realidade econômica brasileira de acordo com as peculiaridades do nosso mercado à época.

No ano de 1850, então, foi promulgado o primeiro Código Comercial Brasileiro, a Lei 556. A terceira parte do diploma dispunha sobre o Direito Falimentar, cujo capítulo terceiro era

⁵⁴ Ibid. p. 1171.

intitulado “Das Quebras”. Discutia-se que esse Código Comercial brasileiro havia dado excessiva importância aos interesses dos credores, concedendo-lhes tal autonomia que, ao juiz, cabia apenas homologar as suas decisões tomadas em assembleia geral.

Muita ênfase era dada à ruína do devedor como resultado inevitável de sua falência sem qualquer alternativa. “E mais, os críticos dessa legislação acusavam o Código de lento e muito dispendioso, e ao mesmo tempo sustentavam que ele havia conseguido a proeza de prejudicar tanto devedores quanto credores”⁵⁵.

Já durante o período Republicano, a resposta para essas críticas ocorreu somente 30 anos depois, com as modificações legislativas promovidas pelo Decreto 917/1980, que revogou o decreto 718. O novo *codex*, foi criado pelo jurista Carlos de Carvalho, que em linhas gerais introduziu modificações positivas em relação ao Direito da Insolvência.

O regramento imposto pelo Decreto incorporou aspectos mais objetivos no tocante a possibilidade de decretação da quebra do devedor, principalmente pela previsão do § 1º do art. 1º, que elencava os chamados “atos de falência”, e ainda, previa a quebra pela impontualidade injustificada nos pagamentos.

Por outro lado, havia a possibilidade de o devedor evitar a quebra por meio de uma moratória, requerida pelo comerciante antes do protesto. O devedor também poderia celebrar um acordo ou concordata extrajudicial com os credores ou, ainda, solicitar a convocação destes para lhes fazer a cessão de seus bens.

Inaugurava-se, portanto, a Concordata no diploma falimentar brasileiro. “A validade da concordata dependia da aprovação de credores que representassem três quartos da totalidade dos créditos quirografários até então reconhecidos como verdadeiros e admitidos no passivo”⁵⁶.

Passados alguns anos, após a entrada e saída de diversos decretos falimentares que foram parcialmente eficazes na abordagem da matéria, em 1945 consolida-se a primeira legislação falimentar condizente com as necessidades dos comerciantes, o Decreto 7661/45, marcando a quarta fase do direito falimentar brasileiro.

Com a promulgação do referido decreto, o sistema concursal passa a ter uma nova roupagem, promovendo meios de continuidade da atividade econômica do falido e da liquidação dos créditos por meio da realização do ativo da empresa devedora, consagrando a

⁵⁵ Ibid. p.1173.

⁵⁶ Ibid. p. 67.

pluralidade de interesses e a classificação multitudinária dos créditos de acordo com a natureza de cada um, além de regulamentar os crimes falimentares.

Todavia, por meio de uma sistemática processual que prestigiava a morosidade e condenava ao relento os créditos não públicos, e enfatizando o componente punitivo do concurso coletivo, “a LFC (Lei de Falências e Concordatas) já não dava conta dos intrincados problemas diuturnamente gerados pelos processos de concordata e de falência, cada vez mais complexos e burocráticos”⁵⁷.

Após décadas de pressão de toda a coletividade jurídico-empresarial, a reforma da legislação concursal tornava-se inevitável. O enfoque cobrado pela comunidade comercial ligada ao instituto da insolvência, se alastrava principalmente em relação as modificações na Concordata e nas medidas de saneamento da crise empresarial.

As circunstâncias narradas foram o estopim para a implementação de uma legislação falimentar mais moderna que, na gestão do presidente Itamar Franco, em 1993, foi entregue ao Congresso Nacional, mas que diante das mais de 400 emendas apresentadas veio ser aprovado após mais de 10 anos no ano de 2005. Tratava-se da Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

A então intitulada Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LRE; LRF; LRFJ; LRFJ) passou a regular os institutos da Recuperação Judicial, Extrajudicial e da Falência, além de representar um movimento jurídico-legislativo que prioriza a preservação da fonte produtora e abarca interesses de credores e devedores, conferindo uma paridade de recursos aos diversos agentes envolvidos no processo de insolvência.

Na lição do trio sulista⁵⁸, a norma:

Marcoou uma profunda modificação no direito concursal brasileiro, passando a conhecer o direito positivo brasileiro, pela primeira vez, mecanismos especificamente criados para viabilizar a superação da crise empresarial, afastando-se de institutos como a concordada moratória, e sendo repelida a ideia de que as dificuldades econômico-financeiras devem necessariamente caminhar à liquidação dos ativos do devedor, em vista da melhor satisfação dos seus credores.

Kirschbaum⁵⁹ disserta que “a recuperação judicial instituída pela LRF foi concebida à semelhança da *corporate reorganization* prevista no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* de 1978, diploma aplicável à insolvência empresarial nos Estados Unidos” [...] “a *reorganization* é

⁵⁷ Ibid. p. 1174.

⁵⁸ SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2012, *op. cit.* p. 128.

⁵⁹ KIRSCHBAUM, 2015, *et. al.*

instituto voltado à superação da crise econômico-financeira, estruturado de forma que os credores e os sócios da devedora negociem um acordo que resulte na reformulação da estrutura de capital da sociedade devedora”.

A promulgação da nova lei de falências foi um marco histórico no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive considerada por muitos juristas como uma das maiores e mais importantes inovações legislativas desde a Constituição Federal.

A recuperação de empresas, prática prevista apenas na legislação americana, agora, tem sua aplicação também em favor das empresas brasileiras, marcando a celebração dos princípios da ordem econômica.

A Lei Falimentar trouxe consigo uma demonstração de que dificilmente haverá harmonia econômico-social quando esses aspectos caminharem individualmente em descompasso, ou seja, para um pleno balanceamento do desenvolvimento econômico é necessário que ele seja equalizado para atingir um fim social.

Pode se dizer que, nela estão previstas ambas as formas, material e procedimental, de definição do interesse social. O problema, é que não há estrita coerência entre esses instrumentos, pois, algumas distorções procedimentais não foram totalmente superadas.

Infelizmente, pecou o legislador ao deixar de estabelecer com clareza quais seriam os instrumentos procedimentais para a definição do interesse social e isso é motivo de séria preocupação, sobretudo porque, a persecução coerente de uma ou outra visão do interesse social depende diretamente da coerência entre aspectos materiais e procedimentais de sua definição legal e não apenas jurisprudencial ou doutrinária.

Embora algumas situações apontem para o lado oposto, é possível afirmar, ainda que uma melhor análise seja feita adiante, que caso aplicado de forma efetiva, o processo de recuperação de empresa permite, através da limitação de responsabilidade, dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último.

3.2 Considerações sobre o princípio da preservação da empresa

Recuperar significa regenerar, reestabelecer-se, readequar, ganhar novas forças, estar revigorado, recompor-se, reaver *status quo*, preservar. Dessa introdução epistemológica extraímos que do ponto de vista material reconhece-se, como não poderia deixar de ser, a imanência entre recuperação da empresa e a ideia institucionalista de preservação da empresa.

Estampado no art. 47 da Lei 11.101/05, encontra-se o objetivo principal da nova legislação falimentar “*viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*”.

Sob a concretização do *princípio da par conditio creditorum*, passa-se enxergar a empresa como um pilar essencial ao desenvolvimento socioeconômico e não como mero agente da cadeia produtiva, porém, na mesma medida, não se desprezou o fato de que os credores deveriam ter seus interesses protegidos, sobretudo porque, a recuperação de crédito tem papel essencial no trato socioeconômico perseguido pela superação da crise pelo devedor.

O grande preceito incorporado ao corpo legislativo através dos anos, diz respeito ao conceito do estado de crise, sua superação e a exata definição daquilo sedimentado no preceito da insolvabilidade. Isso é, nem sempre *estado de crise* é sinônimo de insolvência, pois não são raros os casos em que a crise vem associada à ausência de liquidez dos ativos frente ao passivo.

Explica-se. Nesse caso, a empresa devedora possui um robusto ativo frente ao passivo, porém, por inúmeros fatores gerenciais ou operacionais, pode sofrer de crise de liquidez pelo fato de a maioria de seus recursos se encontrarem imobilizados, o que impede, com isso, a possibilidade de uma rápida alienação, impossibilitando uma efetiva injeção de capital para pagamento dos credores.

Sob a perspectiva de Rachel Sztajn⁶⁰, a liquidez:

É a aptidão de transformar facilmente e sem perda, ativos não monetários em moeda. Solvência é a aptidão para, no plano patrimonial, solver todas as obrigações, o que significa que o total do ativo é, no mínimo, igual ao total do passivo. Crise financeira implica iliquidez, incapacidade de, momentaneamente, adimplir, que não tem como causa desequilíbrio patrimonial negativo ou adverso. Daí que a concessão ou ampliação do prazo para adimplir permite liquidar alguns ativos que, transformados em moeda, servirão para pagar o passivo sem que isso afete a solvência futura do devedor.

Nessa linha de raciocínio, “o legislador, ao tentar dificultar o requerimento de quebra, elevando o valor mínimo e determinando a caracterização da impontualidade ou a prática de

⁶⁰ SZTAJN, Rachel. **Da Recuperação Judicial: Disposições Gerais**. In: Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência. SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antonio Sergio Moraes (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 220-247.

atos de insolvência, mesmo assim insistiu em preservar a empresa, impondo-lhe, como última possibilidade, a defesa por intermédio do pedido expresso de recuperação judicial”⁶¹.

Meio de defesa porque, o intento do legislador ao permitir como última chance o pedido recuperatório, concede às empresas de boa-fé, que outrora acreditaram que poderiam alcançar patamares econômicos maiores, porém sem sucesso, a derradeira oportunidade de evitar a decretação da falência e as dores que ela traz.

Isso não significa que os requerimentos de quebra não serão concomitantemente formulados em face do devedor, inclusive podendo prosperar caso a recuperação não seja concedida a tempo. “Nessa circunstância, compete ao juízo universal, antes de tudo, verificar a boa-fé da pretensão e se ela atende aos mínimos requisitos preconizados pelo legislador, a fim de evitar a prorrogação desnecessária para efeito de sentença falimentar”⁶².

Ademais, a partir do momento em que o instituto da insolvência passou a compreender que o risco é inerente à atividade empresarial, “mesmo que seja preciso transferir a organização produtiva a terceiros, dividir as operações e concentrar esforços em algumas áreas, sempre tendo presente que se trata de um patrimônio, escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade empresarial”⁶³, quer seja em sua inteireza, quer seja por meio de sua divisão e posterior alienação em blocos. Se a crise for transitória, de liquidez ou de pequeno desequilíbrio patrimonial, evita-se destruir a atividade.

Se, de outro lado, a crise for grave, sendo inviável a recomposição da organização, melhor tratar de desfazê-la o mais rapidamente possível evitando a propagação dos danos e enviando claros sinais de que não serão feitas concessões a empresários ou empresas cuja continuidade não se justifique no plano econômico.

Implica dizer, também, que apesar da linha institucionalista adotada pelo artigo 47 da LRF, a função social da empresa presente na redação do dispositivo indica uma visão reestruturada sobre organização empresarial, principalmente porque sua existência encontra pedra de toque na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve

⁶¹ ABRÃO, Carlos Henrique. **A recuperação no procedimento falimentar**. In: Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. SATIRO, Francisco; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 40.

⁶² Ibid. p.49

⁶³ SZTAJN, 2007, *op. cit.* p. 220-247.

ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade. Nesse sentido é que se busca preservá-la.

E não é só. As empresas que compõem o mercado somente atingem sua função social através do lucro e isso significa, de um forma lógica, que empresas em crise não auferem lucro e, muitas vezes, experimentam prejuízos.

Isso é, quando falamos em eficiência da recuperação, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados e desempenho.

Embora em linhas gerais o princípio da preservação da empresa esteja intimamente ligado ao instituto da recuperação judicial e aos meios de soerguimento propriamente ditos, seja pelo aspecto prático que se desenvolveu dentro do direito da insolvência, seja pelos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que rondam a matéria, ao nosso ver, a falência da sociedade empresaria também pode ser tratada como uma das medidas que visam a efetivação do fim social ligado à preservação da empresa.

Com isso não estamos a dizer que a falência preserva a empresa em seu aspecto operacional, ainda que em alguns casos de falência continuada isso seja possível, mas em seu aspecto socioeconômico, pois a falência garante, em tese, uma solução global para diversos interesses abarcados pelo desempenho da empresa em uma sociedade econômica organizativa e estruturada, sempre apta a atingir o fim social.

Preserva no sentido de realocar os ativos da devedora em favor daqueles que podem dar-lhes destinação efetiva no trato mercadológico, vindo a utilizá-los de acordo com a necessidade do mercado e dos meios de produção; preserva pela formação do concurso de credores na esfera falimentar, onde todos recebem a paridade de recursos e tratamento, e adquirem o direito de reaver os seus créditos sem deságio, desde que os ativos da devedora sejam suficientes para tanto; preserva, também, pela soma da real possibilidade de reinserção do empresário falido no mercado por meio do *fresh start*.

A falência é medida necessária para extirpar do mercado as empresas economicamente inviáveis, o que representa na cadeia produtiva a eliminação de um agente que deixa de cumprir seu papel social. Em termos simples, a empresa inviável afeta as demais, direta ou indiretamente, por diversos fatores.

A uma, porque a atividade comprometida desta empresa em si representa para as empresas codependentes uma ruptura na relação comercial, independentemente se de consumo ou de fornecimento, logo, isso causa um desnivelamento na cadeia produtiva ainda que tal empresa possa ser rapidamente substituída por outra na ponta da estrutura.

A duas, porque a remoção da empresa inviável do mercado abre espaço para a renovação da fonte produtora o que possibilita a exploração daquele nicho por uma nova empresa, mais renovada, mais moderna e menos dispendiosa. Significa, nesse caso, que o aspecto social posto pela preservação da empresa será reconhecido em prol de outros agentes que não a empresa falida, todavia, não deixa de ter sua ingerência no âmbito socioeconômico.

De uma forma ou de outra, o legislador houve por bem considerar que em face de identificada situação de crise econômico-financeira da empresa, a liquidação e o encerramento não seriam as melhores alternativas se considerados os benefícios que o desenvolvimento da atividade comercial agrega para a economia como um todo.

A quebra, se aplicada em todo e qualquer caso, não afetaria somente os próprios detentores do capital da sociedade e a recuperação dos créditos pelos credores, mas todo o elo de interesses construído em torno da operação, ainda que muitas das vezes colidam entre si.

A respeito disso, não podemos adotar uma concepção de que a preservação da empresa carrega um viés legal pró-devedor. Na verdade, o princípio em seus aspectos intrínsecos, busca satisfazer os interesses gerais por ele abrangidos, pois a preocupação com a manutenção da empresa vem diretamente atrelada à ideia da substituição de um ‘direito falimentar’ em seu aspecto puro e simples, por um ‘direito das empresas em dificuldade’.

Ao identificar a própria empresa em crise como centro da solução legislativa proporcionada pelo direito recuperatório, todos os aspectos acessórios que eventualmente viriam a ser colocados em risco pela aplicação de uma falência precoce, agora, tem uma segunda chance através da recuperação da empresa em sua totalidade.

Mas ao falarmos em função social, cabe, ainda que brevemente, descortinar aquilo que se entende pela adoção do termo. À luz da LRF, há um percurso lastreado na função social da propriedade abarcada pelo art. 170 da Constituição Federal, no entanto, direcionada às características centrais da empresa e da atividade privada.

Sob a perspectiva da empresa, passa-se a perfilhar o valor da dela em relação à sociedade e à economia das quais ela participa, o que contribui para a compreensão da sua

função social. Há posicionamentos que ligam a função social da empresa umbilicalmente à sua atenção responsável frente aos diversos seguimentos da sociedade em geral, isso é, diz respeito à imposição de deveres positivos em relação a todos aqueles que de alguma forma tenham contato com a sociedade empresaria.

Leciona, nesse sentido, Sheila Neder⁶⁴:

Em consonância com a Constituição Federal, a Lei de Recuperação e Falência reconheceu a relevância da empresa como importante instrumento à consecução do desenvolvimento econômico e social e indicou o necessário exercício de sua função social. Assim, a ponderação dos mais variados interesses em jogo e do papel exercido pela empresa na economia em que atua não pode ser ignorada por aqueles que decidirão acerca do destino da empresa em crise.

Por este ângulo, é importante reconhecer que o exercício da função social encontra amparo na real capacidade da organização de atender aos anseios de uma sociedade globalizada e em evolução. Além disso, como já dissemos, a função social da empresa não é adotada apenas no âmbito do processo de recuperação, pois em sendo o caso, sua liquidação pode ser mais benéfica caso sua reestruturação seja inviável mesmo com a atuação do Poder Judiciário.

Embora todos esses traços demonstrem uma perspectiva menos enviesada e mais objetiva, até que a norma alcançasse esse contorno, conforme muito bem apontado por Fabio Konder Comparato⁶⁵, os diplomas pátrios caminharam em movimento pendular, debatendo-se entre a proteção dos interesses do devedor e dos credores.

De uma conclusão simples desse contexto, temos que o papel atribuído aos credores durante os procedimentos concursais foi, ora salientado e ora atenuado, de acordo com o interesse que, no momento, se pretendia salvaguardar.

Atualmente o direito falimentar, assim como os agentes que dele fazem parte, estão mais atentos para superação desse dualismo, sobretudo porque não há mais espaços para oscilações em relação ao elevado grau de complexidade que os processos de insolvência possuem, pela infinidade de credores, de capital, de investidores, dentre outras nuances.

É possível compreender que a posição adotada pelo legislador no tocante a proteção da empresa em crise, sobretudo através do princípio da preservação, tende a legitimar os preceitos da ordem econômica constitucional estabelecidos no art. 170, considerando que o

⁶⁴ CEREZETTI, 2012, *op. cit.* p. 175.

⁶⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

desenvolvimento da atividade empresaria tende a promover, também, a preservação do aspecto socioeconômico, o qual é umbilicalmente ligado à produção de riquezas, a geração de empregos e de investimentos em áreas que não são totalmente atendidas pelo Poder Público.

Não se pode desprezar, contudo, que a mesma Lei que fornece à empresa devedora o ambiente necessário para seu soerguimento, também prevê mecanismos que conferem ao estado-juiz o poder de fiscalizar a atividade da empresa em crise para que não haja um desvirtuamento do instituto durante o período do processo de recuperação judicial, que, inicialmente, tem o prazo de duração de 2 anos, conforme previsto pelo art. 48 da LRF.

Durante o período bienal, a recuperanda estará sob a vigilância do Poder Judiciário, com auxílio profissional de um Administrador Judicial nomeado pelo juízo falimentar, que será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada, que atuará como os “olhos” do juiz com relação ao cumprimento, pela devedora, da Lei Falimentar e das disposições contidas no Plano de Recuperação Judicial (PRJ) aprovado pelos credores em Assembleia Geral (AGC).

Toda essa estrutura profissional e fiscalizatória, tem o objetivo de viabilizar o melhor cumprimento do princípio da preservação da empresa, principalmente evitando que a devedora utilize o Direito da Insolvência a seu bel-prazer com a adoção de práticas contrarias ao aspecto social esperado pela Lei Regente, as quais variam desde o descumprimento das disposições contidas no PRJ, até a utilização da pessoa jurídica em favor dos sócios e acionistas, deixando em segundo plano o adimplemento dos créditos e os interesses dos credores.

Se, porventura, a empresa em crise não satisfizer as condições mínimas para obtenção de acesso ao instituto recuperatório, seja pela ausência de cumprimento dos requisitos postos pela legislação, seja pelo desvirtuamento do processo recuperacional com práticas contrarias aos preceitos estabelecidos pela norma, diversas penalidades poderão ser aplicadas pelo juiz, isso inclui desde o afastamento dos gestores da recuperanda caso existam irregularidades, até a aplicação de punições mais severas como a decretação da quebra.

Apesar de importantes os aspectos procedimentais estabelecidos pela Lei Regente, em especial a enumeração dos requisitos a serem preenchidos pela empresa em crise para acesso aos mecanismos de soerguimento com apoio institucional do Poder Judiciário, o objetivo deste ensaio não é necessariamente elencar o passo-a-passo do procedimento recuperacional, mas analisar de forma teórica as nuances que orbitam sobre o direito das empresas em crise, sobretudo naquilo que vem ligado ao princípio da preservação da empresa.

Ressalte-se que, não estamos a dizer que o formato legislativo atual do instituto condiz totalmente com a realidade econômica brasileira, porém, enxergamos que em aspectos evolutivos o direito da insolvência vem caminhando em direção à proteção de uma sistemática mais coerente, que, superando o movimento dualista pendular, visa amparar uma esfera multitudinária de fatores a ele atrelados.

A investigação, na verdade, consiste em demonstrar como o preceito abarcado pela Lei Falimentar atua na legitimação dos demais objetivos lastreados na Constituição Federal no que diz respeito a função social da propriedade, que, por sua vez, se estende ao princípio da função social da empresa em seu aspecto mais peculiar, ainda que eles não sejam amplamente equivalentes com relação aos objetivos finais esperados pelo legislador.

Como bem explicado por Ricardo Negrão⁶⁶, “ao falarmos em preservação da empresa, portanto, não nos baseamos em uma relação de sujeito-objeto (propriedade), mas de atividade a ser preservada, independentemente de seu sujeito”, logo, é certo que, ao mesmo tempo que se preserva uma determinada atividade, todas as relações dela codependentes, como os bens de produção e a força de trabalho, serão, ao menos em tese, igualmente mantidas.

O autor ainda pondera que há entre empresa-atividade e empresa-objeto-corporação uma relação de interdependência, porém com alguns valores não tanto equivalentes, isso porque, não é sempre que a manutenção do emprego dos trabalhadores e do estabelecimento comercial implicará na manutenção da empresa atividade, no entanto, há maior probabilidade de que os empregos sejam mantidos e a atividade preservada, se amplamente recuperada a atividade empresária da empresa em crise.

Concluimos, sob esse prisma, reforçando que a Lei de Recuperação e Falência, precursora de uma nova perspectiva do direito concursal pátrio, atualmente edificado sobre o princípio da preservação da empresa, é capaz de, sendo adequadamente interpretada e aplicada, colocar o ordenamento concursal brasileiro novamente nos trilhos, para que haja uma real superação do movimento pendular que tanto prejudica o procedimento.

3.3 Os desbalanceamentos dos interesses envolvidos na recuperação da empresa em crise

Ao longo dos tópicos anteriores anotamos algumas considerações expositivas sobre a complexidade e a proporção estrutural, onde, hoje, estão inseridos os processos de insolvência regidos pela Lei 11.101/05. Traçado esse panorama prévio, a discussão a ser abordada neste

⁶⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2019.

tópico tem como pilar central um dos mais importantes elementos que estão ligados à complexidade do direito recuperatório, senão o mais importante: a análise da multiplicidade de interesses que são abarcados pelo direito das empresas em crise.

Identificamos no curso dessa dissertação que o ordenamento jurídico de insolvência atual se encontra lastreado no princípio da preservação da empresa, princípio que, por si só, engloba outros aspectos socioeconômicos relevantes e são igualmente preservados quando há o soerguimento do devedor insolvente.

Muito embora a legislação falimentar venha caminhando na busca pela correção de assimetrias normativas e institucionais ligadas diretamente ao procedimento de recuperação de empresas e da falência, vale ressaltar que essas incorreções nem sempre são causadas por falhas no próprio texto da norma, isso é, não raro, são causadas pelos próprios agentes que atuam no processo, a exemplo da recuperanda, dos sócios, gestores, acionistas, credores, dentre outros.

Este cenário conflitante ainda visto na Lei de Falências, infelizmente revela que há claro desequilíbrio com relação a participação ativa desses vários interessados envolvidos pelo processo recuperatório. Apesar das considerações favoráveis à recuperação das empresas em crise que foram tecidas por nós nesta pesquisa, a discussão posta neste tópico nos faz analisar este desbalanceamento por uma lente um pouco mais crítica.

Na teoria, o estudo do instituto da insolvência mostra que a norma falimentar é uma relevante ferramenta para o soerguimento das empresas em crise, no entanto, o texto, se analisado de modo mais rigoroso, expõe que há uma clara influência dos interesses puramente financeiros na recuperação do devedor empresário, em detrimento dos interesses dos credores e outros agentes que haveriam de ser igualmente protegidos pela legislação.

À essa altura, contudo, depois de tantos elementos favoráveis ao instituto da recuperação da empresas em crise, nos perguntamos como é possível que a LRF possua este viés, sendo que, o art. 41 da norma, introduzido na seção denominada “Da Assembleia Geral de Credores”, garante os credores o poder de decidir sobre o futuro da devedora – se aprovado o PRJ, a recuperação seguirá; se reprovado, será decreta da quebra da sociedade empresaria.

O primeiro ponto sobre o desnivelamento na proteção de interesses na recuperação judicial já se revela no texto deste dispositivo. Isso porque, os credores aptos a votar em AGC não representam a integralidade dos interesses, considerando que os trabalhadores nem sempre serão credores da devedora, ou seja, se os empregados, aqueles que possuem interesse direto na

continuidade da atividade empresaria pela manutenção de seus postos de emprego, não podem votar acerca do Plano de Recuperação Judicial, há, portanto, uma lacuna procedimental.

Não se pretende adentrar, aqui, na seara da votação do PRJ em AGC, a divisão dos votos por classe e o quórum necessário para aprovação das condições propostas pela devedora, mas pôr à discussão o fato de que a própria norma cria uma estrutura de condições pouco isonômicas, mesmo que sobre o pretexto de que, assim, se está buscando a preservação da empresa, o que deve ser superado.

Por outro lado, no entanto, essa questão demonstra uma impropriedade legal criada em desfavor de agentes importantes que estão diretamente interessados no soerguimento da empresa em crise. Os trabalhadores, no mais da vezes, são os mais afetados com a insegurança de ver o declínio da atividade da empresa devedora, isso é, sofrem pela possibilidade de perderem os seus empregos drasticamente, o sustento de suas famílias e os recursos necessários para sua subsistência, logo, deveriam receber especial proteção.

Embora esse seja o aspecto central da controvérsia, não foi apenas o interesse dos trabalhadores que recebeu proteção procedimental assimétrica, sendo que, também, o interesse dos acionistas minoritários se mostra desprotegido. Constatamos isso também da leitura do próprio art. 41, que deixa de enumerar os acionistas minoritários como detentores de direito a voto em assembleia de credores.

