



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PRIVADO

ROSELI RÊGO SANTOS CUNHA SILVA

**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**

Salvador
2016

ROSELI RÊGO SANTOS CUNHA SILVA

**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 apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito. Área de concentração: Relações Sociais e Novos Direitos

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

Salvador
2016

ROSELI RÊGO SANTOS CUNHA SILVA

**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 apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito. Área de concentração: Relações Sociais e Novos Direitos

Aprovada em: 18 de novembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Examinador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Examinador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Examinador: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná
Universidade Federal do Paraná

Examinador: Prof.^a Dr.^a Nadialice Francischini de Souza
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Centro Universitário Jorge Amado

Salvador
2016

**Dedico este trabalho e todo meu amor
à Adilson e à minha pequena Adele**

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar meus mais sinceros agradecimentos a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para realização deste trabalho.

Ao Professor Edilton Meireles, a quem eu tive a honra de ser orientanda, pela serenidade e compreensão nos momentos mais difíceis desse processo, pelas lições, dedicação e preciosas orientações para o desenvolvimento deste trabalho.

À Professora Marcia Carla Pereira Ribeiro pela gentileza de sempre, pelas valiosas orientações e contribuições para a construção deste trabalho e pela disponibilidade de participar da minha banca examinadora.

Ao Professor Rodolfo Pamplona Filho pelo incentivo constante desde o ingresso no curso de doutorado e pelas valiosas sugestões lançadas no exame de qualificação.

Aos Professores João Glicério de Oliveira Filho e Nadialice Francischini de Souza por terem aceitado o convite de participar da minha banca examinadora.

Ao meu amado Adilson Cunha Silva que esteve sempre presente desde o início do curso até os últimos instantes da elaboração desse texto, proporcionando boas energias e incentivos que foram essenciais para o desenvolvimento do meu estudo.

Às amigas Jessica Hind e Clara Machado pelo grande apoio e ajuda fundamental tanto durante todo o curso do doutorado e na fase definitiva deste trabalho.

Aos queridos colegas e professores do PPGD da UFBA, por contribuírem de forma definitiva para meu aprimoramento e desenvolvimento acadêmico.

SILVA, Roseli Rego Santos Cunha. **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.** 274 f. 2016. Tese (Doutorado) Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2016.

RESUMO

A presente tese tem por objetivo central analisar a eficácia e a eficiência da recuperação especial de microempresas e empresas de pequeno porte e propor mecanismos para a construção de um novo modelo de recuperação que torne efetiva a preservação dos pequenos negócios que enfrentem situação de crise econômico-financeira, proporcionando a proteção do direito fundamental ao trabalho e o fortalecimento da economia nacional. Sendo assim, inicialmente, foram apresentados os critérios de definição de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como, os fundamentos jurídico-constitucionais de sua proteção, e então, examinadas as principais características dos pequenos negócios e sua importância socioeconômica. No segundo momento, foi desenvolvido um breve histórico da legislação de insolvência empresarial destacando o dualismo tradicional entre a finalidade de proteção dos credores e dos devedores, até chegar à análise dos regimes legais que definem a preservação da empresa como o principal objetivo. Na sequência, foi realizada uma abordagem histórica da legislação de insolvência brasileira, com destaque para o contexto do atual regime e, por fim, o exame do princípio da preservação da empresa e da viabilidade da atividade empresarial. Em seguida, foi apresentado o tratamento jurídico atual da microempresa e empresa de pequeno porte, com a demonstração do quadro atual de crise dos pequenos negócios, e a análise procedimental e crítica da recuperação judicial especial de micro e pequenas empresas. Na última parte do trabalho, de natureza propositiva, foi feita inicialmente uma abordagem da natureza transdisciplinar do estudo e a apresentação dos pressupostos da análise econômica do direito. Após tais análises, foram apresentadas, como contribuição científica, algumas propostas para a construção de um novo modelo de recuperação mais adequado à preservação das micro e pequenas empresas. Por fim, a última parte do último capítulo concluiu com a discussão acerca da necessidade, enquanto não ocorre a reforma do atual sistema, de aplicar o regime que vige atualmente em prol da efetiva preservação da microempresa e empresa de pequeno porte. No plano metodológico, considerando o caráter transdisciplinar do objeto pesquisado, foram utilizados métodos distintos, mas, complementares, possibilitando uma percepção mais ampla do problema e das possíveis soluções. Dentre os métodos utilizados, dois se constituem em pilares direcionadores deste trabalho: o hermenêutico-fenomenológico e o analítico-econômico de natureza dedutivo-indutivo. No plano complementar, outros métodos foram utilizados: o dialético sócio-histórico-econômico, o sistemático e o principiológico.

Palavras-chave: Desenvolvimento socioeconômico. Empresa de Pequeno Porte. Microempresa. Preservação da Empresa. Recuperação Judicial.

SILVA, Roseli Rego Santos Cunha. *The preservation of microenterprise and small business in judicial reorganization as a way to protect the work and the national economy development*. 274 f. 2016. Thesis (Doctorate) Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2016.

ABSTRACT

The central objective of this thesis is to analyze the effectiveness and efficiency of the special reorganization of microenterprises and small businesses and to propose mechanisms for the construction of a new recovery model that becomes effective preservation of small businesses facing situation of economic and financial crisis, providing the protection of the fundamental right to work and the development of the national economy. Thus, initially, were presented the micro and small companies definition criteria, as well as, the legal and constitutional foundations of their protection, and then examined the main characteristics of small businesses and their socio-economic importance. The second time, it developed a brief history of bankruptcy law emphasizing the traditional dualism between the purpose of protection of creditors and debtors until reaching the analysis of the legal systems that define the preservation of the company as the main objective. Further to a historical approach of the Brazilian bankruptcy law was made, emphasizing the context of the current legal regime and, finally, the examination of the principle of preservation of the company and the viability of business activity. Then, the current legal treatment of microenterprise and small business was presented with the demonstration of the current frame of the small business crisis, and critique and procedimental analysis of special judicial recovery of micro and small businesses. In the last part of the work of propositional nature, it was first made an approach to transdisciplinary nature of the study and presentation of the assumptions of economic analysis of law. After these analyzes were presented as a scientific contribution, some proposals for the construction of a new and more appropriate recovery model for the preservation of micro and small businesses. Finally, the last part of the last chapter concludes with the discussion about the need, while not occur the reform the current system, to implement the scheme that currently prevails in support of effective preservation of microenterprise and small business. At the methodological level, considering the transdisciplinary nature of the studied object, different methods were used, but complementary, allowing a broader perception of the problem and possible solutions. Among the methods used, two constitute the pillars of this work: the hermeneutic phenomenological and analytical-economic deductive-inductive nature. In the complementary plan, other methods were used: the socio-economic-historical dialectic, systematic and based on principles.

Keywords: Socioeconomic development. Small business. Microenterprise. Judicial reorganization. Company preservation.

SILVA, Roseli Rego Santos Cunha. *La preservazione della microimpresa e piccola impresa in recupero giudiziario come un modo per proteggere il lavoro e rafforzare l'economia nazionale*. 274 f. 2016. Tesi (Dottorato) Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2016.

RIASSUNTO

Questa tesi si rivolge soprattutto ad analizzare l'efficacia e l'efficienza delle speciali recupero di microimprese e alle piccole imprese e di proporre meccanismi per la costruzione di un nuovo modello di recupero che garantisca la conservazione delle piccole imprese in situazioni di crisi economica e finanziaria, attraverso la protezione del diritto fondamentale al lavoro e il rafforzamento dell'economia nazionale. In primo luogo sono stati presentati i criteri di definizione di micro e piccole imprese, nonché le basi legali e costituzionali per la loro protezione, poi sono state analizzate le principali caratteristiche delle piccole imprese e la loro importanza socio-economica. In secondo luogo è stata fatta una breve sintesi storica della legislazione fallimentare evidenziando il dualismo tradizionale tra lo scopo della tutela dei creditori e debitori, per arrivare l'analisi delle normative legali che definiscono la conservazione delle società come l'obiettivo principale. Successivamente è stata fatta una ricerca storica della legge fallimentare brasiliana, mettendo in evidenza il contesto del sistema attuale e in seguito l'esame del principio di conservazione delle società e lo studio di fattibilità delle attività commerciali. Poi, è stato presentato l'attuale trattamento giuridico delle micro e piccole imprese con la dimostrazione della situazione ad oggi della crisi delle piccole attività, e l'analisi critica e dei processi del recupero giudiziario speciale delle micro e piccole imprese. L'ultima parte del lavoro, con l'obiettivo di essere una proposta, ha approfondito il carattere transdisciplinare della ricerca e i presupposti dell'analisi economica del diritto. Dopo tali analisi, come contributo scientifico, sono state presentate alcune proposte per la costruzione di un nuovo modello di recupero più consono alla conservazione delle micro e piccole imprese. L'ultima parte dell'ultimo capitolo si conclude con una discussione sulla necessità, fin tanto che non si arriva ad una riforma del sistema attuale, di applicare il sistema attualmente in vigore per la l'effettiva conservazione delle micro e piccole imprese. A livello metodologico, considerando la natura transdisciplinare dell'oggetto studiato, sono stati utilizzati metodi differenti, ma complementari, che hanno consentito una percezione più ampia del problema e delle possibili soluzioni. Tra i metodi utilizzati, due costituiscono i pilastri di questo lavoro: l'ermeneutico-fenomenologico e l'analitico-economico di natura deduttiva-induttiva. Sul piano complementare, sono stati utilizzati altri metodi: il dialettico socio-economico-storico, il sistematico e il principiologico.

Parole chiave: Sviluppo socio-economico. Piccola impresa. Microimpresa. Recupero giudiziario. Preservazione della impresa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CAGED	Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEMPRE	Cadastro Central de Empresas
CF/88	Constituição Federal de 1988
CGSN	Comitê Gestor do Simples Nacional
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC/2015	Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015
CTN	Código Tributário Nacional
GMC	Grupo Mercado Comum
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LRF	Lei de Recuperação de Empresas e Falência
LC 123/2006	Lei Complementar n. 123 de 2006.
MEI	Microempreendedor Individual
MPE	Micro e Pequenas Empresas
MPME	Micro, pequena e média empresa
PME	Pesquisa Mensal de Emprego
PNADC	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
SIMPLES	Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte
SMPE	Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE: CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO, FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO E IMPORTÂNCIA SOCIOECONÔMICA	19
2.1	CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SEU TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
2.2	FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE	31
2.2.1	A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte como forma de concreção dos Princípios da Justiça Social e da Igualdade	36
2.2.2	A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e o Princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência	39
2.2.3	A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e a Valorização do Trabalho Humano	42
2.2.4	A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e o Princípio da Função Social da Empresa	47
2.2.5	Tratamento favorecido e diferenciado dispensado às Microempresas e Pequenas Empresas	53
2.3	IMPORTÂNCIA SOCIOECONÔMICA DA PRESERVAÇÃO DOS PEQUENOS NEGÓCIOS	55
3	EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TEORIA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL	66
3.1	BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO CONCURSAL: O DUALISMO TRADICIONAL DE TUTELA DE CREDORES E DEVEDORES	66
3.2	REGIMES JURÍDICOS QUE ADOTARAM A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO NORTE PARA SUAS LEGISLAÇÕES DE INSOLVÊNCIA	70

3.2.1	Regime Legal Norte-americano	71
3.2.2	Regime Legal Francês	77
3.3	EVOLUÇÃO E FUNDAMENTOS DO REGIME LEGAL DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRO	81
3.4	O ATUAL REGIME DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL BRASILEIRO E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	92
3.5	O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A VIABILIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	99
3.5.1	O Princípio da Preservação da Empresa	100
3.5.2	Definição de Crise Empresarial e Fatos Caracterizadores	102
3.5.3	A Viabilidade da Atividade Empresarial	109
4	O TRATAMENTO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE EM CRISE	114
4.1	A CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS PEQUENOS EMPREENDIMIENTOS	114
4.2	REGIME JURÍDICO ATUAL DE RECUPERAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE E SUAS INSUFICIÊNCIAS	124
4.2.1	A Recuperação Judicial de Empresas: aspectos procedimentais	124
<i>4.2.1.1</i>	<i>Legitimação</i>	<i>125</i>
<i>4.2.1.2</i>	<i>Órgãos no processo de recuperação</i>	<i>126</i>
<i>4.2.1.3</i>	<i>Procedimento</i>	<i>127</i>
<i>4.2.1.4</i>	<i>Postulação</i>	<i>128</i>
<i>4.2.1.5</i>	<i>Verificação dos créditos</i>	<i>130</i>
<i>4.2.1.6</i>	<i>Plano de recuperação</i>	<i>132</i>
<i>4.2.1.7</i>	<i>Assembleia de credores</i>	<i>134</i>
<i>4.2.1.8</i>	<i>Concessão da recuperação</i>	<i>136</i>
4.2.2	O Plano Especial de Recuperação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte: aspectos materiais e processuais	136

4.2.2.1	<i>Legitimação</i>	137
4.2.2.2	<i>Postulação</i>	139
4.2.2.3	<i>Despacho de processamento</i>	145
4.2.2.4	<i>Verificação dos créditos</i>	147
4.2.2.5	<i>Plano especial de recuperação</i>	148
4.2.2.6	<i>Objecções ao plano e convolação em falência</i>	149
4.2.2.7	<i>Sentença de concessão da recuperação especial</i>	150
4.2.3	Ineficácia do Plano Especial para promover a preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte	151
4.2.4	O sentido simbólico da preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte na Lei 11.101/2005.	168
5	RECUPERAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE: UMA NOVA PROPOSTA	175
5.1	NATUREZA TRANSDISCIPLINAR DA PRESERVAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE	175
5.2	A RECUPERAÇÃO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	179
5.2.1	Breves noções dos Princípios e das Teorias Fundamentais utilizadas na Análise Econômica do Direito	180
5.2.2	A Racionalidade Econômica da Recuperação Judicial de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte	198
5.3	PROPOSTAS PARA UM NOVO MODELO DE RECUPERAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE	204
5.3.1	A atuação do Poder Judiciário direcionada à preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte	207
5.3.1.1	<i>Criação de varas especializadas e corpo técnico especializado</i>	208
5.3.1.2	<i>Análise da viabilidade da empresa pelo Juízo da Recuperação</i>	210
5.3.2	Ampliação do quadro de credores sujeitos à recuperação	215

5.3.3	Redução dos custos do processo de recuperação	217
5.3.4	Simplificação de procedimentos	218
5.3.5	Intervenção estatal na atividade econômica direcionada a preservação das microempresas e empresas de pequeno porte	219
5.3.5.1	<i>Papel do SEBRAE e sua contribuição para o êxito da Recuperação de MPEs</i>	222
5.3.5.2	<i>Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa</i>	226
5.3.5.3	<i>Financiamento para mcro e pequenas empresas em recuperação</i>	228
5.3.6	Ampliação dos meios de recuperação	234
5.4	A PRESERVAÇÃO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE PELA PROTEÇÃO DO TRABALHO E DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA NACIONAL	238
5.4.1	A preservação da microempresa e empresa de pequeno porte como pressuposto para a proteção do direito fundamental ao trabalho	238
5.4.2	Fortalecimento da economia nacional e promoção do desenvolvimento econômico e social	242
5.5	A IMPERIOSA NECESSIDADE DE DIRECIONAR O REGIME ATUAL DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL À EFETIVA CONCREÇÃO DA PRESERVAÇÃO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE	246
6	CONCLUSÕES	250
	REFERÊNCIAS	260

1 INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, a empresa é a instituição social que, por seu dinamismo, influência e poder de transformação, melhor define a civilização contemporânea¹. Fabio Konder Comparato não cometeu qualquer exagero ao definir este fenômeno como central nas relações sociais e econômicas que se estabelecem na atualidade. A empresa é responsável pela geração de riquezas, pela circulação de bens e serviços no mercado, participa com o recolhimento de tributos, possibilita a multiplicação de capitais para os investidores, é fonte de renda para os trabalhadores e, enfim, favorece o desenvolvimento social e econômico das nações.

Ao adotar o capitalismo social como sistema econômico, a Constituição Federal de 1988 inseriu como fundamento da República Federativa e da ordem econômica, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Isso implica dizer que o ordenamento da atividade econômica brasileira precisa observar, de forma conjunta, além desses fundamentos, todos os princípios que organizam a economia para que o tecido empresarial brasileiro possa proporcionar à sociedade os bens jurídicos e os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, como o trabalho, a redução das desigualdades sociais e regionais e o desenvolvimento de uma economia de forma próspera.

No ambiente onde se desenvolvem as atividades econômicas empresariais, os organismos empresariais de portes distintos devem conviver harmonicamente na busca dos melhores resultados econômicos. Não é possível defender nos dias atuais que somente as macroempresas devam ocupar largos espaços econômicos, nos mercados nacionais e internacionais. A globalização da economia também tem atingido os pequenos negócios, que a cada dia tem demonstrado sua amplitude e importância no mercado, afetando setores estratégicos para o desenvolvimento da economia e para a promoção e concreção de direitos fundamentais sociais.

Esses agentes de estrutura frágil e reduzida dimensão, que representam, em termos numéricos, a quase totalidade de empresários e sociedades empresárias

¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.

registrados e em funcionamento no país, merecem especial atenção, principalmente quando atravessam dificuldades econômico-financeiras, pelo papel fundamental que desempenham na vida social e econômica na atualidade.

Em um contexto de recessão econômica nacional, examinar o instrumento jurídico da recuperação de empresas, representa um grande desafio para aqueles que consideram que a preservação da empresa, especialmente as de menor porte, contribui para o crescimento e desenvolvimento da economia nacional.

A escolha do instituto da recuperação judicial justifica-se pela sua relevância social e econômica, como um instrumento destinado ao soerguimento da empresa viável, cujo titular esteja enfrentando situação de dificuldades econômico-financeiras.

Embora a Lei n. 11.101/2005 já tenha completado onze anos de existência, as recentes alterações na recuperação judicial especial de microempresas e empresas de pequeno porte, promovidas pela Lei Complementar n. 147/2014, reacenderam os questionamentos sobre a eficácia e a eficiência do instituto para promover a preservação dos pequenos negócios.

Dessa forma, uma análise adequada da eficácia do mecanismo de recuperação especial de microempresas e empresas de pequeno porte e a compreensão dos meios que possam gerar a sua efetiva concreção no sentido de possibilitar proteção do direito ao trabalho e o desenvolvimento econômico nacional, ganha especial importância como objeto de pesquisa.

Esta pesquisa justifica-se diante da escassez de estudos sobre o plano especial de recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte, os quais ou não enfrentaram, ou não aprofundaram a análise dos efeitos dessas novas alterações. Portanto, a presente investigação se demonstra atual, relevante e inédita, representando uma contribuição relevante para a ciência jurídica.