O problema reside, por assim dizer, nas regras de interpretação do significado do termo “credor”, pois quanto a classificação dos créditos ela é inteiramente diversa se compreendermos que os acionistas minoritários não estão englobados pelas classes de credores propriamente ditas, no entanto, tão mais bem formatado e definido será o interesse social quanto mais interesses afetados pela sociedade estiverem incluídos no processo deliberativo.

Entendimento que é adotado por Cerezetti⁶⁷:

É de se entender que os minoritários, ainda que titulares de crédito condicionado e subordinado aos demais, estão incluídos na regra ampla que prevê a participação na deliberação em separado dos credores quirografários de todos aqueles “titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados”. A inclusão expressa dos créditos subordinados deixa claro que os minoritários devem aí estar incluídos. A questão que imediatamente se coloca é porque não reconhecer então a possibilidade de participação de todos os acionistas, inclusive os controladores.

⁶⁷ CEREZETTI, 2012, *op. cit.* p. 148.

O que ocorre, na verdade, é que em relação aos controladores das sociedades empresárias, principalmente nas sociedades anônimas, a norma identifica o controlador como o próprio devedor, em igual sentido ao que está disposto no art. 116 da Lei 6.404/76, daí porque o controle da sociedade permanece sob sua gestão, o que leva a concluir que se o devedor é o controlador, ele não pode ser classificado com um dos credores e, via de consequência, é excluído da Assembleia Geral de Credores.

Interpretando dessa forma, o problema parece resolvido no que diz respeito a existência do desequilíbrio entre a definição institucional e o desnivelamento entre os credores cuja representação procedimental e o direito a participação direta no processo recuperatório é legalmente reconhecida, porém, existe uma real antítese entre a função social da empresa e a soberania dos credores nas recuperações.

Partindo do pressuposto de que há uma clara relação de poder nas sociedades empresariais, o que também se transporta para o processo de recuperação de empresas, vemos que esse poder, na maioria das vezes, tende a beneficiar apenas aqueles que o detém, deixando de fora os que dele são dependentes ainda mais vulneráveis, bem como mais suscetíveis ao cunho decisório dos agentes que definirão o caminho a ser trilhado pela empresa em crise.

A própria letra do parágrafo único da Lei 6404/76 estabelece que o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua *função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua*, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Daí extraímos que o legislador sempre teve como objetivo, seja no direito societário, ou no direito falimentar, atingir a função social da empresa e proteger tantos interesses quanto fossem possíveis durante o desempenho da atividade econômica, ou até mesmo no declínio dela, quando falamos em empresas insolventes.

“Está definitivamente consolidada entre nós a noção de que a empresa exerce função social, até por determinação constitucional (art. 170, *caput* e inc. III, da CF)⁶⁸” e por isso a discussão deve ser valorada de acordo com tal princípio, não havendo margem para desequilíbrios em prol de interesses paralelos.

⁶⁸ Ibid. p. 164

O que importa demonstrar é que a atividade empresarial não se esgota nesses polos, em uma gama de interesses previamente favorecida ou apenas “na atividade produtiva geradora de riquezas” independentemente da forma societária em que esteja enquadrada.

Devemos fechar o espaço para pensamentos egoísticos durante o processo de soerguimento da empresa devedora, sobretudo por força da constituição que obrigatoriamente atribui o dever de atender outros aspectos indiretamente interligados, como os direitos dos consumidores, o regime de livre concorrência, a preservação do meio ambiente, o patrimônio sociocultural, a erradicação da pobreza e o desenvolvimento econômico.

Isso certamente não significa que a legislação falimentar tenha conferido uma nova roupagem política ou diferenciada ao devedor empresário ou a atividade empresaria, até porque, tais valores, como arestas do regime capitalista, vêm se incorporando à todas as esferas do regime jurídico-econômico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

No caso da Lei 11.101/05, os credores têm o importante papel de reconhecer se a empresa devedora cumpre adequadamente ou não o seu papel social, a fim de decidir se a ela será oportunizada a possibilidade de soerguimento e a manutenção do eixo produtor de riquezas por meio do processo recuperatório. Mas esta afirmação não pode ser tida como absoluta.

Abrindo-se um parêntese a respeito, também reconhecemos que há interesses extra-societários que necessariamente precisam ser identificados e protegidos, principalmente através dos poderes conferidos pela norma para votação em Assembleia Geral de Credores.

Isso engloba, inclusive, o interesse das Fazendas Públicas, pois o recolhimento de tributos impacta diretamente no investimento público e no equilíbrio da sociedade em geral, todavia, o poder conferido aos credores nem sempre estão em ponto de convergência.

Ainda caminhando pela lição de Sheila Neder Cerezetti⁶⁹, pode se dizer que:

A Lei – 11.101/05 – reafirma, explicita e enfatiza a função social da atividade empresarial, qualificando-a como fonte produtora que cabe manter e preservar, em prol do estímulo à atividade econômica, e há aqui, implícita e indiretamente referido, outro centro de interesses, da sociedade em geral e da Fazenda Pública, em particular, que dela recebe tributos – objetivos que, nem sempre, ou raramente, estão na mira dos credores, que segundo a lógica do capitalismo procuram, como razão de eficiência empresarial, proteger e recuperar os seus créditos da empresa em crise.

⁶⁹ Ibid. p. 170

Sucedem que, o Plano de Recuperação, a ser apresentado pelo devedor (art. 53), é diretamente submetido à apreciação exclusiva e deliberada dos credores que podem aprová-lo tacitamente ou votá-lo em AGC, onde poderão aprová-lo ordinariamente por meio da votação, rejeitá-lo ou modificá-lo (art. 35, I, a), demonstrando clara soberania dos credores, ainda que esta possa ser mitigada por meio de outras questões que orbitam acerca do controle da empresa devedora. Por outro lado, é da natureza da atividade empresarial que o credor persiga seus interesses pessoais, mesmo porque a própria atividade exercida tem, ela própria, função social.

Embora seja necessário tratar com cautela essa multiplicidade de interesses que estão abarcados pelo direito concursal, é natural que estando diante de um procedimento que vise a recuperação de créditos pelos credores, algumas ações imediatistas sejam adotadas por uma parcela de pessoas que queiram proteger seu direito individual, situação própria do regime capitalista, independentemente do viés que seja analisado.

Voltando ao cerne da discussão, o protagonismo dos credores até certo ponto não é tão eficiente quanto parece ser. Não lhes foi dado tanto poder capaz de superar aquele conferido aos próprios sócios, gestores e acionistas, ainda que possam decidir, nada mais, nada menos, do que sobre o futuro da empresa em crise.

A boa intenção do legislador resultou, sim, na atribuição de maiores poderes aos credores positivamente falando, diferentemente do que se via nos processos regidos pela antiga Lei da Concordata (Decreto-lei 7661/45).

A mencionada autonomia conferida aos credores pela Lei Falimentar limita-se tão somente à votação do Plano de Recuperação Judicial como já analisamos preteritamente, inclusive porque, o plano é elaborado pela própria devedora, logo, quase sempre serão adotadas as medidas que melhor atendam aos seus interesses.

“A empresa em crise é a única participante detentora de elementos suficientes para propor formas de negociação e reestruturação do seu passivo, pois tem as informações necessárias a respeito do fluxo de caixa, do ativo, dos recebíveis e do custo da operação”⁷⁰.

Tivemos a oportunidade de abordar a discussão a respeito do desbalanceamento dos interesses na recuperação judicial também em outro trabalho, sendo certo que as ideias se concatenam perfeitamente ao que estamos expondo:

⁷⁰ COELHO, Marco Aurélio Ferreira. **O microssistema brasileiro de insolvência sob a perspectiva crítico-estruturalista**. Boletim Conteúdo Jurídico, n. 999. Outubro, 2021.

Esse contexto, onde a recuperanda é a responsável por estruturar o plano de recuperação judicial demonstra uma inclinação pró-devedor, o que implica em um desbalanceamento no ambiente de negociação entre os credores e a recuperanda. Isso porque, o controle da empresa em recuperação judicial permanecerá com os sócios, acionistas, administradores e/ou controladores, não levando em consideração que estes agentes podem ser os responsáveis por todas as dificuldades enfrentadas pela empresa o que, conseqüentemente, a levou ao estado de insolvência, não deixando alternativa senão a busca pelo poder judiciário⁷¹.

A partir dessa concepção, em que em alguns casos a crise da empresa é causada pelos próprios gestores, não há justificativa em recuperar um empreendimento vitimado pela displicência daqueles que deveriam conduzi-la ao crescimento, ou, ainda, soerguer judicialmente esta empresa e entregar sua gestão, totalmente reorganizada, aos antigos titulares, muito menos permitir a retomada da concepção do estado-empresário, até então superada.

Podemos afirmar que a posição ocupada pelo administrador da devedora “corresponde a inclinação “pró-devedor” da Lei, justifica-se diante do pressuposto de que determinados titulares de interesses, especificamente trabalhadores e fornecedores de bens e serviços, usualmente não costumam se beneficiar da decisão de liquidação da empresa”⁷².

De se observar, portanto, que a estrutura de poder vista nos processos de recuperação judicial, exercida pelos controladores, executivos e administradores da devedora, não é equânime do ponto de vista negocial, sequer do ponto de vista daqueles maiores interessados na superação do estado de crise econômico-financeira já multicitados no curso deste trabalho, sobretudo porque, após a aprovação do Plano de Recuperação Judicial, o futuro da sociedade empresarial ainda estará nas mãos dos gestores displicentes.

Nos parece que essa opção legislativa de manutenção da gestão originária da empresa no topo da estrutura de poder – diferentemente do que ocorre na falência onde o devedor empresário é afastado por completo da atividade – é a principal causa do desequilíbrio das recuperações judiciais atualmente. Inúmeros problemas são desencadeados durante o procedimento por causa dessas mesmas pessoas, considerando que “eles possuem acesso direto a extração de capital da empresa devedora, além de serem detentores de poder para realizar a contratação de empréstimos financeiramente suicidas, ou, ainda, em alguns casos, adquirir tempo hábil para o desvio de recursos e riquezas da fonte produtora”⁷³.

⁷¹ Ibid. p. 13.

⁷² KIRSCHBAUM, 2009, *op. cit.* p. 98.

⁷³ COELHO, 2021, *op. cit.* p. 14.

Relembramos importante lição de Deborah Kirschbaum⁷⁴ sobre o tema:

A menos que devidamente monitorada, a administração de uma empresa tomadora excessivamente endividada pode acabar desperdiçando os recursos tomados com projetos de alto risco, sob a expectativa de que somente tais projetos possam produzir nível de retorno capaz de repagar as dívidas e ainda algum excedente para os sócios. A tomada de riscos excessivos em empresas muito endividadas representa um potencial de claro agravamento das perspectivas de insolvência. Assim, em situações de elevada alavancagem financeira, ainda que solvente a sociedade, os sócios são encarados como agentes cujo maior incentivo é expropriar a riqueza da empresa. O argumento contrário à preservação dos direitos societários na recuperação judicial segue essa linha de raciocínio. O Direito deve então procurar oferecer instrumentos que contrabalancem tais incentivos.

A consequência maior dessa concentração desarrazoada de poder, é a inefetividade do processo recuperatório como um todo. Em primeiro lugar, a partir do momento que o microsistema de insolvência deixa de atingir os objetivos previstos o art. 47 da Lei 11.101/05, menos empresas buscarão soerguimento e menos credores estarão dispostos a aprovar planos de recuperação judicial, sobretudo aqueles que preveem condições pouco favoráveis aos seus interesses, como prazo de pagamento alongado e a liberação excessiva de garantias.

Em segundo lugar, é muito pouco provável que a atual política legislativa de insolvência receba alterações capazes de confrontar a concentração de poder no âmago da empresa em crise, o que, no mais das vezes, ainda viabiliza o cometimento de abusos pelos gestores que outrora podem ter levado a empresa ao estado de crise.

Em terceiro lugar, considerando o baixo índice de empresas recuperáveis, os olhos estarão mais atentos aos mecanismos de pré insolvência, inclusive por parte dos agentes de mercado que contratam com as grandes empresas, pois farão o possível para evitar que seus créditos sejam submetidos ao procedimento concursal em caso de pedido de recuperação judicial por parte da devedora, a exemplo da cláusula resolutiva expressa (*ipso facto*⁷⁵).

É importante avaliar até que ponto são compensados pela tentativa de recuperação de empresas, os custos do procedimento e da alocação de poder na estrutura recuperacional, pois somente esta ponderação é capaz de instruir o juízo sobre a adequação da norma à realidade brasileira e, a partir disso, avaliar possíveis alternativas aos conceitos adotados por ela.

⁷⁴ KIRSHBAUM, 2009, *op. cit.* p. 101.

⁷⁵ Doutrinariamente, a cláusula resolutiva expressa tem sido conceituada como estipulação pactuada nos contratos bilaterais, por meio da qual a qualquer dos contratantes, caso não prefira reclamar o cumprimento da prestação, é assegurada a faculdade de provocar a resolução do contrato. Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que a prestação contemplada na cláusula resolutiva expressa deverá ser “relevante para a economia do contrato” (WILLCOX, 2017).

Alternativa não muito bem recepcionada pela doutrina e pela prática forense, é a possibilidade de que o poder e o controle da empresa devedora poderiam ser conferidos aos demais agentes envolvidos, como credores, administrador judicial e auxiliares. Não recepcionada porque não há possibilidade plausível de que a sociedade empresaria endividada tenha como controlador um terceiro que não faz a menor ideia dos custos da operação, dos repasses de informações, muito menos dos aspectos patrimoniais dos acionistas e cotistas.

Sem desprezar, ademais, como já citamos, os problemas relacionados a práticas fraudulentas decorrentes das relações de poder que são criadas dentro da própria empresa, as quais, certamente, não estão vinculadas tão somente à estrutura da insolvência propriamente dita, pois práticas fraudulentas decorrem do mundo corporativo e social em todas as esferas.

Parafrazeando Eduardo Goulart Pimenta⁷⁶:

Cabe ao legislador definir mecanismos e institutos para coibir as condutas fraudulentas que devem ser punidas e ao Poder Judiciário sancionar rigorosamente tais condutas por meio deles, como por exemplo a desconsideração da personalidade jurídica, a responsabilização civil de administradores e controladores de sociedades, a responsabilização pessoal de sócios em face da irregularidade das sociedades e assim por diante.

Talvez a aplicação de punições mais rigorosas quanto à prática de fraudes e da má-fé empresarial, aliada a realocação estrutural de poder nos processos de recuperação de empresas, poderia contribuir para que os interesses subordinados ao regime de insolvência sejam efetivamente protegidos no curso do processo recuperatório. Somente isso contribuiria para o desenvolvimento do atual modelo de recuperação de empresas no Brasil.

Por outro lado, acerca da concepção da atividade comercial sob a ótica organizativa, cabe dizer que o intuito de preservação da empresa estaria vinculado ao resguardo de uma organização que abrange inúmeros interesses, principalmente quando analisada a questão sob a ótica das organizações menores, cujo interesse é sempre relevante. Em outras palavras, portanto, a preservação da empresa é alcançada por meio de respeito, equilíbrio e integração entre os interesses por ela influenciados.

⁷⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de Empresas: Caracterização, Avanços e Limites.** Revista de Direito GV. Vol. 2. Pag. 151-166. São Paulo, 2006.

4 A (IN)EFETIVIDADE DA RECUPERAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM CRISE

Efetividade, eficiência ou eficácia, são palavras que carregam definições epistemológicas semelhantes, até mesmo podem ser consideradas sinônimas⁷⁷. Porém, há uma diferença sutil na aplicação prática desses conceitos no mundo dos fatos, principalmente nas esferas jurídica, econômica e social.

Para Pareto, na economia por exemplo, ser eficiente é a situação em que o resultado obtido não pode ser alterado sem que qualquer pessoa envolvida fique em situação pior do que a inicial. O princípio de Pareto sustenta que para 80% dos efeitos, 20% decorrem de suas causas, ou seja, os efeitos somente serão positivos sobre determinada circunstância se 20% de suas causas estiverem de acordo com o resultado almejado.

No que concerne a aplicação disso ao direito propriamente dito, a ideia se encontra diretamente ligada ao princípio da efetiva prestação da tutela jurisdicional, em termos processuais e materiais. Contudo, a prestação jurisdicional só é eficaz por parte do Poder Judiciário quando os demais institutos dele codependentes, assim como os demais poderes e agentes, possuem objetivos amplamente alinhados entre si.

A eficácia é ordinariamente vinculada à aplicação da lei, seja espontaneamente pelos seus destinatários, seja pela aplicação da sanção em caso de seu descumprimento⁷⁸. De outro lado, quando se trata especificamente sobre o conceito de efetividade, a teoria não possui consenso em relação a sua definição.

Bobbio⁷⁹ propõe que:

Efetividade ocorreria quando o poder consegue obter o resultado proposto e eficácia surge quando a norma é observada e seguida. Eficácia e efetividade estão mutuamente subordinadas em um círculo, haja vista que a eficácia da norma depende da efetividade do poder, assim como a efetividade do poder depende do fato de que as normas são eficazes. A efetividade é prova da legitimidade do poder, pois indica que o poder é habitualmente aceito e obedecido.

⁷⁷ Eficiência (*substantivo feminino*). poder, capacidade de ser efetivo; **efetividade**, eficácia. Dicionário Oxford Linguagens – versão online.

⁷⁸ AGUIAR, Julio Cesar; HABER, Melina Tostes. **Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, nº 11, 2003.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma Teoria Geral do Direito**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2015.

Para Miguel Reale⁸⁰, no entanto, “o princípio de efetividade vem associado com o reconhecimento do direito pela comunidade ou mais particularmente aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento”. Isso é, a efetividade, na verdade, é a vontade política do legislador que responde a demandas dos indivíduos submetidos ao controle normativo. É uma instrumentalidade em sentido positivo.

Aplicando esse conceito ao instituto da insolvência, entendemos que a eficiência, nesses casos, é extraída através da melhor alocação de recursos diante da insolvabilidade do empresário por meio dos mecanismos oferecidos em Lei, isso tudo por meio da formação de uma coletividade de credores para assegurar o interesse de todos, credores ou não, e o desenvolvimento da atividade comercial.

Tais desígnios são aplicáveis tanto aos procedimentos falimentares quanto recuperacionais. Na falência, em linhas gerais, ocorre a reunião de todos os ativos do devedor-empresário formando-se a Massa Falida, os quais serão posteriormente realocados no mercado por meio de alienação, cujo produto será revertido ao pagamento dos credores após a realização do procedimento previsto em Lei.

Esses mesmos objetivos se aplicam, também, ao procedimento de recuperação judicial através da renegociação universal das dívidas da empresa em crise. Para Nunes *et al*⁸¹:

Diante de uma crise econômica temporária, poderá ser mais conveniente aos credores e demais interessados na atividade conservar o desenvolvimento da atividade empresarial sob a condução do próprio devedor. Embora o protelamento da decretação de uma liquidação forçada de uma empresa economicamente inviável possa gerar maior consumo de recursos escassos pelo devedor inadimplente, em benefício próprio, e resultar em maiores perdas aos interessados, a preservação da empresa economicamente viável sob a condução do devedor poderia assegurar a manutenção das relações jurídicas estabelecidas e maiores condições para a satisfação de todos os credores e demais interessados.

Assim, um sistema de insolvência realmente efetivo, em âmbito falimentar ou recuperatório, é aquele que atende aos mais variados intentos constitucionais, principalmente no caráter protetivo. No que toca às microempresas e empresas de pequeno porte, essa questão se mostra um pouco mais peculiar do que o normal, principalmente em relação ao efetivo tratamento diferenciado e favorecido, conforme será analisado adiante.

⁸⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁸¹ NUNES, Marcelo Guedes *et. al.* **O processo de insolvência e o tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil**. Pensar Revista de Ciências Jurídica. São Paulo, 2020.

4.1 O regime jurídico de insolvência em colisão com a superação da crise das microempresas e empresas de pequeno porte

Embora a economia atue em movimentos cíclicos, ora mais baixos, ora mais altos, em economias emergentes os momentos de baixa tendem a ser mais acentuados, o que não significa dizer, necessariamente, que a crise da empresa possa ser causada tão somente por fatores externos como esse, ao contrário, a prática mostra que a maioria das empresas atravessam dificuldades por fatores internos, aqueles inerentes ao risco do próprio negócio.

Já demonstramos que os fatores de risco e as causas de crise, internas ou externas, são mais drásticas, até fatais, quando enfrentadas por empresas de pequeno porte, considerando que elas não possuem estrutura e recursos suficientes para suportar longos períodos de dificuldade sem comprometer a atividade empresarial.

Adentrando na abordagem central da nossa pesquisa, a intenção não é repetir a perspectiva já traçada sobre o instituto da recuperação judicial, *per si*, mas estudar como o processo recuperatório tem sido pouco – ou nada – efetivo para o soerguimento de microempresas e empresas de pequeno porte.

Isso decorre de fatores diversos. Esses fatores podem afetar todas as empresas de modo generalizado, os quais, somados às peculiaridades das pequenas empresas, são capazes de potencializar os efeitos em relação a elas.

Ademais, tendem a agravar a crise e dificultar a superação das adversidades econômico-financeiras, inviabilizando o desenvolvimento da atividade levando-as à quebra ou ao encerramento irregular.

Apesar disso, algumas ponderações a serem levantadas podem revelar que na realidade a dificuldade no soerguimento das pequenas empresas não guarda relação única e direta com a falha legislativa e as outras lacunas identificadas na norma falimentar, mas sim, com outros aspectos atribuídos aos diversos agentes envolvidos no sistema de insolvência atualmente regido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A bem da verdade, embora a Lei de Insolvência tenha sido pensada para realizar a manutenção da empresa no mercado, registramos a princípio, que muito se discute nos debates acadêmicos que a legislação falimentar atualmente em vigor foi elaborada para as empresas grandes, afastando, portanto, as de porte reduzido pelo elevado grau de complexidade, deixando de preservá-las.

4.1.1 Desproporcionalidades do plano de recuperação judicial especial

O plano de recuperação judicial, regido pelo art. 60 da LRF, deverá conter cláusulas que proponham, visando o maior interesse socioeconômico, uma solução eficiente para a recuperação da empresa em crise, cujo resultado deve ser a satisfação dos créditos através de uma estratégia sistematizada, ainda que, para tanto, essas estratégias não agradem alguns interessados, os quais estarão sujeitos à vontade da maioria.

A doutrina e a jurisprudência, majoritariamente entendem que o plano recuperatório possui natureza de caráter contratual⁸², estando submetido ao controle de legalidade pelo juízo e constituí um negócio jurídico plurilateral devendo preencher os requisitos civis de validade. Enquanto, de outro lado, as deliberações em Assembleia Geral de Credores possuem natureza negocial⁸³, o que pode vir a refletir no próprio plano.

Tal instrumento é, por assim dizer, o meio hábil para demonstrar a viabilidade no soerguimento da devedora, sendo que, ele deve ser acompanhado do laudo financeiro da recuperanda, onde devem constar sua situação econômica, bem como suas projeções futuras, o que o torna uma ferramenta crucial para o desenrolar do processo recuperacional.

Esse é um dos pontos mais relevantes quando falamos do procedimento previsto pela legislação falimentar, pois transcende a esfera puramente normativa da Lei e passa a envolver aspectos mais práticos, revelando a necessidade de tecnicidade em sua elaboração, sobretudo porque o plano será submetido a votação dos credores em assembleia (art. 56 da LRF).

O legislador, na expectativa de atender ao que foi previsto pela constituição em relação ao tratamento diferenciado e favorecido da microempresa e empresa de pequeno porte, introduziu na Lei de Recuperação de Empresas e Falência 3 artigos em todo o texto, que tratam, de forma um pouco mais direcionada, sobre a recuperação judicial de MPES.

O fundamento subjacente à adoção desses procedimentos simplificados reside na necessidade de se dispensar tratamento jurídico diferenciado a situações nitidamente distintas, algo assente na concepção ocidental de Justiça desde Aristóteles.

⁸² Nesse sentido: REsp 1631762/SP

⁸³ Nesse sentido: AI 2174259-81.2016.8.26.0000/SP

Na visão de Carlos Klein Zanini⁸⁴:

A introdução desse regime jurídico diferenciado pela nova Lei inspira-se em modelos já de há muito adotados em outros países. Com efeito, praticamente todas as legislações estrangeiras modernas oferecem regramentos específicos destinados à recuperação de empresas de porte reduzido, comumente caracterizados pelo abrandamento das condições impostas e simplificação do procedimento a ser observado. Não por outra razão, chama-se, na França, de Procedimento Simplificado e, na Espanha, de Procedimento Abreviado.

Estamos falando dos artigos 70 a 73 da LRF. Esses dispositivos não trazem nenhuma ponderação expressa sobre o tratamento favorecido no que concerne ao processo de recuperação judicial em si, apenas apresenta como medida diferenciada a possibilidade de as empresas menores proporem um Plano de Recuperação Judicial Especial (PRJE).

Analisando detidamente o comando normativo, observamos algumas distorções ou desproporcionalidades de cunho relevante em tal “plano especial” se comparado ao plano recuperatório ordinário previsto no art. 53, que abrange todas as empresas. De se registrar, no entanto, que a apresentação do plano especial não é uma obrigatoriedade ao pequeno empresário, o qual pode optar por apresentar o plano comum na petição inicial.

Inaugura o art. 70 da LRF, fazendo referência ao art. 1º, que o empresário e a sociedade empresaria que se enquadrarem em no conceito de pequena empresa estarão sujeitos ao quanto previsto na Seção IV da Lei. O pedido de recuperação judicial, de modo padrão, deve ser formulado por meio de petição inicial direcionada ao juízo competente, seguindo os requisitos previstos no art. 51 da norma, ao qual remetemos a leitura.

No art. 70-A temos uma novidade legislativa acrescentada pela Lei 14.112/20, que foi responsável por reformar diversos dispositivos da Lei Falimentar original. Esse dispositivo prevê expressamente a possibilidade de que o produtor rural possa apresentar o Plano de Recuperação Especial, o que será mais bem analisado adiante.

Passando a análise substancial com relação ao Plano de Recuperação Judicial Especial, adentramos na sistemática normativa do art. 71 da Lei de Recuperação de Empresas. O PRJE

⁸⁴ ZANINI, Carlos Klein. **Do plano de recuperação judicial especial para microempresas e empresas de pequeno porte**. In. Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência. SÁTIRO, Francisco; PITOMBO, Sergio Antonio de Moraes (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

deverá ser apresentado dentro do prazo geral conferido pelo art. 53 da LRF⁸⁵, ou seja, 60 dias, a contar da publicação de deferimento do processamento da recuperação.

O prazo de apresentação do plano de recuperação, o qual é comum para ambos os casos previstos na Lei Falimentar, mostra-se tanto quanto exíguo conforme a prática, o que merece que algumas ponderações sejam tecidas.

Tratando-se o plano de recuperação judicial de meio hábil para demonstração da recuperabilidade da empresa em crise, podemos afirmar que os elementos nele contidos são fruto de uma proposta de renegociação dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação, bem como de uma negociação por parte da recuperanda com os credores que irão deliberar sobre a aprovação ou reprovação do plano em AGC.

Ocorre que, a prática revela que grande parte das empresas insolventes recorrem ao Poder Judiciário tão somente quando não há mais qualquer possibilidade de superação da crise sem o auxílio do Estado. Isso decorre de um fator primordialmente cultural, considerando que o mercado tende a estigmatizar as empresas em recuperação judicial.

Soma-se a isso o fato de que, salvo raras exceções, a empresa em estado de pré-insolvência, dificilmente procura um assessoramento especializado para reestruturação do passivo, ou para uma negociação com os credores de forma extrajudicial, muito menos adota medidas preventivas contra a crise, sequer busca mecanismos alternativos para driblá-la.

Isso é, quando o empresário se vê em dificuldade ou “com a corda no pescoço”, como diz o velho brocardo, é que ele bate às portas do Poder Judiciário, visando principalmente no primeiro momento a concessão do *stay period*⁸⁶ - período de 180 dias em que as execuções contra o devedor-empresário são suspensas – pois as medidas executivas e expropriatórias na maioria das vezes tendem a inviabilizar a atividade da devedora.

Todo esse contexto deságua na seguinte consequência: pela complexidade envolvida na estrutura do processo recuperatório, a recuperanda, por sua vez, não possui a mínima

⁸⁵ **Art. 53.** O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convoação em falência [...].

⁸⁶ **Art. 6º.** A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: [...] II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência; [...] § 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do **caput** deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.

capacidade de negociar previamente com cada credor as condições do plano, postergando a negociação para AGC, o que, via de consequência retarda totalmente o procedimento.

Além disso, em virtude desse curto prazo para apresentação do PRJ, o que se vê no cotidiano é a elaboração de planos iguais, com cláusulas e condições cada vez mais genéricas, sem contar o fato de que para evitar a falência a devedora se vale de determinados artifícios para prorrogar os prazos previstos em Lei, levando a uma infinidade de dilações sem sentido.

Por uma razão lógica, se para uma empresa de grande porte negociar com os credores dentro do prazo de 60 dias até a apresentação do plano parece ser tarefa difícil, para ME e EPP a estratégia se mostra praticamente impossível.

Isso resulta em duas possibilidades.

A primeira delas, é a de que a pequena empresa possivelmente irá optar pela apresentação do plano comum ao invés do plano especial e posteriormente buscará eventuais negociações com os credores quando da realização da AGC, pois conforme a previsão do art. 72 da LRF, nesses casos a assembleia será dispensada.

A segunda hipótese, talvez a menos provável, é que a pequena empresa apresente um plano de recuperação especial “padrão”, contendo previsões genéricas e pouco efetivas ao soerguimento, salvo se possuir assessoramento altamente capacitado que possa elaborar um documento personalizado dentro do prazo legal.

Superados esses primeiros apontamentos sobre o prazo para apresentação do plano de recuperação judicial, passemos a análise dos demais incisos do art. 71. O inciso I⁸⁷ não carece de muitas observações, pois reproduz a regra geral imposta pelo art. 49 da LRF, dispondo que o plano abrangerá todos os créditos vencidos e a vencer na data do pedido de recuperação judicial, excetuando, obviamente, os repasses oficiais e os créditos de natureza fiscal.

A redação original do texto foi alterada pela Lei Complementar 147/2014. O texto anterior previa apenas a possibilidade de negociação dos créditos de natureza quirografária, que são aqueles que decorrem de negócios jurídicos diversos não garantidos.

Isso causava uma disparidade no plano, haja vista que não abarcava os créditos de natureza trabalhista ou outros decorrentes de relações negociais celebradas pela pequena

⁸⁷ Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições: I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49.

empresa, dando margem para que os credores não sujeitos à recuperação judicial adotassem medidas executivas, podendo inviabilizar a superação da crise.

Por sua vez, o plano especial, obrigatoriamente, deverá prever a possibilidade de parcelamento da dívida concursal no prazo máximo de 36 meses, podendo conter proposta de abatimento (deságio). Aqui o legislador estabeleceu uma condição que deverá ser obrigatoriamente observada pela recuperanda no plano.

O texto deste artigo também foi alterado pela LC 147 de 2014, o que não exime de críticas o referido dispositivo. A obrigatoriedade de parcelamento das dívidas em 36 meses tende a engessar a empresa em recuperação no tocante ao adimplemento do plano, pois não passa de uma simples moratória do débito.

Apesar de que do ponto de vista da recuperação dos créditos o prazo de 36 meses para pagamento dos credores seja benéfico, do ponto de vista da empresa em crise o pagamento nesse período pode não ser muito viável a depender do passivo.

Ademais, a fixação de prazo máximo destoa do plano de recuperação ordinário que não prevê o número máximo de parcelas em que os créditos deverão ser adimplidos, o que revela uma desproporcionalidade, fazendo com que o pequeno empresário esteja inclinado a utilizar o plano comum. Ora, se há possibilidade de alongar a dívida anos a fio no plano comum, porque optar por um plano que me obriga a adimplir os créditos em 3 anos?

Estamos diante de uma incongruência que poderia ter sido sanada pelo legislador na reforma do ano de 2020. Ainda que fosse mantida a fixação de prazo máximo para pagamento, entendemos que ela poderia, no mínimo, ser um pouco mais estendida. Sem contar que outros meios de soerguimento poderiam ter sido disponibilizados ao pequeno empresário e não a merca possibilidade de arrolamento da dívida.

Nesse ponto, Cassio Cavalli⁸⁸ defende que a disciplina da recuperação judicial pelo plano especial não possui diferenças relevantes que a tornem mais simples e menos onerosas que a recuperação ordinária. Afirma o autor que o plano especial, mesmo com as alterações promovidas pela Lei Complementar n. 147/2014, ainda é menos protetivo que o plano comum,

⁸⁸ CAVALLI, Cassio. **Plano de Recuperação**. In: COELHO, Fabio Ulhôa. (Coord.). Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresas e direito marítimo. São Paulo: Saraiva, 2015, p.283.

principalmente por limitar o meio de recuperação a uma moratória de até trinta a seis meses, com abatimento de dívida, acrescida de juros da SELIC e correção monetária.

Andou bem o legislador, no entanto, quanto a possibilidade de concessão de deságios nos créditos sujeitos ao procedimento concursal, uma vez que, o plano de recuperação comum possibilita ao devedor que tais descontos sejam concedidos, inclusive sem a fixação de patamar máximo, deixando à mera liberalidade da recuperanda a negociação junto aos credores.

Na sequência, aponta o inciso II do art. 71, que a primeira parcela do plano deverá ser paga em até 180 dias, contados a partir da data do pedido de recuperação judicial. Nesse aspecto, a pequena empresa em crise deve se ater às suas reais condições de adimplir a primeira parcela do plano dentro desse prazo, pois se trata de uma obrigação inadiável, a qual pode acarretar a convalidação da recuperação em falência se não cumprida.

Em igual prazo, também escoará o período de blindagem quanto as execuções contra o devedor (*stay period*) com relação aos créditos sujeitos ao plano. Para alguns autores, como Cassio Cavali⁸⁹ e Manoel Justino Bezerra Filho⁹⁰, o dispositivo não dá margem para que o prazo em questão seja dilatado, apesar de a prática revelar que os tribunais têm sido flexíveis quanto a concessão de dilações de prazo sob o argumento do princípio da preservação da empresa.

Parece a opção dos tribunais a mais sensata ao nosso ver, desde que a empresa justifique fundamentadamente os motivos pelas quais requer que o prazo seja flexibilizado, como por exemplo, em situações em que houve maior comprometimento do fluxo de caixa ou por muito de reorganização financeira. Contudo, havendo desídia por parte da devedora quanto ao adimplemento da parcela no prazo designado, nada mais justo do que a decretação da quebra.

Traz o inciso IV do mesmo art. 71, a previsão de que para contratar colaboradores e aumentar despesas, a pequena empresa deverá, necessariamente, postular autorização do juiz, após oitiva do Administrador Judicial e do comitê de credores, que deverão aprovar tal requisição. A obrigação contida no dispositivo se mostra tanto quanto excessiva, tanto do ponto de vista prático, quanto normativo.

Primeiramente porque, não há a mesma obrigatoriedade para as empresas aderentes ao plano de recuperação comum, o que causa a afronta a regra do tratamento diferenciado que deveria ser conferido às pequenas empresas. Se, para uma grande empresa, não há necessidade

⁸⁹ CAVALI, Cassio, 2015. *op. cit.* p. 290.

⁹⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

de autorização para contratação de colaboradores ou para o aumento de despesas, por que assimetricamente para as empresas de porte reduzido exige-se essa medida extravagante?

Noutro ponto, é mais do que cediço que o Poder Judiciário sofre com a sobrecarga de trabalho e com quadro de profissionais extremamente defasado, incapaz de suprir todas as demandas atualmente em curso, o que conseqüentemente eleva a morosidade da prestação jurisdicional, sobretudo nos processos recuperatórios.

Partindo desse pressuposto, suponhamos que uma pequena empresa em recuperação judicial tenha recebido uma demanda extraordinária de mercado, necessitando imediatamente da contratação de mão de obra profissional, ou da ampliação da despesa para o aprimoramento da operação na intenção de suprir a demanda, não se mostra desnecessária a autorização previa do juiz, do administrador judicial e do comitê de credores para adoção dessas medidas?

Até que todo o tramite previsto no dispositivo seja realizado, a empresa em crise pode vir a perder um montante considerável de receita, o que afetaria, por sua vez, diretamente no cumprimento do PRJ. Sem contar, ainda, que a injeção de caixa que a alta demanda proporcionaria, poderia muito bem auxiliar no adimplemento antecipado dos créditos e corre um sério risco de ser perdida por excesso de zelo pelo legislador.

Roseli Silva⁹¹, citando Manoel Justino Bezerra Filho, diz que:

O inconveniente desta restrição, principalmente no que diz respeito à contratação de novos empregados, pois no processo de sua reestruturação é natural que o empresário aumente sua produção e necessite de mais mão de obra para dar conta desse crescimento. Além disso, essa medida também impediria a substituição de empregados que eventualmente deixassem de trabalhar na empresa ou a reposição de equipamentos ou peças indispensáveis à continuidade das atividades produtivas da empresa.

E continua a autora fazendo uma ressalva:

Em momento algum se deve prescindir do controle jurisdicional para evitar que o empresário perca o controle de seus gastos e acabe colocando em risco o sucesso da reestruturação da empresa, mas sujeitar o desenvolvimento natural da empresa à burocracia e demora do provimento judicial, também poderá ameaçar a sobrevivência da empresa e a própria recuperação⁹².

⁹¹ SILVA, Roseli Rego Santos. **A preservação da microempresa e da empresa de pequeno porte em recuperação judicial como forma de proteção do trabalho e de fortalecimento da economia nacional**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016.

⁹² Ibid. p. 160.

Apesar de compreensível a opção do legislador em evitar excessos por parte do empresário, entendemos que essa obrigação tende a dificultar o fluxo operacional da pequena empresa em recuperação, tornando o processo ainda menos efetivo.

A posição adotada neste trabalho, portanto, defende que a contratação ou a demissão de funcionários é atribuição inerente ao próprio desenvolvimento da atividade, estando dentro do poder discricionário do empregador, de modo que, caberia tão somente à recuperanda comunicar ao juízo posteriormente a necessidade do aumento de pessoal, oportunidade em que haverá de comprovar a importância do aumento da despesa.

Observamos, por oportuno, que o parágrafo único do art. 71 aponta que não será suspensa a prescrição e nem o curso das ações e execuções propostas em face do devedor cujos créditos não estejam sujeitos ao Plano de Recuperação Especial. A medida é justa do nosso ponto de vista, sobretudo porque se o crédito discutido em processo executivo já em curso não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, não há necessidade de suspensão.

A devedora, então, pode buscar uma renegociação paralela com o este credor em específico (exequente), apartada da esfera do processo recuperatório, ou, de modo mais presumível nesse caso, submeter todos os créditos aos efeitos do PRJE.

No entanto, por uma questão de simetria e em apreço ao tratamento favorecido, entendemos que se eventualmente houver constrição de bens em processo executivo, caberia ao juízo universal da recuperação deliberar sobre a constrição ou sobre a substituição do bem constrito, na forma do § 7º-A do art. 6º da Lei Regente, alterado pela entrada em vigor da Lei 14.112/20, considerando que o bem em questão pode ser de uso essencial para a recuperanda, logo, sua expropriação pode inviabilizar a superação da crise.

É preciso que a própria devedora e o juízo recuperatório estejam atentos à investida predatória de determinados credores sobre ativos da empresa em crise, tendo em vista que uma possível prática mais agressiva é capaz de comprometer o soerguimento e a afetividade da recuperação em sua integralidade, além de abrir perigosos precedentes quanto ao questionamento acerca da universalidade do juízo da recuperacional para sanar a questão.

Em última análise, a dicção do art. 72 da Lei Falimentar prevê que, no caso da adoção da recuperação por intermédio do plano especial, não haverá a necessidade de convocação da

Assembleia Geral de Credores e o juízo concederá a recuperação judicial observando o cumprimento dos demais requisitos legalmente previstos.

Do ponto de vista de um tratamento diferenciado e favorecido, entendemos que o dispositivo legitima um privilégio às pequenas empresas.

De um lado porque o prazo decorrido entre o deferimento da recuperação e a realização da AGC para votação do PRJ pode sacrificar a pequena empresa do ponto de vista financeiro e operacional, ou agravar ainda mais a crise pela necessidade de cumprimento procedimental. De outro lado, a depender do número de credores concursais, a deliberação assemblear acarretaria apenas mais um custo para a devedora, ainda que ela seja realizada em formato remoto.

A única forma de os credores apresentarem sua discordância ao plano de recuperação especial é através da apresentação de objeções diretamente nos autos processuais, incluindo eventuais sugestões de modificação do plano, ou apresentando novas estratégias de negociação dos créditos submetidos aos seus efeitos.

Porém, da leitura do parágrafo único do art. 72 surge uma questão importante.

Havendo objeções ao plano de recuperação judicial especial na forma do art. 55 da LRF, de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no art. 83, computados na forma do art. 45, o juiz deverá julgar improcedente o pedido recuperatório e decretará a falência da devedora.

A primeira ponderação diz respeito à classificação dos créditos, pois o art. 83 da Lei Falimentar faz referência à alocação dos créditos em quadro-geral de credores na falência, onde não existem votações de qualquer natureza, salvo nos casos em que há comitê de credores formado, o que é raro no âmbito do processo falimentar, afastando a incidência do formato adotado em assembleia de credores ordinária.

Ainda, como bem pontua Roseli Rego dos Santos⁹³, este sistema de apuração estabelecido no art. 72 da LRF gera alguns problemas decorrentes da má técnica legislativa, pois além de possibilitar que um credor se manifeste em classes distintas e com critérios distintos, como ocorre com os trabalhistas e os credores com garantia real, que podem cumular

⁹³ Ibid. p. 163

créditos de duas naturezas, permite também que um credor se enquadre com o mesmo crédito, em categorias distintas, com critérios distintos de apuração.

Quanto ao mérito das divergências a serem apresentadas pelos credores, menciona que alguns autores apontam que as objeções não precisam ser motivadas, e caso o credor a apresente, somente poderá versar sobre a adequação da proposta em relação à forma prevista.

Outros doutrinadores, por outro lado, afirmam que embora a lei não fale expressamente, a objeção deverá ser fundamentada, considerando que a falta de fundamentação ou sua deficiência caracterizam abuso de direito por parte dos credores opositores, devendo ser repelida qualquer conduta intencionada a frustrar a preservação a empresa viável.

Sobre este ponto, adotamos nesta pesquisa a lição de Gilberto Giansante⁹⁴:

As objeções apresentadas ao plano devem de se limitar à empresa recuperanda e as suas condições de cumprir o plano, e não ao plano especificamente, pois este não decorre de criação do empresário, mas sim de disposição legal, em que não se admite alteração fora dos limites estabelecidos. Segue o autor defendendo a motivação das objeções e afirmando que estas devem ser relevantes e concretas, pois o efeito delas será a decretação da falência.

O autor aponta, ainda, que em relação a essas razões “o magistrado deve confirmar as objeções, através do administrador judicial e do perito contador, e antes de decretar a quebra, ouvir a Recuperanda para evitar mal-entendidos”.

Somente após ouvidos esses agentes, se ainda pairarem dúvidas sobre a procedência das objeções, poderia o juiz determinar a realização de audiência ou diligências que entender necessárias para formar sua convicção. Não restando alternativa cabível, então, o magistrado procederá com a decretação da quebra.

Em arremate, visualizamos que o instrumento mais importante da recuperação judicial da pequena empresa – plano especial – na realidade confronta diretamente o objetivo do legislador constitucional no que tange ao tratamento diferenciado e favorecido, pois cria barreiras inexistentes quando se trata da recuperação comum e do plano comum, causando um desestímulo ao pequeno empresário em crise.

⁹⁴ GIASANTE, Gilberto. Um ensaio prático sobre a Recuperação Judicial Especial: a visão do advogado e do Administrador judicial. In: LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito Recuperacional**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.305-307.

Do nosso ponto de vista, o plano especial não deveria constituir mais uma dificuldade para a pequena empresa insolvente, somando-se a todos os demais problemas da crise econômico-financeira. Se o próprio instrumento posto pelo legislador para superação da dificuldade da empresa em crise cria barreiras para o seu soerguimento, não resta alternativa ao pequeno empresário senão a quebra, ou o distanciamento da recuperação judicial.

4.1.2 A questão da onerosidade do processo recuperatório

Uma das grandes críticas pelos empresarialistas brasileiros à sistemática da recuperação judicial atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico, diz respeito ao elevado custo que o processo recuperatório exige da empresa em crise.

Essa onerosidade tende a afetar sobremaneira a situação da recuperanda, pois na expectativa de conseguir superar o estado de crise econômico-financeira, ela precisa primeiro desembolsar recursos, as vezes expressivos.

Como se verá adiante, esse fator reforça o argumento de que o processo recuperatório se presta muito mais para as empresas de grande porte do que para as pequenas empresas, sobretudo porque além das receitas serem menores, a defasagem de caixa é um fator determinante e qualquer dispêndio de recursos pode comprometer o desenvolvimento da atividade da empresa em dificuldade.

Na concepção de Daniel Moreira Patrocínio⁹⁵:

A reorganização empresarial, judicial ou não, resulta em assunção de custos financeiros, recuperacionais e de oportunidade que serão incorridos pelo empresário em crise e por seus credores. Nestes custos devem ser computados os gastos e despesas diretamente relacionados à participação no processo, bem como aqueles que decorrem da reorganização em si. Afinal, a novação das obrigações do empresário devedor, necessariamente, enseja perdas que deverão ser suportadas pelas pessoas que com ele mantiveram alguma relação empresarial. Desta forma, na busca pela preservação da unidade empresarial, deve-se levar em consideração as razões econômicas que motivaram sua constituição.

O primeiro ponto a ser levantado diz respeito aos custos relacionados com questões meramente processuais e procedimentais. Assim como qualquer outro processo, a recuperação de empresas movimenta a máquina do Poder Judiciário e pressupõe a necessidade de que alguns custos sejam suportados. É que não há na legislação falimentar qualquer previsão da concessão

⁹⁵ PATROCINIO, Daniel Moreira do. **Os custos da organização judicial da empresa**. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

do benefício de gratuidade processual às micro e pequenas empresas para interposição do pedido de recuperação judicial ou isenção de custas ao longo do procedimento.

O parâmetro utilizado para o recolhimento das custas nos processos de insolvência tem como base o valor proporcional ao passivo da devedora submetido ao regime concursal, isso é, quanto maior for o estado de inadimplência do devedor empresário, maior será essa despesa. Pequenas empresas, portanto, podem estar na penumbra de um processo natimorto.

A alternativa que resta ao pequeno empresário nesse caso, é postular com fundamento no art. 98 do Código de Processo Civil o deferimento da Justiça Gratuita ante impossibilidade de arcar com os encargos processuais pela situação de dificuldade econômico-financeira enfrentada pela empresa em crise, desde que esta seja efetivamente demonstrada.

Na forma do § 2º do mesmo artigo, “o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para concessão de gratuidade. Neste caso, antes do indeferimento deverá determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos”⁹⁶.

Ainda no curso do processo, a Lei Falimentar, em legitimação ao princípio da publicidade e na expectativa de conferir máxima transparência ao procedimento, prevê a necessidade de que sejam publicados diversos Editais para que os credores e interessados tenham conhecimento amplo e irrestrito das etapas processuais e das obrigações que vem sendo cumpridas pela recuperanda no curso da recuperação.

O art. 191 da LRF prevê que as publicações relacionadas ao processo devem ser feitas, preferencialmente, na imprensa oficial do poder público, bem como, se o devedor suportar, em jornal ou revista de grande circulação regional ou nacional.

Em ambos os casos o custo é totalmente da empresa em recuperação, ou seja, antes de cogitar o pedido de recuperação judicial, a devedora deve estar atenta aos custos deliberadamente implícitos no processo, inclusive se o pedido de gratuidade for indeferido.

No curso da recuperação judicial especial, encontra-se previsto a publicação de três editais: o primeiro com a decisão de processamento, a qual tornará pública a lista de credores apresentada pelo devedor e os convocará para proceder com a habilitação; o segundo que tornará pública a relação de credores elaborada pelo administrador judicial, abrindo prazo para

⁹⁶ CUNHA, 2015, *op. cit.* p. 148.

a apresentação de impugnações; e o terceiro contendo o aviso do recebimento do plano de recuperação, convocando os credores para apresentar manifestação de eventuais objeções.

Outros editais podem ser necessários durante a recuperação caso a recuperanda ou o juízo entendam que para alienação de determinados ativos, desde que a alienação esteja prevista no PRJ aprovado pelos credores, seja imprescindível a realização de procedimento competitivo por meio de leilão ou de outra modalidade que permita a participação igualitária dos interessados na aquisição desse bem. Se houver essa necessidade, a recuperanda deverá suportar os custos dessas publicações, ampliando de certo modo o dispêndio de recursos.

Em sua Tese, Roseli dos Santos Silva,⁹⁷ propõe uma alternativa para que os custos com editais sejam minimizados quando se tratar de recuperação de pequena empresa, anotando que:

Uma forma de reduzir gastos com a divulgação de editais seria concentrando em um único edital a publicação da decisão de processamento, com a lista de credores e a convocação dos credores para a apresentação de objeções ao plano. Neste caso, seria necessário que o plano de recuperação fosse apresentado juntamente com a inicial. Caso o plano não fosse apresentado com a inicial, ainda seria possível reduzir um edital, desde que a publicação da relação de credores apresentada pelo administrador judicial ocorresse juntamente com convocação desses credores para a apresentação de objeções.

Recolhidas as custas, ainda assim, para que o pequeno empresário possa ter alguma chance de ver o pedido de recuperação judicial ser deferido, deverá estar com a contabilidade em dia, pois a apresentação de balancetes, demonstrativos, livros, dentre outros documentos de natureza fiscal, constituem requisitos mínimos para o processamento da recuperação.

Isso pressupõe a contratação de um profissional especializado para organização da escrituração contábil da empresa devedora, haja vista que, pequenas empresas raramente possuem um setor contábil estruturado que desempenhe tal função. Ainda que a Lei preveja que a escrituração possa ser apresentada de forma simplificada por ME e EPP, a necessidade de sua elaboração e a contratação de um profissional amplia o dispêndio de recursos financeiros.

Além do custo para organização da escrituração, o empresário insolvente deverá instruir o pedido recuperatório com diversas certidões negativas e positivas exigidas nos artigos 48 e 52 Lei Falimentar para comprovação do regular exercício da atividade empresarial, sem as quais o processamento da recuperação acabará prejudicado⁹⁸.

⁹⁷ SILVA, 2015, *op. cit.* p. 160

⁹⁸ Exigem-se para a instrução do pedido de recuperação as seguintes certidões: certidão de regularidade do empresário no Registro público de Empresas (para comprovar a regularidade da atividade por mais de dois anos);

Na maioria dos casos, essas certidões não são acessíveis de maneira gratuita através sites ou órgãos públicos, o que requer que elas sejam emitidas mediante pagamento de taxas ou emolumentos extrajudiciais, sem os quais não haverá emissão.

Outras questões relevantes relacionadas ao cumprimento dos requisitos e quanto a apresentação da documentação exigida por Lei para instrução do pedido recuperatório serão abordadas no tópico subsequente.

Existem, ainda, algumas questões não processuais ou procedimentais que contribuem para a ampliação da onerosidade do processo recuperatório em desfavor da pequena empresa. Talvez essas outras vertentes sejam as que mais exigem o dispêndio de recursos por parte da empresa insolvente, pois ocorrem no trato extraprocessual.

Tratando-se de um instituto cuja máxima requer a intervenção do Poder Judiciário e que tramita sob o crivo do estado-juiz como o próprio nome já diz, a recuperação judicial suscita a necessidade de capacidade postulatória para interposição do pedido. A capacidade postulatória, nos termos da Constituição Federal, é exercida tão somente por Advogados efetivamente registrados no órgão de classe da categoria.

A recuperanda, por sua vez, deverá realizar a contratação de uma assessoria jurídica especializada para propositura do pedido de recuperação judicial, que, no cenário atual do mercado de insolvência, pressupõe uma remuneração em patamares elevados.

Ainda que haja vantagem na contratação de profissionais não atuantes no direito da insolvência, mas com alguma prática em processos recuperatórios, não se pode desprezar que a recuperanda precisará lançar mão de uma quantia financeira significativa para contratação.

Além disso, a prática revela que a contratação de escritórios especializados em recuperação e reestruturação de empresas, não se limita tão somente à representação da recuperanda em sede do juízo recuperatório. O que ocorre, normalmente, é a contratação de uma banca que atue em todos os processos que forem ajuizados contra a empresa devedora ou

ato constitutivo atualizado e atas de nomeação dos atuais administradores (art. 52, V); certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do empresário e nas comarcas onde possua filial (art. 52, VIII); certidões dos distribuidores cíveis da justiça estadual e federal (art. 48, I, II e III); certidões do distribuidor judicial da justiça trabalhista (art. 51, IV e IX); certidões das execuções fiscais federais, estaduais e municipais (art. 51, IX); certidões do distribuidor criminal dos sócios e administradores recuperanda (art. 48, IV).

por ela, nos casos em que figurar no polo ativo. Essa modalidade de profissionais tende trazer resultados mais satisfatórios para a empresa em crise.