Diante do que foi apresentado, o problema que motivou a presente pesquisa de doutoramento tem natureza propositiva e revela-se com seguinte a indagação: quais mudanças podem ser promovidas no atual processo de Recuperação Judicial Especial de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, regulado pela Lei n. 11.101/2005, a fim de que ele se constitua num mecanismo dotado de eficácia e efetividade, direcionado a proporcionar a preservação dos pequenos negócios e,

consequentemente, a proteção do direito fundamental ao trabalho e o fortalecimento da economia nacional?

Através da utilização de conceitos, dados históricos, teorias e métodos da ciência econômica, bem como, de disciplinas jurídicas como o direito empresarial, falimentar, constitucional, civil, trabalhista e tributário, procurou-se desenvolver o objetivo geral dessa tese que consiste em demonstrar a ineficácia do atual regime de Recuperação Judicial Especial de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e propor mecanismos para a construção de um novo modelo dotado de eficácia e efetividade, direcionado a proporcionar a preservação dos pequenos negócios.

Os objetivos específicos pretendidos com a presente pesquisa são os seguintes:

- a) examinar os critérios de definição das microempresas e empresas de pequeno porte, apresentado o adotado na legislação brasileira;
- b) analisar os fundamentos jurídico-constitucionais da ordem econômica que balizam a preservação da empresa e o tratamento diferenciado à micro e pequena empresa;
- c) apresentar o estado da arte acerca do desenvolvimento teórico da recuperação judicial no Brasil e suas influências externas;
- d) realizar uma revisão sobre a evolução histórica do instituto da recuperação judicial de empresas, os procedimentos equivalentes em outros países e a atual concepção do tratamento da empresa em crise no Brasil;
- e) demonstrar o panorama nacional das MPEs, taxa de mortalidade, principais dificuldades enfrentadas e fatores que contribuem para a redução da sobrevivência;
- f) tratar da valorização do trabalho e da proteção do direito fundamental ao trabalho como um dos pressupostos para a preservação das micro e pequenas empresas;
- g) realizar uma análise do plano especial de recuperação de MPE, abordando suas vantagens e desvantagens, viabilidade e custos;
- h) apresentar a análise econômica do direito como um método para se construir um plano de recuperação eficaz e eficiente;
- i) explicitar as propostas de modificação do plano especial de recuperação de micro e pequenas empresas; e

- j) examinar os entraves à efetividade da recuperação de empresas na proteção do direito ao trabalho e desenvolvimento nacional.

Estes objetivos foram apresentados no decorrer da tese, que apresenta uma estrutura dividida em seis capítulos: a introdução, quatro capítulos de desenvolvimento e a conclusão.

O capítulo segundo expõe inicialmente os critérios de definição de microempresas e empresas de pequeno porte, considerando os elementos quantitativos e qualitativos utilizados em alguns regimes jurídicos estrangeiros, para depois apresentar os critérios adotados no Brasil. Em seguida, são apresentados os fundamentos jurídico-constitucionais da proteção das micro e pequenas empresas, a partir dos princípios constitucionais da ordem econômica que possuem mais afinidade com a proteção dos pequenos negócios. Por fim, a partir da análise dados econômicos de institutos de pesquisa oficiais, foram apresentadas as principais características dos pequenos negócios e demonstrada a importância social e econômica dos pequenos negócios para o desenvolvimento da sociedade e do mercado brasileiro.

O capítulo terceiro tem por objetivo desenvolver um breve exame histórico da legislação concursal, destacando o dualismo tradicional entre a finalidade de proteção dos credores e dos devedores. Diante do surgimento, em diversos países, de mecanismos legais que possibilitam a recuperação de empresas, foi realizada na segunda parte desse capítulo, uma análise de dois regimes legais que se constituíram em referências para a modificação dos sistemas de insolvência empresarial de outros países. Posteriormente, foi procedida uma abordagem sobre a evolução histórica e os fundamentos do regime legal de insolvência empresarial brasileiro, enfatizando o estudo dos mecanismos de natureza recuperacional, para logo após explorar o contexto econômico, social e político em que foi promovida a reforma do regime de insolvência empresarial brasileira que deu origem a Lei n. 11.101/2005. Por fim, foi realizada uma análise do princípio da preservação da empresa, a definição de crise empresarial e seus fatos caracterizadores e a viabilidade da atividade empresarial.

O capítulo quarto apresenta o tratamento atual da microempresa e empresa de pequeno porte em crise. Inicialmente é retratado o quadro atual de crise dos pequenos negócios, com a demonstração de índices e fatores de mortalidade. Na

sequência, será feita uma análise do procedimento atual de recuperação de micro e pequenas, partindo dos aspectos procedimentais da recuperação judicial ordinária, para seguidamente expor o procedimento especial para micro e pequenas empresa. Depois da análise procedimental, são discutidos os dispositivos que revelam a ineficiência da recuperação especial para promover a preservação da micro e pequena empresa. No fim deste capítulo, será apresentada uma reflexão sobre o sentido simbólico da preservação das micro e pequenas empresas na Lei n. 11.101/2005.

O capítulo quinto assume o papel mais específico de contribuir para a dogmática jurídica da recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte. A primeira parte realiza uma abordagem sobre a natureza transdisciplinar desse estudo. A segunda parte apresenta os pressupostos da análise econômica do direito necessários para a construção de um modelo recuperacional eficaz e eficiente na concreção de seus principais objetivos. A terceira parte contribui com propostas para a construção de um novo modelo de recuperação mais adequado à preservação das micro e pequenas empresas. A quarta parte retoma a discussão da preservação da microempresa seu papel central na proteção do direito fundamental ao trabalho e para a promoção do desenvolvimento da economia nacional. Por fim, a última parte do último capítulo conclui com a discussão acerca da necessidade de aplicar o regime que vigora atualmente para a efetiva preservação da microempresa e empresa de pequeno porte, com fundamento na Lei n. 11.101/2005 e na Constituição Federal, enquanto não ocorre a reforma do atual sistema de recuperação especial.

Neste trabalho foi adotado o procedimento monográfico e, para alcançar os objetivos, foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica (análise de textos e de obras correlatas, consulta à doutrina, nacional e estrangeira, literatura especializada, todas encontradas em acervos públicos e privados, físicos e eletrônicos). Foram analisadas decisões judiciais, dados estatísticos constantes em institutos de pesquisa oficiais, legislações nacionais e estrangeiras, vigentes e revogadas.

No plano metodológico, considerando o caráter transdisciplinar do objeto pesquisado, foram utilizados métodos distintos, mas, complementares, possibilitando uma percepção mais ampla do problema e das possíveis soluções. Dentre os métodos utilizados, dois se constituem em pilares direcionadores deste trabalho: o

hermenêutico-fenomenológico e o analítico econômico de viés dedutivo-indutivo. Em um plano complementar, outros métodos foram utilizados: o dialético sócio-histórico-econômico, o sistemático e o principiológico.

2 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE: CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO, FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO E IMPORTÂNCIA SOCIOECONÔMICA

O estudo da preservação da microempresa e empresa de pequeno porte demanda a análise de temas que lhe são pressupostos. Sendo assim, neste capítulo serão apresentados os critérios de definição desses agentes econômicos adotados em alguns países destacando-se, ao final, o previsto na legislação brasileira.

Em seguida, serão apresentados os fundamentos jurídico-constitucionais da proteção das micro e pequenas empresas, com ênfase nos princípios que possuem uma relação mais estreita com o tratamento diferenciado e favorecido conferido a esses agentes econômicos.

Por fim, será demonstrada a importância econômica e social de preservação dos pequenos negócios a partir do resultado de estudos de órgãos oficiais de pesquisa no Brasil.

2.1 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SEU TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A definição de microempresa e empresa de pequeno porte não é feita partir de um único critério. Diversos indicadores qualitativos e quantitativos podem ser utilizados para a caracterização, os quais são considerados apropriados a depender do contexto socioeconômico e das prioridades governamentais na promoção do desenvolvimento.

Nilva Maria Leonardi Antonio² esclarece que a classificação das empresas por tamanho é uma questão problemática para os pesquisadores, especialmente pela diversidade de critérios estabelecidos por legislações, órgãos representativos do setor, instituições financeiras e institutos de pesquisa. Em verdade, as definições

² ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. **As micro e pequenas empresas na nova lei de recuperação de empresas e falências**: principais problemas enfrentados e soluções passíveis de adoção. Breve estudo sobre a indústria calçadista. 2011. 120f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 19.

são elaboradas de acordo com o tratamento que o órgão, a norma, a instituição ou o governo pretende conferir aos pequenos empreendimentos.

A partir dos elementos que caracterizam e diferenciam o porte das empresas, Carlos Montaña³ elucida que a definição desses empreendimentos envolve três aspectos fundamentais: a dimensão, a complexidade e a formalização.

Pelo aspecto da dimensão, a empresa é definida a partir dos custos de produção, do volume de produção e comercialização, do capital fixo e de giro, do mercado que atende, do montante de lucro, da quantidade de empregados. Nas micro e pequenas empresas esses elementos tem uma proporção reduzida⁴.

A complexidade de uma empresa, segundo Montaña, abrange a centralização, a estratificação e a divisão técnica do trabalho. Nas micro e pequenas empresas, devido à pequena quantidade de membros, verifica-se uma elevada centralização decorrente do alto grau de concentração de poder em seus proprietários. A estratificação também é baixa, prevalecendo normalmente dois segmentos: os proprietários na gestão empresarial e os empregados na produção. A divisão técnica do trabalho é simplificada com pouca divisão de tarefas⁵.

A formalização diz respeito ao grau de definição e explicitação de objetivos, normas e planejamento, e também o nível de cumprimento das disposições legais. As micro e pequenas empresas, em geral, não apresentam objetivos e normas bem definidas, não planificam suas atividades, seus membros se relacionam de forma bem estreita e com alto grau de informalidade, o relacionamento com o Estado também apresenta certo grau de informalidade, existindo um grande número de pequenos negócios que não cumprem com algumas das normas legais aplicadas a este segmento⁶.

Em síntese, Carlos Montaña sinaliza que as micro e pequenas empresas apresentam uma estrutura muito elementar: ela é pequena, com poucos trabalhadores, baixo volume de produção e comercialização, reduzido mercado e raio de incidência; é pouco complexa, com grande centralização, pouca estratificação e escassa divisão de bens e papéis; é relativamente informal, com

³ MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. São Paulo: Cortez, 2001, p.13-15.

⁴ MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. São Paulo: Cortez, 2001, p. 13-14.

⁵ MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. São Paulo: Cortez, 2001, p.14.

⁶ MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. São Paulo: Cortez, 2001, p.14-15.

insuficiente definição de objetivos e normas, bem como, com irregular aplicação das normas legais⁷.

Louis Jacques Filion⁸ afirma que a maioria das tentativas de definição dos tipos de empresa nos mais variados países foi feita não apenas por razões fiscais. Com elas, visa-se também a estabelecer critérios de identificação de empresas elegíveis para receber diferentes tipos de benefícios oferecidos pelos governos a partir de políticas públicas de tratamento diferenciado dos tipos de empresas.

Nesta seção serão apresentados os diversos critérios de definição dos pequenos negócios adotados por alguns países ocidentais para, ao final, analisar a regra utilizada no regime jurídico brasileiro.

Os Estados Unidos possuem a posição de vanguarda na definição das pequenas empresas. Entre a grande depressão e a segunda guerra, a perda de competitividade dessas empresas, fez surgir nos Estados Unidos, organizações⁹ destinadas a prestar suporte por meio de oferta de crédito para os pequenos negócios¹⁰. Em 1948, a primeira definição de pequena empresa foi apresentada no *Selective Service Act* de 1948, *Section 18A*¹¹ e serviu de base para a definição trazida pelo *Small Business Act* de 1953. Este diploma legal utilizou critérios qualitativos e quantitativos ao definir a pequena empresa como aquela que é gerida e titularizada pelo mesmo sujeito (proprietário-dirigente), possui pequena parcela de mercado com relação aos seus concorrentes, possui um limitado número de empregados e auferir limitado volume de recursos¹².

⁷ MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. São Paulo: Cortez, 2001, p.15.

⁸ FILION, Louis Jacques. *Free Trade: The Need for a Definition of Small Business*. **Journal of Small Business and Entrepreneurship**, Toronto. v. 7, n. 2, p. 31-46, jan./mar. 1990, p. 33.

⁹ São organizações norte-americanas de financiamento dos pequenos negócios: *Reconstruction Finance Corporation* (RFC) em 1932; *Smaller War Plants Corporation* (SWPC) em 1942; *Office of Small Business* (OSB) em 1946; *Small Defense Plants Administration* (SDPA) em 1951 e por fim *Small Business Administration* (SBA) em 1953.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Small Business Administration. **History**. Washington: SBA. Disponível em: <<https://www.sba.gov/about-sba/what-we-do/history>>. Acesso em: 26 mai. 2016..

¹¹ “[...] a business enterprise shall be determined to be ‘small business’, if: (1) its position in the trade or industry of which it is part is not dominant; (2) the number of its employees does not exceed 500, and (3) it is independently owned and operated [...]” (FILION, Louis Jacques. *Free Trade: The Need for a Definition of Small Business*. **Journal of Small Business and Entrepreneurship**, Toronto. v. 7, n. 2, p. 31-46, jan./mar. 1990, p. 34).

¹² FILION, Louis Jacques. *Free Trade: The Need for a Definition of Small Business*. **Journal of Small Business and Entrepreneurship**, Toronto. v. 7, n. 2, p. 31-46, jan./mar. 1990, p. 34.

No Canadá, o porte da empresa é definido em função do número de empregados. Sendo assim, as microempresas possuem entre um e quatro empregados, as pequenas empresas entre cinco e noventa e nove e as médias entre cem até quatrocentos e noventa e nove empregados. O faturamento não é critério para a definição do porte das empresas¹³.

No Reino Unido, uma microempresa é aquela que possui até nove empregados, uma pequena empresa é aquela que não possua um volume de negócios superior de 10 milhões de libras esterlinas e não possua mais de 50 empregados. Enquanto uma empresa de médio porte é aquela com menos de 250 trabalhadores e um volume de negócios inferior a 25 milhões de libras esterlinas¹⁴.

Na Argentina, a definição de micro, pequena e média empresa se dá em função do faturamento anual, excluído o imposto sobre o valor agregado e o imposto interno¹⁵. A definição também inclui uma variável qualitativa que determina que estas empresas não tenham participações em grandes empresas. A Resolução n. 11/2016 da Secretaria de Empreendedores e da Pequena e Média Empresa do Ministério da Produção atualizou os valores máximos¹⁶ de faturamento para efeito da classificação estabelecida pela Resolução n. 24/2001 e suas posteriores modificações¹⁷.

No Chile, a Lei n. 20.416 de 2010 estabelece as regras de definição e classificação das micro, pequenas e médias empresas a partir da receita das vendas anuais e serviços, além da classificação pelo número de funcionários¹⁸.

¹³ GOVERNMENT OF CANADA. *Innovation, Science and Economic Development Canada. Key Small Business Statistics*. Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/eng/home>>. Acesso em: 01. jul. 2016.

¹⁴ GOVERNMENT OF UNITED KINGDOM. *Department for Business, Innovation & Skills. Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/pdfs/ukpga_20150026_en.pdf. Acesso em: 03 jul. 2016.

¹⁵ Definição estabelecida pela Resolução n. 24/2001 da Secretaria da Pequena e Média Empresa do Governo Federal Argentino.

¹⁶ A Resolução n. 11/2016 da Secretaria de Empreendedores e da Pequena e Média Empresa do Ministério da Produção estabelece uma divisão por setor de atividade e por porte. Os setores de atividade considerados são: agropecuária, indústria e mineração, comércio, serviços e construção. Relativamente ao porte as empresas poderão ser: microempresas, pequenas e médias.

¹⁷ ARGENTINA. *Ministerio de Producción. Secretaria de Empreendedores y de la pequeña mediana empresa. Resolución n. 11/2016*. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/WTIkaTQ5THIYZjQrdTVReEh2ZkU0dz09>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Ley Núm. 20.416. Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño*. Disponível em: <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/estatuto-de-las-pymes>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

No México, a Lei para o Desenvolvimento da Competitividade das Pequenas e Médias Empresas¹⁹ estabeleceu a definição das micro, pequenas e médias empresas, a partir de uma fórmula que considera o número de trabalhadores e o volume de vendas anuais²⁰.

Na União Europeia, em 1º de Janeiro de 2005, entrou em vigor a Recomendação da Comissão das Comunidades Europeias n. 2003/361/CE²¹ relativa a definição de micro, pequenas e médias empresas. A definição da União Europeia leva em consideração o número de trabalhadores e o volume de negócios. As microempresas empregam menos de dez pessoas, têm um volume de negócios anual inferior a dois milhões de euros e o balanço total anual deve ser menor que dois milhões de euros. As pequenas empresas empregam entre dez e cinquenta pessoas, têm um volume de negócios anual de até dez milhões de euros e o balanço total anual é inferior a dez milhões de euros²². Já as médias empresas empregam entre cinquenta e duzentos e cinquenta pessoas, têm um volume de negócios anual inferior a cinquenta milhões de euros e o balanço total anual é menor que quarenta e três milhões de euros. França, Itália, Espanha, Alemanha, Portugal, Países Baixos, Irlanda, Suécia adotam a definição padrão da União Europeia²³.

¹⁹ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa*. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/247_210115.pdf. Acesso em: 03 jul. 2016.

²⁰ O tamanho da empresa será determinado a partir da pontuação obtida conforme a fórmula seguinte: Pontuação da empresa = (nº de Trabalhadores) X 10% + (Vendas Anuais) X 90%, que deve ser igual ou menor que o valor máximo combinado de sua categoria. (BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE**: Países: México. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/mexico/>>. Acesso em: 05. jun. 2016, p. 1.)

²¹ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 20.05.2003. (UNIÃO EUROPEIA. EUR-LEX: acesso ao direito da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. **Recomendação da Comissão de 6 de Maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas**. 20 mai. 2003. Disponível em: <<http://eur-Lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:pt:PDF>>. Acesso em 05 jun. 2016).

²² Recomendação 2003/361/CE. art. 2º. (UNIÃO EUROPEIA. EUR-LEX: acesso ao direito da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. **Recomendação da Comissão de 6 de Maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas**. 20 mai. 2003. Disponível em: <<http://eur-Lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:pt:PDF>>. Acesso em 05 jun. 2016)

²³ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE**. Países. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/>>. Acesso em: 05. jun. 2016.

A Resolução Mercosul GMC n. 90/93²⁴ instituiu a política de apoio às micro, pequenas e médias empresas tendo em vista o desenvolvimento econômico do Mercosul, a consolidação e o desenvolvimento social da região, a criação de empregos e uma melhor distribuição da renda regional dos países. Tanto nesta, como na Resolução Mercosul GMC n. 59/98²⁵, foram utilizados critérios quantitativos e qualitativos de definição de micro, pequena e média empresa.