Em se tratando, no entanto, de microempresas e empresas de pequeno porte, a realidade é um pouco mais dura. Isso porque, dificilmente empresas de menor envergadura possuem assessoria jurídica contínua, ou bons advogados à disposição para a solução de litígios, o que significa que a questão jurídica quase sempre fica em segundo plano, principalmente pela ausência de recursos financeiros para custeio de serviços advocatícios cotidianos.

Quase sempre a contratação de profissionais decorre da instauração de demandas pontuais, pressupondo a baixa necessidade da prestação de serviços continuados. Isso decorre também do fato de que as demandas instauradas em face das pequenas empresas são de menor complexidade e em menor número, o que não necessariamente dispensa a análise de riscos e a adoção de medidas preventivas quanto ao passivo judicial.

Contudo, por se tratar o processo de recuperação judicial de um procedimento complexo, é natural que empresas em crise busquem por bancas especializadas nessa natureza de ação, de modo que, a pequena empresa, ainda que em dificuldade, não poderá renunciar a contratação de profissionais da área jurídica para interposição do pedido recuperatório. Os custos de uma assessoria jurídica especializada nessa espécie de demanda podem superar até mesmo o custo da própria operação, porém não resta alternativa senão o custeio.

E não é só.

A elaboração do plano de recuperação judicial, seja ele especial ou não, requer a expertise nas áreas financeira e contábil, sendo que, esse aspecto também requer a contratação de uma assessoria especializada em gerenciamento e gestão. No âmbito mercadológico da insolvência, é comum que empresas e escritórios especializados prestem de uma só forma todo o suporte jurídico, financeiro e contábil para auxiliar o devedor empresário na parte processual e econômica durante a recuperação.

Caso isso não ocorra, a prestação do serviço de forma individualizada, jurídica e financeira, acarretará o aumento da despesa em desfavor da pequena empresa. Mais um fator que afasta a tentativa de soerguimento pelo pequeno empresário.

Ainda com relação à elaboração do PRJ, além da previsão legal de que o documento deve indicar os meios de recuperação adotados, o empresário deve apresentar um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens do ativo. Embora seja um documento importante

para avaliar a viabilidade do plano proposto, em termos financeiros representa um custo mais elevado para um micro e pequeno empresário que a uma grande empresa.

Entendemos que sob a ótica do tratamento diferenciado e favorecido, talvez este documento poderia ser dispensável, ou substituído por outro de elaboração menos rigorosa quando se tratar de microempresa e empresa de pequeno porte.

Porém, do ponto de vista dos credores, onde necessitam estar cientes da exata condição da empresa e da sua perspectiva de viabilidade, cada um desses documentos tem suas particularidades, e isso demonstra que se a pequena empresa não possuir uma estratégia de prevenção a insolvência ou não estiver ciente da onerosidade requerida pelo processo de recuperação judicial, dificilmente atingirá o soerguimento por meio desta via.

Em sua Tese de Doutorado, Walter Coelho de Moraes⁹⁹, pondera que:

O devedor deve avaliar profundamente todas as condições para que se possa apurar a viabilidade de superação econômico-financeira, uma vez que os meios para se recuperar no ordenamento especial, em suma pelo plano de recuperação especial, trazido pelo artigo 70 da LRF, não é flexível. Dessa forma, a avaliação perpassa pelo levantamento financeiro de fluxo de caixa, que poderá ser elaborado em estudos orçamentários, por meio da contabilidade.

Há ainda o custo inerente à remuneração do Administrador Judicial prevista na Lei Falimentar. Apesar de já termos sopesado neste tópico algumas questões relacionadas aos custos processuais, entendemos que a verba honorária do Administrador deve ser tratada como uma espécie de despesa a parte, mesmo que seja decorrente do processamento da recuperação.

O papel do Administrador Judicial para o Direito Falimentar é imprescindível, pois desempenha funções que o juízo não poderia realizar apenas com o auxílio da máquina do poder Judiciário, inclusive porque, no altiplano extraprocessual é que se constata se a devedora possui ou não capacidade de soerguimento. Todas as atribuições inerentes ao encargo e desenvolvimento do trabalho do Administrador se encontram previstas no art. 22 da LRF.

Consoante ensina Paulo Fernando Campos Salles de Toledo¹⁰⁰, “o administrador judicial, ao assumir suas funções, comprometeu-se a ‘bem e fielmente desempenhar o cargo’,

⁹⁹ MORAIS, Walter Coelho de. **Superação da crise econômico-financeira das microempresas e empresas de pequeno porte no processo da recuperação judicial**. Tese de Doutorado. PUC-MG. Belo Horizonte, 2019.

¹⁰⁰ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

com ‘as responsabilidades a ele inerentes’. Assim, tudo o que estiver compreendido no bom exercício das funções, insere-se nos deveres do administrador judicial.”

A legislação não fixa percentuais ou valores exatos para o pagamento deste profissional, mas estabelece um percentual máximo a ser pago em favor dele. Nos termos do art. 24 da LRF¹⁰¹, na recuperação judicial o teto estabelecido pela é de 5% do total do passivo sujeito aos efeitos do concurso de credores, enquanto na falência este mesmo percentual máximo deve ser apurado sobre o total do ativo arrecadado.

Em aspectos práticos, na recuperação judicial é normal que a recuperanda pactue o parcelamento desses honorários em valor e número de parcelas fixas, bem como, estabeleça de comum acordo um percentual que melhor atenda à situação financeira da empresa em crise, o qual pode ser inferior ao percentual máximo. Não havendo acordo prévio, o percentual será fixado pelo juízo levando em consideração os parâmetros previstos no *caput* do art. 24 da LRF.

Disserta Joice Ruiz Bernier¹⁰², que em face do tempo que os processos tramitam e tardam em terminar, caso fosse necessário aguardar-se o julgamento de suas contas finais para o recebimento de seus honorários, poucos seriam os profissionais que se interessariam pelo cargo e/ou que poderiam suportar com recursos próprios os custos decorrentes da estrutura e a profissionalização ora exigidas.

No que concerne ao pagamento do AJ pela pequena empresa em recuperação, há uma sutil diferença, porém relevante do ponto de vista do tratamento diferenciado e favorecido. O artigo 24 da LRF sofreu duas alterações legislativas interessantes. A primeira delas foi promovida pela LC 147 de 2014, a qual reduziu para 2% o patamar máximo de remuneração do Administrador quando o processo recuperatório for postulado por ME e EPP.

Com a entrada em vigor da Lei 14.112/20, a aplicação dessa regra foi estendida ao processo de recuperação judicial proposto com base no art. 70-A da Lei 11.101/05, que enquadra a possibilidade do pedido ser proposto pelo Produtor Rural.

¹⁰¹ Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. § 1º Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

¹⁰² BERNIER, Joice Ruiz. **O administrador judicial na recuperação judicial e na falência**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: FD-USP, 2014.

Mesmo que em patamar menor, para pequenas empresas esse percentual muito provavelmente corresponde a uma parcela significativa do faturamento, no entanto, assim como a atividade empresária deve preservada sob a égide do princípio da preservação da empresa, o profissional nomeado deve ser remunerado com critério.

Ainda destaca Joice Ruiz Bernier (2014, p. 137) que:

A remuneração do administrador judicial é, portanto, variável e deverá ser arbitrada caso a caso, devendo o juiz dosar todos os critérios e limites [...] Além do volume e complexidade dos trabalhos e do valor de mercado praticado, o juiz deverá ponderar também, principalmente nos processos de recuperação judicial, a capacidade financeira do devedor, sob pena de inviabilizar a reorganização da empresa. O trabalho que terá o administrador judicial em uma recuperação judicial de médio porte, por exemplo, será menor do que em uma falência de uma grande empresa com ativo e passivo elevados; por outro lado, se a sociedade em recuperação judicial tiver muitos credores em diversas localizações, poderá demandar muito mais tempo e trabalho do que com uma massa falida com poucos ativos.

Em linhas gerais, é preciso considerar que qualquer empresa que não tenha a capacidade financeira mínima para suportar os custos processuais ou extraprocessuais do procedimento de recuperação judicial se mostra totalmente inviável e, na verdade, se encontra em estado falimentar, esvaziando, por si só, o princípio da preservação da empresa. Ainda que tanto quanto dolorosa, a falência, nesses casos, aparenta ser uma melhor alternativa para a empresa em crise, independentemente do porte.

4.1.3 A informalidade como obstáculo de acesso ao regime de insolvência

Na primeira parte deste trabalho trouxemos diversos problemas que são enfrentados pelas pequenas empresas durante o tempo de sua existência. Dentre esses problemas identificamos que a questão da informalidade talvez seja o mais comum, pois empresas de menor envergadura tendem a subestimar ou deixar em segundo plano a necessidade de formalização do negócio e a manutenção de uma estrutura organizativa.

Como já falamos em outro momento sobre a informalidade em linhas gerais, vamos direcionar a discussão sob a perspectiva da pequena empresa em crise. Empresários menores que partem para a via do processo recuperatório, só se dão conta de que a informalidade é prejudicial quando se veem obrigados a cumprir com os requisitos documentais previstos no art. 51 da LRF, cumprimento sem o qual a recuperação judicial não poderá ser deferida.

O art. 51, II, e alíneas, prevê a apresentação dos documentos que compõem a escrituração contábil da recuperanda, os quais devem ser apresentados abarcando os 3 últimos

exercícios sociais da empresa¹⁰³. Sobre a elaboração da escrituração mencionamos que no mais das vezes a pequena empresa não possui os documentos financeiros e contábeis elaborados de acordo com as normas de contabilidade vigentes.

Do ponto de vista do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às pequenas empresas e empresas de pequeno porte, observamos que a Lei Complementar nº 123/2006, no art. 27, faculta aos micro e pequenos empresários a adoção de contabilidade simplificada para o registro e controle de suas operações, e em relação ao empresário individual enquadrado como microempreendedor individual, este encontra-se dispensado de qualquer escrituração¹⁰⁴.

Em termos práticos, a simplificação da escrituração contábil para ME e EPP reforça o quão difícil é que essas sociedades empresariais mantenham suas obrigações em dia, sempre de acordo com os órgãos reguladores e com as imposições realizadas pelo Poder Público, sobretudo porque é através destes documentos que a Administração Pública é capaz de aferir o cumprimento das demais obrigações fiscais da empresa.

Conforme leciona Moraes¹⁰⁵, “dessa forma, consolidam-se os preceitos das Normas Brasileiras de Contabilidade ao alinhamento da Constituição Federal, no que tange aos procedimentos contábeis de forma mais simples, mas buscando manter a condição de aferir a situação patrimonial por meio da Contabilidade”.

A Lei Falimentar, reproduzindo o anseio do constituinte e da norma infraconstitucional, também confere esse tratamento especial ao pequeno empresário postulante da recuperação judicial, atribuindo, através do art. 51, § 2º, a faculdade de apresentação da escrituração contábil e dos documentos dela integrantes de forma simplificada¹⁰⁶.

¹⁰³ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: [...] II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; e) descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito.

¹⁰⁴ Art. 27 da Lei Complementar 123/06. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor.

¹⁰⁵ MORAIS, 2019, *op. cit.* p. 137.

¹⁰⁶ Art. 51, § 2º, da LRF. Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

De se registrar, no entanto, que o fato de a legislação permitir a apresentação simplificada da escrituração contábil, não significa a dispensa da apresentação, de modo que, todos os documentos exigidos pelo art. 51, II, da LRF, deverão instruir o pedido recuperatório.

A maioria deles já são usualmente necessários por exigência da legislação comercial e fiscal, logo, caso a empresa em crise não tenha essa documentação organizada ou setor responsável por sua elaboração, deverá arcar com os custos para a contratação de contador ou empresa especializada no cumprimento dessas obrigações.

Empresários que não tenham setor administrativo-financeiro próprio, ainda deverão se preocupar com a organização de diversos outros documentos exigidos pela legislação falimentar para propositura da recuperação judicial, a exemplo das demonstrações levantadas especialmente para instruir o pedido, como relatório gerencial de fluxo de caixa e sua projeção, da relação detalhada dos credores, dos empregados e dos bens particulares dos sócios controladores, bem como, das contas demonstrativas mensais que devem ser apresentadas até o final do processo de recuperação.

Visualizando isso do ponto de vista do microempresário, apesar de a legislação de insolvência enumerar muitos documentos de natureza contábil, entendemos que não há outra forma de demonstrar a viabilidade de soerguimento da empresa em dificuldade senão através das suas demonstrações financeiras, onde possam ser identificados os momentos mais acentuados de declínio da atividade e qual a probabilidade de superação do estado de crise econômico-financeira do devedor empresário.

Esse ponto é importante na visão de Walter Morais¹⁰⁷:

Quanto à escrituração contábil, deve-se ter o entendimento, por parte do devedor, de que o principal instrumento para aderir a diversas informações comerciais, patrimoniais está resguardado pela escrituração contábil, sob a égide contábil e da exigência normativa de registro público, conferindo aos livros contábeis e ao que neles se encontra registrado fé pública aos dados ali contidos. Essas informações contemplam o balanço patrimonial e de resultados, conforme normatização do CFC. Tais preceitos reduzem gastos com procedimento pericial e ainda reduz a assimetria informacional quanto ao levantamento da dívida aos credores, a informações financeiras, entre outras questões extraídas desses livros contábeis.

Além disso, a questão da informalidade, quando se trata de ME e EPP, não se torna um problema apenas na interposição do pedido recuperatório, pois a recuperanda deverá

¹⁰⁷ MORAIS, 2019, *op. cit.* p. 189.

fornecer mensalmente durante todo o período fiscalizatório grande parte desses documentos exigidos no art. 51, II, da LRF, para elaboração dos Relatórios Mensais de Atividade pelo Administrador Judicial, conforme previsto no art. 22, II, 'c', da LRF.

Tais relatórios tem o condão de levar ao conhecimento do juízo e dos credores a real situação econômico-financeira da devedora; se as medidas adotadas para superação da crise elencadas no Plano de Recuperação Judicial estão sendo efetivamente cumpridas e se estão surtindo efeito; além de atestar, ou não, se ainda há viabilidade no soerguimento da devedora.

Sobre isso, Joice Ruiz Bernier¹⁰⁸ expõe o seguinte:

A fiscalização da empresa em recuperação não deve ser feita apenas pela leitura dos balancetes mensais para a apresentação do relatório mensal de atividades. A elaboração do relatório mensal atividades do devedor é um dever imposto ao administrador judicial, sob pena de destituição. Ele não deve conter informações que simplesmente reflitam o dia a dia da empresa, mas sim aquelas que sejam pertinentes à recuperação judicial, como por exemplo, cumprimento ou não de obrigações constantes do plano ou contraídas após o ajuizamento da recuperação, venda de ativo relevante, remoção de bens, dentre outros, e o que, necessariamente, demandará de visitas nas dependências do devedor em recuperação judicial.

Desse modo, a ausência de fornecimento dos documentos exigidos pela norma ao AJ, pode configurar os chamados “Atos de Falência” e pôr em risco a continuidade do processo recuperacional, haja vista que sem a comprovação de que a devedora mantém condições mínimas de atividade e que a operação tem gerado recursos suficientes para cumprimento do plano, não há plausibilidade para que a empresa permaneça atuando sob o regime jurídico da recuperação judicial, devendo, portanto, ser decretada a quebra.

Sem desprezar que a não apresentação dos documentos necessários à elaboração dos relatórios impede a fiscalização de eventuais fraudes ou desvios de recursos operados pelos gestores e controladores, considerando que estes não são substituídos pelo AJ na gestão da empresa devedora, permanecendo com o poder de administração da empresa.

Bernier (2015, p. 87) também reforça isso em sua Tese:

Os relatórios mensais a serem apresentados pelo administrador judicial devem conter todas as informações pertinentes à “saúde” de empresa em recuperação judicial. O administrador judicial, além da constatação de cumprimento ou não do plano, deverá ser diligente, por exemplo, na verificação de eventuais irregularidades e/ou ilegalidades praticadas pelo devedor. Tais procedimentos, evidentemente, não poderão ser feitos com a exatidão necessária da leitura de um simples balancete, dependendo de uma atuação eficaz do administrador judicial.

¹⁰⁸ BERNIER, 2015, *op. cit.* p. 86.

Outra questão bastante relevante que reforça a ideia do quanto a informalidade é um problema para o pequeno empresário, envolve a questão do cumprimento das obrigações fiscais e tributárias. O passivo fiscal atualmente, na realidade, representa um problema para grande parte do empresariado brasileiro. A sobrecarga tributária vigente pune mais as pequenas empresas do que as grandes. Mais o pobre do que o rico.

Apesar da Lei 123/06 ter instituído o sistema de recolhimento tributário simplificado e alíquotas menores para ME e EPP, quando o pequeno empresário começa a sofrer com o acúmulo de passivo fiscal a regularização se torna quase que inatingível.

Inclusive, muito se discute no âmbito acadêmico sobre a questionável efetividade do Simples Nacional, considerando que em muitos casos a apuração tributária por meio da modalidade de Lucro Real e Lucro presumido, pode se mostrar muito mais viável e rentável para a pequena empresa do que o recolhimento através do sistema Simples.

E por que o passivo fiscal se torna um problema maior quando a empresa persegue o soerguimento através da recuperação judicial? Essa é mais uma questão que dificulta o acesso do empresário ao regime de insolvência. O art. 57 da Lei 11.101/05, assim como o art. 191-A do Código Tributário Nacional, preveem como requisito para a concessão da recuperação a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Tributários (CND).

Esse artigo talvez seja o mais criticado em toda a LRF pela doutrina e por profissionais do Direito da Insolvência. Sob a ótica do princípio da preservação da empresa, a discussão sobre a necessidade de exigência de CND para concessão da recuperação judicial, revela a existência de uma antinomia normativa, considerando que quase a totalidade das empresas em crise possuem passivo fiscal inadimplido, e na maioria das vezes o montante é expressivo.

Conforme leciona Roseli Santos Silva¹⁰⁹:

A interpretação literal do art. 57, que prevê esta regra, não se coaduna com os demais dispositivos legais da LRF, nem com os princípios da ordem econômica, que direcionam à manutenção da atividade empresarial. A exigência das certidões negativas de débitos tributários como condição para conceder a recuperação poderá tornar inviável o instrumento judicial da recuperação de empresas. Os estudos que tratam da mortalidade de empresas no Brasil demonstram que o elevado volume de tributos é um dos fatores para o insucesso da atividade empresarial. O primeiro sintoma da instauração da

¹⁰⁹ SILVA, 2015, *op. cit.* p. 168

crise econômico-financeira normalmente é o inadimplemento das obrigações de natureza tributária.

Essa discrepância forma mais um entrave ao pequeno empresário em crise. A uma porque empresas em dificuldade raramente estão com o passivo fiscal equalizado, isso é uma regra quase que unânime entre empresas brasileiras, independentemente do porte. A duas porque a informalidade de ME e EPP demonstra que dificilmente essas empresas estarão com as obrigações tributárias em dia, não falando somente do pagamento dos tributos, mas também da transmissão de informações ou da regularidade documental perante o fisco.

É patente que o pequeno empresário em dificuldade optará por pagar os colaboradores e fornecedores com o mínimo de recursos que lhe resta, do que adimplir o passivo fiscal, haja vista que a manutenção do Estado, apesar de importante, não se sobrepõe às necessidades básicas daqueles que em certa medida garantem o funcionamento da empresa. Exigir a CND para esses casos é o mesmo que inutilizar a LRF, mais do que já é.

Interessante artigo escrito por Antonio Roberto Sanches Junior¹¹⁰ assim reafirma:

Mais uma vez a falta de proporcionalidade e visão sistêmica fica clara com a exigência feita pelo art. 57 da Lei n.º 11.101/05 que exige, de uma empresa que não consegue nem pagar seus credores, quitação com as fazendas federal, estadual e municipal. É patente que em situação de déficit financeiro uma empresa preferirá pagar seus fornecedores, que garantirão a continuidade de sua atividade, ao invés do fisco. Nesse passo, quando a empresa empreende negociação para obter junto de seus fornecedores a recuperação de sua crise econômico-financeira já conta com alto passivo tributário. Exigir, nesse momento, quitação dos débitos tributários significa impedir que a empresa se recupere.

E continua o autor discorrendo que:

Incluir em uma Lei destinada à manutenção e recuperação da atividade empresarial dispositivo impeditivo da consecução do objetivo da Lei é um absoluto contrassenso. Tamanho é o absurdo que o texto legal permite ao empresário ajuizar o pedido de recuperação judicial, obter o deferimento do processamento da recuperação, com a consequente apresentação do plano de recuperação para seus credores, a posterior discussão desse plano pelos credores em assembleia para, ao final, depois de percorrido esse exaustivo *iter* e obtida a aprovação de seu plano pelos credores, exigir as certidões negativas tributárias, como que mantendo, durante todo o processo, uma espada de Dâmoicles sobre a cabeça do empresário.

¹¹⁰ JUNIOR, Antonio Roberto Sanches. **A necessidade de apresentação de certidão negativa de débito tributário como requisito para a concessão da recuperação judicial**. Augusto Guzzo Revista Academia, nº 10, dezembro 2012. São Paulo: FICS.

Os tribunais estaduais em 1ª e 2ª instância, enxergando esse cenário, passaram a se posicionar pela dispensa da apresentação da respectiva certidão sob fundamento de que o contribuinte tem o direito de parcelar seus débitos junto ao fisco durante o processo recuperatório e não é uma mera faculdade da Fazenda Pública conceder o benefício, não devendo, portanto, ser aplicado o art. 57 da LRF e o art. 191-A do CTN até que houvesse a promulgação de uma lei específica que se trata sobre o tema.

Nessa mesma linha de raciocínio das cortes estaduais, foi editado o Enunciado nº 55 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art. 191-A do CTN”.

A discussão, então, sobre a exigência ou não de CND, chegou aos tribunais superiores, levando o Superior Tribunal de Justiça¹¹¹, em recurso relatado pelo E. M. Luiz Felipe Salomão, a pacificar sua jurisprudência no sentido de dispensa da certidão para que a recuperação judicial fosse deferida em favor do devedor-empresário, desde que efetivamente cumpridas as demais obrigações previstas na norma.

Colacionamos um trecho do brilhante voto proferido pelo Ministro que resume bem o posicionamento adotado neste trabalho em relação ao tema, sobretudo porque a questão abrange não só o pequeno empresário em crise, mas, também, as demais empresas em dificuldade:

Vale dizer, em outras palavras, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que - além de não fomentar - inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores. Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto. Isso porque, em regra, com a forte carga de tributos que caracteriza o modelo econômico brasileiro, é de se presumir que a empresa em crise possua elevado passivo quando não a verdadeira causa da *deblaque*. Assim, a exigência peremptória de regularidade fiscal dificulta, ou melhor, impede, o benfazejo procedimento da recuperação judicial, o que não satisfaz o interesse nem da empresa nem dos credores, incluindo aí o Fisco, uma vez que é somente com a manutenção da empresa economicamente viável que se realiza a

¹¹¹ DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REsp nº1.187.404/MT – REL. M. Luiz Felipe Salomão.

arrecadação, seja com repasse tributário direto da pessoa jurídica à Fazenda Pública, seja indiretamente, como, por exemplo, por intermédio dos tributos pagos pelos trabalhadores e das demais fontes de riquezas que orbitam uma empresa em atividade.

Apesar disso, com advento da Lei 14.112/20, o legislador poderia ter dado uma solução mais prática para essa questão, no entanto, pela força exercida pela Fazenda Pública, deixou essa oportunidade se esvaír, mantendo no texto da LRF a obrigação de apresentação da certidão negativa e colisão direta com os princípios lastrados no texto.

Contudo, o art. 68 da LRF prevê que é obrigação do fisco fornecer ao devedor-empresário uma forma de parcelamento dos débitos tributários durante o curso da recuperação judicial, com prazos e condições especiais, deixando claro no parágrafo único que em se tratando de ME e EPP essas condições de parcelamento serão ampliadas em 20%.

Através das discussões realizadas junto aos representantes do fisco durante a tramitação do projeto de Lei que deu origem à Lei 14.112/20, a Fazenda Pública se comprometeu em editar uma norma que abarcasse a situação fiscal das empresas em recuperação judicial, o que deu ensejo à criação da Lei do Contribuinte Legal (13.988/20), que possibilita a celebração de Transação Tributária entre o devedor em crise e a Fazenda Pública.

Apesar do pouco tempo em vigor, a norma tem se mostrado eficaz na prática, de modo que, inúmeras empresas em recuperação judicial têm buscado equalizar a situação do passivo fiscal por meio dos mecanismos fornecidos pela Lei. Embora tenha havido grande avanço nesse cenário, a discussão ainda se arrasta pelos tribunais, que ainda divergem sobre a exigência ou não da CND, contudo, não nos compete adentrar nesta seara, pois foge ao objeto deste trabalho.

No entanto, vale o registro de que empresas de menor porte podem se tornar aptas ao deferimento da recuperação judicial com mais facilidade se adotarem algum dos sistemas de parcelamento disponíveis na legislação esparsa, que já preveem condições especiais para esse grupo de empresas. Daí porque, para fins de cumprimento do requisito exigido pelo art. 57, será possível apresentar uma certidão positiva com efeitos negativos, a qual pode ser emitida quando há existência de parcelamento junto ao fisco ou outra forma de negociação.

Caminhando por uma linha conclusiva, a informalidade, em seu aspecto amplo, representa um problema significativo para o pequeno empresário, no entanto, é preciso reconhecer que pequenas empresas, na maioria dos casos, atuam na informalidade justamente pela ausência de recursos suficientes para sustentar a operação e ainda dispor de capital para

destinar ao cumprimento das obrigações de natureza fiscal e contábil de forma rigorosa, ou, então, manter um departamento interno para isso.

Alcantara e Costa¹¹², reproduzem entendimento semelhante:

De fato, se a crise assola microempresário ou empresário de pequeno porte, em vista das reduzidas dimensões das atividades econômicas exploradas, não se justifica observar a complexa sistemática prevista pela lei para as sociedades devedoras de médio ou grande porte. Os recursos disponíveis são poucos e modesto o passivo. Se não houvesse na lei regras específicas para a reorganização das empresas de micro ou pequeno porte, seguramente quem as explora não acabaria tendo acesso ao benefício.

Ainda há de se considerar que essa informalidade em que vivem a maioria das MPES no Brasil atualmente, não corresponde tão somente a inexistência de estrutura gerencial dentro da própria empresa, mas em relação à formalização perante o poder público devido à ausência de registros nos órgãos competentes; a falta de licenças para operação em determinados ramos de atividade; as subcontratações e a prestação de serviço precarizado; operação deficitária e pouco condizente com as normas de saúde e do trabalho, assim por diante.

A consequência disso na visão do nosso trabalho, apesar de não discordarmos do trato legislativo nesse aspecto – exigência do cumprimento de requisitos e entrega de documentação para concessão e manutenção da recuperação judicial – é de que a informalidade é um obstáculo difícil de ser superado pelo pequeno empresário em condições normais, ainda com a empresa saudável, logo, em situação de crise, esse problema será maximizado.

4.2 Perspectiva dos pequenos negócios em números

Considerando a estrutura e a temática desta pesquisa, a pretensão deste tópico é apresentar alguns dados sobre os índices de sobrevivência de MEs e EPPs brasileiras, assim como, dados acerca dos pedidos de falência e de recuperação judicial ajuizados perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

4.2.1 Sobrevivência de microempresas e empresas de pequeno porte

No apanhado geral, cerca de 90% do empresariado brasileiro, segundo dados obtidos pelo SEBRAE no ano de 2021, é composto por microempresas e empresas de pequeno porte, chegando à marca de mais 9 milhões de negócios, distribuídos entre os setores de serviços,

¹¹² ALCANTARA, Franklin Sóstenes Soares; COSTA, Victor Rocha. **O princípio constitucional do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas na recuperação judicial: a preservação da empresa e o projeto de lei 477/2018.** Revista In Verbis. n° 1. Natal/RN, janeiro-junho de 2020.

comércio, indústria, construção e agropecuária, os quais, juntos, representam cerca de 27% do PIB nacional e geram entorno de 52% dos empregos com carteira assinada¹¹³.

Um informe compilado pelo Banco do Nordeste, utilizando também dados do SEBRAE, apontou que desse percentual as microempresas (ME) representam 31,0% e as empresas de pequeno porte (EPP), aproximadamente, 5,0% das empresas; estes dois segmentos compreendem 36,0%, em torno de 7,2 milhões de empresas. Incluindo o total de MEI na contagem de empresas do País, os três segmentos representam 90,9% do total de empresas¹¹⁴.

A distribuição quantitativa das empresas por setor de atuação no mercado revela que ME, EPP e MEI – Microempreendedor Individual, estão predominantemente presentes em todos os grandes setores econômicos, exceto no agropecuário, composto majoritariamente por médias e grandes empresas.

Figura 1

Brasil	Total	%	MEI	%	ME	%	EPP	%	MGE	%
Serviços	9.500.102	47,3%	5.510.570	50,0%	2.932.206	47,1%	422.976	42,3%	634.345	34,8%
Comércio	6.458.264	32,2%	3.317.366	30,1%	2.442.671	39,2%	387.254	38,7%	310.971	17,1%
Indústria	1.969.314	9,8%	1.169.549	10,6%	507.582	8,1%	119.867	12,0%	172.316	9,5%
Construção	1.387.461	6,9%	991.759	9,0%	290.189	4,7%	58.697	5,9%	46.816	2,6%
Agropecuária	752.518	3,7%	41.064	0,4%	45.367	0,7%	10.924	1,1%	655.163	36,0%
Não informado	14.849	0,1%	-	0,0%	12.285	0,2%	-	0,0%	2.447	0,1%
Total	20.082.508	-	11.030.308	-	6.230.300	-	999.718	-	1.822.058	-

Fonte: Elaboração BNB/Etene, com dados do DataSebrae (dezembro de 2021). Nota: (1) segundo a classificação do Sebrae.

Proporcionalmente a esse número, a taxa de sobrevivência entre os pequenos negócios consequentemente também é menor, e maior a taxa de mortalidade. O estudo de Sobrevivência das Empresas no Brasil publicado no ano de 2016 pelo SEBRAE, aponta que a taxa de sobrevivência de até dois anos das ME constituídas em 2012 é de apenas 55%. E no caso dos MEI (87%), a taxa aproxima-se mais da taxa das EPP do que das ME¹¹⁵.

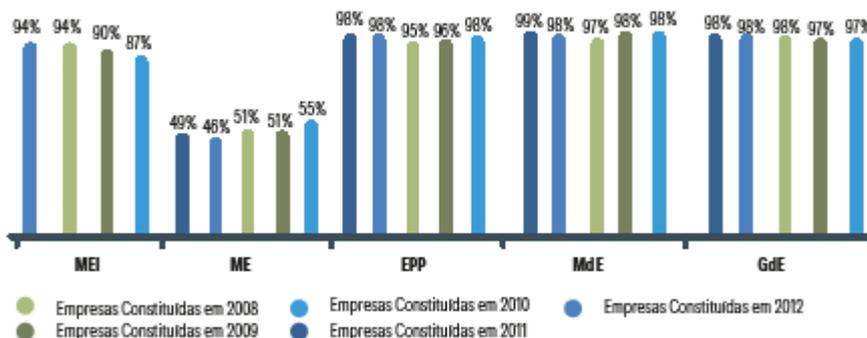
¹¹³ Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD>. Acesso em 28/07/2022.

¹¹⁴ LEÃO, Hellen Cristina Rodrigues Saraiva. **Informe ETENE – Panorama econômico das MPes**. Banco do Nordeste do Brasil, abril de 2022.

¹¹⁵ BEDÊ, Marco Aurélio (coord.). **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília: SEBRAE, 2016.

Figura 2

GRÁFICO 9 – TAXA DE SOBREVIVÊNCIA DE EMPRESAS DE DOIS ANOS, POR PORTE



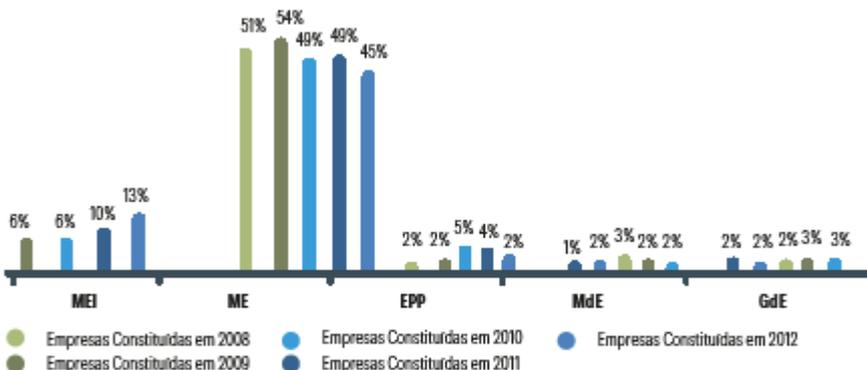
Fonte: Sebrae.

Obs.: O registro oficial de MEI teve início em 2009, razão pela qual a taxa de sobrevivência para o MEI só é calculada a partir deste ano.

Esses resultados mostram que as ME constituem o grupo que tem maior peso no fechamento dos pequenos negócios, seja pelo elevado número de empresas deste porte no grupo dos pequenos negócios, seja porque é o segmento com maior taxa de mortalidade, conforme se extrai do gráfico abaixo.

Figura 3

GRÁFICO 10 – TAXA DE MORTALIDADE DE EMPRESAS DE DOIS ANOS, POR PORTE



Fonte: Sebrae.

Obs.: O registro oficial de MEI teve início em 2009, razão pela qual a taxa de mortalidade para o MEI só é calculada a partir deste ano.

Além dos aspectos característicos das pequenas empresas que já foram citados no curso desta pesquisa, os quais afetam diretamente no índice de sobrevivência e mortalidade, um

trabalho realizado por Luis Fernando Filardi Ferreira *et. al*¹¹⁶, subdividiu esses fatores ligados à mortalidade das pequenas empresas em três grupos diferentes: fatores associados ao empreendedor, ao negócio e ao ambiente externo. Vejamos:

Figura 4

1. O empreendedor	2. O negócio	3. O ambiente externo
<ul style="list-style-type: none"> • Competência na gestão empresarial • Experiência no ramo • Nível de escolaridade • Profissionalização da relação com sócios 	<ul style="list-style-type: none"> • Acesso ao crédito • Mão de obra qualificada • Planejamento estratégico • Suporte jurídico e contábil • Qualidade de produtos e serviços • Inovação em produtos e serviços 	<ul style="list-style-type: none"> • Burocracia legal e fiscal • Competição dos concorrentes • Demanda dos clientes • Fornecedores, representantes, distribuidores e parceiros • Carga de impostos e tributos

Já sob uma perspectiva de mercado, dados veiculados pela Revista Forbes em 2019, obtidos pelo instituto CB Insights, revelam que outros fatores, somados aos já existentes, também contribuem para a falência de pequenas empresas. O levantamento considerou um ranking de 101 pequenas empresas que encerraram as atividades, aferindo cerca de 10 problemas de mercado que ME e EPPs deixam de observar durante a atividade¹¹⁷.

Além desses motivos intrínsecos e extrínsecos, a expansão do e-commerce também tem o seu papel no impacto sobre as pequenas empresas. O comércio eletrônico é um mercado que movimentou, só primeiro trimestre de 2022, cerca de R\$ 39 bilhões e vem crescendo mais a cada dia. A comodidade de fazer as compras pela internet e receber o produto no conforto de casa já atinge a marca de 24 milhões de pessoas¹¹⁸.

Diante do aumento das vendas pela internet, a maioria das empresas que atuam no comércio de produtos, independentemente do porte, tiveram que se adequar ao novo formato de consumo da população. Pequenas empresas, no entanto, dispõem de menos recursos para investimento no comércio eletrônico, criação de plataformas, desenvolvimento de um canal de vendas, contratação de pessoal para o desempenho da função etc.

Embora de certo modo as pequenas empresas tenham pouco capital para passar por uma transformação digital, pesquisas recentes revelam que cerca de 74% dos pequenos negócios hoje atuam no comércio eletrônico¹¹⁹, considerando que a internet reinventou a forma

¹¹⁶ FERREIRA, Luis Fernando Filardi *et. al*. **Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas da cidade de São Paulo**. Revista Gestão e Produção, v 18, nº 4. São Carlos, 2012.

¹¹⁷ Disponível em: <https://forbes.com.br/principal/2019/05/10-principais-causas-de-fracasso-de-pequenas-empresas>. Acesso em: 27/07/2022.

¹¹⁸ Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-cresce-faturamento>. Acesso em 28/07/2022.

¹¹⁹ Disponível em: <https://tiinside.com.br/20/01/2022/aumenta-numero-de-empresas-que-atuam-com-comercio-eletronico>. Acesso em: 28/07/2022.

como se vende produtos e presta serviços, principalmente por meio das ferramentas como Instagram e WhatsApp. No curto e médio prazo, esse modelo de negócio tende a contribuir positivamente para os indícios de sobrevivência das pequenas empresas.

Ainda é preciso considerar que nos últimos dois anos, a iniciativa privada foi fortemente impactada em virtude do estado emergencial instaurado pela pandemia do coronavírus, que levou o poder público dos Estados e Municípios, em uma medida desarrazoada e pouco efetiva, a determinar o fechamento das atividades comerciais na expectativa de evitar a proliferação e disseminação do vírus sars-cov2, sob o pretexto de que as medidas de isolamento e distanciamento social seriam as únicas alternativas para o controle da pandemia, levando as pequenas empresas a perderem aproximadamente 68% de faturamento¹²⁰.

Não é o cerne dessa pesquisa trabalhar a análise qualitativa ou quantitativa desses dados, mas sim, ressaltar a importância de um verdadeiro tratamento diferenciado e favorecido em prol das microempresas e empresas de pequeno porte, através de uma política legislativa que consagre o acesso desburocratizado do pequeno empresário aos mecanismos necessários para afastar o aumento do índice de mortalidade.

Por outro lado, ainda que existam muitos fatores negativos que impactam significativamente o desempenho dessas empresas, contribuindo para o índice de mortalidade, em se tratando de se superar adversidades, a flexibilidade das empresas de menor capital permite que elas encontrem razões de sobrevivência distintas das empresas de maior porte.

Nesse aspecto, Oswaldo Guerra e Francisco Teixeira¹²¹ elencam alguns fatores preponderantes que contribuem para o aspecto de sobrevivência das pequenas empresas. O primeiro fator é que pequenas empresas ocupam espaços em segmentos produtivos dos quais as grandes empresas se apossam de maneira esporádica ou incompleta.

Ainda que em grande parte isso ocorra de modo informal, empreendimentos menores tendem a suprir a mão de obra ou o fornecimento de produtos em segmentos pouco explorados pelas grandes empresas, o que permite que elas tenham acesso à ampliação de capital e atinjam níveis de emancipação maiores. O problema, nesse caso, pode ser a precariedade da atividade e a subcontratação de mão de obra.

¹²⁰ Disponível em: <https://brasil61.com/n/cerca-de-68-das-micro-e-pequenas-empresas-registraram-queda-no-faturamento-devido-aos-impactos-provoados-pela-pandemia-pind223167>. Acesso em: 28/07/2022.

¹²¹ GUERRA, Oswaldo; TEIXEIRA, Francisco. **A sobrevivência das pequenas empresas no desenvolvimento capitalista**. Revista de Economia Política [online], v. 30, n. 1, 2010.

Há, também, uma relação de complementariedade e subordinação entre o serviço prestado pela pequena empresa e a necessidade de suprimento de demanda pelas grandes empresas. Em linhas gerais, a contratação de empreendimentos de menor porte para a realização de serviços específicos, pode ser mais vantajoso do que a contratação de novos empregados para desempenho da função ou trabalho, diminuindo o custo da operação.

Por pagarem um salário menor, o que é uma condição para que empresas menores se tornem competitivas e por possuírem custos de produção mais elevados, tornam-se parâmetro para as grandes empresas, elevando, por transferência, o excedente destas últimas.

Como o Brasil exerce o desenvolvimento de uma economia aberta, o surgimento de novos empresários e empreendedores não encontram barreiras concorrenciais ou limitações de entrada no mercado, independentemente do seguimento, o que permite que determinadas empresas em particular se aproveitem da demanda elástica de forma mais duradoura.

Noutro ponto, homens de negócios dispostos a assumir riscos sempre existiram e sempre continuarão existindo. Dessa forma a reunião de mão de obra e capital em qualquer instalação pequena proporção pode gerar riquezas e provocar mudanças no cenário socioeconômico, ainda que em alguns casos o proprietário se torne refém do próprio negócio por um lapso temporal. Vale lembrar que grandes empresários começaram em garagens.

Até a própria impossibilidade de padronização efetiva de seus produtos, pode formar um cenário propício para o desenvolvimento de pequenos negócios. Além disso, alguns mercados regionais, de diferentes nichos, são abastecidos por pequenas empresas, principalmente pelo baixo custo do fornecimento dos produtos e da prestação de serviços, sem contar que em alguns lugares ainda vigora o sistema de contratação “tête-à-tête”.

Pequenas estruturas empresariais têm mais facilidade em se instalar ou se locomover de um local ao outro quando preciso. Dessa forma, a limitação geográfica parece não ser um problema tão relevante para pequenas empresas e esse é um fator de sobrevivência relevante, pois o custo da operação pode ser facilmente pulverizando se necessária a mudança do estabelecimento comercial.

No oligopólio competitivo, as empresas líderes entenderam que em termos de preço é possível conviver bem com as pequenas empresas que ocupam fatias pouco ponderáveis do mercado. Isso quer dizer que o custo de eliminação das pequenas empresas não compensaria os ganhos em termos de expansão do poder de mercado. Sem considerar que dificilmente pequenos

empresários resistem às investidas de empresas maiores nas aquisições hostis. Empresas nascem para serem vendidas.

Em uma linha mais conclusiva, os autores sugerem que para que a superação dos problemas das pequenas empresas e aumento da sobrevivência delas no mercado, há necessidade de uma mudança de caracterização:

Para superar esses problemas, esse autor sugere que as pequenas empresas sejam caracterizadas a partir de suas respectivas composições orgânicas do capital. Assim procedendo, poder-se-ia constatar que elas, comparativamente com a média do ramo de atividade, seriam menos desenvolvidas em termos tecnológicos, apresentando uma baixa relação capital constante/capital variável, menos produtivas, pois teriam menores escala e maiores custos de produção, e menos lucrativas. Portanto, a inserção socioeconômica da pequena produção seria qualitativamente distinta da grande empresa, sendo que o pequeno empresário, em termos da sua inserção social, não poderia ser confundido com o grande capitalista. Esse tipo de abordagem indica que o pequeno negócio pode ser mais bem compreendido com a ajuda de uma abordagem multidisciplinar que permita desvendar a sua gênese e inserção na sociedade capitalista¹²².

Apesar de todos esses fatores e da transformação digital como uma das causas determinantes da sobrevivência das empresas de menor porte, a taxa de mortalidade entre empresas entre elas ainda é elevada e alarmante do ponto de vista de uma Constituição que prevê um tratamento diferenciado e favorecido.

Não desprezamos, no entanto, o fato de que nem tudo pode, ou deve, ser resolvido através da disponibilização de recursos financeiros ou de modificações legislativas, mas é preciso dar a importância devida aos agentes que produzem 74% do PIB nacional, com a implantação de ferramentas e políticas públicas consistentes do ponto de vista do tratamento diferenciado e favorecido, preceito da ordem econômica brasileira.

4.2.3 Cenário das recuperações judiciais de MEs e EPPs no Estado de São Paulo

A associação Brasileira de Jurimetria – ABJ, em pareceria com o Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Identidade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – NEPI-PUCSP, promoveu a criação de um Observatório de Insolvência¹²³, que tem como objeto analisar alguns fatores e características predominantes nos processos de recuperação judicial em tramite

¹²² Ibid. p. 12.

¹²³ WAISBER, Ivo. *et. al* (coord.). **Observatório de Insolvência 2ª Fase**. Associação Brasileira de Jurimetria. Núcleo de Estudos em Propriedade e Identidade – NEPI-PUCSP, 2022. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>.

perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, classificando os dados coletados de acordo com alguns parâmetros pré-estabelecidos.

Segundo o relatório da 2ª fase do observatório, que angariou diversos dados relacionados a microempresas e empresas de pequeno porte insolventes, foram analisados 1194 processos de recuperações judiciais distribuídas nas Comarcas do Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017. Posteriormente, os processos com planos aprovados foram analisados novamente, entre outubro e dezembro de 2019.

Do total de 1194 processos, 145 (12,1%) recuperações judiciais foram requeridas exclusivamente por Microempresas (ME); 148 (12,4%) recuperações judiciais foram requeridas exclusivamente por Empresas de Pequeno Porte (EPP); 270 (22,6%) por grupos societários, ainda que envolvessem EPP e ME; e 629 (52,7%) exclusivamente por sociedades isoladas não classificadas como EPP ou ME. Também foram encontrados 2 casos envolvendo produtores rurais que acabaram não constituindo empresa, e não foram relacionados.

Distribuição das empresas requerentes de acordo com o porte		
Tamanho da empresa	Frequência	(%)
Médias, grandes e grupos	629	52,7
Litiscosórcios ativos	270	22,6
Pequeno Porte (EPP)	148	12,4
Microempresa (ME)	145	12,1
Outro	2	0,2
Total	1194	100

Fonte: Observatório de Insolvência - NEPI-PUCSP (Figura 6)

Corroborando com as ideias apresentadas no tópico 4 desta pesquisa, o observatório constatou que a adesão das pequenas empresas ao procedimento especial é praticamente nula, pois apenas 7 MEs e EPPs que adotaram essa modalidade de recuperação judicial tiveram o plano deferido. Se comparado ao total de planos de recuperação, esse número é ainda menor.

MEs e EPPs que optaram pelo procedimento especial	Frequência	(%)
Sim	7	97,6
Não	286	2,4
Total	293	100

Fonte: Observatório de Insolvência - NEPI-PUCSP (Figura 7)

Esses números apenas reafirmam as ponderações que fizemos no curso deste trabalho, de que as limitações do procedimento especial afastam os pequenos empresários dessa modalidade de pedido, acarretando a ampla preferência pelo plano comum.

Henrique Arake e Luís Roberto Alcoforado¹²⁴, analisando essa questão sob a perspectiva da Teoria dos Jogos, tinham como objetivo verificar se a recuperação especial era, de alguma forma, superior à recuperação ordinária, apresentando esta conclusão:

A doutrina brasileira aponta a simplicidade do procedimento (especial) como o seu principal ponto de vantagem e, como desvantagens principais, o fato de o PRJ na RJ especial já vir predeterminado pela lei (enquanto na RJ ordinária o art. 50 da LFRJ é apenas exemplificativo) e o fato de não haver a “rodada de negociação”, caso o PRJ sofra as objeções qualificadas pela Lei. [...] Especificamente quanto à ausência de “rodadas de negociação” na RJ especial, esse ponto não é, necessariamente, uma desvantagem do procedimento especial. A bem da verdade, o que o modelo indica é que, nos casos em que o credor não tenha interesse na falência do devedor e que o PRJ apresentado deixe o credor, ao menos, em estado marginalmente superior do que estaria caso a falência do devedor fosse decretada, é esperado que um plano mais favorável ao devedor seja aprovado na RJ especial na maioria dos casos, enquanto, na RJ ordinária, resultado semelhante dependerá de o poder de barganha do devedor ser superior ao dos credores.

Todo esse panorama estatístico forma um interessante paradoxo. A recuperação judicial é formada por um conjunto de mecanismos e pelo apoio do poder judiciário, para que o empresário tenha a capacidade de superar a crise econômico-financeira instalada na empresa.

Partindo do pressuposto de que as empresas de menor porte econômico possuem menos recursos para suportar momentos de dificuldade acentuada, bem como enfrentam mais problemas para obtenção de acesso ao crédito, não seria um contrassenso afirmar que elas estariam mais sujeitas a crises conjunturais.

Nesse caso, a participação de MEs e EPPs em processos recuperatórios, considerando o total de empresas analisadas (1194), deveria ter uma proporção superior. Contudo, os dados revelam um cenário oposto, pois os empresários de grande e médio porte apresentam frequência 44 vezes maior na recuperação judicial dos que os MEs, e 2,7 vezes maior do que os EPPs.

Do total de pedidos formulados por pequenas empresas durante o período abordado pelo observatório (293), 203 tramitavam perante as varas especializadas em falência e recuperação judicial da comarca da capital. Desses processos foi possível constatar uma outra observação interessante sobre o quantitativo de deferimentos da recuperação.

¹²⁴ ARAKE, Henrique; ALCOFORADO, Luiz Roberto. **A recuperação judicial especial é mais vantajosa do que a recuperação judicial ordinária?** Uma análise à luz da Teoria dos Jogos. Revista de Direito GV, v. 17, nº 3. São Paulo, 2021.

Um artigo publicado por Marcelo Guedes Nunes *et. al*¹²⁵, aponta que desses 203 pedidos de recuperação judicial, 106 processos tiveram o processamento da recuperação judicial indeferidos. O deferimento do processamento ocorreu em apenas 97 processos. Mais especificamente, dos 99 casos de ME e 104 de EPP, apenas o percentual de 37,4% dos processos de ME tiveram o processamento deferido, enquanto houve o processamento de 57,7% dos pedidos de recuperação judicial de EPP.

Deferimento e indeferimento do processamento da recuperação judicial				
Porte	Pedidos	Deferidos	Indeferidos	(%) de Deferimento
ME	99	37	62	37,4
EPP	104	60	44	57,7

Fonte: Observatório de Insolvência - NEPI-PUCSP (Figura 8)

Entre os pedidos de indeferimento – a maioria – foi possível identificar que as decisões proferidas tinham como fundamento a ausência de apresentação da documentação exigida. Mais uma constatação que comprova os argumentos trazidos nesta pesquisa quanto ao problema da informalidade das pequenas empresas e como isso interfere diretamente no cumprimento dos requisitos previstos no art. 51, da LRF.

Soma-se a isso que uma parcela significativa desses indeferimentos também leva em conta a ausência de escrituração contábil das empresas requerentes. Ainda que a Lei Falimentar possibilite a apresentação de escrituração simplificada pelas microempresas e empresas de pequeno porte, os custos para regularização da escrituração dificilmente podem ser suportados sem nenhum prejuízo em favor da empresa em crise.

Os custos diretos, sem falar naqueles indiretos, também se revelam ser um fator impeditivo para obtenção do deferimento do processamento da recuperação judicial. Por exemplo, em 17 processos indeferidos, o motivo foi a ausência do recolhimento das custas processuais ou despesas exigidas para a realização da chamada “Constatação Previa” que requer o adiantamento de valores em favor do profissional nomeado para realização da perícia nos termos determinados pelo juízo recuperatório.

A intenção neste ponto não é repetir os argumentos já lançados no curso deste trabalho a respeito dos devaneios enfrentados pelas pequenas empresas na tentativa de obtenção de

¹²⁵ NUNES, 2020, *op. cit.* p. 7.

acesso ao regime de insolvência, mas, por outro lado, evidenciar de modo quantitativo como as empresas de menor porte dificilmente conseguirão superar a crise sozinhas.

A realidade é uma só, ou seja, “para a ampla maioria dos empresários paulistas, enquadrados como MEs e EPPs, bem como para os seus diversos credores, a Lei de Insolvência não se apresenta como alternativa eficiente para a superação da crise econômico-financeira que pode acometer sua atividade”¹²⁶.

Em contrapartida à simplificação do procedimento, o uso da recuperação especial se torna mais restrito, pois não pode ser usada por um devedor qualquer, não abrange credores quaisquer e seu plano de recuperação encontra limitação no próprio texto legal, esvaziando o legítimo interesse dos agentes envolvidos na recuperação.

Essa inefetividade/ineficiência permite que apenas um percentual extremamente reduzido de MEs e EPPs tenham acesso a recuperação judicial e que um número ainda menor realmente consiga ter o processamento do pedido deferido, não chegando sequer a fase de negociação coletiva com os credores para a superação da crise.

Ainda que, de fato, pequenas empresas tenham a oportunidade de ajuizar o pedido recuperatório, obter o deferimento do processamento e a posterior concessão da recuperação com a aprovação do plano pelos credores, poucos desses empresários efetivamente conseguirão superar a crise econômica até o final do período fiscalizatório bienal.

Essa vertente é clara, não só em relação às empresas de menor porte, mas também aflige empresas médias e grandes, se considerarmos o percentual de recuperações convoladas em falência no estado de São Paulo.

Dentro do espectro dessa discussão, cabe ressaltar que as disparidades relacionadas a, de um lado, os problemas do plano especial, e de outro, as limitações encontradas pela informalidade, explicam a baixa adesão do procedimento pelas pequenas empresas junto ao Poder Judiciário, impactando diretamente no desenvolvimento socioeconômico.