Desse modo, na Resolução Mercosul GMC n. 59/98, embora prevaleça o nível de faturamento, os parâmetros quantitativos de definição e classificação das MPMEs são os seguintes: a) microempresa no setor de indústria deve possuir de um a dez empregados e faturamento anual até US\$ 400 mil; b) microempresa no setor de comércio e serviços deve possuir de um a cinco empregados e faturamento anual de até US\$ 200 mil; c) pequena empresa no setor industrial deve possuir entre onze e quarenta empregados e faturamento anual de até US\$ 3,5 milhões; d) pequena empresa no setor de comércio e serviços deve possuir de seis a trinta empregados e faturamento de até US\$1,5 milhão; e) media empresa no setor de indústria deve possuir de quarenta e um a duzentos empregados e faturamento anual de até US\$20 milhões e; f) media empresa no setor de comércio e serviços deve possuir de trinta e um a oitenta empregados e faturamento anual de até US\$ 7 milhões²⁶.

Como critério qualitativo, na União Europeia, as MPMEs não podem ser controladas por outra empresa ou pertencer a um grupo econômico que em seu conjunto supere os valores estabelecidos.

No Brasil, desde as primeiras legislações que regulavam um tratamento diferenciado aos pequenos negócios²⁷, a definição de microempresa e empresa de

²⁴ MERCOSUL. Grupo Mercado Comum. **Resolução n. 90, de 1993**. Políticas de apoio às micro, pequenas e médias empresas do MERCOSUL. Montevideu, 14 jan. 1994. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3100/3/innova.front/resolucoes-1993>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²⁵ A Resolução Mercosul GMC n. 59/98 complementou a Resolução 90/93, ampliando as políticas de proteção às pequenas e médias empresas.

²⁶ MERCOSUL. Grupo Mercado Comum. **Resolução n. 59, de 1998**. Políticas de apoio às micro, pequenas e médias empresas do MERCOSUL – Etapa II. Rio de Janeiro, 08 dez. 1998. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3090/3/innova.front/resolucoes-1998>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

²⁷ A Lei n. 4.506/64, art. 29 previa que as firmas individuais que tivessem, anualmente, receita bruta inferior a Cr\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros) ficavam isentas do imposto de renda. Em 1977, a Lei n. 6.468/77, alterou o mencionado dispositivo, dispondo em seu art. 10: “Ficam isentas do imposto de renda as pessoas jurídicas, inclusive firmas individuais, que explorarem exclusivamente atividades agrícolas, pastoris, comerciais e industriais, cuja receita bruta anual,

pequeno porte era fundada na receita bruta anual. Este critério se mantém até os dias atuais e foi sendo aperfeiçoado no decorrer da evolução legislativa.

No final da década de 70 do século passado, foi instituído pelo Governo Brasileiro, através do Decreto n. 83.740 de 18 de julho de 1979, o Programa Nacional de Desburocratização, que visava à dinamização e simplificação da Administração Pública Federal e tinha como objetivos, dentre outros:

[...] b) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco;

[...]

f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado²⁸.

A primeira norma editada com o propósito de atender o movimento legislativo de desburocratização foi o Decreto-Lei n. 1.780 de 14 de abril de 1980, que concedia isenção do imposto sobre a renda e dispensava algumas obrigações acessórias às empresas de pequeno porte. Nesta legislação, foi adotado o critério quantitativo de definição de empresa de pequeno porte, fundado na receita bruta anual²⁹.

Além dessa regra, era vedado o benefício às empresas, mesmo que estivessem enquadradas nos limites de receita bruta anual, que: a) fossem constituídas na forma de sociedade por ações; b) tivesse titular ou sócio domiciliado no exterior; c) participasse do capital de outra pessoa jurídica; d) tivesse titular, sócios ou cônjuges com participação de mais de 5% do capital de outras empresas desde que a receita bruta anual global das empresas interligadas ultrapassasse o

inclusive a decorrente de transações eventuais não seja superior a Cr\$150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzeiros)".

²⁸ Alíneas do art. 3º do Decreto n. 83.740 de 18 de julho de 1949.

²⁹ O Decreto-Lei n. 1780/80 dispunha da seguinte forma: "Art. 1º A pessoa jurídica ou empresa individual, cuja receita bruta anual, inclusive a não operacional, seja igual ou inferior ao valor de 4.000 (quatro mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) fica isenta do imposto sobre a renda, nos termos deste Decreto-lei, a partir do exercício financeiro de 1983, ano-base de 1982."

limite fixado de receita bruta anual; e) realizasse determinadas atividades enumeradas no Decreto-lei n. 1.780/1980³⁰.

Em seguida, foi promulgada a Lei n. 7.256 de 27 de novembro de 1984, que estabeleceu o Estatuto da Microempresa, prevendo o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial. Esta lei, ao definir a microempresa, manteve os mesmos critérios de empresa de pequeno porte estabelecidos no Decreto-Lei n. 1.780/1980.

A Constituição de 1988, em seu art. 179, determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem às microempresas e às empresas de pequeno porte, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Por conseguinte, foram editadas a Lei n. 8.864 de 28 de março de 1994, que instituiu o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, e a Lei n. 9.317 de 05 de dezembro de 1996, que regulou o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

A Lei n. 8.864/1994 foi a primeira a diferenciar as microempresas das empresas de pequeno porte através do critério da receita bruta anual, porém não foram inseridos critérios qualitativos de definição nesta legislação. Ademais, diversos de seus dispositivos dependiam de regulamentação, circunstância que abreviou o tempo de vigência desta lei.

A Lei n. 9.317/1996, além de delimitar critérios qualitativos para fins de enquadramento do regime tributário diferenciado, estabelecia que as empresas

³⁰ Art. 2º do Decreto-Lei n. 1780/80 enumerou como atividades que importavam na exclusão do regime tributário diferenciado: a) importação de produtos estrangeiros; b) compra e venda, loteamento, incorporação, locação, administração e construção de imóveis; c) armazenamento e depósito de produtos de terceiros; d) câmbio, seguro e distribuição de títulos e valores; e) publicidade ou propaganda; f) prestadora de serviços profissionais de médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, economista, contador, despachante e de outros serviços que se lhes possam assemelhar.

optantes deste regime, fossem beneficiadas pelo pagamento de diversos tributos mediante recolhimento mensal único, proporcional ao seu faturamento.

Com as alterações na realidade jurídica e econômica das micro e pequenas empresas, e, com o objetivo de melhor se adequar às disposições constitucionais, foi promulgado um novo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei n. 9.841 de 5 de outubro de 1999, que regulava o tratamento diferenciado e simplificado nos campos administrativo, previdenciário, trabalhista, crédito e de desenvolvimento empresarial, sem, contudo revogar as disposições da Lei n. 9.317/1996, que continuava a regular a matéria tributária.

Estas duas leis estabeleciam critérios distintos de definição e enquadramento, de forma que, a Lei n. 9.841/1999, além da receita bruta anual, previa a exclusão do regime, a pessoa jurídica com participação: a) de pessoa física domiciliada no exterior; b) de outra pessoa jurídica; e c) de pessoa física empresário individual ou sócia de outra pessoa jurídica beneficiária do regime diferenciado, com participação superior a dez por cento do capital e desde que a receita bruta global anual ultrapassasse os limites definidos em lei.

A Emenda Constitucional n. 42/2003, alterou o disposto no art. 146, III, d, determinando que o tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte deveria se dar por meio de Lei Complementar.

Em 2006, foi instituído o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno pela Lei Complementar n. 123/2006, que revogou expressamente a Lei n. 9.841/1999 e a Lei n. 9.317/1996, estabelecendo um regime único de arrecadação de impostos e contribuições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como, um tratamento diferenciado e favorecido relativo ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, acesso ao crédito e mercado, tecnologia, associativismo e regras de inclusão. A referida lei instituiu um conjunto de medidas destinadas a conferir uma condição jurídica privilegiada para os pequenos negócios.

Na Lei Complementar n. 123/2006 consideram-se microempresa e empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário individual, registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que, no caso

das microempresas, sua receita bruta anual seja igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)³¹ e, no caso das empresas de pequeno porte que sua receita bruta anual seja superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)³².

A microempresa ou a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, ultrapassar o limite de receita bruta anual previsto, passará no ano-calendário seguinte ao regime correspondente à sua condição³³.

O legislador previu situações de exclusão do regime diferenciado e favorecido, ainda que sejam atendidos os limites de receita bruta anual acima especificados, para a pessoa jurídica: a) de cujo capital participe outra pessoa jurídica; b) que seja filial, sucursal, agência ou representação, no país, de pessoa jurídica com sede no exterior; c) de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite referente às empresas de pequeno porte; d) cujo titular ou sócio participe com mais de dez por cento do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar n. 123/2006, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite referente às empresas de pequeno porte; e) cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite referente às empresas de pequeno porte; f) constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; g) que participe do capital de outra pessoa jurídica; h) que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

³¹ Os limites de receita bruta anual foram alterados pela Lei Complementar n. 139/2011.

³² O §1º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006 define receita bruta como “o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”. Cabe explicar que operação de conta própria é aquela realizada com bens de propriedade do empresário, para os seus clientes, enquanto operações de conta alheia é aquela realizada mediante a percepção de comissões pela intermediação de negócios de terceiros, como o contrato de terceirização ou o de agência.

³³ As regras de enquadramento e desenquadramento estão previstas nos parágrafos 6º ao 14º do art. 3º da Lei Complementar n.123/2006.

i) resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores; j) constituída sob a forma de sociedade por ações; e l) cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

A Lei Complementar n. 128/2008 introduziu os arts. 18-A a 18-C na Lei Complementar n. 123/2006, criando a figura do Microempreendedor Individual (MEI). Posteriormente, a Lei Complementar n. 147/2014, visando simplificar a criação, funcionamento e extinção dessa espécie de microempresário, promoveu algumas alterações, bem como, incluiu os artigos 18-D e 18-E.

O objetivo da criação dessa categoria de microempresário foi a retirada da informalidade dos trabalhadores por conta própria exercentes de pequenos empreendimentos, possibilitando a inclusão social e previdenciária, um recolhimento tributário fixo e permitindo-lhes acesso ao crédito.

Atualmente, será considerado Microempreendedor Individual aquele que tiver auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$60.000,00 (sessenta mil reais)³⁴, devendo cumprir ainda alguns requisitos: a) ser optante pelo Simples Nacional; b) não possuir mais de um estabelecimento; c) não participar de outra empresa como titular, sócio ou administrador; d) contratar no máximo um empregado que receba exclusivamente um salário mínimo ou piso salarial da categoria profissional; e) exercer somente as atividades constantes no Anexo XIII da Resolução n. 94/2011 do Comitê Gestor do Simples Nacional³⁵.

Conforme já apontado nesta seção, os critérios de definição de microempresa e empresa de pequeno porte podem variar a depender do órgão, da legislação e da instituição que pretenda conferir um tratamento diferenciado. Na verdade, a

³⁴ Segundo o art. 18-A, §2º, em caso de início de atividades, o limite de receita bruta será de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) multiplicados pelo número de meses compreendido entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro.

³⁵ Dentre as atividades constantes do Anexo XIII, da Resolução n. 94/2011 do CGSN, pode-se destacar as seguintes: adestrador de animais; agente de viagens; amolador de artigos de cutelaria; animador de festas; artesão de bijuterias; baleiro; bordadeiro; carpinteiro; chaveiro; costureiro; doceiro; encanador; electricista; fotógrafo; jardineiro; manicure/pedicure; motoboy; pedreiro; peixeiro; professor particular; rendeiro; sapateiro; sorveteiro; tatuador; taxista; verdureiro.

utilização de conceitos heterogêneos decorre da diversidade de objetivos e finalidades das instituições que promovem seu enquadramento.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) adota como critério de definição do porte das empresas, independente do setor de atividade que atue, a receita operacional bruta anual. Considera-se Receita Operacional Bruta a receita auferida no ano-calendário com o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Para o BNDES, as microempresas são aquelas que auferem receita operacional bruta anual ou anualizada inferior ou igual a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais); as pequenas empresas são aquelas que auferem receita operacional bruta anual ou anualizada superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) e inferior ou igual a R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais); as médias empresas auferem receita operacional bruta anual ou anualizada superior a R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) e inferior ou igual a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais); as médias-grandes empresas recebem receita operacional bruta anual ou anualizada superior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais) e inferior ou igual a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) e; as grandes empresas recebem receita operacional bruta anual ou anualizada superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)³⁶.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) definem o porte das empresas de acordo com a quantidade de empregados que trabalham nelas.

A definição do porte estabelecida pelo SEBRAE³⁷ leva em consideração o número de pessoas ocupadas e o setor de atividade econômica investigado. Deste modo, se considera microempresa a indústria que tem até dezenove empregados e, no segmento de comércio e serviços, a que tem até nove empregados. Já pequena empresa, na indústria, caracteriza-se por ter de vinte a noventa e nove empregados

³⁶ A classificação do porte das empresas foi definida nas circulares do BNDES nº 11/2010 e 34/2011.

³⁷ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa**: 2014. 7. ed. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario-do%20trabalho-na%20micro-e-pequena%20empresa-2014.pdf>> . Acesso em: 21 jun. 2016, p. 17.

e, no comércio e serviços, de dez a quarenta e nove empregados. A média empresa, na indústria, tem de cem a quatrocentos e noventa e nove empregados e, no comércio e serviços, de cinquenta a noventa e nove empregados. Uma grande empresa, na indústria, tem mais de quatrocentos e noventa e nove empregados e, no comércio/serviço, mais de noventa e nove empregados.

A norma de classificação das microempresas e empresas de pequeno porte por número de pessoas ocupadas não considera as diferenças entre atividades com processos produtivos distintos, o uso intensivo da tecnologia da informação ou a presença de mão de obra qualificada, podendo ocorrer em algumas empresas a realização de grande volume de negócios com número pequeno de ocupações.

Conforme foi possível perceber, não há uma regra uniforme de definição de microempresas e empresas de pequeno porte. Verifica-se uma diversidade tanto nos distintos regimes legais apresentados, como dentro da própria realidade brasileira, em que a legislação, as instituições financeiras e os órgãos representativos e de pesquisa apresentam definições ora pelo faturamento, ora pelo quantitativo de ocupações e pelo setor de atividade.

Após ter sido realizado um breve apanhado dos critérios de definição das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil e em outros países, cabe realizar uma análise acerca dos fundamentos jurídico-constitucionais da proteção desses pequenos empreendimentos.

2.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

As atividades econômicas exercidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte estão inseridas no conjunto das relações existentes entre os agentes que interagem no mercado³⁸. Em sua dimensão econômica, o mercado pode ser considerado como o *locus* onde ocorrem as trocas de mercadorias e “abrange o

³⁸ Mercado é uma palavra polissêmica. Diante disso, nesta pesquisa serão apresentados três sentidos do termo mercado: econômico, político e jurídico.

conjunto das relações existentes entre os agentes que nele atuam e o produto dessa interação³⁹.

Eros Roberto Grau pontua que o mercado deixa de significar, exclusivamente, o local onde são realizadas as relações de troca e passa a expressar também um projeto político e de organização social que reclama a atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, ao mesmo tempo que exige que essa intervenção seja mínima⁴⁰.

Paula Forgioni⁴¹, a respeito da dimensão política do mercado, afirma que este é uma das formas de organização e alocação de recursos na sociedade e esclarece que a destinação dos recursos, que são limitados, para atender as necessidades humanas, que são ilimitadas, pode se dar através do funcionamento do mercado ou pela intervenção de uma autoridade exógena, o Estado, instrumentalizado pelo Direito. Logo, mercado e política se associam para determinar o papel que o primeiro desempenhará na alocação e recursos em sociedade⁴².

Em outra dimensão, Eros Roberto Grau afirma que o mercado além de ser uma instituição social e política, é uma instituição jurídica. Justifica que deixar a economia de mercado desenvolver-se segundo suas próprias leis provocaria a eclosão de grandes e permanentes males⁴³.

Seguindo este entendimento Natalino Irti⁴⁴ leciona que o mercado não é uma instituição espontânea ou natural (*locus naturalis*), mas sim uma instituição que surge em função de determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que regulam, limitam e conformam tal como um *locus artificialis*.

Natalino Irti afirma ainda que o mercado é uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento requer a

³⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 137.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

⁴¹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 138.

⁴² FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 140.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29.

⁴⁴ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 4. ed. Roma: Laterza, 2001, p. 12-13

observância de determinadas condutas, as quais, em uniformidade, permite a cada agente econômico calcular as decisões que serão tomadas no dinamismo desse espaço⁴⁵.

O mercado, segundo Eros Roberto Grau⁴⁶, é instituição jurídica constituída pelo direito posto pelo Estado, do que se requer a sua regulamentação, bem como, o afastamento de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Por isso, a atuação estatal, ainda que mínima, é necessária para conferir à ordem jurídica do mercado um grau de racionalidade caracterizado por um ambiente dotado de previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos humanos.

Embora seja utilizada em diversos sentidos⁴⁷, a expressão ordem econômica, segundo André Ramos Tavares⁴⁸, tem sido empregada juridicamente como a parcela do sistema normativo, este compreendido como sistema de princípios e regras jurídicas, destinada à regulação das relações econômicas que ocorrem no âmbito do mercado em um Estado.

A doutrina define esta parte da Constituição como econômica. José Afonso da Silva define a constituição econômica formal brasileira como a “parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica”⁴⁹. De outro modo, Vital Moreira define constituição econômica como:

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um

⁴⁵ IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 4. ed. Roma: Laterza, 2001, p. 5.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 36-37.

⁴⁷ A expressão ordem econômica é empregada para descrever o mundo do ser (econômico puro) ou do dever-ser (econômico-jurídico) (TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 82.)

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 82.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 791.

determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem jurídica concreta.⁵⁰

Na Constituição Federal de 1988, a disposição nuclear da ordem econômica é tratada no Título VII, introduzida pelo art. 170, com a seguinte redação: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”: a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Esta ordem econômica, em seu sentido normativo, indica o modo que deverão ser as relações econômicas – fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa – e tendo a finalidade de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

O vocábulo “ordem econômica” significa um conjunto ou sistema de princípios e regras que devem ajustar, arrumar, organizar, ordenar e normatizar as relações econômicas como uma forma de intervenção estatal necessária para o estabelecimento de uma sociedade justa e igualitária.

Ao utilizar o termo ordem, tem-se um visual de conjunto ordenado das coisas, direcionando o intérprete, de forma lógico-sistemática, a buscar em cada dispositivo e no conjunto deles, cada princípio e o modo pelo qual cada um ganha densidade normativa e conteúdo significante.