Para concluir o raciocínio, vale a menção de que as varas especializadas em recuperação judicial e falência possuem um peso relevante na efetividade dos processos recuperatórios. Isso é, a tramitação dos processos em varas comuns tende a ser mais morosas e

¹²⁶ Ibid. p. 12.

pouco relevantes, enquanto nas varas especializadas o procedimento se torna mais célere, principalmente pela experiência do juiz e dos serventuários nessa natureza de ação.

O relatório do observatório de insolvência evidencia essa questão:

Na comparação com os dados das varas comuns, o que chama a atenção é aumento dos processos fora da capital em 2013. Isso pode ser fruto da qualidade da gestão de informação do tribunal e consequente impossibilidade decapitar as recuperações distribuídas nesse período nas varas comuns. O crescimento tardio das recuperações no interior poderia ser explicado pela menor especialização dos operadores locais. Há indícios de que na capital os empresários reagiram de maneira mais imediata à crise de 2008 e já ainda entre 2010 e 2012 suas distribuições superaram às do interior.

Nosso objetivo, obviamente, não é esgotar toda a discussão no âmago deste trabalho, mas evidenciar o quão difícil é para o pequeno empresário suportar as adversidades em um ambiente pouco favorável, mesmo diante de um tratamento diferenciado e favorecido. Para que a recuperação judicial possa voltar a ser uma medida de contenção da crise, principalmente em favor da pequena empresa, é necessário, portanto, que a discussão transcenda as esferas do conhecimento e de governo, na expectativa de um regime de insolvência mais efetivo.

5 RECUPERAR, OU NÃO, PEQUENAS EMPRESAS?

A partir do desenvolvimento desta pesquisa, nos deparamos com algumas situações um pouco intrigantes a respeito da verdadeira face do problema em que estão inseridas as microempresas e empresas de pequeno porte em dificuldade. Isso se relaciona tanto quanto com as dificuldades preexistentes dos pequenos negócios, quanto com a própria limitação de superação da crise através do regime jurídico de insolvência atualmente vigente.

A desigualdade entre as empresas de maior e menor porte econômico não é algo insignificante ou colateral e 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. Todavia, apesar desse desequilíbrio e submissão permearem o sistema jurídico como um todo e influenciarem cada uma das suas prescrições em particular, esse contexto não é amiúde percebido sequer pelos próprios subjugados.

Daí questionamos: recuperar, ou não, pequenas empresas?

Disso propomos neste tópico algumas reflexões que entendemos serem relevantes e que contribuem diretamente para que possamos responder à problemática do tema abordado neste trabalho, dentro da possibilidade do objeto.

Dentre essas reflexões, as quais serão mais bem articuladas adiante, a primeira diz respeito a qual é o real papel do Estado na recuperação das pequenas empresas insolventes, bem como se há um verdadeiro interesse governamental no acesso do pequeno empresário ao instituto da recuperação judicial, sobretudo pela ausência de políticas públicas capazes de mostrar um verdadeiro tratamento diferenciado e favorecido, e de um procedimento recuperatório efetivo que viabilize a superação da crise econômico-financeira.

Atrelado a isso paira uma outra incongruência: a falta de efetividade do procedimento de recuperação especial parece ser proposital. O legislador em mais de um momento nos últimos anos teve a oportunidade de reestruturar, ou ao menos reformular, o tratamento diferenciado dispensado às pequenas empresas no âmbito do sistema recuperacional, o que reforça a ideia de omissão introduzida inicialmente.

De outro lado, aparentemente ainda há um problema ligado ao aspecto cultural, não só das pequenas empresas, mas das grandes também, no tocante ao instituto da própria recuperação judicial. Ao que tudo indica, empresas em crise dificilmente buscam o soerguimento pela via recuperatória por outros motivos, além daqueles de viés puramente procedimental.

O primeiro deles é o estigma. Ocorre um receio do empresário a respeito da reputação da empresa no mercado. Esse receio vem acompanhado de outro problema, que é a possível perda da credibilidade da empresa, sobretudo perante os fornecedores, instituições financeiras, parceiros de crédito, clientes etc., além da insegurança interna gerada nos trabalhadores e stakeholders, todos os quais terão de lidar com uma sociedade empresária insolvente.

O segundo, na nossa perspectiva, é o desinteresse do próprio empreendedor na renegociação das dívidas. O pequeno empresário em dificuldade, endividado, com vultoso passivo creditório e fiscal, muitas das vezes não quer a recuperação do negócio, não possui interesse no soerguimento da pequena empresa, sequer cogita algum mecanismo de superação da crise, ainda que não seja a recuperação judicial.

Isso decorre tanto da morosidade, ou talvez da onerosidade de uma possível renegociação, quanto da própria flexibilidade que os pequenos negócios encontram no trato mercadológico. Parece muito mais fácil a abertura de um novo CNPJ, a alteração de seguimento do negócio, a mudança do estabelecimento para uma nova localidade, até mesmo a continuidade da atividade empresária endividada, do que atacar o problema na raiz.

São esses pontos que serão tratados daqui até a conclusão deste trabalho, portanto.

5.1 O (des)interesse no soerguimento de empresas menores

Introduzimos nas ideias desta dissertação que a Constituição Federal determina que os entes da administração pública têm o dever de promover um tratamento diferenciado e favorecido em prol das microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando obrigações, procedimentos e fomentando a atividade empresária de pequena proporção.

O papel do Estado, portanto, é viabilizar que o espaço dos pequenos empreendimentos no mercado seja respeitado, assim como tem o dever de possibilitar que empresas menores tenham acesso a garantias e facilidades que permitam a ampliação da participação na cadeia negocial, sem que isso lhes custe recursos essenciais ou o excesso de desgaste operacional.

E mais.

Esse tratamento garante que o objetivo socioeconômico da constituição também seja preservado, pois viabiliza a geração de emprego e renda, promove melhores condições de trabalho, fomenta o desenvolvimento e a qualificação de mão de obra, amplia o investimento

em conhecimento, inovação e novas tecnologias, melhora a visibilidade do país no ambiente externo, além de contribuir diretamente para o crescimento macroeconômico.

Tulio Afonso e Bruno Lorencini¹²⁷, defendem que “o Estado, intervindo desta forma na economia, ou seja, não sendo o Estado de Intervenção total nem simplesmente o Estado Liberal, atua quando necessário, colimando a efetivação dos princípios, fundamentos e da finalidade da ordem econômica de assegurar existência digna a todos”.

Essa intervenção, ou melhor, essa legitimação do tratamento especial, ocorre tão somente com a elaboração de políticas públicas realmente efetivas, com escopo direto ao pequeno empresário, quer seja no plano legislativo com promulgação de normas legais, ou no plano administrativo, através do fomento e da desburocratização procedimental.

Interessante lição a respeito é trazida por Gomes *et. al*¹²⁸:

Neste sentido é preciso diferenciar políticas públicas de empreendedorismo de políticas públicas para as MPEs. Políticas voltadas para as MPEs envolvem programas que apoiam o empreendedor estilo de vida, o que pode ser justificado por diversas razões como efeitos macroeconômicos positivos de criação de empregos ou mesmo compensação por efeitos microeconômicos colaterais de economias de escala. Por outro lado, políticas de empreendedorismo visam fomentar empreendedores (indivíduos) altamente inovadores que possam gerar um alto impacto no crescimento econômico movendo a economia para produtos e serviços com maior valor agregado.

No entanto, o mercado enxerga com uma visão cética a criação políticas públicas e de incentivo para pequenas empresas, sob a justificativa de que empresas de grande porte são mais capazes de ter ganhos de escala e de levantar os fundos para pesquisa e desenvolvimento além de prover mais empregos estáveis. Além disso, há um questionamento sobre a eficiência de atividades de promoção já que empresas grandes poderiam gerar mais efeitos positivos sobre o crescimento econômico e, por isso, é que deveriam receber uma atenção maior.

Esse ceticismo não tem fundamento. A uma porque a constituição busca a aplicação do princípio da isonomia em sua essência, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente nas medidas de suas desigualdades. Argumentos que justifiquem esse tratamento já foram mais do expostos no curso desta pesquisa. A duas porque pequenas empresas ainda são a maioria e são as que mais contribuem para o crescimento socioeconômico, de modo que, como não poderia deixar de ser, são totalmente passíveis de incentivo.

¹²⁷ AFONSO; LORENCINI, 2017, *op. cit.* p. 7.

¹²⁸ GOMES *et. al.* *op. cit.* p. 20.

Sob uma perspectiva global, a realidade é que mundo atravessa uma crise social e econômica sem precedentes, e o Brasil não foge dessa realidade. Em cenários de reiteradas crises, é exigível um maior desempenho do papel do Estado como agente responsável pela equalização e reequilíbrio causado pelas distorções do mercado à medida do possível.

Oliveira e Martins¹²⁹ enfatizam que:

A exigência da reestruturação do papel do Estado pela expansão do mercado passou a demandar que as relações entre a sociedade e os Estados nacionais estejam diretamente relacionadas com a capacidade desses de assumir eficientemente seu novo papel indutor-normativo-regulador, ao mesmo tempo em que um original pacto social consiga definir como lidar com a tendência de crescente exclusão social decorrente do atual modelo econômico global.

Isso revela a necessidade de que a administração pública se torne mais inclusiva no que diz respeito ao especial tratamento diferenciado em favor das pequenas empresas. “Poder-se-á conceituar Administração Pública inclusiva como aquela que proporcione de ofício, mediante políticas públicas universalistas e voltadas ao alcance de todos, a realização máxima dos direitos fundamentais sociais”¹³⁰.

No desempenho desse papel de inclusão, a gestão governamental deve ser mais eficiente em se tratando do destinatário – MEs e EPPs – para cumprimento desse objetivo, produzindo mecanismos que reduzam ao máximo a disparidade de condições se comparado a posição das grandes empresas, sempre acompanhando os reflexos das medidas instituídas e seu potencial para atingir no melhor grau possível a satisfação dos objetivos esperados.

Na visão deste trabalho, fortalecendo esses empreendimentos haverá uma promoção ao potencial dessas empresas no combate de diversas desigualdades sociais como a pobreza e a melhor distribuição de renda, além da redução da informalidade, o que desagua no incremento da atividade produtiva nacional e gera outros benefícios como a ampliação de oportunidades, da base de arrecadação de impostos, assim como a desburocratização e a justiça social.

Ademais, as políticas públicas não devem se basear apenas no aspecto de igualdade, mas também de oportunidade, haja vista que essas duas formas de contribuir para a redução das disparidades socioeconômicas não são excludentes entre si; por outro lado, em determinados momentos elas podem – e devem – serem elaboradas em consonância.

¹²⁹ MARTINS, Joana D’arc Dias; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. **Intervenção do estado em prol das micro e pequenas empresas como eficiente instrumento de promoção social**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santamaria – UFSM, v. 15, n. 1, 2020.

¹³⁰ Id. p. 20.

Dessa forma, a bússola da administração pública na promoção de mecanismos aptos a elevar o patamar de igualdade entre empresas grandes e pequenas não deve apontar apenas para a questão da isonomia propriamente dita, mas considerar que empresas menores devem ter o crescimento estimulado em momentos econômicos oportunos, assim como as grandes.

É preciso, portanto, que o poder público esteja atento à necessidade de aprimoramento dos mecanismos e instrumentos que legitimem um verdadeiro tratamento diferenciado e favorecido ao pequeno empresário, na expectativa de fornecer uma maior vantagem competitiva com relação aos grandes empresários, sobretudo no tocante à expansão de acesso ao crédito, atividade de fomento, financiamento e ampliação das modalidades de garantia.

Essa perspectiva também é traçada por Oliveira e Martins¹³¹:

Não é por outro motivo que as políticas públicas de incentivo às micro e pequenas empresas precisam ser continuamente reavaliadas em seu potencial de gerar oportunidades, especialmente sob a perspectiva da sustentabilidade empresarial do segmento frente à conjuntura econômica atual. E esse novo papel assumido pela Administração Pública, moldado a partir do Estado Social instituído pela Constituição de 1988, deve constantemente efetivar esforços para aprimorar as políticas públicas de incentivo as pequenas empresas, sem se olvidar da necessidade de implementar outras paralelas para fins de uma melhor proteção desse setor.

Contudo, quando a primazia do tratamento diferenciado e favorecido atinge a esfera do Direito da Insolvência e da sistemática do instituto da recuperação das empresas em crise, o problema se torna um pouco mais agressivo, possuindo nuances que merecem ser abordadas.

Sem desprezar os motivos já introduzidos no curso dessa pesquisa, que afastam o pequeno empresário da recuperação judicial e revelam como o regime jurídico de insolvência proposto pela Lei 11.101/05 tem sido pouco – ou quase nada – efetivo no soerguimento das empresas menores, entendemos que da perspectiva do poder público ainda há certo desinteresse na recuperação dos pequenos negócios, não só no plano legislativo.

A proteção às micro e pequenas empresas, sobretudo, tem o condão de efetivar o princípio da preservação da empresa e de sua função social, tanto como previsto no art. 170 da Constituição Federal, como da forma proposta pelo art. 47 da Lei Falimentar.

A função social da empresa deve estar afeta aos desígnios constantes na legislação constitucional brasileira que prima, não por uma tentativa de socializar o capital, mas conceder através do capitalismo humanista uma condição digna à sociedade e ao ambiente envolto à empresa. Afinal, a empresa como instrumento de criação de valor não atua isoladamente e não

¹³¹ Ibid. p. 27.

está desvinculada de suas responsabilidades sociais com seus empregados, fornecedores, consumidores, a comunidade onde está inserida, o meio ambiente em que se instalou, enfim, em todas as estruturas que se interpenetram na busca dos fins sociais a que se propõe a empresa¹³².

E por que, depois de todas as considerações tecidas nesta pesquisa, nós enxergamos um desinteresse do poder público na recuperação das empresas de menor porte? Alguns motivos nos levam a pensar dessa forma e não guardam relação apenas com a inefetividade da LRF.

Pois bem.

Vamos ao primeiro argumento. Do ponto de vista prático e estatístico, por assim dizer, considerando que pequenas empresas correspondem a cerca de 90% do empresariado brasileiro, se num momento de baixa acentuada, de recessão ou retração econômica, uma parcela significativa desse percentual for atingida por uma crise econômico-financeira, acarretando em uma enxurrada de pedidos recuperatórios de pequenas empresas, muito provavelmente haveria uma sobrecarga excessiva de processos junto ao Poder Judiciário, além da já existente.

A prestação jurisdicional, nesse caso, seria drasticamente afetada e o processo recuperatório perderia o restante da essência ainda remanescente, tornando-se ainda menos efetivo do que já vem sendo atualmente. Isso reforça a afirmação de que, ao que tudo indica, o processo recuperatório brasileiro foi feito para empresas grandes de maneira proposital.

Não se buscou pensar um procedimento realmente adequado à fragilidade e vulnerabilidade dos pequenos negócios e que pudesse efetivamente gerar a reestruturação e sobrevivência desses empreendimentos empresariais. A própria doutrina comercialista, quando discutia, na vigência da lei anterior, a reforma do direito concursal, sempre direcionou as atenções às empresas de grande porte, consideradas mais importantes por sua ingerência no mercado nacional ou regional. Jorge Lobo, em artigo publicado em 1998, tratou do direito da crise econômica da empresa como fruto de uma nova filosofia do direito concursal e ao analisar a possibilidade de recuperação ou liquidação de empresas estabeleceu uma distinção de tratamento entre empresa privada de interesse particular e empresa privada de interesse público¹³³.

Ademais, não é interessante, além de ser inviável, que o judiciário seja dominado por essa quantidade de processos de recuperação judicial, principalmente pela má impressão que isso traria ao país no ambiente externo. Haveria uma baixa atratividade de investimento e uma possível evasão de capital bom pela perda de confiança na iniciativa privada.

¹³² SOLIMANI, Carlos Henrique; SIMÃO FILHO, Adalberto. **A função social da empresa: o capitalismo humanista e a eticidade na busca da justiça social**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v.12, n.3, 2017.

Devemos considerar, também, que esse desinteresse é ratificado pelo Poder Legislativo por fatores desconhecidos que estão por trás do soerguimento das empresas em crise, pois em diversas oportunidades o legislador teve nas mãos a possibilidade de reformular o procedimento especial de recuperação das pequenas empresas na Lei Falimentar e não o fez. O exemplo mais recente ocorreu através da reforma da LRF promulgada no ano de 2020 por meio da Lei 14.112/20 e das alterações promovidas pela LC 147/14.

No contexto da pandemia instaurada pelo coronavírus, que levou à decretação do estado de calamidade pública, o Congresso Nacional chegou a aprovar uma norma transitória que beneficiou as pequenas empresas em crise, o PL 1397/20, o qual previa a alteração de alguns pontos do plano de recuperação especial, como a possibilidade de parcelamento em até 60 meses e impossibilidade de decretação da falência em caso de objeções ao plano apresentado. Contudo, a norma não foi incorporada em definitivo à LRF.

O segundo argumento que sustenta a nossa interpretação quanto ao desinteresse do poder público na superação da crise do pequeno empresário, diz respeito à própria natureza da empresa de menor envergadura, sua informalidade e sua flexibilidade, de certo modo.

Uma parcela significativa da economia é movida por microempreendedores e por empresas de pequeno porte. Esses dois indivíduos possuem uma certa flexibilidade no trato mercadológico quando há um alto endividamento obstruindo o caixa e conseqüentemente a operação da empresa, isso é, torna-se muito mais fácil encerrar uma empresa irregularmente e promover a abertura de uma nova, com um novo CNPJ, dando continuidade à atividade, do que buscar o soerguimento da empresa em dificuldade, ou até mesmo, renegociar as dívidas de outra forma que não seja o pedido de recuperação judicial.

O pequeno simplesmente fecha a empresa endividada e reabre uma nova.

E qual a relação disso com o desinteresse do Poder Público? É muito mais fácil para a administração pública lidar com encerramentos irregulares, possível passivo fiscal e outros aspectos puramente administrativos, como ausência de baixa perante os órgãos de registro, do que ver as vias de fato congestionadas pela tentativa de soerguimento de alguns negócios que podem ser retomados pelo empreendedor de um dia para o outro, ou que são irrecuperáveis.

Vamos ao seguinte exemplo. João é dono de uma pequena padaria muito conhecida no centro da cidade há cerca de 20 anos. Em determinado momento a padaria de João começa a enfrentar dificuldades financeiras e João começa a se tornar inadimplente, adquirido passivo

fiscal e deixando de honrar seus pagamentos com fornecedores, conseguindo apenas suportar os encargos de natureza trabalhista, como salários e recolhimento de verbas laborais.

João tem quatro alternativas: buscar a renegociação de suas dívidas diretamente com os credores da padaria, propondo condições de parcelamento ou oferecendo garantias para continuidade do fornecimento de insumos; contratar uma assessoria especializada visando uma alternativa extrajudicial para prevenir uma possível quebra, porém a um custo financeiro que pode comprometer a atividade; contratar a mesma assessoria e propor um pedido de recuperação judicial, comum ou especial, que perdurará por alguns anos, promoverá um desgaste excessivo e poderá onerar ainda mais o seu negócio; ou, por fim, encerrar sua padaria naquele ponto comercial, sob aquele CNPJ e abrir a mesma padaria em um novo local, constituindo uma nova pessoa jurídica para o desempenho da atividade.

Ainda, se o passivo for majoritariamente fiscal, a simples reabertura de um novo CNPJ pode, em tese, “resolver” o problema de João, pois a realidade das execuções fiscais hoje revela um baixo índice de recuperação de créditos de MEs e EPPs pela insuficiência patrimonial.

Qual alternativa parece mais fácil?

Analisando isso do ponto de vista do Poder Público, parece mais interessante que o pequeno empresário encerre uma empresa e abra uma nova, promovendo a manutenção dos empregos, ainda que com quadro reduzido; volte a recolher os impostos de forma correta; compra e venda; produza riquezas; renove a economia; sustente a cadeia de fornecimento; bem como fomenta o consumo e a atividade econômica, ao invés de ver esse mesmo empresário atravessar uma recuperação judicial anos a fio, correndo o risco de não conseguir superar a crise, para, ao final, adotar a mesma medida: reabrir uma nova empresa em nome de terceiros se não for possível em nome próprio.

Obviamente esse não é o melhor cenário. Se há uma lei de recuperação de empresas, essa lei deveria funcionar para os grandes e para os pequenos, porém infelizmente a verdade é totalmente diferente quando transcende à realidade. A recuperação dessas pequenas unidades é apenas simbólica. Existe apenas para não contrariar o intento constitucional.

O último ponto trata-se de um aspecto cultural e que alimenta esse desinteresse no soerguimento das empresas menores, não tendo relação, necessariamente, com as esferas da administração pública propriamente ditas. É da natureza da pequena empresa, principalmente

por suas características naturais, já apontadas nesta pesquisa, um certo desprezo a formalidades e a burocracia excessiva, aos processos, procedimentos, regularizações, assim por diante.

Isso está ligado diretamente ao argumento anterior: o pequeno empresário não tem a menor intenção de recuperar uma empresa endividada. À exceção dos pequenos negócios que carregam consigo uma carga sentimental, uma paixão pelo exercício daquela atividade, seja por se tratar de uma empresa familiar, ou de uma atividade que tem uma função essencial na região onde está instalada, o que se vê no cotidiano é que esses pequenos negócios sequer cogitam sair de uma crise econômico-financeira. Como dissemos – é mais viável fechar e reabrir.

Por quais motivos um pequeno restaurante com apenas dívidas de fornecedores, energia e água; uma padaria localizada em um bairro periférico com algumas verbas trabalhistas inadimplidas e com dívidas que não lhe representam nenhum outro risco senão comercial; ou aquele supermercado que tem como clientes pessoas de baixa renda e que perdeu algumas garantias e não tem mais acesso ao crédito, arriscariam perder ainda mais em um processo tão complexo como uma recuperação judicial? A questão, portanto, transcende a discussão da falha puramente legislativa.

A falha, nesse caso, é cultural. Grandes empresas, com boa visibilidade e que dominam uma parcela significativa de mercado, quando em dificuldade, cogitam a reestruturação do passivo e o acesso aos mecanismos de recuperação existentes, ainda que não por meio da LRF, pois, na verdade, há muito mais a perder pela não superação da crise, do que pela tentativa através da recuperação. Essa mesma cultura dificilmente é vista em pequenos negócios.

Embora esses argumentos revelem o descaso do poder público com o soergimento de empresas menores, eles não podem ser tidos como uma razão de ser absoluta. Não é plausível que essa cultura seja dominante. É preciso que haja mecanismos eficientes e que legitimem o tratamento diferenciado e favorecido previsto na CF, não só no espectro da insolvência, mas também da pré-insolvência, como por exemplo, linhas de crédito especiais para pequenas empresas e condições de mercado fomentadas por iniciativas razoáveis.

Principalmente no contexto de crise generalizada, o país deve buscar contorná-la com a adoção de medidas e políticas que propiciem um ambiente de combate ao desemprego e o fomento do crescimento sustentável, sobretudo através de meios econômicos.

Nesse sentido, Lorga e Knoerr¹³⁴ descrevem que:

Os meios econômicos, consistem no objetivo de a administração pública conceder vantagens de natureza patrimonial a iniciativa privada que exerça atividade que se deseja fomentar. Essas vantagens podem ser reais, fiscais, creditícios e econômicos no sentido estrito. A primeira quando a Administração Pública cede o uso de bens públicos aos particulares, na segunda, quando conferem isenções, imunidades tributárias, redução de alíquotas, remissão, anistia, diferimentos e fixação de prazos excepcionais para o recolhimento de tributos, na terceira, se conferem aos particulares linhas de crédito ou financiamentos privilegiados ou subsidiados, e por último, quando se conferem ajuda aos particulares por meio de subvenções ou auxílios.

Em tais circunstâncias, as pequenas empresas, e a influência econômico-social que desempenham, assumem uma posição de destaque entre os atores que atuam no mercado, o que passou a demandar uma análise em mão dupla de sua função social, exigindo do Estado uma atuação mais incisiva no sentido de garantir meios que permitam a elas se desincumbirem de suas atividades com desembaraço¹³⁵.

Essas reflexões é que deram origem ao título deste tópico: até que ponto vale a pequenas recuperar pequenas empresas? Pois é. Não parece viável se imaginarmos um cenário econômico totalmente embaraçado porque a maior parcela do empresariado se encontra em processo de recuperação judicial, quando, em termos simples, a fonte produtora informal pode ser considerada o rotor da economia nacional.

Como diz um antigo provérbio em latim: *Laedere facile, mederi difficile?* – é mais fácil rasgar do que costurar?

Na expectativa de conferir um norte para a discussão, enxergamos que medidas alternativas de solução de conflitos a exemplo da conciliação e mediação em casos de pré-insolvência, ou até mesmo de maneira incidental, podem ser benéficos para pequenas empresas em crise, à medida que previne custos e soluciona diversos problemas com maior celeridade.

Tal instituto vem sendo explorado pelas Varas Especializadas em insolvência da capital através da criação dos CEJUSC's empresariais, que tem como escopo solucionar litígios de forma pacífica, por meio da composição amigável entre credor e devedor.

¹³⁴ LORGA, Marco Antonio; KNOERR, Fernando Gustavo. **Atividade de fomento para as micro e pequenas empresas e o princípio da isonomia**. Revista Jurídica UNICURITIBA, v. 2, n. 31, agosto. Curitiba, 2013.

¹³⁵ MARTINS; OLIVEIRA, 2020. op. cit. p. 30.

De igual modo, difundir e aprimorar o instituto da Recuperação Extrajudicial também parece uma boa opção para pequenas empresas como problemas de alto endividamento, se mostrando uma alternativa menos onerosa e mais viável do ponto de vista prático e processual, haja vista que o procedimento da REJ é mais acessível e menos desgastante, podendo gerar grandes benefícios para a reestruturação de micro e pequenas empresas.

5.2 Um olhar setorizado

Embora os argumentos deduzidos nesta pesquisa revelem uma condicionante negativa em favor da recuperação das pequenas empresas em crise, entendemos que o panorama deficitário pode ser atenuado se visualizarmos a situação de uma perspectiva setorizada, ou seja, analisando o desempenho da atividade das pequenas empresas em determinados setores econômico-sociais, não seria possível obter um resultado diferente, que tornasse mais viável a recuperação judicial do pequeno empresário?

Aqui trabalhamos com a hipótese de que MPEs exploradoras de determinados setores da economia tem maior capacidade de desempenho e autonomia do que as que exploram atividades em seguimentos menos desenvolvidos ou pouco sobressalentes. Em alguns casos isso pressupõe que em momentos de crise, essas mesmas empresas terão mais facilidade quando intentarem o soerguimento pela via recuperatória ou por outro mecanismo que permita a superação da crise, devendo serem protegidas pela lei de falências e demais normas.

Para inaugurar a discussão, ressaltamos que a segregação entre pequenas empresas do regime do tratamento diferenciado e favorecido de acordo com o setor não se relaciona tão somente com o Direito da Insolvência, mas tem sua origem no próprio estatuto da pequena empresa (LC 123/06), que exclui determinadas atividades do Simples Nacional.

Em artigo já citado durante o desenvolvimento desta pesquisa, Guilherme Mendes¹³⁶ propõe uma discussão acerca dessas exclusões e defende a inconstitucionalidade delas, ao argumento de que o legislador reservou a exploração desses setores aos grandes empresários.

A Lei Complementar nº 123/06, com a redação atualmente em vigor, adota dois mecanismos para promover exclusões setoriais. No primeiro, recusa-se expressamente a qualificar a empresa como MPEs e, assim, impede o gozo de todas as medidas favoráveis previstas na lei; no segundo, menos abrangente, um pouco menos dramático e que congrega o maior número de atividades, mantém a qualificação e os poucos benefícios não tributários previsto no estatuto, mas impede a opção pelo regime favorecido de tributação, onde estão os maiores incentivos para as pequenas empresas. [...] As atividades que

¹³⁶ MENDES, 2015, *op. cit.* p. 9

impedem as empresas de usufruírem do Simples Nacional, estão elencadas em vários incisos do art. 17; são elas: (i) importação e fabricação de automóveis e motocicletas; (ii) geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; (iii) importação de combustíveis; (iv) transporte intermunicipal e interestadual de passageiros; (v) produção e venda no atacado de fumo, bebida, armas e munições; e (vi) *factoring*.

Nossa ponderação, contudo, é no seguinte sentido: em que pese haja um desinteresse governamental na recuperação das empresas menores; exista uma falha legislativa na LRF quanto ao tratamento diferenciado e favorecido; e pela cultura a maioria dos pequenos empresários não queira enfrentar o processo recuperatório, é preciso ter à disposição uma Lei mais efetiva, principalmente para os momentos de crise generalizada onde todos os setores econômicos são afetados – a exemplo da pandemia instaurada pela COVID-19 – para onde a pequena empresa possa recorrer na expectativa de superação desse estado, principalmente aquelas que exploram atividades-chave em âmbito regional, estadual ou nacional.

Uma interessante matéria veiculada pelo Portal da Indústria, mantido pelas organizações do “Sistema S”, apontou algumas informações relevantes a respeito da distribuição econômica do Brasil¹³⁷.

O território brasileiro, abundante em recursos naturais, permite que em solo nacional sejam desenvolvidos negócios nos setores primário, secundário e terciário, sendo o último o mais forte do país. Outros setores como o farmacêutico, automobilístico, eletroeletrônico, energético, têxtil, assim como outros, também vem se tornando destaque na produção de riquezas, bem como o agroindustrial, talvez o de maior relevância.

Os cinco principais setores com maior participação no valor da indústria de transformação são os segmentos de alimentos, derivados de petróleo e biocombustíveis, químicos, metalurgia e veículos automotores. O setor terciário, é, atualmente, responsável por mais da metade do PIB e pela geração de 75% dos empregos, sendo o maior ramo da economia do país. Este setor é composto pela venda de produtos e pela prestação de serviços. Fazem parte dele o comércio, telecomunicações, serviços públicos, computação, comunicações e tecnologia.

Conforme o relatório Panorama das Pequenas Empresas elaborado pelo SEBRAE, já mencionado neste trabalho, ao menos no Estado de São Paulo, as pequenas empresas ocupam todos os setores da economia distribuídos entre serviços (41%), comércio (37%), indústria (12%); construção civil (7%); agropecuária e agronegócio (3%), produzindo uma receita

¹³⁷ Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/economia>. Acesso em: 01/08/2022.

estimada no ano de 2018 de cerca de R\$ 600 bilhões. Segundo revelam esses dados, o setor terciário é o mais explorado por MPEs.

Dentre os principais problemas econômicos do Brasil atualmente não há nenhuma novidade. Foram apontados fatores relacionados ao desemprego, alimentação, educação, saúde, saneamento, habitação e transporte, os quais mais se encontram atrelados às crises econômicas, somados a alta da taxa de inflação instalada há décadas no Brasil, ampliando os problemas de distribuição de renda no país e contribuindo para a queda do PIB.

Atrelado a isso, a dívida pública externa cresce e este fator impacta a entrada de investimentos, sem considerar o custo-país, que é um conjunto de problemas estruturais, burocráticos, financeiros e políticos que encarecem o investimento no Brasil, também impacta o crescimento da economia.

Ressaltamos, ainda, que o aprofundamento da crise reflete em sobrecarga nos serviços públicos, que já não possuem suporte para a demanda, e no comportamento econômico populacional, que precisa adaptar o financeiro para a atual realidade e que gera inversão de hábitos de consumo, além da degradação do ambiente de negócios.

Quando falamos em uma perspectiva setorializada envolvendo pequenas empresas, isso abarca não só a questão de mercado, mas também revela uma característica de cunho social. Pelo alto índice de informalidade e pela necessidade de contratação de mão de obra de baixo custo, pequenas empresas tendem a promover a empregabilidade de pessoas com grau de capacitação escolar e técnica menor do que aqueles exigidos por grandes empresas, o que é positivo desde que não haja precariedade das condições de trabalho.

Além disso, pode-se dizer que a depender do papel que o negócio exerce em determinada comunidade, uma empresa menor é capaz de atrair a valorização e o crescimento daquela área, bem como realizar a captação de investimentos, além de fomentar a qualificação de mão de obra, o desenvolvimento profissional e educacional, tornando-se um verdadeiro negócio de impacto social e, portanto, deve ser amplamente preservado.

Segundo o SEBRAE¹³⁸, existem algumas características que fazem de um empreendimento um negócio de impacto social, entre elas estão: o trabalho em rede, fazendo parcerias de forma a fortalecer e ampliar o impacto da atuação do negócio; combate ao trabalho

¹³⁸ Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/sebraeaz/o-que-sao-negocios-de-impacto-social>. Acesso em: 01/08/2022.

escravo, forçado ou infantil; cuidado com a cadeia produtiva (seleção e avaliação dos fornecedores); gerenciamento do impacto ambiental; e articulação com as políticas públicas.

Ademais, negócios de impacto social vendem produtos que contribuem para melhorar a qualidade de vida da população de baixa renda. Esse produto ou serviço principal deve ser capaz de sustentar financeiramente a empresa, de forma que ela não dependa de doações ou da captação de recursos para as suas operações.

A princípio, as reflexões postas entre este tópico e o anterior parecem ser antagônicas, porém, não são. As ideias convergem no sentido de que algumas pequenas empresas exercem uma atividade tão significativa do ponto de vista socioeconômico, que deixá-las morrer pela ausência de um procedimento recuperatório efetivo, ou pela falta de políticas públicas e medidas econômicas de mercado suficientes, acaba sendo o mesmo que deslegitimar o intento constitucional no tocante ao tratamento diferenciado e favorecido.

Isso é “no Brasil, os regimes gerais são complexos, enquanto a simplificação é estabelecida como exceção. O correto deveria ser o contrário: um regime geral simplificado e regimes especiais mais complexos quando o maior porte da empresa assim exigir”¹³⁹.

Em se tratando da esfera falimentar, apesar de o regime jurídico especial posto à disposição das pequenas empresas ser de caráter opcional e menos complexo do ponto de vista procedimental, do ponto de vista material, negocial e formal, o plano de recuperação especial se torna muito mais complexo e inefetivo, pois teve sua forma engessada pelo legislador.

Considerando que pequenas empresas estão presentes em todos os setores da economia, seria mais justo que a recuperação especial, ou até mesmo a recuperação ordinária, privilegiasse esses pequenos negócios e possibilitasse efetivamente a superação da crise econômico-financeira. Quando analisamos desse ângulo, há uma mudança de perspectiva, ou seja, é plausível que os pequenos negócios de impacto sejam recuperados e isso somente ocorre se existirem meios suficientes para tanto.

Uma questão interessante que tem tomado conta dos debates acadêmicos é a questão da recuperação judicial do produtor rural, que agora conta com previsão expressa na Lei Falimentar (art. 70-A)¹⁴⁰. A discussão envolve exatamente a questão do tratamento diferenciado

¹³⁹ MENDES, 2017, *op. cit.* p. 20.

¹⁴⁰ Art. 70-A. O produtor rural de que trata o § 3º do art. 48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00.

e favorecido em prol de determinado setor, pois pequenos produtores rurais já possuem mais fácil acesso ao regime de insolvência do que pequenas empresas de outros setores.

O principal ponto levantado pela doutrina e que vem sendo pacificado pela jurisprudência, é acerca da condição de empresário do produtor rural, haja vista que a LRF contém disposição clara a respeito de que apenas o devedor empresário poderia fazer uso do instituto da recuperação judicial (art. 1º)¹⁴¹.

Entende-se por empresa, a pessoa jurídica devidamente registrada perante a junta comercial do respectivo estado, logo, como o produtor rural não é obrigado pela lei civil em proceder com o registro perante a junta comercial para o exercício da atividade, não possui, portanto, a característica de empresário e não poderia fazer jus à recuperação judicial.

O debate, no entanto, começou a ganhar força e os tribunais estaduais passaram a admitir a interposição do pedido recuperatório pelos produtores rurais ao argumento de que a simples ausência de registro não afastaria o produtor rural dos demais princípios norteadores da norma, principalmente porque o Código Civil dispensa tal formalidade.

O SJT, por sua vez, ao analisar o tema corroborou o entendimento dos tribunais estaduais, autorizando que o exercício atividade por mais de 2 anos pudesse ser comprovado por outros meios, desde que fosse feito o registro perante a junta comercial, este não sendo necessário ter sido realizado 2 anos antes¹⁴², tendo em vista que possui natureza meramente declaratória e não constitutiva.

A lei 11.101/05, pós-reforma realizada pela Lei 14.112/20, passou a prever explicitamente os documentos aptos a comprovar condição de empresário do produtor rural (art. 48, § 2º)¹⁴³, além de permitir que esta classe de devedor possa fazer uso do plano de recuperação especial, mais um motivo pelo qual a questão da exploração setorializada da atividade revela a necessidade de uma legislação de insolvência efetiva.

Analisando desse ângulo, ao que nos parece, ainda que para o poder público nem sempre recuperar empresas menores seja viável do ponto de vista mercadológico, do ponto de

¹⁴¹ Art. 1º: Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

¹⁴² Nesse sentido: REsp 1905573; REsp 1947011.

¹⁴³ Art. 48, § 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

vista social parece que, além de importante, é preciso preservá-las, sobretudo aquelas que exploram setores chave da economia, que promovem a geração de riquezas, emprego e renda, em face a ausência de uma política de mercado realmente mais igualitária.

Daí porque defendemos neste trabalho a necessidade de uma reforma procedimental e legislativa ampla do regime de insolvência brasileiro em prol da pequena empresa, na expectativa de conferir um verdadeiro tratamento diferenciado e favorecido, não apenas simbólico ou figurativo como é o modelo atual.

Essa cultura de priorizar os grandes negócios, também é vista na atuação do Poder Legislativo pátrio. Desde o processo de elaboração da Lei 11.101/2005, algumas propostas de emendas apresentadas por parlamentares já revelavam a tendência de priorizar o grupo das empresas de médio e grande porte em detrimento das pequenas.

Nesse sentido defende Cunha¹⁴⁴:

Finalmente, por mais que se declare a necessidade de concretização da função social da empresa e da preservação dos interesses envolvidos na atividade empresarial, o que se extrai da Lei n. 11.101/2005, desde o processo de sua elaboração e mesmo com as modificações promovidas recentemente pela Lei Complementar n. 147/2014 é um acentuado grau de ineficácia e a falta de vigência social da norma. Tudo demonstrado por uma hipertrofia do sentido simbólico de preservação da atividade empresária em detrimento da eficácia normativo-jurídica de tutela dos pequenos negócios.

Embora a Lei Falimentar tenha passado por uma mudança recente, onde o legislador perdeu uma ótima oportunidade de promover melhores mudanças em favor das MPes, a alternativa que visualizamos ser a mais próxima da realidade é a edição de uma norma elaborada especialmente para essa modalidade de negócio, que tenha como escopo alterar a LRF e aprimorar o regime jurídico de recuperação judicial da pequenas empresas, ou criar regime próprio de recuperação fora da esfera da Lei 11.101/05.

Ainda assim concluímos que essa alternativa, se não acompanhada de outras políticas de apoio à pequenas empresa realmente efetivas, também se traduzirá em mais uma letra morta no ordenamento jurídico brasileiro, face a ausência de medidas econômicas que verdadeiramente promovam o tratamento diferenciado e favorecido em favor da MPes.

¹⁴⁴ CUNHA, 2016, op. cit. p. 230

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância deste trabalho, em nossa perspectiva, foi muito mais que demonstrada nas linhas que antecederam essas considerações.

Pequenas empresas são o termômetro da economia e por isso merecem ser preservadas com todos os recursos à disposição do poder público, bem como de todos os demais agentes econômicos, através da elaboração de mecanismos que efetivamente promovam um legítimo tratamento diferenciado e favorecido.

No decorrer desta dissertação, algumas relevantes deduções foram compreendidas e exploradas, as quais são de elevada proporção e contribuem para o debate, não só acadêmico, mas também prático, no tocante ao que o legislador constitucional elencou como desígnio da ordem econômica do Brasil, sobretudo no fomento às MPEs.

A primeira parte da pesquisa foi destinada a tratar sobre os problemas mais comuns que micro e pequenas empresas enfrentam durante o desenvolvimento operacional da atividade, o que inviabiliza o crescimento e a expansão delas. Também, neste capítulo, foram demonstradas algumas das bases que deram origem ao tratamento diferenciado em favorecido.

Em primeiro lugar, identificamos que esse movimento de preocupação com as micro e pequenas empresas não é uma inovação legislativa que nasceu no Brasil. O impacto socioeconômico exercido por MPEs foi reconhecido nos sistemas legislativos norte-americano e europeu através do “*Think Small First*”, ou seja, é preciso pensar primeiro nos pequenos.

A introdução desse pensamento representa o quão necessária é a aplicação do princípio da isonomia em sua essência, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, isso em todo e qualquer contexto.

Pensar nos pequenos primeiro nada mais é do que conferir igualdade de tratamento entre empresas grandes e pequenas, sempre pensando no crescimento paritário dessas últimas, considerando que suas características são mais limitadoras.

Ainda que empreendimentos de menor envergadura tenham uma significativa participação de mercado, é cediço que essa participação é apenas numérica – mais quantitativo e pouco qualitativo – considerando que os maiores e mais importantes setores da economia ainda são dominados por empresas grandes.

Dessa forma, os responsáveis pela elaboração das políticas públicas devem criar um ambiente que sempre favoreça, em primeiro plano, a ampliação da participação de mercado do pequeno empresário em segmentos chave, empregando meios que pulverizem a hipertrofia do sistema microeconômico pelas empresas de maior porte financeiro.

Pensando primeiro nas pequenas empresas, observamos que ciclos mercadológicos tendem a impactar significativamente os indicadores socioeconômicos do país, sobretudo os países emergentes ainda em desenvolvimento.

Segundo pontuamos neste estudo em análise subsequente, há uma distinção entre empreendedor e empresário. Aquele é responsável por criações inovativas e disruptivas, que se prestam a suprir alguma deficiência de mercado, podendo ser dono de empresa ou não. Empresário, por sua vez, é o agente que exerce atividade empresária organizada, proposta à circulação de bens e serviços, por meio de estabelecimento físico ou virtual.

Compreendemos que ciclos de baixa, que podem vir a tornar o ambiente mais recessivo, refletem diretamente no estilo de vida da população e afetam de forma significativa a empregabilidade elevando os níveis de desemprego. Tal aspecto, sob o olhar desta dissertação, tem a capacidade de traçar uma linha tênue entre as formas de empreendedorismo conhecidas.

Empreendedorismo por necessidade se traduz naquele empreendedor que encontra na atividade informal um meio de garantir a própria subsistência. Esse tipo de empreendedor, normalmente, é forçado a criar um negócio e adentrar no mercado explorando uma atividade sem muito conhecimento gerencial ou comercial, elevando o risco de fracasso e a possibilidade de mortalidade do empreendimento em pouco tempo. Ele também pode buscar no empreendedorismo uma fonte de renda extra para complementar a renda fixa.

Por outro lado, o empreendedorismo por oportunidade possui como característica principal o aproveitamento momentâneo das necessidades do mercado de consumo ou a escassez generalizada de bons produtos e serviços.

Em situações como essa, é possível que determinado nicho ou empresa se sobressaia atendendo à demanda por produtos ou serviços específicos. Esse tipo de empreendedor, tem como característica a observância das chamadas *window opportunity*, desenvolvendo negócios ou colocando o próprio empreendimento para atuar em segmentos com maior procura.

Enquanto uma forma de empreendedorismo é motivada pela ausência de empregabilidade ou pela necessidade de ampliação da renda formal, a outra é motivada pela

inteligência empresarial e pelo olhar atento do empreendedor na oportunidade de expansão negocial de acordo com a oferta e demanda do mercado.

A respeito disso, chegamos ao entendimento de que as distorções recorrentes que acabam acarretando o desequilíbrio das relações empregatícias devem ser observadas e, na medida do possível, minimizadas pelos entes administrativos dentro de suas atribuições.

Na verdade, não defendemos, é claro, que empreendedores por necessidade são ruins para economia. Temos a concepção de que essa forma de exploração comercial fomenta o mercado tanto quanto os empreendedores por oportunidade e por isso devem ser protegidos nos exatos termos Lei Complementar 123/06.

A soma entre o princípio de pensar primeiro nos pequenos e a diminuição do informalismo empresarial pela ampliação da proteção ao empreendedorismo, deram origem a previsão constitucional do tratamento diferenciado e favorecido em favor das pequenas empresas no Brasil. A constituição brasileira de 1988 é uma das três no mundo todo, junto com Portugal e Peru, que preveem essa espécie de tratamento.

A relevância disso se mostra quando o tratamento especial é alocado como um dos objetivos a serem atingidos pela ordem econômica do Brasil. Na expectativa de atender aos desígnios pretendidos pela constituição, o legislador editou o Estatuto da Pequena Empresa, a Lei Complementar 123/06. O diploma em questão foi responsável por introduzir no ordenamento jurídico diversas medidas destinadas ao tratamento diferenciado às MPEs.

Dentre os objetivos da norma, conforme analisamos, está a redução da informalidade, a regulamentação da figura do Microempreendedor Individual (MEI), a simplificação das obrigações tributárias através do recolhimento unificado de tributos por meio do Simples Nacional, bem como a desburocratização dos sistemas de registro, abertura e encerramento de empresas. No aspecto laborativo, o Estatuto prevê que as pequenas empresas deverão ser incentivadas a fornecer e contratar mão de obra qualificada de acordo com as normas vigentes.

Além disso, identificamos que a Lei Complementar 123/06 tem como escopo ampliar a participação de MPEs ao regime de contratações públicas, fomentando a concorrência e aumentando a participação das pequenas organizações ao ambiente licitatório.

Na perspectiva de um tratamento diferenciado e favorecido, concluímos que essa igualdade participativa no tocante às compras governamentais, através da destinação de um percentual mínimo para MEs e EPPs, permite que pequenos negócios tenham melhor e maior

margem de faturamento, o que desagua na ampliação de receita, investimento, aumento do capital próprio e, conseqüentemente, crescimento.

Outra constatação importante que evidenciamos no curso desse trabalho, está relacionada ao quão difícil é para o pequeno empresário ter acesso ao mercado de crédito para obtenção de financiamento. A falta de boas garantias, o baixo índice de capital próprio e a simplicidade da operação, normalmente constituem barreiras difíceis de serem superadas quando MPEs buscam por recursos junto aos bancos e instituições financeiras.

Essa limitação de acesso ao crédito impede que pequenas empresas realizem relevantes investimentos na atividade, o que as torna menos competitivas e mais propensas ao fracasso. Não só. A ausência de recursos para financiamento faz com que MPEs sejam mais suscetíveis as investidas das empresas grandes por meio da eliminação da concorrência ou de aquisições hostis, de modo que, o pequeno empresário acaba se tornando dependente da subcontratação de mão de obra e da terceirização pouco lucrativa da cadeia de produção.

A forma mais viável de ampliar o acesso de pequenas empresas ao mercado de capitais é através da destinação de linhas de crédito específicas ao pequeno empresário, com taxas de juros menores e programas de fomento mais efetivos. Somente com financiamento específico para esse tipo de negócio é que as MPEs terão margens para bons investimentos na atividade.

Além desses dois problemas, exploramos o quanto as falhas de mercado impõem um infeliz revés em desfavor das pequenas empresas. A agressividade dos grandes *players* torna o ambiente competitivo um cenário pouco propenso à expansão de empresas menores na cadeia de consumo, impedindo a sua ampliação da participação de mercado em determinados seguimentos econômicos, sobretudo aqueles ainda dominados por grandes empresas.

As práticas predatórias de eliminação da concorrência, representam, por sua vez, mais uma dificuldade que MPEs enfrentam no cotidiano. Quando o pequeno empresário começa demonstrar a intenção de aumentar sua competitividade na cadeia produtiva, logo uma grande empresa passa a oferecer propostas irrecusáveis de aquisição, ou a colocar em prática medidas capazes de eliminar ou inviabilizar a concorrência, o que dificilmente serão superadas por MPEs, sobretudo pelo custo de transação e da baixa margem de lucro.

Essa variante faz com que as pequenas empresas passem a explorar nichos de mercado pouco atrativos para grandes empresas ou aceitar a subcontratação de mão de obra, bem como a terceirização da cadeia de produção menos lucrativa. Para dirimir tais práticas, a política

concorrencial deve sempre estar atenta ao tratamento diferenciado e favorecido, criando um ambiente regulatório e propício à legitimação da competitividade conforme a constituição.

Adentrando na esfera do regime jurídico de insolvência brasileiro, apresentamos alguns pontos de relevante importância para o desenrolar do tema central abordado em nossa pesquisa. Dentre eles a origem do procedimento concursal, as bases que deram ensejo ao princípio da preservação da empresa, bem como demonstramos como há um desbalanceamento dos interesses envolvidos na recuperação judicial.

A princípio, de forma concatenada, dissertamos como o procedimento concursal evoluiu ao longo dos séculos, como os sistemas de insolvência foram deixando de lado a satisfação das dívidas através da punição pessoal do devedor. Penas como açoitamento, esquiteamento, prisão e escravidão, foram dando espaço para modalidades de cobrança patrimoniais, ainda que secundárias e não muito efetivas.

No Brasil, por exemplo, esse mesmo formato de satisfação das dívidas era adotado, contudo, após a promulgação do código de comércio napoleônico, nosso país passou a avançar na criação de legislações falimentares menos brutais. Primeiro com a edição de vários decretos e ordenação. Depois com a criação da Lei da Concordata e, por último, a criação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência já durante o regime republicano.

Avançando nessa linha de raciocínio, entendemos como o Direito Empresarial e o próprio mercado foram se reinventando ao longo dos anos, passando a enxergar a crise financeira como um aspecto intrinsecamente ligado ao exercício da atividade empresária.

Sob uma nova perspectiva, o poder público percebeu que viabilizar a superação da crise econômico-financeira, preservando a estrutura da empresa e a manutenção da fonte produtora, era muito mais viável para o sistema como um todo do que a falência do devedor-empresário, considerando que na maioria das vezes a crise é transitória e poder superada com a adoção dos mecanismos certos, desde que eficientes.

Por outro lado, em que pese o direito falimentar e recuperatório sejam de elevada importância para o regime de insolvência, a realidade ao longo dos anos não tem sido tão satisfatória, pois tem havido um certo desvirtuamento da recuperação judicial para o atendimento de interesses de determinadas empresas.

Dessa forma, chegamos à conclusão, aqui, de que esse desbalanceamento de interesses no processo recuperacional tem sido prejudicial e vem tornando o procedimento pouco efetivo

do ponto de vista prático, haja vista o baixo número de empresas capazes de superar a crise ao final do período fiscalizatório de dois anos estabelecido na LRF.

Apesar de diversas reformas que foram sendo realizadas ao longo dos anos na lei falimentar, apenas quando os interesses estão equilibrados é que há eficiência nesse ou naquele instituto, independentemente da esfera jurídica.

Ingressando na abordagem central desta dissertação, propomos uma discussão a respeito da (in)efetividade da recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte, transitando entre o regime geral e as regras comuns a todos os interessados, e os dispositivos legais que, em tese, concedem tratamento diferenciado e favorecido a MPEs na legislação falimentar, a Lei 11.101/05.

A partir dessa discussão, destacamos alguns problemas que tornam a recuperação de MPEs um infeliz dilema. Encabeçando esses problemas, estão diversas desproporcionalidades que o plano de recuperação judicial especial revela.

O legislador, na intenção de promover uma espécie de tratamento diferenciado para soerguimento de MPEs estabeleceu alguns parâmetros próprios para elaboração do PRJE, no entanto, ao revés, o plano se tornou um instrumento engessado e que possui pouca, ou nenhuma, atratividade se comprado ao plano comum, tornando a adesão cada vez mais baixa.

Apontamos, também, que o processo de recuperação judicial no formato atual é extremamente oneroso e tende a sobrecarregar as empresas em crise com elevados custos, sejam eles endo-processuais ou extraprocessuais.

Pelo elevado preço o devedor-empresário acaba se afastando do processo recuperatório, deixando de buscar a superação da crise através do regime de insolvência pela ausência de recursos para suportar tamanha onerosidade.

Despesas como a contratação de assessoria jurídica e financeira, honorários do administrador judicial, organização da documentação necessária, contratação de contador ou outro profissional para elaboração da escrituração contábil, além do adimplemento das custas processuais, estão entre os maiores responsáveis pelo afastamento do devedor do processo recuperatório, não havendo alternativa senão a quebra ou o encerramento irregular da atividade, problema que atinge não só pequenas empresas, mas também as grandes.

Também tratamos com a mesma profundidade, de como a questão da informalidade atinge as pequenas empresas que tentam a superação da crise pela via da recuperação judicial, eis que dificilmente MPEs possuem uma estrutura organizativa eficiente.

A ausência de documentos, a falta de escrituração contábil, a omissão na transmissão de informações junto aos órgãos públicos, falta de registro ou de regulamentação da empresa, são fatores impeditivos que comprometem o acesso de negócios menores ao instituto da recuperação judicial, haja vista que para antes de conceder o pedido, o juízo deve verificar o cumprimento dos requisitos previamente estabelecidos pela LRF, os quais são, em sua maioria, de natureza documental e formal.