Carlos Aires Brito⁵¹, ao analisar Constituição como um sistema, relata que ela não faria do Direito em geral um conjunto, um todo congruente de prescrições, se, antes, não fosse esse todo congruente de prescrições. Afirma o autor, que para o Direito se constituir como uma unidade sistêmica do tipo formal e materialmente

⁵⁰ MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de Constituição econômica. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41.

⁵¹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 164.

hierarquizado deve se acoplar à Constituição, e esta consegue ser sozinha uma unidade sistêmica.

Ao versar sobre a ordem econômica, a Constituição Federal projeta um visual de conjunto unitário, integração das partes ao todo e conciliação funcional dessas partes com o todo. Conseqüentemente, todos os princípios da ordem econômica formam uma unidade axiológica, e embora cada um represente um dado valor e significado próprio, não devem ser aplicados isoladamente sem considerar a interação dialética que existe entre eles e o todo.

O resultado dessa interação orgânica entre as partes – os princípios da ordem econômica – e o todo – a própria ordem econômica –, é um ponto qualificado de unidade que permite obter um visual ordenado das coisas. As partes interagem com o todo e formam uma nova realidade mais qualificada⁵².

A ordem econômica não existe com seus princípios separadamente. Os princípios estão imbricados e são elementos conceituais da própria ordem econômica. Esta ordem é por isso, uma conciliação entre as partes e o todo, na perspectiva do tudo⁵³. Ela assegura aos agentes econômicos o direito a realizarem livremente suas atividades por meio do princípio da livre iniciativa, contudo cria limites.

Ao promover a regulação da atividade produtiva, a ordem econômica constitui-se em uma forma de intervenção na atividade econômica, posto que a liberdade absoluta no exercício dessas atividades poderia acarretar em excessos que gerariam um desequilíbrio.

Os fundamentos jurídicos da proteção das microempresas e empresas de pequeno porte encontram-se inseridos na ordem econômica constitucional, mas não

⁵² Palestra de encerramento proferida pelo Ministro Carlos Aires Britto, intitulada “Regime constitucional da ordem econômica”, ocorrida em 08 de abril de 2016 (BRITTO, Carlos Aires. Regime constitucional da ordem econômica. In: 6º Congresso Brasileiro de Direito Comercial. 2016, São Paulo. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/categoria/videos-do-6o-congresso/page/2>>. Acesso em: 28 jun. 2016).

⁵³ Palestra de encerramento proferida pelo Ministro Carlos Aires Britto, intitulada “Regime constitucional da ordem econômica”, ocorrida em 08 de abril de 2016 (BRITTO, Carlos Aires. Regime constitucional da ordem econômica. In: 6º Congresso Brasileiro de Direito Comercial. 2016, São Paulo. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/categoria/videos-do-6o-congresso/page/2>>. Acesso em: 28 jun. 2016).

devem ser aplicados isoladamente, sem considerar os demais princípios e o todo orgânico que se constitui a organização jurídico-constitucional da atividade econômica.

Diante da necessidade dessa interação entre os princípios da ordem econômica, será feita uma breve incursão pelos princípios que possuem maior afinidade com a proteção das microempresas e empresas de pequeno porte.

2.2.1 A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte como forma de concreção dos Princípios da Justiça Social e da Igualdade

O princípio da justiça social, conforme ensina Eros Roberto Grau, se aplica em conformidade com a concepção de existência digna, cuja concretização, além de ser a finalidade da ordem econômica é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁵⁴.

Sobre a definição da expressão “justiça social” Eros Roberto Grau chama a atenção sobre sua natureza indeterminada e contingencial. Esclarece que, no contexto constitucional, a justiça social não designa uma espécie de justiça, mas sim seu dado ideológico. O termo social não seria uma adjetivação que qualifique a justiça, mas um substantivo que integra a expressão conferindo um sentido próprio à expressão, diverso do sentido dos vocábulos considerados isoladamente⁵⁵.

Eros Grau elucida que, inicialmente, a justiça social quer significar a superação das injustiças na repartição do produto econômico a nível pessoal, microeconômico. Depois, num nível macroeconômico, as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a integrar exigência de qualquer política econômica capitalista⁵⁶.

A justiça social se realiza por meio da equitativa distribuição de riquezas, permitindo o acesso a todos dos meios materiais para viver dignamente, o que,

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 223.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 223.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 224.

naturalmente, não se obtém pela organização livre do mercado⁵⁷. Ao integrar a ordem econômica constitucional como uma de suas finalidades, importa numa forma de limite à livre iniciativa visando à melhoria das condições, redução das desigualdades sociais e ascensão das classes menos favorecidas.

A proteção das microempresas e empresas de pequeno porte através do tratamento favorecido e diferenciado se coaduna com a realização da justiça social. O estímulo às pequenas empresas visando sua sobrevivência e crescimento é capaz de possibilitar uma melhor distribuição de riquezas e desenvolvimento social e regional por meio da ampliação dos postos e oportunidades de trabalho, da geração de renda para as famílias, do aumento da arrecadação dos tributos, do maior acesso e oferta a bens e serviços para suprir as necessidades sociais, de medidas de controle do abuso do poder econômico e do fortalecimento de empresas nacionais.

Quanto à igualdade, Humberto Ávila assinala que pode funcionar como regra, ao prever a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, ao instituir um estado igualitário com uma finalidade a ser promovida, e como postulado, estruturando a aplicação do Direito⁵⁸.

A aplicação da igualdade pressupõe, em primeiro lugar, a relação entre dois sujeitos ou mais, para que se possa comparar a situação ou tratamento devido entre eles. Na situação presente, a relação é estabelecida entre agentes econômicos de porte diferentes: microempresas e empresas de pequeno porte de um lado e empresas de médio e grande porte de outro.

Ensina Humberto Ávila que a concretização do princípio da igualdade depende de um critério diferenciador. Isso porque, o princípio da igualdade, por si próprio, nada diz quanto aos bens ou fins de que se serve para diferenciar ou igualar as pessoas. Desse modo, a diferenciação somente adquire relevância material quando se agrega uma finalidade, de forma que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um critério, dependendo da finalidade a que ele serve⁵⁹.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 789.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 192.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 192-193.

Em segundo lugar, o critério discriminador para estabelecer a distinção entre as empresas que serão beneficiadas pelo tratamento favorecido, é um critério objetivo e determinado por um patamar numérico: a receita bruta anual auferida⁶⁰. Este critério serve à finalidade de distinção do porte das empresas que serão beneficiárias, pois as empresas com menor receita bruta anual possuem menor poder econômico, maior vulnerabilidade no tocante às instabilidades econômicas, menores chances de influir em determinado mercado e gerar interferências na livre concorrência.

Em terceiro lugar, deve-se observar a adequação do critério diferenciador com a finalidade para evitar discriminações subjetivas. Para Luis Roberto Barroso, o tratamento desigual deve ser racional, necessário e proporcional. Racional, pois a relação do critério diferenciador com a finalidade deve observar elementos demonstráveis objetivamente. Necessário, pois o tratamento diferenciado deve se limitar ao imprescindível para o fim pretendido. Proporcional, porque o valor promovido com a desequiparação deve ser mais relevante do que o que será sacrificado⁶¹.

Dessa forma, o tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte não afronta o princípio da igualdade, ao contrário, direciona sua proteção ao conduzir diferentemente agentes econômicos em posições distintas no mercado⁶². Impõe-se, uma discriminação positiva, no sentido de igualar em diversos os sentidos, ao atribuir tratamento diferenciado, as pequenas empresas em relação às demais e, com isso, assegurar a todos a liberdade de iniciativa e permanência no mercado.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 221.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 242-243.

⁶² Esta também é a posição de José Anacleto Abduch Santos: "Ao instituir tratamento diferenciado e favorecido para as ME e EPP, a Lei complementar não viola o princípio da isonomia, porque parte da premissa de que não são elas iguais às empresas grandes. A premissa jurídica (e fática) de que as ME e EPP não são iguais às grandes empresas torna possível conferir a elas tratamento desigual (SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações & o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 24).

2.2.2 A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e o Princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência

O princípio da livre iniciativa tem o papel de garantir, em uma ordem econômica capitalista, que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer.

É necessário observar que a livre iniciativa se insere na Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso IV, a partir de seu valor social e não como uma expressão individualista. Por conseguinte, juntamente com o valor social do trabalho, a livre iniciativa se constitui como fundamento da ordem econômica constitucional (art. 170, caput, CF).

André Ramos Tavares aponta que a livre iniciativa deve ser entendida em seu sentido amplo, compreendendo não somente a liberdade econômica, ou a liberdade de desenvolvimento da empresa, mas engloba as demais formas de organização econômica, individual ou coletiva e a liberdade contratual⁶³.

Eros Roberto Grau acrescenta que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e por isso, corolária da valorização do trabalho livre⁶⁴. A liberdade de trabalho pressupõe a liberdade de acesso ao exercício de profissões, bem como, a liberdade associativa.

Através da liberdade contratual, o agente econômico tem a faculdade de definir o que e como produzir, a forma de organizar os fatores de produção, quanto comprar e vender, fixar preço, tudo em função de sua vontade.

André Ramos Tavares sintetiza a compreensão da liberdade de iniciativa na seara econômica como:

[...] constituída pela liberdade de trabalho (incluído o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluído o risco do empreendimento: o que produzir, como produzir, quanto produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar⁶⁵.

⁶³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 239.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 206.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 241.

Embora a livre iniciativa assegure a possibilidade de autodirecionamento econômico dos particulares, impõe a necessidade do empresário se sujeitar às limitações impostas pelo Poder Público que surgem diante da necessidade de garantir a justiça social e o bem-estar da coletividade⁶⁶.

A liberdade de iniciativa em conjunto com o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte é fundamental para estimular o surgimento de pequenos negócios, contribuindo para o desenvolvimento da economia nacional com a geração de empregos, o crescimento e a inovação produtiva.

A livre concorrência integra o rol dos princípios constitucionais da ordem econômica, previsto no art. 170, inciso IV. Na conceituação de André Ramos Tavares, “livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”⁶⁷. Paulo Penalva Santos evidencia que a livre concorrência existe dentro de um contexto onde figura como um meio para alcançar a justiça social, de forma que não pode ser concebida de forma antissocial, favorecendo apenas o crescimento do lucro e do mercado de seus empresários em detrimento dos demais concorrentes⁶⁸.

Paula Forgioni defende que a competição é fundamental para o desenvolvimento das atividades empresariais, embora não seja apreciada pela empresa, é suportada como forma de conquistar o mercado e aumentar os lucros⁶⁹.

A proteção da concorrência objetiva garantir um sistema econômico eficiente com a participação de diversos agentes econômicos, que expõem produtos assemelhados no mercado, levando à otimização de recursos e preços justos, na medida em que, por intermédio da competição, evitam-se lucros arbitrários e abusos do poder econômico.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. São Paulo: Método, 2013, p. 35.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 259.

⁶⁸ SANTOS, Paulo Penalva. O novo Projeto de recuperação de empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 117, ano 39, p. 126-135, jan./mar. 2000.

⁶⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 148.

Juntamente com o tratamento favorecido e diferenciado dos pequenos negócios, a tutela da livre concorrência pode significar a neutralização da ação centralizadora e abusiva exercida por grandes empresas e corporações⁷⁰.

Paula Forgioni chama a atenção para o processo de redução da pulverização empresarial nas últimas décadas, que alterou o padrão de funcionamento do mercado e o comportamento das empresas, já que a concentração de grandes empresas em importantes setores da economia demanda investimentos cada vez maiores para o ingresso nesses mercados, que somente consegue ser suportado por empresas de grande porte⁷¹.

Com este fenômeno, revela Paula Forgioni, os agentes econômicos de menor porte tenderiam a desaparecer, gerando uma concorrência oligopolista e insuficiente para garantir o bem estar social⁷². Considerando a atual conjuntura econômica brasileira, em que mais da metade dos postos de trabalho estão concentrados nas pequenas e médias empresas, a concentração oligopolistas compromete a produção local de diversas regiões, acarretando prejuízos ao desenvolvimento econômico e social.

Antônio de S. Limongi França salienta que algumas práticas de concentração empresarial realizadas por empresas de grande porte para se manterem no mercado são inconcebíveis para as empresas pequenas, que não possuem estrutura organizacional, nem poder econômico que possibilitem a realização dessas estratégias⁷³.

Desse modo, a incapacidade de utilizarem estratégias que façam frente aos processos de concentração das grandes empresas aumenta o risco de extinção das

⁷⁰ KARKACHE, Sérgio. **Princípio do tratamento favorecido**: o direito das empresas a uma carga tributária menor. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 130.

⁷¹ FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 114-115.

⁷² FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 115-116.

⁷³ FRANÇA, Antônio de S. Limongi. **As pequenas e as microempresas no Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

empresas de menor porte que contam com mecanismos de gestão menos complexos⁷⁴.

André Ramos Tavares explicita que os benefícios previstos constitucionalmente nos artigos 170 e 179 para as microempresas e empresas de pequeno porte têm nos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência seus fundamentos. Em primeiro lugar, ao promover a tutela dos pequenos empreendimentos, a Constituição assegura a manutenção e ampliação do princípio da livre iniciativa, admitindo que novas empresas com organização simplificada e estrutura reduzida possam ingressar em mercados ocupados por grandes empresas. Em segundo lugar, a livre concorrência é valorizada pois permite que as pequenas empresas se mantenham no mercado por força dos privilégios, e possam crescer, reduzindo as possibilidades de formação de monopólios e outras formas de concentração empresarial que possam gerar abuso de poder econômico.⁷⁵

Para que os frutos decorrentes da concreção dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e tratamento favorecido às micro e pequenas empresas permitam efetivamente ser verificados, é necessária uma eficiente intervenção estatal para diminuir, senão extinguir o desequilíbrio provocado pelo processo de concentração de grandes empresas.

2.2.3 A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e a Valorização do Trabalho Humano

A primeira Constituição brasileira a fazer referência expressa sobre a valorização do trabalho humano foi a de 1946, que previa em seu art. 145: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. O mesmo direcionamento foi seguido pela Constituição de 1967 e pela de 1969.

⁷⁴ A gestão das microempresas e empresas de pequeno porte geralmente é exercida pelo próprio empresário individual ou pelos sócios da empresa, que normalmente sozinhos ou com um pequeno grupo de auxiliares assumem as estratégias de funcionamento da atividade empresarial.

⁷⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 224-225.

A Constituição Brasileira de 1988, mesmo consagrando uma economia livre de mercado, não deixou de conferir prioridade, em sua ordem econômica, aos valores do trabalho humano.

José Afonso da Silva, ao declarar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, explana que a Constituição, em primeiro lugar, consagra uma economia de mercado de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é o princípio básico dessa ordem econômica e, em segundo lugar, significa que a ordem econômica confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado⁷⁶.

Esta prioridade, segundo José Afonso da Silva⁷⁷, embora denote uma aparente hierarquização de valores constitucionais, deve direcionar a uma interpretação sistêmica e compatibilizadora dos diversos valores contidos na Constituição e tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na econômica, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho.

André Ramos Tavares, seguindo este entendimento, ressalta que embora os princípios elencados nos incisos do art. 170 da Constituição Federal devam ser orientados pelos princípios do caput, não se deve concluir por uma “tábua hierárquica de supremacia destes”⁷⁸.

Manoel Jorge e Silva Neto defende, por sua vez, que a livre iniciativa deve ser compatibilizada à valorização do trabalho humano, devendo o aplicador do direito se valer do postulado da concordância prática, dirigido à solução que equilibre os bens constitucionalmente tutelados. “Nem o excessivo peso a ser atribuído à liberdade de iniciativa, nem conferir-se maior densidade aos valores sociais do trabalho”⁷⁹.

Isso posto, a valorização do trabalho humano como princípio é uma parte fundamental para a harmonização perfeita do todo conjugado, que é a ordem econômica.

⁷⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 788.

⁷⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 788.

⁷⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 127.

⁷⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo, LTr, 2005, p. 24.

A Constituição de 1988 ao determinar a valorização e proteção do trabalho humano direciona essa proteção a todas as formas de trabalho, sendo relevante, com isso, apresentar definição da expressão trabalho.

Cabe, porém, desde logo esclarecer que – para fins de proteção jurídica – entendemos pela expressão trabalho toda atividade desenvolvida pelo homem, seja em benefício próprio (aquele que planta para colher o que comer), seja em parte em benefício de outrem (aquele que trabalha por conta alheia para obter uma renda e, ao mesmo tempo, gerar lucro a outrem), seja em benefício somente de outrem (trabalho escravo). Atividade enquanto fazer; fazer alguma coisa, no sentido de produzir algo, ainda que imaterial (compor uma música). Trabalho produtivo, “no sentido de produzir bens e serviços utilizáveis pela sociedade”, empregando seu esforço para obter meios materiais.⁸⁰

A importância do valor do trabalho humano para a formação jurídica do Estado nas últimas Constituições, não somente nas brasileiras, mas também em outros regimes jurídicos como o alemão, o italiano, o português, o francês e o espanhol tem direcionado a doutrina a delinear a noção de constituição do trabalho⁸¹.

Edilton Meireles define, resumidamente, constituição do trabalho como o conjunto de regras e princípios constitucionais relativos ao trabalho. Destaca ainda o autor, que não limita o seu objeto às relações de trabalho, pois a Constituição busca tratar do trabalho humano, ainda que não assalariado, ou que não seja produto de uma relação jurídica⁸². Quanto ao relacionamento desta parte da Constituição com as outras, o autor segue fundamentando:

O estudo da constituição do trabalho tem por finalidade dar realce aos princípios e regras informadores das normas que regem o trabalho. Ela, no entanto, é uma parte da Constituição, dessa não se separando ou mesmo prevalecendo sobre as demais “Constituições” (econômica, social, cultural etc.). Não pode haver conflitos entre os princípios estabelecidos pela constituição do trabalho e os adotados pela Constituição como um todo, pois, como dito, essa é uma e indivisível.⁸³

A valorização do trabalho humano não surgiu a partir de sua inserção nos textos constitucionais. A própria revolução industrial contribuiu para a difusão desse valor, pois era necessário no sistema econômico capitalista, que ora se desenvolvia, difundir a ideologia da valorização do trabalho para obter a mão de obra necessária

⁸⁰ MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.22.

⁸¹ Cf. MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.17.

⁸² MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.19.

⁸³ MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.20.

para a produção da riqueza e ao mesmo tempo para que, em seguida, essa classe se tornasse consumidora da produção. Com o agravamento dos conflitos sociais decorrentes da exploração da mão de obra, a classe trabalhadora foi aos poucos assegurando alguns direitos específicos até o momento em que esses direitos passaram a integrar os textos constitucionais no bojo dos direitos econômicos e sociais.⁸⁴

A constitucionalização desse valor, além de consagrá-lo como fundamento da ordem econômica e instrumento de afirmação da cidadania e inclusão social, serviu para formalizar e reforçar aquilo que já era aceito na sociedade e decorre de um contexto de conscientização de que o trabalho deve ser admitido como um fator de progresso social e valorizado numa sociedade que busca o bem-estar de todos⁸⁵.