Esses problemas tornam o processo recuperatório de MEs e EPPs inefetivo. Isso principalmente, mas não só, pelas seguintes conclusões, conforme vimos.

A primeira é que há uma falha legislativa no ordenamento jurídico que poderia ter sido suprida pelo legislador em mais de uma oportunidade. Essa falha pode ser verificada tanto no próprio sistema recuperatório, considerando que a LRF foi alterada diversas vezes por outras legislações, como no plano normativo que trata especificamente de pequenas empresas como a Lei Complementar 147/14, ou a Lei 14.112/20, que alterou a própria LRF.

Na outra face da questão temos o aspecto cultural. Ainda é pouco difundido entre os pequenos empresários a opção existente de recuperar suas empresas através do regime de insolvência. Essa cultura, no entanto, vem da própria ideia de que a recuperação judicial se trata de um instituto oneroso, complexo e em muitos casos pouco efetivo.

Somados a esses fatores, os elementos colhidos nesta pesquisa revelam que o procedimento de recuperação de empresas atualmente vigente no Brasil foi feito para empresas grandes, sobretudo pela onerosidade.

Não é fácil para o pequeno devedor-empresário desembolsar recursos tão expressivos em favor de um processo cuja expectativa seja auxiliar na superação da crise econômico-financeira, sem a certeza de que isso irá acontecer.

Obviamente não estamos a dizer que toda a culpa da inefetividade está relacionada apenas ao procedimento, considerando que fatores gerenciais e organizativos, pouco vistos em MPEs, também influenciam diretamente na superação da crise.

Contudo, ao nosso ver, sem desprezar as características internas das MPEs a lei falimentar, hoje, apenas confere um tratamento diferenciado simbólico em favor delas. Não é

algo concreto. O tratamento concedido apenas sugere o preenchimento de uma lacuna que foi introduzida pela norma programática constitucional.

Para corroborar as ideias que foram apresentadas ao longo do desenvolvimento deste trabalho, introduzimos alguns dados a respeito dos índices de sobrevivência e mortalidade de MEs e EPPs, além de outros dados que foram colhidos acerca dos processos de insolvência distribuídos perante o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo.

Notamos que, em números, pequenas empresas tem um elevado índice de mortalidade e um baixo índice de sobrevivência, bem como que ainda são a minoria entre os processos de recuperação distribuídos nos últimos anos.

O baixo índice de sobrevivência e a alta taxa de mortalidade de MEs e EPPs, podem ser explicadas pelas características próprias preexistentes em unidades produtivas menores, aliadas aos problemas que elas enfrentam no mercado, os quais já foram tratados nessas considerações. Além disso, outros problemas gerenciais também formam um grande entrave no desenvolvimento das pequenas empresas junto ao mercado de consumo de bens e serviços.

A respeito do baixo número de recuperação de MEs e EPPs no Estado de São Paulo, entendemos que isso pode ser diagnosticado por duas vertentes.

À primeira vista, de acordo com o que pontuamos, pequenas empresas são mais flexíveis e capazes de se reinventar durante crises mais acentuadas, o que permite que elas se reorganizem no mercado de acordo com a necessidade ou com a gravidade da crise econômica.

De outro lado, a cultura do encerramento irregular ainda é muito forte no Brasil. Ainda que a Lei Falimentar fosse mais eficiente ao pequeno empresário, seria necessário muito tempo para que houvesse uma mudança significativa na linha de pensamento atualmente preponderante. Isso porque, pela aversão à burocracia, raramente pequenas empresas irão optar por enfrentar um processo judicial oneroso e moroso para preservar a atividade.

Os números trazidos também revelam que dos processos de recuperação judicial de MEs e EPPs distribuídos no estado, poucas delas optaram pelo regime do plano especial, o que confirma nossa hipótese de que o plano especial em nada oferece de atrativo ao pequeno empresário, principalmente quando falamos em prazos e condições de pagamento, ainda que de certo modo haja uma simplificação nas obrigações.

Todo esse panorama demonstra que o sistema de insolvência vigente no Brasil ainda está longe de ser acessível às empresas de menor porte, tanto pelo aspecto cultural, quanto pelo

procedimental. Somados esses dois fatores principais, temos nas mãos um alto índice de mortalidade e um baixo índice de sobrevivência, além de um elevado número de empresas irrecuperáveis e outras que quase não buscam soerguimento pela via recuperatória.

A solução mais adequada e que poderia contribuir não somente para recuperar, com eficácia e eficiência, os pequenos negócios em crise seria uma verdadeira reforma do regime legal de recuperação judicial e a ampliação de políticas de proteção.

No entanto, enquanto não se promove uma reforma legislativa, a necessidade de preservação da microempresa e empresa de pequeno porte gera a obrigação de interpretar sistematicamente o instituto da recuperação especial, em conformidade com a Constituição Federal, a qual determina que seja conferido tratamento diferenciado e favorecido.

Por fim, todos os elementos desenvolvidos nessa pesquisa nos fizeram repensar a forma como o tratamento diferenciado e favorecido tem sido aplicado em favor das microempresas e empresas de pequeno porte.

A partir disso nos questionamentos se recuperar, ou não, pequenas empresas, parece algo viável. Alguns ponderações foram traçadas sobre essa questão.

Primeiramente, há um desinteresse do poder público no soerguimento de empresas menores. A uma, pela falha legislativa na sistemática do regime de recuperação de empresas, a qual poderia ter sido sanada em mais de uma oportunidade, seja pela criação de uma norma própria para essa modalidade de empreendimento, seja pelas reformas gerais que foram sendo realizadas ao longo dos anos, mas pouco entregaram de melhorias neste aspecto.

A duas porque, não parece viável ao próprio sistema, isso considerando os três poderes da república, mas principalmente o judiciário, que uma taxa relevante das empresas que compõe 90% do empresariado brasileiro estejam em recuperação judicial, ou seja, além do afogamento do poder judiciário com inúmeras demandas recuperatórias propostas por MPEs, na visão de uma política econômica esse número não seria bem-visto no cenário internacional.

Ademais, parece muito mais viável ao poder público que essas empresas sejam encerradas e reabertas, movimentando a roda da economia, fomentando o empreendedorismo, a geração de empregos e renda, ainda que isso custe o encerramento irregular e em muitos casos o inadimplemento de passivo fiscal, do que ver uma quantidade infinita de pequenas empresas ingressando com a recuperação judicial, na mera expectativa de recuperação de um negócio que muitas das vezes é inviável, o que só será constatado após todo um desgaste procedimental.

Mas esse desinteresse na recuperação de pequenas empresas não parte apenas do poder público. O pequeno empresário nem sempre quer a recuperação do empreendimento. Como dissemos, a questão cultural ainda tem um peso significativo na tomada de decisões das empresas em crise. Parece mais fácil o encerramento de um CNPJ e a abertura de outro, do que enfrentar um processo moroso e burocrático como a recuperação judicial, ao revés de um custo elevadíssimo e uma chance de recuperação baixa.

Esses argumentos revelam que a recuperação das pequenas empresas em crise é inefetiva por fatores como a onerosidade, a complexidade e a burocracia. Além disso, o poder público tem pouco interesse na recuperação dos negócios de menor porte, sobretudo pela facilidade que os pequenos negócios têm de se reinventar e se reorganizar em movimentos de crise acentuada, o que permite a renovação rápida da fonte produtora, ainda que isso custe o encerramento informal de determinadas empresas e o inadimplemento de passivo fiscal.

Ainda podemos citar que possivelmente haveria um congestionamento e uma sobrecarga de trabalho excessiva resultante de uma massa de processos recuperatórios distribuídos por uma parcela significativa do empresariado brasileiro, caso uma taxa relevante de MPEs em crise resolvesse ingressar com o pedido recuperatório.

Ademais, pequenos empresários endividados raramente possuem a intenção de recuperar o próprio negócio. Salvo raras exceções, é muito mais fácil para o empreendedor a abertura de uma nova empresa do que a recuperação da empresa insolvente.

Embora todos esses argumentos sustentem a conclusão maior desta pesquisa, defendemos na última parte do nosso trabalho que de um ponto de vista setorizado é preciso que mecanismos realmente eficientes de superação da crise sejam colocados à disposição das empresas brasileiras para o real soerguimento e manutenção da fonte produtora.

Muitos setores econômicos são explorados por uma parcela significativa de MPEs, principalmente o de serviços e quando atingidos por momentos de crise generalizada, estão mais suscetíveis ao declínio. Os pequenos negócios desenvolvem um papel socioeconômico importante em determinadas comunidades, considerando que, não raro, eles são responsáveis por movimentar a economia de regiões inteiras.

Quando um negócio tem impacto social, quer seja de grande ou pequeno porte, ele deve ser preservado e todas as formas possíveis de superação da crise devem ser disponibilizadas eficazmente pelo poder público.

Portanto, se olharmos para o percentual de MPEs atualmente existentes no Brasil, podemos concluir que elas formam verdadeiros negócios de impacto social.

Dessa forma, mais do que incentivar, fomentar, desburocratizar e simplificar as obrigações em favor dessas organizações, é preciso criar meios que efetivamente promovam a recuperação delas em momentos de dificuldade, não só através de leis e normas, mas também, por meio de políticas públicas que legitimem um verdadeiro tratamento diferenciado e favorecido de acordo com os objetivos da ordem econômica constitucional do Brasil.

REFERÊNCIAS

AFONSO, T. A. T.; LORENCINI, B. C. O papel do estado no tratamento favorecido às micro e pequenas empresas face às convenções coletivas de trabalho e sua relação com o desenvolvimento econômico empresarial e social. **Thesis Juris**, São Paulo, v. 6, n. 1, Janeiro/Abril 2017.

AGUIAR, J. C.; HABER, M. T. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 11, 2003.

ALVES, J. M.; RAUFIR, L.; SOUZA, A. F. Capital de giro e pequena empresa: estrutura, financiamento e gestão. **Anais do XVI Congresso Brasileiro de Custos**, Fortaleza - CE, Novembro 2009.

ANDRADE, B. D.; KRAMBECK, D. R. W. Mais acesso às compras governamentais - Priorizando pequenos negócios através da aplicação dos benefícios do estatuto nacional da micro e pequena empresa. **X Congresso CONSAD de Gestão Pública**, Brasília, DF, Julho 2017.

ANJOS, L. F. D. Direito Concorrencial e Direito do Consumidor. **Revista Prima Facie - UFPB**, Online, v. 1, n. 1^a, Julho - Dezembro 2002.

ARAKE, H.; ALCOFORADO, L. R. A recuperação judicial especial é mais vantajosa do que a recuperação judicial ordinária? Uma análise à luz da Teoria dos Jogos. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 3, 2021.

ARROIO, A.; MATOS, M. P. Políticas de apoio à micro e pequenas empresas no Brasil: Avanços no período recente e perspectivas futuras. **Comisión Económica para América Latina - CEPAL: Colección Documentos de Proyectos**, Santiago, Chile, Dezembro 2011.

ASSIS, F. T. A importância da competitividade nas micro e pequenas empresas. **Revista Terceiro Setor - UNG**, São Paulo - SP, v. 11, n. 1, 2017.

AVELLAR, A. P. M. D.; BOTELHO, M. D. R. Políticas de apoio à inovação em pequenas empresas: evidências sobre a experiência brasileira recente. **Revista Economia e Sociedade, Unicamp**, Campinas - SP, v. 24, n. 2, p. 379-417, Agosto 2015.

BACIC, M. J.; COELHO, J. M.; SOUZA, M. C. D. Os desafios impostos à gestão das pequenas empresas no novo contexto concorrencial. **Anais do II Congresso de La Asociación de Contabilidad Directiva**, León - ESP, Julho 2001.

BARROS, F. S.; FIUSA, J. L. A.; IPIRANGA, A. S. R. O empreendedorismo como estratégia emergente de gestão: histórias de sucesso. [periódico desconhecido], 2005.

BEDÊ, M. A. (). **Sobrevivência das Empresas no Brasil**. SEBRAE. Brasília. 2016.

BERNIER, J. R. **O administrador judicial na recuperação judicial e na falência (Dissertação de Mestrado)**. São Paulo: FD-USP, 2014.

BEZERRA FILHO, M. J. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, N. **Estudos por uma Teoria Geral do Direito**. Barueri: Manole, 2015.

BUCHAIN, L. C. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito - UFRGS**, Porto Alegre - RS, 2014.

BURKOWSKI, É.; PEROBELLI, F. F.; ZANINI, A. A identificação de preferências e atributos relacionados à estrutura de capital em pequenas empresas. **Revista de Administração de Empresas - RAE-Eletrônica - FGV**, São Paulo - SP, v. 8, n. 1ª, Março 2009.

BURNS, S. 10 principais causas de fracasso das pequenas empresas. **Revista Forbes**, 2019. Disponível em: <<https://forbes.com.br/principal/2019/05/10-principais-causas-de-fracasso-de-pequenas-empresas>>. Acesso em: 28 Julho 2022.

CALIXTRE, A. B.; KREIN, J. D.; SANTOS, A. L. D. (). **Micro e Pequenas Empresas Mercado de Trabalho e Implicação para o Desenvolvimento**. Rio de Janeiro : IPEA, 2012.

CARVALHO, I. D. Por que a indústria do empreendedorismo de palco irá destruir você. **Médium**, 2016. Disponível em: <<https://medium.com/o-novo-mercado/porque-a-industria-do-empreendedorismo-de-palco-ir%C3%A1-destruir-voc%C3%Aa-3e18309ab47f>>. Acesso em: Agosto 2021.

CEREZETTI, S. C. N. **A recuperação judicial das sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, F. U. (). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresas e direito marítimo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, J. A. et al. A influência das redes de cooperação no desenvolvimento de micro e pequenas empresas (MPES). **Revista Desenvolvimento em Questão - UNIJUÍ**, Ijuí - RS, n. 31, Julho - Setembro 2015.

COELHO, M. A. F. O microssistema brasileiro de insolvência sob a perspectiva crítico-estruturalista. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Online, 31 Outubro 2021. 146-199.

_____. Pandemia e recuperação de empresas: a crise sob enfoque do micro e pequeno empresário. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, IV Encontro Virtual do CONPEDI, Julho 2021.

COMPARATO, F. K. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____.; FILHO, C. S. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, A. P. N. D.; LEANDRO, L. A. D. L. O atual cenário das micro e pequenas empresas no Brasil. **XIII SEGeT - Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia - AEDB**, Resende - RJ, Outubro 2012.

CRUZ JUNIOR, J. B. E. A. Empreendedorismo e educação empreendedora: confrontação entre a teoria e prática. **Revista de Ciências da Administração - CAD**, online, v. 8, n. 15, 2006.

CUNHA, A. S. D.; SOARES, T. C. Aspectos relevantes do planejamento no crescimento das micro e pequenas empresas (MPE). **Revista da Micro e Pequena Empresa**, Campo Limpo Paulista, v. 4, n. 3, p. 15-19, Setembro - Dezembro 2010.

DACORSO, A. L. R.; SILVA, G. Inovação aberta como uma vantagem competitiva para a micro e pequena empresa. **Revista de Administração e Inovação - FEA-USP**, São Paulo, v. 10, n. 3, Outubro 2013.

DOMINGUES, J. O. Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste. **Tese de Doutorado - PUC/SP**, São Paulo - SP, 2010.

_____.; GABAN, E. M. **Direito Antitruste**. 3^a. ed. São Paulo - SP: Saraiva, 2012.

EMMENDOERFER et al. Fatores de inovação para a sobrevivência das micro e pequenas empresas no Brasil. **Revista de Administração e Inovação - RAI**, São Paulo - SP, v. 6, n. 1, p. 50-65, 2009.

EUA. Small Business Act. **Public Law 85-536; Approved July 18**, 1958. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/app/collection/comps/>>. Acesso em: 02 Agosto 2022.

FERREIRA, L. F. F. E. A. Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas da cidade de São Paulo. **Revista Gestão e Produção**, São Carlos, v. 18, n. 4, 2012.

FILHO, C. S. A paralisia do antitruste. **Revista do IBRAC**, São Paulo - SP, v. 16, n. 1, 2009.

_____. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. **Revista de Estudos Brasileiros**, Online, v. 1, n. 1, 2014.

FILHO, L. A. P. Análise da lei do estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte à luz da análise econômica do direito. **Revista de Direito UNIFACS**, Salvador - BA, n. 151, Janeiro 2013.

FORGIONI, P. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8ª. ed. São Paulo - SP: Revista dos Tribunais, 2015.

GIANSANTE, G. Um ensaio prático sobre a recuperação judicial especial: a visão do advogado e do administrador judicial.. In: LUCCA, N.; DOMINGUES, A. D. A. (.). **Direito Recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GIOVANINI, F. D. S.; NERI, M. C. Negócios Nancicos, Garantias e Acesso a Crédito. **Revista Economia Contemporânea - FGV**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3ª, p. 643-669, Setembro 2005.

GUERRA, O.; TEIXEIRA, F. A sobrevivência das pequenas empresas no desenvolvimento capitalista. **Revista de Economia Política**, Online, v. 30, n. 1, 2010.

JUNIOR, A. B. D. S. O estatuto da micro e pequena empresa como política de proteção à concorrência concretizadora de justiça social no Brasil. **Cadernos de Direito Actual**, Lisboa - PT; São Paulo - SP, n. 5, 2017.

JUNIOR, A. R. S. A necessidade de apresentação de certidão negativa de débito tributário como requisito para a concessão da recuperação judicial. **Agusto Guzzo Revista Academia**, São Paulo, n. 10, Dezembro 2012.

JUNIOR, J. A. V. A. Competitividade das micro e pequenas empresas brasileiras: Uma proposição metodológica. **Revista de Micro e Pequena Empresa**, Campo Limpo Paulista - SP, v. 1, n. 1, p. 66-76, 2007.

KIRSHBAUM, D. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. Tese de Doutorado - USP. São Paulo: [s.n.], 2009.

KNOERR, F. G.; LORGA, M. A. Atividade de fomento para as micro e pequenas empresas e o princípio da isonomia. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, Curitiba - PR, v. 2, n. 31, 2013.

LEÃO, H. C. R. S. **Informe ETENE - Panorama econômico das MPEs**. Banco do Nordeste do Brasil. [S.l.]. 2022.

LORGA, M. A.; KNOERR, F. G. Atividade de fomento para as micro e pequenas empresas e o princípio da isonomia. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 31, Agosto 2013.

MAÇANEIRO, M. B. E. C.; SZABO, A. P. M. Fontes de Financiamento à Inovação: incentivos e óbices às micro e pequenas empresas: estudo de casos múltiplos no estado do Paraná. **Organizações & Sociedade - SCIELO**, Online, 18, n. 56, 2011.

MAIA, A. F. D. S. Inovação em micro e pequenas empresas: uma análise de caso brasileiro. **Dissertação de Mestrado - UFU**, Uberlândia - MG, 2012.

MAMEDE, G. Microatividades e pequenas atividades economicas beneficiárias da lei complementar n. 123/2006: o artigo 3º do estatuto nacional da microempresa e empresa de pequeno porte. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza - CE, v. 4, n. 8, Dezembro 2006.

MARTINS, J. D.; OLIVEIRA, E. A. B. Intervenção do estado em prol das micro e pequenas empresas como eficiente instrumento de promoção social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santamaria**, [online], v. 15, n. 1, 2020.

MELO, C. G. L. **Plano de recuperação judicial como negócio jurídico plurilateral: análise da existência de validade e da eficácia**. São Paulo: Almedina , 2021.

MENDES, F. S. O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades. **Dissertação de Mestrado - UNB**, Brasília - DF, 2012.

_____. **Simples Nacional: Análise da constitucionalidade das exclusões setoriais**. **III Encontro Nacional do CONPEDI**, Madri - ESP, 2015.

_____. Pequenas empresas e regime jurídico favorecido: caráter opcional como remédio, não como legitimador de inconstitucionalidades. **VII Encontro Internacional do CONPEDI**, Braga-PT, 2017.

MENDONÇA, S. B.; ARRUDA, P. G. E. O microempreendedor individual a luz da teoria poliédrica de Alberto Asquini. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Brasília, v. 2, n. 1, Janeiro/Julho 2016.

MENUSSI, M. et al. Uma análise do simples nacional base primordial para a micro e pequena empresa: Pressupostos e discussões a partir da lei complementar 123/2006. **Intraciência Revista Científica**, Guarujá - SP, n. 11, Junho 2016.

MONTAÑO, C. **Microempresa na era da globalização**. São Paulo: Cortez, 2011.

MORAIS, J. M. D. Empresas de pequeno porte e as condições de acesso ao crédito: falhas de mercado, inadequações legais e condicionantes macroeconômicos. **Texto Para Discussão nº 1189 - IPEA**, Brasília - DF, Junho 2006.

MORAIS, W. C. D. **Superação da crise econômico-financeira das microempresas e empresas de pequeno porte na recuperação judicial (Tese de Doutorado)**. Belo Horizonte: PUC-MG, 2019.

NASSIF, V. M. J. Empreendedorismo por Necessidade: O Desemprego como Impulsionador. **Pensamento Real. PUC-SP**, [online], v. 24, n. 1, 2009.

NEGRÃO, R. **Preservação da Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2019.

NYLEN, W. R. Small business and democratisation in brazil (1978-1990). – pequenas empresas e democratização no brasil (1978-1990). Traduzido por Daniel Gustavo Fleig. **Revista de Ciências Sociais**, online, n. 54, Junho/Dezembro 2020.

OLIVEIRA, T. D. As principais determinações da lei complementar 123/2006 servindo como incentivo ao empreendedorismo no Brasil. **Revista Conhecimento Interativo**, São José dos Pinhais - PR, v. 10, n. 2, Julho - Dezembro 2016.

PATROCÍNIO, D. M. D. Os custos da organização judicial da empresa. In: MENDES, B. B. A. **Aspectos polêmicos e atuais da Lei de Recuperação de Empresas**. Belo Horizonte - MG: D' Plácido, 2016.

PATTON, A. L. J. **A exclusão da startup com formato societário anônimo do Simples Nacional: uma abordagem da pequena empresa à luz da teoria crítica.** Ribeirão Preto - SP: Dissertação de Mestrado, 2017.

PIMENTA, E. G. Recuperação Judicial de Empresas: Caracterização, Avanços e Limites. **Revista de Direito GV**, São Paulo, 2006. 155-166.

PITOMBO, A. S. D. M.; SATIRO, F. (.). **Comentários À Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RATNER, H. Acumulação de capital, internacionalização da economia e as pequenas e médias empresas. **Revista de Administração Empresarial**, Rio de Janeiro - RJ, v. 24, n. 4, Outubro - Dezembro 1984.

REALE, M. **Lições preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

REDAÇÃO BRASIL 61. Cerca de 68% das micro e pequenas empresas registraram queda no faturamento devido aos impactos provocados pela pandemia. **Brasil 61**, 2022. Disponível em: <<https://brasil61.com/n/cerca-de-68-das-micro-e-pequenas-empresas-registraram-queda-no-faturamento-devido-aos-impactos-provocados-pela-pandemia-pind223167>>. Acesso em: 28 Julho 2022.

REDAÇÃO E-COMMERCE BRASIL. E-commerce cresce 12,6% e fatura R\$ 39,6 bilhões no 1º trimestre. **e-commerce Brasil**, 2022. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-cresce-faturamento>>. Acesso em: 28 Julho 2022.

REDAÇÃO TI INSIDE. Aumenta o número de empresas que atuam com comércio eletrônico. **TI Inside**, 2022. Disponível em: <<https://tiinside.com.br/20/01/2022/aumenta-numero-de-empresas-que-atuam-com-comercio-eletronico>>. Acesso em: 28 Julho 2022.

ROCHA, E. L. D. C. Oportunidade ou necessidade? Um estudo do impacto do empreendedorismo no desenvolvimento econômico. **Revista Gestão Analítica**, Fortaleza, v. 3, n. 1, 2014.

ROSTIROLLA, C. S. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte: Uma análise geral. **Anais do I Seminário Nacional de Desenvolvimento Regional: Sustentabilidade socioeconômica e ambiental no contexto regional**, Taquara, 2016.

ROVERE, R. L. L. As Pequenas e Médias Empresas na Economia do Conhecimento: Implicações para Políticas de Inovação. In: LASTRES, H.; (ORG.), S. A. **Informação e Globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro - RJ: Campus, 1999. Cap. 6.

SANTACRUZ, A. **Manual de Direito Empresarial Volume Único**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

SANTOS, C. A. D. (.). **Sistema Financeiro e as Micro e Pequenas Empresas**. 2ª. ed. Brasília - DF: SEBRAE, 2004.

SATIRO, F.; TOLEDO, P. F. C. S. D. (. **Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SCALZILLI, J. P.; SPINELLI, L. F.; TELLECHEA, R. **História do Direito Falimentar**. São Paulo: Almedina Brasil, 2012.

SEBRAE. O que são negócios de impacto social e como eles funcionam. **Portal SEBRAE**, 2019. Disponível em: <<https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/sebraeaz/o-que-sao-negocios-de-impacto-social,1f4d9e5d32055410VgnVCM1000003b74010aRCRD>>. Acesso em: 01 Agosto 2022.

SEBRAE. **Portal Sebrae**, 2021. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 28 Julho 2022.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, SP: Companhia da Letras, 2018.

SILVA, R. R. D. Os fundos de investimento em direitos creditórios (FIDCS) como uma alternativa ao financiamento de micro e pequenas empresas: uma análise do mercado brasileiro de crédito. **Dissertação de Mestrado. FEA-USPRP**, Ribeirão Preto, 2006.

SILVA, R. S. R. C. **A preservação da microempresa e da empresa de pequeno porte em recuperação judicial como forma de proteção do trabalho e de fortalecimento da economia nacional (Tese de Doutorado)**. Salvador/BA: Universidade Federal da Bahia, 2016.

SIQUEIRA, J. P. L. E. A. **Microempreendedorismo: formalidade ou informalidade?** XVI SemeAad - Seminário em Administração da FEA-USP. São Paulo: [s.n.]. 2013.

SOLIMANI, C. H.; SIMÃO FILHO, A. A função social da empresa: o capitalismo humanista e a eticidade na busca da justiça social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santamaria**, Santa Maria, v. 12, n. 3, 2017.

TOLEDO, P. F. C. S. D.; ABRÃO, C. H. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIAPIANA, C. Fatores de Sucesso e Fracasso da Micro e Pequena Empresa. **Dissertação de Mestrado - UFSC**, Passo Fundo - RS, 2000.

WILLCOX, V. A cláusula resolutiva expressa Ipso Facto e a crise da empresa. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, 197-215 2017.

ZANINI, C. K. Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. In: SATIRO, F.; PITOMBO, S. A. D. M. (.). **Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.