Isso se deve porque o trabalho, ao mesmo tempo que se configura como um fenômeno jurídico fundamental para se atingir o ideal de dignidade humana, também irradia efeitos e se realiza nos planos econômico e também individual e social.

E hoje, sem dúvida, podemos ter que o trabalho se realiza em dois planos: individual e social. Individualmente, o trabalho serve de instrumento material ao homem na obtenção dos bens indispensáveis a vida. Moralmente, ao homem serve como meio de elevação e dignificação; de realização psíquica. Já no plano social, o trabalho se revela como fator de solidariedade, pois o trabalho de um sempre é útil a outro homem. [...] O trabalho, pois, mais do que gerar renda para o trabalhador, proporciona a integração do homem na sociedade, sabido que aquele que não está inserido na população econômica ativa acaba por ter uma posição desvantajosa na estrutura social.⁸⁶

A valorização do trabalho humano gera vários desdobramentos no plano jurídico com repercussões econômicas e sociais. Um dos desdobramentos é o estabelecimento de políticas que possibilitem a geração de mais oportunidades trabalho e geração de renda. Neste sentido, o estímulo e a proteção das microempresas e empresas de pequeno porte de forma que elas possam ingressar e se manterem no mercado constitui uma das formas de realização desse intento.

Grande parte desses pequenos empreendimentos são organizados e gerenciados pelos próprios empresários e sócios que assumem as mais variadas

⁸⁴ MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.26.

⁸⁵ MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.28-29.

⁸⁶ MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.27.

atividades direcionadas a produzir bens e serviços utilizáveis ou apropriáveis por outrem. A atividade de organização dos bens de produção também é caracterizada como trabalho, não o de natureza subordinada – o emprego -, mas em seu sentido mais amplo.

Gladston Mamede adverte que o cotidiano da humanidade sempre teve a contribuição das pequenas empresas, por meio das quais a sociedade sempre encontrou trabalho e sustento, tornando possível o crescimento individual e coletivo⁸⁷. Segue o autor afirmando que:

A Constituição da República, no amplo espaço conceitual aberto pela expressão valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, acaba por abraçar todas essas situações, reconhecendo a importância da atuação produtiva individual ou coletiva havida sob formas jurídicas distintas: o trabalho nos setores primário (rural), secundário (industrial) ou terciário (comercial); o trabalho manual e o trabalho intelectual (artigo 5º, XXVII a XXIX, da Constituição); o trabalho autônomo, remunerado ou não (voluntário, assistencial); o trabalho cooperativo, personalizado (sociedades cooperativas) ou não (mutirões); o trabalho empregado, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, ou o desempenho de funções públicas. Mas da mesma forma, e sem qualquer distinção, o trabalho empreendedor, isto é, empresarial, que planeja, investe, estrutura, emprega pessoas, organiza a produção do trabalho individual, remunera-o, inova; trabalho empresarial que cria condições para que sejam alcançados os objetivos fundamentais da República⁸⁸.

Sendo as MPEs uma forma de organização empresarial e que se verifica de forma mais dominante o exercício do trabalho empreendedor na organização da empresa, uma política de preservação desses pequenos empreendimentos direciona à proteção do trabalho em dois planos: o trabalho desenvolvido pelo empresário no gerenciamento do negócio e o trabalho desempenhado pelo contingente de empregados absorvidos por esses entes empresariais.

A importância da atividade empresarial exercida pelos pequenos negócios se evidencia em períodos de grave recessão econômica, como o que se enfrenta atualmente, em que um contingente expressivo de desempregados ou acabam sendo absorvidos por micro e pequenas empresas ou migram para a condição de pequenos empreendedores, exercendo trabalho por conta própria, de forma autônoma.

⁸⁷ MAMEDE, Gladston et al. **Comentários ao estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**: lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007, p.2.

⁸⁸ MAMEDE, Gladston et al. **Comentários ao estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**: lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

A valorização do trabalho humano como cláusula principiológica porta em si uma evidente potencialidade transformadora⁸⁹. Além de direcionar o Estado a desautorizar e coibir medidas que aumentem o contingente de desempregados, deve estimular políticas que se coadunem com o princípio da busca do pleno emprego.

Sendo assim, defender a preservação da micro e pequena empresa também é tutelar a valorização do trabalho humano, pois, além de contribuir com a geração de um montante significativo de postos de trabalho, também se constitui em uma opção de geração de renda para aqueles que pretendem empreender, contribuindo então, para a manutenção de várias famílias e a redução das desigualdades econômicas e sociais.

2.2.4 A proteção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e o Princípio da Função Social da Empresa

A concreção do princípio da função social da empresa gera implicações diretas no funcionamento do mercado e da ordem econômica, sendo por isso, fundamental para o perfeito equilíbrio entre todos os princípios que direcionam o funcionamento da atividade econômica nos países.

A primeira indagação que surge ao analisar o princípio da função social da empresa é a compreensão etimológica do termo função. O vocábulo função origina-se do latim *functio*, de *fungi*, denotando exercício, cumprimento, execução de determinada tarefa. O substantivo *functio*, é derivado do verbo *fungor*, cujo significado principal é de cumprir algo, ou desempenhar um dever ou uma tarefa.

Fabio Konder Comparato ensina que no estudo do conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, verifica-se que o objetivo perseguido pelo agente é o interesse alheio, e não o do próprio titular do poder. O exercício de uma atividade é um poder-dever, na acepção positiva de algo que deve ser feito ou cumprido⁹⁰. No âmbito do Direito, o termo função é utilizado para indicar a finalidade legal de um

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 199.

⁹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 732, out. 1996, p. 41.

instituto jurídico, ou seja, o bem ou o valor em razão do qual existe um conjunto estruturado de normas⁹¹.

Partido dessa noção etimológica do termo função, o bem ou valor, que recai sobre a existência de um conjunto de normas, é o valor da solidariedade social. Dessa forma, constata-se que a função de determinados institutos jurídicos antes impregnados por um ideal exclusivamente individualista, passa à esfera do social para garantir a satisfação da coletividade⁹².

A concepção socializadora sofreu importante influência da doutrina de Léon Duguit. Nas lições desse autor, o homem isolado e independente é uma ficção. O homem é um ser social que somente vive se for em sociedade. Todo indivíduo tem certa função na sociedade, tem o direito de praticar atos que promovam a solidariedade social e devem impedir a realização de atos que obstem a realização de seu papel social⁹³.

Numa concepção moderna de liberdade, segundo Duguit, todo indivíduo tem uma função a satisfazer, e conseqüentemente, tem o dever social de desempenhá-la. A liberdade é um direito porque o homem tem o dever de desenvolver sua individualidade física, intelectual e moral da maneira mais completa possível, para cumprir a função social da melhor forma. Assim sendo, a atividade individual é elemento essencial para a solidariedade, porque representa a liberdade de cumprir um dever na sociedade⁹⁴.

A solidariedade social, ou interdependência social como prefere chamar Léon Duguit, é um fato de ordem real suscetível de demonstração direta. É ela que mantém a coesão da sociedade, e esta será mais forte, quanto mais estreitos forem os laços de solidariedade que unirem seus membros. Desse modo, qualquer que seja o grau de civilização de um povo, a solidariedade está constituída por dois

⁹¹ COMPARATO. Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 732, out. 1996, p. 40.

⁹² CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p.102-103.

⁹³ DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho**: Público y Privado. Tradução Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p.178-79.

⁹⁴ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Tradução Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 25.

elementos de coesão social⁹⁵ que se encontram sempre em graus distintos, com formas variáveis, entre mesclados com outros, que representam sempre caracteres essenciais idênticos, em todos os tempos e povos: a) as semelhanças das necessidades dos homens que pertencem a um mesmo grupo social, cuja satisfação não podem assegurar senão pela vida em comum – esta é a solidariedade por semelhanças; b) a diversidade das necessidades e das atitudes dos homens que pertencem a um mesmo grupo e que podem se ajudar em muitos serviços e assegurar a satisfação de suas necessidades diversas – esta é a solidariedade pela divisão do trabalho⁹⁶.

O desenvolvimento de uma teoria sobre a função social foi um desdobramento, portanto, da discussão sobre a solidariedade social, que surge com o objetivo de limitar os institutos de conformação expressamente individualista e de redefinir outros princípios do direito privado, que afetam equilíbrio social e o interesse coletivo. A função social busca conferir aos sujeitos não só uma igualdade em seu aspecto formal, mas uma igualdade substancial que possa corrigir as distorções sociais⁹⁷.

A função social tem presente como um fundamento a ideia de um poder que não se exerce somente no interesse particular, mas também em prol da coletividade. Discute-se com isso, a possibilidade de coexistir prerrogativas que caracterizem os direitos individuais subjetivos com deveres positivos num plano social. De acordo com Eduardo Sens dos Santos⁹⁸, a expressão função social atende sempre a exigências ético-sociais, agregando valores, princípios e regras de conduta confirmadas pela sociedade em determinada época.

⁹⁵ Esses elementos de coesão social, que demonstram a solidariedade ou interdependência social, conforme as palavras de Leon Duguit, foram explicados por Emile Durkheim, em sua obra “*La división du travail social*” (1893), que determinou a natureza intrínseca da solidariedade social, por duas formas essenciais: a solidariedade por similitude, também chamada de solidariedade mecânica e a solidariedade por divisão do trabalho, denominada solidariedade orgânica (DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 21).

⁹⁶ DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho**: Público y Privado. Tradução Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p.181.

⁹⁷ SANTOS, Roseli Rêgo. **O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa**. 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

⁹⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. **A Função Social do Contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 129.

Orlando Gomes também defende a tese que o Direito não deve ser mero instrumento de garantia dos interesses individuais, e que o interesse geral da coletividade deve ser preservado, sem impor o sacrifício dos interesses individuais e buscando a conciliação entre essas duas ordens de interesses⁹⁹.

No âmbito da atividade empresarial, a função social permite caracterizar a empresa como atividade que não se encontra restrita aos interesses particulares do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, com o objetivo único de auferir lucros, mas também como uma atividade cujo perfil funcional visa ao atendimento de interesses coletivos.

Waldírio Bulgarelli leciona que a função social da empresa deve ser entendida como “[...] o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa. Há, assim, interesses legítimos que podem estar acima de certos direitos, faculdades ou créditos”¹⁰⁰.

A empresa, sob seu aspecto funcional, possui grande relevância econômica e social, vez que é responsável pela oferta de postos de trabalho, pelo recolhimento de impostos e contribuições sociais, e pela produção de bens e serviços, pela geração e circulação de riquezas, fundamentais para o desenvolvimento econômico e social. Sob uma visão coletiva, a empresa deve levar em conta os vários interesses envolvidos em sua estrutura: consumidores, empregados, concorrentes, sócios, investidores, fornecedores, Estado e sociedade¹⁰¹.

Contudo, não se pode desconsiderar que os agentes econômicos buscam na empresa a obtenção do lucro como forma de remuneração do capital investido, e eles sempre se encaminharão no sentido de alcançar maiores vantagens, com menor custo. Diante desse objetivo, os benefícios sociais decorrentes da atividade empresarial normalmente são considerados simples decorrências do seu exercício e não constituem os objetivos principais de seus desenvolvedores. Não é o intuito

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.73.

¹⁰⁰ BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo, RT, 1985, p. 284.

¹⁰¹ SANTOS, Roseli Rêgo. **O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa**. 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

principal da empresa, resolver os problemas sociais, nem executar os programas econômicos, pois essas são atribuições do Estado¹⁰².

Quanto às possibilidades de aplicação do instituto, aponta-se primeiramente, a vertente que implica em um condicionamento do exercício da atividade empresarial. Considerando a função social como um poder de atuar sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de terceiros, verifica-se a necessidade de impor deveres positivos à empresa, numa concepção jurídica intervencionista, a qual objetiva o equilíbrio das relações sociais e econômicas desiguais.

Mesmo com o escopo lucrativo, as empresas podem conformar seu funcionamento na consideração dos interesses coletivo e social. Nesse sentido, o Direito por meio de seus princípios e regras, determina uma ética econômica geral e vinculante: a atividade econômica deve obrigatoriamente obedecer aos princípios inseridos no texto constitucional brasileiro, expressos no art. 170 da CF/88¹⁰³.

Consoante já analisado neste trabalho¹⁰⁴, a ordem econômica constitucional configura-se como uma forma de intervenção na atividade econômica. Dessa maneira, a liberdade de empresa, expressa por meio da livre iniciativa não deve se opor às responsabilidades inerentes à autonomia empresarial. O exercício da livre iniciativa empresarial deve ser orientado e direcionado pelos princípios da justiça social, da livre concorrência, da proteção dos empregados, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e do tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte¹⁰⁵.

Diante do quadro que foi apresentado, pode-se considerar que a função social da empresa está conectada e diretamente relacionada com a concreção de todos esses princípios, evidenciando que o fim da empresa deverá ser o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com a atividade e para a coletividade de forma geral.

¹⁰² SANTOS, Roseli Rêgo. **O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa**. 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

¹⁰³ TRINDADE, Cláudia Aparecida de Souza. **A Função Social da Empresa**: para além da *Summa Divisio*, 2005. 177 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 151.

¹⁰⁴ Conferir subseção 2.2.supra.

¹⁰⁵ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 193.

Outra vertente da função social da empresa representa um incentivo ao seu exercício. Neste sentido, Ana Frazão destaca que o principal efeito da função social da empresa é o de assegurar a preservação e a manutenção estável e duradoura da atividade e rentabilidade empresariais, sendo este, inclusive um fator indispensável a ser considerado no interesse social, principalmente por ser pressuposto de todos os demais interesses que se projetam sobre a empresa¹⁰⁶.

Efetivamente, sem a presença e manutenção estável desses organismos econômicos no mercado, ficam prejudicadas as discursões sobre interesses relativos: ao direito ao trabalho e garantias trabalhistas, ao direito e às garantias dos consumidores, à concentração de poder econômico e à manutenção da livre concorrência, à ampliação de arrecadação de tributos, à promoção do desenvolvimento da economia e à redução das desigualdades regionais e sociais.

Por fim, considerando que a função social da empresa está diretamente relacionada com a concreção dos princípios fundamentais da ordem econômica, dentre os quais o tratamento diferenciado e favorecido à microempresa e empresa de pequeno porte, é possível ressaltar a função social desses pequenos negócios.

Embora tenham porte reduzido, as micro e as pequenas empresas concentram em seu funcionamento um amplo rol de interesses internos e externos, sendo responsáveis pela oferta diversificada de produtos e serviços, pela geração de empregos, pela produção e circulação de riquezas, além de representarem a esmagadora maioria das empresas em funcionamento no país¹⁰⁷.

A compreensão de uma função social de microempresas e empresas de pequeno porte teria como um dos focos diminuir as distorções presentes no mercado que inviabilizam a manutenção sustentável desses pequenos negócios, bem como, o estabelecimento de mecanismos de superação de dificuldades que possam gerar a mortalidade desses negócios.

Um dos meios que as microempresas e empresas de pequeno porte podem dispor para superar uma situação de crise econômico-financeira é a recuperação judicial que deve ser condizente com a estrutura e as limitações desses pequenos agentes econômicos.

¹⁰⁶ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 214-215.

¹⁰⁷ Dados levantados na subseção 2.3. a seguir.

2.2.5 Tratamento favorecido e diferenciado dispensado às Microempresas e Pequenas Empresas

As microempresas e empresas de pequeno porte enfrentam grandes dificuldades tanto de ingresso como de manutenção no mercado. Parte dessas dificuldades é gerada pela elevada burocracia nas etapas de criação e desenvolvimento de suas atividades, bem como, no elevado custo gerado pelos tributos e pela concorrência com empresas com maior poder econômico.

Com este quadro, somente a partir de um tratamento diferenciado e favorecido, as microempresas e empresas de pequeno porte terão condições de ingressar e permanecer no mercado, concretizando o conjunto de princípios de ordenação da economia.

Na Constituição Federal de 1988, dentre os princípios da ordem econômica constitucional, foi instituído, através da Emenda Constitucional n. 06 de 1995, o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, no inciso IX do art. 170¹⁰⁸. Trata-se de um princípio constitucional impositivo, embora também possua característica de diretriz ou norma-objetivo, ao fundamentar a reivindicação por essas empresas, pela realização de políticas públicas¹⁰⁹.

O princípio determina proteção às empresas que tenham sido constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país. O art. 179 da Constituição Federal, como uma norma de natureza impositiva, indica as matérias em que deverão ser conferidos os privilégios, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, determinando ao legislador complementar e ordinário a necessidade de estabelecer regras capazes de viabilizar a existência e o desenvolvimento de microempresas e empresas de pequeno porte mediante a

¹⁰⁸ André Ramos Tavares ao tratar da proteção constitucional das microempresas e empresas de pequeno porte, destacou uma questão terminológica e de interpretação constitucional. Explicou que enquanto o inciso IX do art. 170 faz referência ao tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, o art. 179 fala do tratamento jurídico diferenciado à microempresas e empresas de pequeno porte. Para o autor, a interpretação mais adequada deve considerar o objetivo de cada norma. Quando a Constituição elencou apenas as empresas de pequeno porte no art. 170, devem ser consideradas incluídas as microempresas, já que estas pelo porte ainda menor necessitam e maior proteção. Já o art. 179 quando menciona tratamento jurídico diferenciado somente pode ser favorecido, o que pode ser extraído da integralidade do texto do mencionado artigo. (TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. São Paulo: Método, 2013, p.58).

¹⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 254.

simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias, creditícias ou pela eliminação ou redução dessas obrigações por meio de lei.

O rol das matérias estabelecido no mencionado artigo, contudo, não deve ser considerado taxativo, mas sim exemplificativo. Primeiramente, porque no art. 170 da Constituição que define o tratamento favorecido como princípio da ordem econômica não se estabelece qualquer delimitação. Segundo, que a limitação das matérias neutralizaria os demais princípios da ordem econômica que devem ser aplicados de forma conjunta.

Consequentemente, qualquer restrição das matérias que possam contribuir para que as micro e pequenas empresas se estabeleçam e sobrevivam no mercado também resultaria em restrição do alcance da livre iniciativa, da livre concorrência, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades econômicas e sociais e da justiça social.

Por meio do tratamento privilegiado, a Constituição pretende fortalecer as empresas nacionais de menor porte assegurando que a liberdade de iniciativa e concorrência sejam efetivamente observadas, contribuindo com a valorização do trabalho humano e com a implementação de uma política de pleno emprego, resguardando os interesses dos consumidores e criando condições para a promoção do desenvolvimento econômico social e regional.

Ao instituir tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 123/2006 revelam a necessidade de proteger agentes econômicos que possuem menores condições de competitividade em comparação com as empresas de maior porte, corrigindo um desequilíbrio no desempenho das atividades econômicas, como medida para estabelecer a igualdade substancial entre agentes econômicos de porte distintos.

A existência, o desenvolvimento e a manutenção sustentável dos pequenos empreendimentos no mercado possuem maiores chances de serem viabilizados por um tratamento com menos encargos, ônus e obrigações, com mais apoio e suporte do Estado que proporcione uma diminuição do desequilíbrio existente entre esses agentes e os de maior porte, no exercício das liberdades de iniciativa econômica e de concorrência.

Cabe ao Estado intervir na economia e tornar efetivo o tratamento favorecido e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, seja por meio dos princípios constitucionais que deverão ser solidificados pelo Poder Legislativo mediante a elaboração de normas, seja por via da atuação do Poder Executivo na execução de políticas públicas e na observância das normas para a concreção do direito ao caso concreto, ou, seja pelas decisões derivadas das demandas levadas ao Poder Judiciário¹¹⁰.

2.3 IMPORTÂNCIA SOCIOECONÔMICA DA PRESERVAÇÃO DOS PEQUENOS NEGÓCIOS

No mundo dos negócios, é comum que as atenções estejam voltadas aos grandes negócios, que em razão de seu poder econômico, influencia tanto o direcionamento do mercado, como das ações governamentais. De outra forma, não tem a mesma influência, o grande universo das pequenas empresas, que são aquelas que com recursos escassos, conseguem gerar a renda e os empregos que são tão buscados pelas políticas públicas governamentais.

As pequenas empresas normalmente têm seu potencial ignorado ou diminuído pela sociedade, prevalecendo sempre a ideia de um negócio pequeno e frágil, de faturamento inexpressivo, normalmente exercido por membros de uma família.

Moema Augusta Soares de Castro¹¹¹, em estudo sobre a recuperação de micro e pequenas empresas, buscou demonstrar, de forma figurada, a importância da convivência dos dois modelos de exercício da atividade empresarial, o da grande empresa e o da micro e pequena empresa, que mesmo com características de gestão e de atuação distintas, são fundamentais para o funcionamento adequado da economia:

Uma ideia, em sentido figurado, que podemos tomar emprestada para explicarmos o convívio dos dois modelos é a da circulação sanguínea. Se compararmos o centro da circulação, o coração (à grande empresa), pode-se verificar que, sem o curso dos pequeninos vasos periféricos (as micro e

¹¹⁰ FRANÇA, Antônio de S. Limongi. **As pequenas e as microempresas no Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

¹¹¹ CASTRO, Moema Augusta Soares de. Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.463.

pequenas empresas), o sangue (a circulação) não fluiria para as pontas dos membros superiores e inferiores (áreas de periferia das grandes cidades e locais afastados). Nesse sentido é que se destaca a importância da micro e da empresa de pequeno porte: sem elas, a circulação econômica não seria possível. Teríamos fatalmente a necrose da periferia dos membros, imagem figurada que podemos transportar para a importância desses pequenos organismos produtivos para a circulação da economia.¹¹²

Partindo dessa noção de mercado como um sistema, também é possível concluir que é um equívoco acreditar que as grandes empresas não podem se desenvolver senão, em detrimento das pequenas, como se o campo da produção fosse restrito e excludente¹¹³. Na verdade, elas podem se desenvolver umas ao lado das outras em um processo de mútuo auxílio. Um exemplo desse processo se verifica com a prestação de serviços terceirizados, em que pequenas empresas desenvolvem atividades-meio em setores do mercado que as grandes empresas não têm interesse de operar¹¹⁴.

Não se duvida que os grandes empreendimentos sempre representaram organismos importantes para o desenvolvimento e progresso de áreas centrais das economias nacionais, mas foram as pequenas empresas que sempre garantiram a subsistência e o crescimento social, especialmente em momentos de crise econômica, transformando-se em importantes instrumentos de inclusão econômica e social diante da significativa capacidade de geração de ocupação e renda.

Mirella Madureira destaca que as pequenas empresas são fontes de recursos para a população mais necessitada e empregam força de trabalho menos qualificada, desempenhando importante tarefa na inclusão social e na ampliação de oportunidades de empreendedorismo, bem como, representam uma das formas de resistência da população à crescente concentração de riquezas entre as classes sociais¹¹⁵.

¹¹² CASTRO, Moema Augusta Soares de. Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.463.

¹¹³ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Estatuto da Microempresa: comentários**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.43.

¹¹⁴ MADUREIRA, Mirella. **A crise econômico-financeira internacional e seus impactos sobre a preservação das microempresas e empresas de pequeno porte**. 2011. 120f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, São Paulo, 2011, p. 35.

¹¹⁵ MADUREIRA, Mirella. **A crise econômico-financeira internacional e seus impactos sobre a preservação das microempresas e empresas de pequeno porte**. 2011. 120f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, São Paulo, 2011, p. 33.

Segundo o IBGE¹¹⁶, em estudo realizado sobre as micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil, este seguimento econômico possui como características: baixa intensidade de capital; altas taxas de natalidade e de mortalidade; demografia elevada; forte presença de proprietários, sócios e membros da família como mão-de-obra ocupada nos negócios; poder decisório centralizado; estreito vínculo entre os proprietários e as empresas, não se distinguindo, principalmente em termos contábeis e financeiros, pessoa física e jurídica; registros contábeis pouco adequados; contratação direta de mão-de-obra; utilização de mão-de-obra não qualificada ou semiquificada; baixo investimento em inovação tecnológica; maior dificuldade de acesso ao financiamento de capital de giro; e relação de complementaridade e subordinação com as empresas de grande porte.

Tais características demonstram a fragilidade e a dificuldade das micro e pequenas empresas de se manterem saudáveis em mercados competitivos frente às empresas de maior porte que conseguem, em regra, melhor administrar os riscos e as incertezas de mercado.

Diante disso, serão apresentados alguns dados extraídos de instituições públicas de pesquisa que demonstram a ingerência das micro e pequenas empresas na economia e seu papel no desenvolvimento social, justificando uma mudança de direcionamento das ações estatais.

Os últimos dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre a conjuntura econômica brasileira demonstram que o quadro geral da atividade econômica no país caracteriza-se por um grave ciclo recessivo iniciado no segundo trimestre de 2014. Os efeitos dessa recessão prolongada, com duração já superior a

¹¹⁶ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Coordenação de Serviços e Comércio. **As Micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil**: 2001. Rio de Janeiro: IBGE, 2003, p. 18. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv1898.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

dois anos acarretou a oitava queda consecutiva do Produto Interno Bruto¹¹⁷, gerando uma perda acumulada de 7,1% desde o início da recessão¹¹⁸.

Em relação aos setores atingidos pela crise econômica, a indústria foi o que mais sofreu. De acordo com a publicação do IPEA de julho de 2016, a produção industrial apresentou variação negativa pelo 26º mês consecutivo, situando-se num patamar 7,2% inferior ao observado em abril de 2015. Dessa forma, a taxa de crescimento acumulada em doze meses passou para -9,6%¹¹⁹.

No que diz respeito ao mercado de trabalho, de acordo com as informações mais recentes divulgadas pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNADC) e pela Pesquisa Mensal de Emprego (PME), ambas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, o primeiro trimestre de 2016 apresentou um agravamento das condições no mercado de trabalho com a queda do nível de ocupação e uma diminuição do salário médio real. A taxa de desemprego passou de uma média de 9,0% (nove por cento) no 4º trimestre de 2015 para uma média de 10,9% (dez vírgula nove por cento) no 1º trimestre de 2016, chegando a 11,2% (onze vírgula dois por cento) no trimestre móvel que inclui abril de 2016¹²⁰.

Em termos numéricos, o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) do Ministério do Trabalho revelou que foram encerrados 1,55 milhão de postos de trabalhos formais no ano de 2015 e de janeiro até abril de 2016 já foram

¹¹⁷ O Sistema de Contas Nacional explica que o “Produto Interno Bruto – PIB, a preços de mercado, mede o total dos bens e serviços produzidos pelas unidades produtoras residentes, destinados ao consumo final, sendo equivalente à soma dos valores adicionados pelas diversas atividades econômicas acrescida dos impostos, líquido de subsídios, sobre produtos. Por outro lado, é também equivalente a soma das rendas primárias”. (BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília: Sebrae, 2014, p. 18).

¹¹⁸ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura**: atividade econômica. n. 31. jul. 2016. Rio de Janeiro: Ipea. Dimac, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160624_cc31_atividade_economic_a.pdf>. Acesso em 21 jul. 2016, p .2-4.

¹¹⁹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura**: atividade econômica. n. 31. jul. 2016. Rio de Janeiro: Ipea. Dimac, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160624_cc31_atividade_economic_a.pdf>. Acesso em 21 jul. 2016, p .7-9.

¹²⁰ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura**: mercado de trabalho. n. 31. jul. 2016. disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160610_cc31_mercado_trabalho.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016, p. 4.

encerrados aproximadamente 386 mil postos de trabalho. A mesma publicação ainda revela que o crescimento desses números deve-se principalmente a uma maior queda nas contratações, que efetivamente um aumento no número de desligamentos¹²¹.

Em publicação apresentada pelo IPEA de abril de 2016, com base na Pesquisa Mensal de Emprego, a avaliação da ocupação por setor de atividade e tamanho da firma demonstrou que a queda da ocupação concentrou-se nas empresas com mais de dez empregados. Nas empresas com menos de cinco empregados houve um aumento da taxa de ocupação, o que demonstra que as microempresas, neste momento de crise, têm absorvido parcela da população economicamente ativa que se encontrava desempregada¹²².

O estudo também demonstrou que houve um crescimento de trabalhadores por conta própria, ou seja, aquele que explora o seu próprio empreendimento, sozinho ou com sócio, sem ter empregado e contando, ou não, com a ajuda de trabalhador não-remunerado¹²³, revelando que a exploração de uma atividade econômica por meio de pequenos negócios tem sido uma válvula de escape para a população desempregada¹²⁴.

O aumento de trabalhadores por conta própria tem se demonstrado no índice de criação de novas empresas. Segundo o Serasa Experian, entre janeiro e maio de 2016, foram contabilizadas a criação de 851.083 novas empresas, um número 3,5% superior ao registrado no mesmo período de 2015. O aumento foi impulsionado pelo registro de novos Microempreendedores Individuais (MEIs), que totalizaram 683.779 novas empresas. Esse crescimento tem sido determinado, como pontuado acima,

¹²¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura**. n. 30 . mar 2016. Rio de Janeiro : Ipea. Dimac, 2016. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160627_carta_de_conjuntura_30.pdf> . Acesso em 25 jul. 2016. p. 29.

¹²² BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura**. n. 30 . mar 2016. Rio de Janeiro : Ipea. Dimac, 2016. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160627_carta_de_conjuntura_30.pdf> . Acesso em 25 jul. 2016. p. 29.

¹²³ Definição elaborada pelo IBGE para fins da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-PNAD.

¹²⁴ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura**. n. 30 . mar 2016. Rio de Janeiro : Ipea. Dimac, 2016. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160627_carta_de_conjuntura_30.pdf> . Acesso em 25 jul. 2016. p. 29

pela perda de postos formais no mercado de trabalho em razão da recessão econômica, levando os trabalhadores desempregados a buscarem de maneira autônoma e formalizados, outros meios para a geração de renda¹²⁵.

Este breve quadro da atual conjuntura econômica brasileira demonstra a importância da tutela dos pequenos negócios para enfrentar o período de recessão econômica, contribuindo para reverter esse processo de estagnação para uma situação de crescimento econômico, com o aumento do número das ocupações, elevação geral da renda, crescimento do consumo e aumento do Produto Interno Bruto.

Considerando um intervalo maior de tempo, segundo dados estatísticos da RAIS e da PNAD, publicados no Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2014¹²⁶, entre 2003 e 2013 houve uma expansão de 33,8% no total de micro e pequenas empresas, tendo sido criado aproximadamente 1,7 milhões de novos estabelecimentos. Com tal crescimento, em 2013, as micro e pequenas empresas foram responsáveis por 99% dos estabelecimentos, 52,1% dos empregados formais no país e 41,4% da massa de salários¹²⁷.

Em julho de 2016, o IBGE publicou as Estatísticas do Cadastro Central de Empresas – CEMPRE do ano de 2014¹²⁸, que apresentou análise dos resultados do panorama geral das empresas e outras organizações ativas (órgãos da administração pública e instituições privadas sem fins lucrativos) naquele ano.

¹²⁵ SERASA EXPERIAN. **Últimas Notícias**: Número de novas empresas criadas em 2016 bate recorde, afirma Serasa Experian. 28. Jul. 2016. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/numero-de-novas-empresas-criadas-em-2016-bate-recorde-afirma-serasa-experian/>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

¹²⁶ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa**: 2014. 7. ed. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario-do%20trabalho-na%20micro-e-pequena%20empresa-2014.pdf>> . Acesso em: 21 jun. 2016, p. 28-29

¹²⁷ Os índices apresentados no Anuário do Trabalho sobre a participação das micro e pequenas empresas consideraram apenas os setores da indústria, construção, serviços e comércio.

¹²⁸ O Cadastro Central de Empresas do IBGE cobre o universo das organizações inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, da Secretaria da Receita Federal, que, no ano de referência, declararam informações às pesquisas econômicas do IBGE e/ou aos registros administrativos do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Ele abrange entidades empresariais, órgãos da administração pública e instituições privadas sem fins lucrativos. Na presente publicação foram consideradas as instituições estabelecidas no país com registro formal até 31 de dezembro de 2014.(BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Coordenação de Metodologia das estatísticas de empresas, cadastros e classificações. **Estatísticas do Cadastro Central de Empresas**: 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=297205>> . Acesso em: 28 jul. 2016)

No ano de referência 2014, o CEMPRE continha 5,1 milhões de empresas e outras organizações formais ativas, que ocuparam, em 31 de dezembro, 55,3 milhões de pessoas, sendo 48,3 milhões (87,3%) como pessoal ocupado assalariado e 7,0 milhões (12,7%) na condição de sócio ou proprietário. Os salários e outras remunerações pagos totalizaram R\$ 1,5 trilhão¹²⁹.

As entidades empresariais representaram 90,7% desse conjunto, 75,9% do pessoal ocupado total, 73,0% do pessoal ocupado assalariado e 63,9% dos salários e outras remunerações. Os órgãos da administração pública representaram 0,4% das empresas e outras organizações, absorveram 17,6% do pessoal ocupado total, 20,2% do pessoal ocupado assalariado e pagaram 29,8% dos salários e outras remunerações. As entidades sem fins lucrativos, totalizando 8,9% das empresas e outras organizações, foram responsáveis por 6,5% do pessoal ocupado total, 6,8% do pessoal ocupado assalariado e 6,3% dos salários e outras remunerações pagos no ano¹³⁰.

No que diz respeito a análise por porte da empresa, a pesquisa considerou quatro faixas de pessoal ocupado total: 0 a 9 pessoas, 10 a 49 pessoas, 50 a 249 pessoas e 250 pessoas ou mais. Em 2014, do total de empresas e outras organizações, 87,1% (oitenta e sete vírgula um por cento) tinham até 9 pessoas ocupadas, que correspondem às microempresas; 11,1% (onze vírgula um por cento), 10 a 49 pessoas, que correspondem às empresas de pequeno porte; 1,5% (um e meio por cento), 50 a 249 pessoas, que correspondem às médias empresas; e 0,4% (quatro décimos por cento), 250 pessoas ou mais que englobam as grandes empresas¹³¹.

¹²⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Coordenação de Metodologia das estatísticas de empresas, cadastros e classificações. **Estatísticas do Cadastro Central de Empresas**: 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p.

Disponível em: < <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=297205> > . Acesso em: 28 jul. 2016, p. 24.

¹³⁰ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Coordenação de Metodologia das estatísticas de empresas, cadastros e classificações. **Estatísticas do Cadastro Central de Empresas**: 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p.

Disponível em: < <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=297205> > . Acesso em: 28 jul. 2016, p. 25.

¹³¹ Cabe ressaltar que esta divisão difere da que é definida pelo SEBRAE, conforme apresentado na seção 2.1, pois aquela estabelece uma divisão também pelo setor de atividade (indústria ou comércio e serviços) e esta inclui a administração pública e instituições privadas sem fins lucrativos.

Com esses dados, verifica-se, pelo critério da ocupação¹³², o predomínio das empresas menor porte na estrutura empresarial brasileira, com 98,2% (noventa e oito vírgula dois por cento) do total de empresas pesquisadas e que são responsáveis por 39,7% (trinta e nove vírgula sete por cento) do pessoal ocupado total, 31,2% (trinta e um vírgula dois por cento) do pessoal ocupado salariado e por 18,7% (dezoito vírgula sete por cento) do volume total de salários pagos nas instituições pesquisadas¹³³.

Por outro lado, as empresas e outras organizações com 250 (duzentos e cinquenta) pessoas ou mais foram as que apresentaram as maiores participações nas variáveis analisadas: pessoal ocupado total (46,9%), pessoal ocupado assalariado (53,7%) e salários e outras remunerações (68,7%).

Quanto à remuneração média real dos empregados formais, cresceu cerca de 2,8% ao ano, passando de R\$1.123,00 (um mil cento e vinte e três reais) em 2003 para R\$ 1.485,00 (um mil quatrocentos e oitenta e cinco reais) em 2013.

A participação das micro e pequenas empresas no Produto Interno Bruto do país, embora seja bem menor que das empresas de médio e grande porte, tem apresentado crescimento no decorrer dos anos, atingindo 27% do valor adicionado¹³⁴ do conjunto de atividades pesquisadas em 2011¹³⁵.

No desempenho por atividade econômica, os resultados consolidados do setor de serviços, no período de 2009 a 2011, demonstram a presença das micro e pequenas empresas em 98,1% do total de empresas classificadas neste setor, com

¹³² Vale salientar que este não é mesmo critério estabelecido pela Lei Complementar n. 123/2006, que considera para a definição do porte a receita bruta anual.

¹³³ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Coordenação de Metodologia das estatísticas de empresas, cadastros e classificações. **Estatísticas do Cadastro Central de Empresas**: 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p.

Disponível em: < <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=297205> > . Acesso em: 28 jul. 2016, p.29.

¹³⁴ “Valor adicionado corresponde à produção das diversas atividades econômicas que é valorada a preços básicos, ou seja, excluindo-se o valor de impostos sobre produtos, margens de distribuição. Esta medida da produção é a forma de avaliar a contribuição das diversas atividades econômicas à formação do Produto Interno Bruto” (BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília: Sebrae, 2014, p. 18).

¹³⁵ Em 1985 o IBGE calculou em 21% a participação dos pequenos negócios no PIB e em 2001 o percentual cresceu para 23,2%. (BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf> . Acesso em: 05 jul 2016, p. 7).

alocação de 43,5% da massa de trabalho e contribuição de 36,3% para a formação do PIB dos serviços¹³⁶.

Nas atividades do comércio, os resultados consolidados de 2009 a 2011 demonstram a participação das micro e pequenas empresas em 99,2% do setor, com alocação de 69,5% do pessoal ocupado e a contribuição para a formação do PIB do comércio é de 53,4%¹³⁷.

Os resultados consolidados das atividades da indústria, para o triênio 2009-2011 revelam a participação das Micro e Pequenas Empresas em 95,5% do total das empresas classificadas, com alocação de 42% do pessoal ocupado e participação para formação do PIB do setor em 22,5%¹³⁸.

Quanto à distribuição do total das micro e pequenas empresas nos setores de atividades econômicas desenvolvidas no Brasil, segundo o DIEESE com base na pesquisa RAIS do MTE de 2013¹³⁹, 47,2% dos estabelecimentos formais estão no comércio, 37,3% no setor de serviços, 10,6% na indústria e 4,9% na construção civil.

Em outros países, a participação das micro e pequenas empresas na economia também é significativa. No Reino Unido, em 2014, havia 5,2 milhões de pequenas e médias empresas que empregavam 14.424.000 de pessoas, e representam mais de 99% do país. A Comissão Europeia de Pequenas e Médias empresas estima que 49,8% da economia do Reino Unido seja atribuída a essas empresas¹⁴⁰.

¹³⁶ (BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em:

<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf> . Acesso em: 05 jul 2016, p.34-35.

¹³⁷ (BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em:

<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf> . Acesso em: 05 jul 2016, p.36-37.

¹³⁸ (BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em:

<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf> . Acesso em: 05 jul 2016, p.39-40.

¹³⁹ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa**: 2014. 7. ed. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario-do%20trabalho-na%20micro-e-pequena%20empresa-2014.pdf>> . Acesso em: 21 jun. 2016, p. 33.

¹⁴⁰ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE**: Países: Reino Unido. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/reino-unido/>>. Acesso em: 05. jul. 2016, p. 4.

Nos Estados Unidos, em 2013, existiam 18.500 grandes empresas e 27,9 milhões de pequenas e médias, ou seja, 99,7% das empresas americanas estavam classificadas como pequenas e médias, 50% dos empregos estavam concentrados nelas e a renda por elas geradas correspondia a 50% do PIB do país¹⁴¹.

No Canadá, em 2015, 97,9% das 1.167.978 empresas são de pequeno porte, 1,8% são médias e 0,3% são empresas de grande porte¹⁴².

No México, as Pequenas e Médias empresas são a base da economia e a principal fonte geradora de emprego. De acordo com o Instituto Nacional de Estatística e Geografia (Inegi), em 2013, existiam cerca de 4,5 milhões de unidades de negócios em todo o país, dos quais 99% eram pequenas e médias empresas, que geram 52% do Produto Interno Bruto (PIB) para o país e cerca de 72% do emprego nacional¹⁴³.

Na Argentina, existem atualmente 603 mil pequenas e médias empresas, das quais mais de 229 mil foram criadas na última década, que representam 60% do emprego e 45% das vendas totais. As pequenas empresas contribuem com aproximadamente 40% do PIB e empregam 70% da força de trabalho do país¹⁴⁴.

Na França, em 2013, existiam 2.598.023 pequenas e médias empresas, que representavam 99% das empresas do país. O setor das pequenas e médias empresas representa 59% do Produto Interno Bruto (PIB) e 63% do emprego. A maioria das pequenas e médias empresas ativas está nos setores de serviços (45%), no comércio por atacado e varejo (26%) e na construção (19%)¹⁴⁵.

¹⁴¹ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE**: Países: Estados Unidos. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/estados-unidos/>>. Acesso em: 05. jul. 2016, p. 3.

¹⁴² GOVERNMENT OF CANADA. *Innovation, Science and Economic Development Canada. Key Small Business Statistics*. Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/eng/home>>. Acesso em: 01. jul. 2016.

¹⁴³ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE**: Países: México. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/mexico/>>. Acesso em: 05. jul. 2016, p. 3.

¹⁴⁴ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE**: Países: Argentina. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/argentina/>>. Acesso em: 05. jul. 2016, p. 4.

¹⁴⁵ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE**: Países: França. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/franca/>>. Acesso em: 05. jul. 2016, p. 4.

Em Portugal, em 2013, existiam aproximadamente 775.000 pequenas e médias empresas, o que representa 99,5% do tecido empresarial português. Essas empresas empregam 2.264 milhões de pessoas (78,7% do emprego em Portugal) e são responsáveis por 66,5% do volume de negócios no país¹⁴⁶.

Na Espanha, em 2014, segundo dados do Instituto Nacional de Estatística e Diretório Central de Empresas, as micro, pequenas e médias empresas representam 65% do PIB espanhol e mais de 75% do emprego privado¹⁴⁷.

A partir dos dados apresentados é possível concluir que as microempresas e empresas de pequeno porte oferecem uma importante contribuição para o crescimento e desenvolvimento econômico do país em nível municipal, estadual, regional e nacional, especialmente em momentos de recessão econômica, como a que o Brasil enfrenta atualmente, porque: a) são grandemente responsáveis pela geração de renda e postos de trabalho; b) auxiliam na integração nacional e coesão social, por sua dispersão em todo território nacional em cadeias de suprimentos e ofertas de diversos bens e serviços, complementando a atividade das médias e grandes empresas; c) propiciam liberdade de escolha ao consumidor pela ampla distribuição de produtos e serviços gerados por outras empresas em todo o território nacional; d) movimentam importante parcela da economia, pois além de constituir uma opção de ocupação de parcela da população que tem condições de desenvolver o próprio negócio, é também, uma alternativa de emprego formal ou informal para grande parcela de mão de obra excedente que não encontra emprego nas empresas de médio ou grande porte; e) contribuem para a concreção dos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

Por tudo o que foi apresentado, é possível chegar a conclusão de que a empresa, e especialmente a de menor porte constitui uma conjunção de elementos econômicos e sociais, que se direcionam não somente para preservar os interesses privados envolvidos na sua exploração, como também os interesses sociais de todos aqueles que interferem ou sofrem os efeitos de seu funcionamento.

¹⁴⁶ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE:** Países: Portugal. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/portugal/>>. Acesso em: 05. jul. 2016, p. 3.

¹⁴⁷ BRASIL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE:** Países: Espanha. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br/pais/espanhal/>>. Acesso em: 05. jul. 2016, p. 3.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TEORIA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

O desenvolvimento de mecanismos legais que possibilitam a recuperação de empresas direciona a uma análise preliminar do marco teórico que contenha os fundamentos epistemológicos capazes de fundamentar a preservação das empresas.

Sendo assim, inicialmente será realizada uma síntese histórica da legislação concursal, com enfoque no dualismo tradicional entre a proteção dos credores e dos devedores, para então, pontuar as principais legislações que passaram a inserir essa finalidade em seus textos.

Seguidamente, um estudo breve da evolução da legislação de insolvência empresarial brasileira permitirá perceber como o Direito Brasileiro se direcionou ao tratamento das empresas em situação de crise econômico-financeira e quais os valores e princípios que almeja resguardar a partir de suas prescrições legais.

Por fim, será examinado o princípio da preservação da empresa, a definição de crise empresarial com seus fatos caracterizadores e a viabilidade da atividade empresarial.

3.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO CONCURSAL: O DUALISMO TRADICIONAL DE TUTELA DE CREDITORES E DEVEDORES

A análise evolutiva da falência, como um processo destinado especialmente para a execução coletiva do comerciante insolvente, demonstra, em determinadas tradições jurídicas ocidentais, um dualismo finalístico, com o objetivo que oscila ora à proteção dos interesses dos credores, ora à proteção dos interesses do devedor. Para demonstrar esse dualismo, que produziu efeitos no regime brasileiro de insolvência empresarial, será apresentado um breve histórico do direito falimentar, pontuando as tendências constatadas em outras nações.

Até o presente momento, não existe um posicionamento pacífico sobre as origens do direito falimentar nos institutos destinados a execução por dívidas presentes no Direito Romano.

Uma parcela importante da doutrina¹⁴⁸ considera que os institutos intitulados de *concursum creditorum*, como a *missio in possessionem*, o *bonorum venditio* e a *cessio bonorum*, constituem as origens mais remotas do direito concursal.

Por outro lado, Renzo Provinciali e G. Ragusa Maggiore colocam-se no sentido de que o mais recente registro historiográfico nega o valor de precedente aos procedimentos de *concursum creditorum* do Direito Romano, atribuindo importância decisiva, pela origem e evolução histórica da falência, aos estatutos medievais da região centro-setentrional da Itália a partir do século XIII¹⁴⁹.

Com o mesmo direcionamento, Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, considera que a contribuição do Direito Romano para a origem da falência é escassa e inaplicável. Para o autor, a falência é uma criação medieval que teve sua configuração estabelecida nos estatutos das cidades comerciais da Itália, como Gênova, Florença, Milão e Veneza, entre os séculos XII e XIII¹⁵⁰.

Neste período, a falência visava reprimir a fuga dos comerciantes, uma vez que o abandono do comércio e da cidade onde exercia suas atividades era qualificada como uma presunção *iuris et de iure* de falência. Estatutos corporativos como o de Milão de 1330, o de Pádua de 1420, o de Bologna de 1509 e o de Florença de 1415, consideravam a fuga, a insuficiência de bens para satisfação de seus credores e a recusa de cumprimento das obrigações como atos de falência¹⁵¹.

No Direito Medieval, a marca característica da falência era seu viés penal. Desse modo, a falência era considerada como crime punível com penas excessivamente duras, como pena de morte, de banimento, de interdição de cargos

¹⁴⁸ Cf.: NAVARRINI, Umberto. *Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione*. v. 1, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1934, p. 27-28; FERRARA, Francesco. *Il Fallimento*. Milano: Giuffrè Editore, 1959, p. 47-53; DE SEMO, Giorgio. *Diritto Fallimentare*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1967, p. 27-29. RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de Droit Commercial*. 15 ed. T. 2. Paris: LGDJ, 1996, p. 851.

¹⁴⁹ Cf.: PROVINCIALI, Renzo; MAGGIORE, G. Ragusa. *Istituzioni di Diritto Fallimentare*. Padova: CEDAM, 1988, p. 3-4.

¹⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2012, 27.

¹⁵¹ Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 28-29; PROVINCIALI, Renzo; MAGGIORE, G. Ragusa. *Istituzioni di Diritto Fallimentare*. Padova: CEDAM, 1988, p. 5.

públicos e de proibição do exercício do comércio¹⁵². Dessas sanções de natureza pessoal, derivam também o caráter pessoal do procedimento falimentar que pressupunha sempre dois objetos: o patrimônio, sobre o qual incidiria a execução universal e a pessoa, sobre a qual recairia a sanção penal.

Por volta do século XVI, os estatutos de Florença (1473), de Perugia (1523) e a Lei Toscana de Francesco I de Médici (1582) sofreram reforma e passaram a evitar a configuração automática da falência como crime, admitindo a possibilidade de o falido afastar a presunção de culpabilidade, ao demonstrar a ausência de responsabilidade pela insolvência. Esta regulação permitiu, posteriormente, a cisão entre o processo falimentar e a apuração de crime falimentar, representando um importante passo no direcionamento do processo para a finalidade primária de proteção dos interesses dos credores¹⁵³.

No período moderno, o regime jurídico de insolvência italiano se expandiu para outros países europeus, principalmente em função da internacionalização das operações comerciais. Assim, a variedade de legislações falimentares deste período permitiu estabelecer uma divisão de acordo com determinados critérios, em três tipos de legislações: legislação do tipo francês, legislação do tipo germânico e legislação do tipo inglês¹⁵⁴.

A legislação do tipo francês era representada pelo Código Comercial Napoleônico de 1807, o qual regulou de forma inovadora a falência, estabelecendo uma distinção entre comerciantes e não comerciantes, reservando o processo de falência somente aos comerciantes. Esta lei sofreu diversas reformas, gerando a inclusão da concordata por abandono, da *liquidation judiciaire*¹⁵⁵ e da reabilitação do falido. Ela serviu de base para a elaboração da legislação falimentar de outros países como a Bélgica, o Egito, a Grécia, a Polônia e a Romênia¹⁵⁶.

¹⁵² Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, 28-29; PROVINCIALI, Renzo; MAGGIORE, G. Ragusa. **Istituzioni di Diritto Fallimentare**. Padova: CEDAM, 1988, p. 7-8.

¹⁵³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 29-30.

¹⁵⁴ NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione**. v. 1, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1934, p.31-32.

¹⁵⁵ Consistia em um procedimento não infamante destinado ao comerciante honesto e mal sucedido.

¹⁵⁶ NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione**. v. 1, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1934, p.31-32.

A legislação germânica de 1877, e suas posteriores alterações, previa um procedimento falimentar comum a comerciantes e não comerciantes. Para esta legislação, a falência era tão somente um processo de execução coletiva destinado a manter a igualdade de tratamento dos credores. No campo penal, havia um regramento diferenciado de acordo com a natureza do devedor, pois o não comerciante era tratado com menor rigor que o comerciante falido. O grupo germânico era integrado pelas legislações da Áustria, da Checoslováquia, da Hungria, da Holanda e dos países escandinavos¹⁵⁷.

Na legislação do tipo inglês, a falência era fundada no princípio do *favor debitoris*. Nas leis de 1705 e de 1711, o devedor honesto obtinha um *certificate of conformity*, pelo qual podia entregar todos os bens que possuía aos credores com o objetivo de liberar-se de seus débitos (*discharge*)¹⁵⁸. As leis de 1914 e de 1926 estabeleciam um sistema em que a coletividade de bens do devedor passava para um *trustee*, que administrava e liquidava os bens no interesse dos credores. O procedimento de falência se desenvolveu essencialmente em favor do devedor, o qual estava completamente liberado com o fechamento da falência. Esta legislação influenciou o regime norte americano e a legislação portuguesa.

Percebe-se, com a breve evolução das normas falimentares, que inicialmente elas apresentavam um caráter eminentemente punitivo, onde não se fazia a distinção entre a falência fraudulenta ou culposa, com o objetivo primordial de atender aos interesses dos credores. Depois se iniciaram os procedimentos que permitiam elidir a presunção de culpabilidade e, por fim, as normas de origem inglesa introduziram a noção de que, na falência, não estão em causa somente os interesses dos credores, mas também os interesses e a proteção dos devedores.

¹⁵⁷ NAVARRINI, Umberto. *Trattato di Diritto Fallimentare: secondo la nuova legislazione*. v. 1, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1934, p. 32-33.

¹⁵⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos Jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970, p. 96.

3.2 REGIMES JURÍDICOS QUE ADOTARAM A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO NORTE PARA SUAS LEGISLAÇÕES DE INSOLVÊNCIA

Tradicionalmente, os mecanismos de tratamento da empresa em crise tinham natureza liquidatório-solutória, e se alternavam em privilegiar os interesses dos credores e dos devedores. No decorrer do século XX, eles foram dando lugar a procedimentos destinados a reorganizar e recuperar a empresa economicamente viável.

Nesta seção, será feita análise do direito concursal dos sistemas jurídicos norte-americano e francês, que adotaram como princípio norteador a teoria da preservação da empresa. Isso porque, ao ser regulada a recuperação de empresas no Brasil, buscou-se sintonizar o ordenamento jurídico pátrio com as tendências verificadas em outros países¹⁵⁹. A busca por essa sintonia tem também o objetivo de se adequar com a ordem econômica mundial atual, em que se verifica uma necessária interligação entre os diversos mercados que demandam uma normatização que se alinhe com a manutenção da atividade empresária viável.

Obviamente, na intenção de solucionar a dificuldade em se desenvolver um sistema uniforme e que atenda as necessidades de diferentes países, não se pode olvidar a importância das influências culturais, econômicas, políticas e históricas de cada nação sobre construção de seus regimes de insolvência empresarial.

Nathalie Martin¹⁶⁰, ao tratar do papel da história e da cultura no desenvolvimento dos sistemas de insolvência, destaca que diversos países em desenvolvimento têm ciência da necessidade de sistemas de insolvência mais tolerantes e estão buscando isso, mas, muitas vezes, esses sistemas são transplantados sem se verificar as condições culturais e históricas existentes.

¹⁵⁹ A intenção de alinhar o regime da Lei n. 11.101/2005 às tendências legislativas mundiais restou clara no Parecer elaborado pela Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei nº 71/2003 de Relatoria do Senador Ramez Tabet, em que se destaca o trecho a seguir: “Em resumo, o quadro econômico, político e social mudou drasticamente. A realidade bem comportada do pós-guerra verdadeiramente explodiu numa miríade de novas estruturas sociais e econômicas cujas fronteiras são imprecisas e de caráter ainda pouco definido.” MACHADO, Rubens Approbato. (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 385.

¹⁶⁰ MARTIN, Nathalie. **The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation**, 28 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (2005). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol28/iss1/2>. Acesso em: 18 maio 2016, p. 2.

Dessa forma, o estudo das origens da valorização e da preservação da empresa na legislação concursal é fundamental para se discutir a forma de inserção desse princípio no sistema concursal brasileiro, considerando as particularidades históricas, culturais e políticas.

3.2.1 Regime Legal Norte-americano

O sistema jurídico de insolvência empresarial estadunidense pode ser considerado um marco importante das tendências modernas que direcionam o direito concursal à preservação e valorização da empresa por meio de procedimento reorganizacional.

Do ponto de vista histórico, foi introduzido ao *Bankruptcy Act* de 1933, pela Lei de 07 de junho de 1934, a *Section 77B*, primeiro dispositivo direcionado à reorganização empresarial. Em seguida, foi substituído pelo *Chandler Act* de 1938¹⁶¹, que representou uma transformação profunda nos meios de tratamento da empresa em crise, ao contemplar medidas destinadas a promover a reorganização da empresa e sua preservação no lugar da liquidação. Contudo, tratava-se de um dos diplomas legais do *New Deal* norte-americano¹⁶², marcado por uma acentuada intervenção governamental e restrição à autonomia das partes¹⁶³.

O *Chandler Act* disciplinava quatro procedimentos recuperatórios em seus capítulos VIII (*railroad reorganizations*)¹⁶⁴, X (*corporate reorganizations*), XI (*arrangements*) e XII (*real property arrangements*)¹⁶⁵.

¹⁶¹ Paulo Fernando Campos Salles Toledo ao tratar da reorganização antes do Chandler Act relata o seguinte: “A legislação anterior a 1938 apresentava finalidade eminentemente liquidatória. A lei como um todo destinava-se a eliminar as empresas que não conseguiam sobreviver, rateando entre os credores o produto da venda de seu ativo”.(TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 11).

¹⁶² O Chandler Act representou um dos esforços norte-americanos para superar a crise econômica que atingia o país na época e, por isso, demandava uma intervenção estatal mais direta da economia decorrente da política econômica keynesiana (PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.57)

¹⁶³ 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, p. 100.

¹⁶⁴ O procedimento previsto no Capítulo VIII destinava-se às companhias interestaduais de estrada de ferro.(TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 13.)

O *Chapter X* era destinado a empresas de grande porte (*corporate reorganization*). Consistia em um procedimento complexo, em que a empresa deveria comprovar a insolvência ou a incapacidade de adimplir suas dívidas no vencimento¹⁶⁶. Nos casos em que o passivo fosse superior a duzentos e cinquenta mil dólares, deveria ser nomeado um *trustee*¹⁶⁷ que, no lugar dos administradores da companhia, passava a gerir a empresa e o próprio processo judicial.

Além do *trustee*, nas companhias abertas de determinada dimensão, era obrigatória a participação da *Securities and Exchange Commission*, que assumia a função de supervisora do processo na defesa dos interesses dos investidores¹⁶⁸. Ademais, as recuperações tinham que respeitar a *absolute priority rule*, regra pela qual deveria ser seguida, de forma absoluta, no pagamento dos créditos sujeitos ao concurso, a prioridade da classe antecedente sobre a subsequente¹⁶⁹.

O *Chapter XI* era destinado a empresas de pequeno porte e trazia a possibilidade de firmar acordo com os credores antes ou depois da decretação da falência. Era um procedimento mais simples que o *corporate reorganization*, pois não incluía a obrigatoriedade de designação de um *trustee* ou a participação de um órgão supervisor do mercado de valores mobiliários¹⁷⁰.

¹⁶⁵ O capítulo XII buscava solucionar problemas financeiros de proprietários de bens hipotecados (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 13.)

¹⁶⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 13.

¹⁶⁷ “Trustee é figura designada pelo juiz que pode ser pessoa jurídica desde que atendidos determinados requisitos. Possui, caso seja designado pelo juiz, a função de administrador judicial, devendo assumir, em substituição ao devedor, os negócios da empresa em estado de crise econômico-financeira. O devedor é quem elabora o plano de recuperação da empresa em 120 dias a contar da petição inicial, caso contrário, o trustee é quem deverá elaborar o plano de recuperação da empresa, se designado pelo juiz.” (PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.56)

¹⁶⁸ 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, p. 101.

¹⁶⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 14.

¹⁷⁰ 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, p. 103.

Em 1978, a legislação de insolvência norte-americana foi alterada com a aprovação do *Bankruptcy Code*, que integra o Título 11 do *United States Code* e é complementado por regras procedimentais emanadas da Suprema Corte (*Bankruptcy Rules*).

O *Bankruptcy Code* tem como principal objetivo a preservação da empresa através da *reorganization*, permitindo que o devedor retorne ao mercado. É dividido em nove capítulos, numerados de 1 a 15.

Os três primeiros capítulos apresentam aspectos gerais dos procedimentos previstos ao longo do diploma. O *Chapter 1* contempla as disposições gerais, as definições, regras de interpretação e forma de aplicação dos demais capítulos. O *Chapter 3* refere-se às partes oficiais envolvidas pelos *bankruptcies cases* e à administração judicial. O *Chapter 5* dispõe de assuntos relacionados aos credores e seus créditos, bem como, trata de direitos e deveres do devedor¹⁷¹.

O *Chapter 7*¹⁷² disciplina a *liquidation*, procedimento destinado às situações em que a crise não é remediável. Trata-se de procedimento em que um *trustee* fica responsável pela administração dos ativos do devedor. Tão logo o ativo seja realizado, o valor obtido é distribuído pelo *trustee* entre os credores conforme a ordem de prioridade estabelecida.

O *Chapter 9* disciplina o procedimento denominado *Adjustment of debts of a Municipality*, especificamente destinado à reorganização de municípios.

O *Chapter 11* trata do *Reorganization*, principal procedimento previsto nesta lei, em que se abre ao devedor a possibilidade de prosseguir em seus negócios buscando a reabilitação a partir de um plano aprovado pelos credores e homologado judicialmente.

¹⁷¹ CERZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos Credores no Bankruptcy Code. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 48, v. 151/152, p. 165-186, jan./dez. 2009, p. 165-166.

¹⁷² Em 2005 foi promulgado o Bankruptcy Abuse Prevention and consumer Protection Act (BAPCPA), que alterou o Chapter 7, com a finalidade de dar suporte à pessoa natural que, em virtude de fatores como, o desemprego, despesas de saúde ou outros motivos pessoalmente onerosos encontra-se numa situação financeira difícil. (FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo Falimentar norte-americano – Particularidades. Relevos aos capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. In: **Revista de Direito Empresarial**. São Paulo, RT, ano 03, v. 7, p. 149-172, jan.-fev. 2005, p. 151.)

O *Chapter 12* regula o *Adjustment of Debts of a Family Farmer ou Fishermen with Regular Annual Income*, que corresponde a uma reorganização simplificada para agricultores familiares e pescadores com renda regular, em que o devedor mantém seus bens e paga seus credores com renda futura¹⁷³.

O *Chapter 13* trata do procedimento denominado *Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income*, que é destinado a indivíduos com renda regular que alcançaram uma situação de inadimplemento excessivo de até US\$ 383.175 (trezentos e oitenta e três mil e cento e setenta e cinco dólares) ou dívida garantida de até US\$ 1.149.525 (um milhão e cento e quarenta e nove mil e quinhentos e vinte e cinco dólares)¹⁷⁴ e buscam realizar o pagamento de seus credores nos prazos e condições fixados por um plano aprovado judicialmente.¹⁷⁵

O *Chapter 15* estabelece o procedimento destinado a regular a falência transfronteiriça (*Ancillary and Other Cross-Border Cases*), trazendo para o bojo da lei o Modelo Uncitral de insolvência transnacional¹⁷⁶.

Conforme se pode verificar, o *Bankruptcy Code* unificou os diversos procedimentos de reorganização empresarial previstos no *Chander Act* em um único instituto, simplificado, ágil, flexível e destinado a empresas de todos os portes, o *business reorganization*. De fato, o uso desses procedimentos encontrava-se deturpado com a utilização frequente do *Arrangement* (Chapter XI) por grandes empresas, que buscavam se afastar da rigidez e controle do *Corporate Reorganization* (Chapter X)¹⁷⁷.

O *Business Reorganization* destina-se ao devedor em situação de crise financeira, que pretende reestruturar-se e reprogramar o pagamento de suas

¹⁷³ FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo Falimentar norte-americano – Particularidades. Relevo aos capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. In: **Revista de Direito Empresarial**. São Paulo, RT, ano 03, v. 7, p. 149-172, jan.-fev. 2005, p. 152.

¹⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Court**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-13-bankruptcy-basics>. Acesso em 21 de maio de 2016.

¹⁷⁵ CERZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos Credores no Bankruptcy Code. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malhieros, ano 48, v. 151/152, p. 165-186, jan./dez. 2009, p. 165-166.

¹⁷⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo Falimentar norte-americano – Particularidades. Relevo aos capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. In: **Revista de Direito Empresarial**. São Paulo, RT, ano 03, v. 7, p. 149-172, jan.-fev. 2005, p. 152.

¹⁷⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 34.

obrigações, mediante um plano de reorganização, mantendo sua atividade negocial. O devedor é mantido na gestão da empresa, salvo se praticar alguma conduta que imponha seu afastamento (fraude, má administração, incompetência)¹⁷⁸.

A definição de regras isonômicas, que visam o equilíbrio de interesses de todos os envolvidos na atividade empresária, bem como, a preservação da empresa é o grande destaque da legislação concursal norte americana.

Algumas medidas demonstram esta finalidade do diploma norte-americano: a) o *automatic stay*, que se inicia com o pedido de reorganização e acarreta a suspensão das execuções e pagamento das dívidas, com objetivo de conferir tempo para o empresário organizar-se e realizar um levantamento de sua situação em relação aos credores e definir estratégias que gerem a maximização de resultados no desenvolvimento de sua atividade e no cumprimento do plano de recuperação¹⁷⁹; b) a apresentação de um *disclosure statement*¹⁸⁰, instrumento que contempla informações sobre a situação financeira da empresa e sobre o plano, conferindo maior transparência ao procedimento; c) a possibilidade de qualquer interessado apresentar o plano de recuperação, caso o empresário não cumpra o prazo de 120 dias para apresentar o plano, que é prorrogável judicialmente por até 180 dias; d) o *cram down*, instituto por meio do qual o juiz poderá homologar o plano de recuperação que não tenha sido aceito por todas as classes de credores, desde que a desaprovação não tenha sido razoável.

Sheila Christina Neder Cerezetti¹⁸¹ realizou estudo feito a partir de distintos sistemas jurídicos em que busca verificar se a preservação da empresa é a finalidade do instrumento recuperacional ou se a mesma é apenas uma alternativa elegível pelos credores como a melhor forma de satisfazer seus interesses. Nesse

¹⁷⁸ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 35-37.

¹⁷⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e a Preservação da Empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 52.

¹⁸⁰ O disclosure statement é um documento fundamental para que os credores exerçam seu direito de voto. Deverá conter uma folha de balanço, uma pequena explicação da causa que motivou o requerimento, as razões do plano e um sumário deste (LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 36, n. 109, p.64-92. jan.-mar. 1998, p. 90).

¹⁸¹ 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, p.147-148.

estudo, a autora verifica uma controvérsia, visto que, alguns doutrinadores estadunidenses¹⁸² consideram que a *reorganization* se constitui em um meio que visa a maximização dos valores envolvidos pela empresa em crise tendo em vista a satisfação dos credores, e outros¹⁸³ defendem que há um interesse público objeto de tutela e que a reabilitação teria por objeto proteger uma coletividade de entes, dentre eles credores, devedores, trabalhadores e a própria comunidade em que o devedor exerce suas atividades.

Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen se posicionam com a corrente doutrinária que considera que o procedimento previsto no *Chapter 11* não tem sido utilizado para salvar empresas, mas apenas para vender seus ativos e partilhar as quantias obtidas¹⁸⁴.

Nathalie Martin, diferentemente, defende que a *reorganization* tem um papel fundamental na sociedade como um todo, não somente para aqueles que possuem interesses financeiros diretamente relacionados com o devedor, como os fornecedores, clientes e empregados, mas também para aqueles que não possuem interesses financeiros ou que poderão ter no futuro. Considera que, além da eficiência econômica, é socialmente desejável que se considerem os objetivos sociais da *reorganization*¹⁸⁵.

Muito embora exista corrente doutrinária que defenda a tendência mais favorável aos credores no procedimento do *Chapter 11*, é possível identificar alguns mecanismos, como os listados acima, que possibilitam a participação equitativa dos interessados na reorganização, bem como, a manutenção da atividade empresária, o que direciona para uma finalidade preservacionista da legislação norte americana.

¹⁸² Neste sentido, cf., dentre outros: Thomas H. Jackson, “*Of liquidation, continuation, and delay: an analysis of bankruptcy policy and nonbankruptcy rules*”; Douglas G. Baird. “*A world without bankruptcy*”; Michael Bradley e Michael Rosenzweig “*The untenable case of Chapter 11*”; James H. M. Sprayregen, Roger J. Higgins e Jonathan Friedland, “*Chapter 11: not perfect, but better than the alternative*”.

¹⁸³ Cf. dentre outros: Elizabeth Warren, “*Bankruptcy policy*”; Julie A. Veach “*On considering the public interest in bankruptcy: looking to railroads for answers*”; Nathalie D. Martin “*Noneconomic interests in bankruptcy: standing on the outside looking in*”; Donald R. Korobkin, “*Rehabilitating values: a jurisprudence of bankruptcy*”.

¹⁸⁴ BAIRD, Douglas; RASMUSSEN, Robert k. *Antibankruptcy*. In: **The Yale Law Journal**. 119:648, 2010, p.648-699.

¹⁸⁵ MARTIN, Nathalie. **Noneconomic Interests in Bankruptcy: Standing on the Outside Looking In**. Disponível em: https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/64952/OSLJ_V59N2_0429.pdf. Acesso em: 21 mai 2016.

3.2.2 Regime Legal Francês

O Direito Francês é considerado o segundo ordenamento a contemplar procedimentos reorganizatórios de empresas.

Em 1965, a requerimento da Inspetoria Geral das Finanças, o doutrinador Roger Houin elaborou um relatório resultado de pesquisas de natureza econômica, em que foi examinado, com profundidade, para fins de aprimoramento, o mecanismo da falência e do regulamento judicial (*reglement judiciaire*). As conclusões desse relatório conduziam a três indicações básicas para a reforma do direito falimentar: a) separar o tratamento da empresa da conduta do empresário; b) reduzir os custos administrativos do procedimento; c) articular mecanismos para prever a crise¹⁸⁶.

Dessas três metas, segundo Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, apenas a primeira foi alcançada. A separação do destino da empresa e do empresário¹⁸⁷, em um contexto de crise, foi primordial para se constituir o fundamento da preservação da empresa¹⁸⁸.

A Lei n. 67-563 de 13 de julho de 1967, que foi inspirada no Relatório Houin e na separação entre a empresa e o empresário, determinava que se procedesse a uma dupla análise: a) de um lado, a empresa poderia se submeter ao regulamento judicial ou a liquidação de bens; b) de outra parte, o sujeito que estivesse a frente da gestão da empresa poderia se submeter a sanções, civis, comerciais ou penais¹⁸⁹.

A adoção desse princípio no direito francês foi fundamental para que restasse claro que o critério de escolha da empresa passível de recuperação dependia muito

¹⁸⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987, p. 55

¹⁸⁷ SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté**. 9. éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 22.

¹⁸⁸ Corinne Saint-Alary-Houin trata da influencia do relatório Houin na elaboração legislativa: *“Dissociation du sort du débiteur de celui de l’entreprise. La loi du 13 juillet 1967, sous l’influence du Doyen Houin, avait pour but, ainsi que le réappelle son exposé des motifs, d’ « éliminer les entreprises économiquement condamnées sans cependant frapper d’infamie les dirigeants qui ne llont pas mérité ». c’est pourquoi elle distingue les mesures patrimoniales qui frappent les dirigeants. »* (SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté**. 9. éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 22.)

¹⁸⁹ JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises em difficulté: les procédures collectives de redressement et liquidation judiciaires**. 3 ème. éd. Paris: Litec, 2003, p. 8.

mais da noção econômica que das faltas cometidas pelo devedor ou gestores da sociedade¹⁹⁰.

A Ordenança n. 67-820, de 23 de setembro de 1967, acrescentou ao regime concursal francês mais um procedimento denominado *suspension provisoire des poursuites*, que objetivava facilitar a recuperação econômica e financeira de determinadas empresas antes que incidissem na cessação de pagamento das dívidas. Este instituto tinha a proposta de prevenir crises e consistia na elaboração de um plano de reestruturação e levantamento do passivo juntamente com a suspensão provisória das ações judiciais¹⁹¹.

Foi promovida uma reformulação da legislação falimentar com a edição da Lei n. 84-148 de 1984 e da Lei n. 85-98 de 1985 mediante a inserção de mecanismos de prevenção e tratamento de crises empresariais com a possibilidade de manutenção da empresa.

A Lei n. 84-148 de 1984 regula a prevenção e o *règlement amiable* de dificuldades empresariais. A Lei n. 85-88 de 1985 trata do *redressement judiciaire* e da *liquidation judiciaire*.

A prevenção de dificuldades é um procedimento que busca prevenir a crise empresarial através da obtenção e divulgação de informações sobre as atividades e de concessão de financiamentos, buscando detectar os primeiros sinais de insucesso da empresa. As informações são transmitidas ao *commissaire aux comptes*, a um representante dos empregados e ao conselho de vigilância e consistiam em: a) demonstrativos do ativo realizável e disponível e do passivo exigível; b) um quadro de financiamento contemplando os recursos disponíveis e; c) nas despesas realizadas no exercício anterior, além da divulgação de um plano de financiamento, se fosse o caso¹⁹².

O *règlement amiable* é um instituto destinado a resolver as dificuldades do empresário através da celebração de acordo entre o devedor e credores, em que o

¹⁹⁰ PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.77.

¹⁹¹ PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.78.

¹⁹² LOBO, Jorge; PIMENTEL, Sérgio. A recuperação da empresa em crise no Direito Francês. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 37, n. 113, p. 148-153, jan.-mar. 1999, p. 149.

devedor propõe medidas saneadoras e os credores, em contrapartida, autorizam a remissão de dívidas ou dilação de prazos para pagamento. Esse procedimento não precisa abranger todos os credores. O acordo deve ser homologado pelo Tribunal e se não forem cumpridos os encargos financeiros é instaurado o processo judicial de recuperação¹⁹³.

O terceiro procedimento é o *redressement judiciaire*, que se encontra descrito no art. 1º da Lei n. 85-88 de 1985 (modificado pela Lei 94-475 de 1994):

*Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession. La liquidation judiciaire peut être prononcée sans ouverture d'une période d'observation lorsque l'entreprise a cessé toute activité ou lorsque le redressement est manifestement impossible*¹⁹⁴.

O texto do artigo acima transcrito deixa claro que a liquidação judicial somente será adotada se a recuperação for impossível. Trata-se de um mecanismo judicial, que tem por objetivo, em primeiro lugar, a salvação da empresa viável, em seguida, a manutenção dos empregos e por fim o pagamento dos credores¹⁹⁵.

Yves Chaput leciona que o objetivo da Lei 85-98 de 1985 ao dispor do procedimento de recuperação judicial (*redressement judiciaire*) é primeiramente de salvaguardar a empresa, manter a atividade, os empregos e, de forma secundária, a satisfação do passivo¹⁹⁶.

¹⁹³ Corinne Saint-Alary-Houin apresenta descrição desse procedimento: “ *Enfin, a été instituée une possibilité de règlement amiable de ces difficultés résultant d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers par lequel en contrepartie de mesures d'assainissement ou de restructuration, les créanciers peuvent consentir des délais de paiement et des remises de dettes. Tout ce système tend donc à prévenir la cessation des paiements. Il a été étendu aux entreprises agricoles par la loi du 31 décembre 1988. Mais en cas d'échec, les procédures de traitement des difficultés essaient aussi de parvenir au redressement judiciaire* ». (SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté**. 9. éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p.31.)

¹⁹⁴ Art.1º da Lei 85-98 de 25 de Janeiro de 1985.

¹⁹⁵ Corinne Saint-Alary-Houin destaca a diretiva de interpretação desse dispositivo pela doutrina e a jurisprudência dominante: “ *Il s'agit d'un article, au premier abord, simplement introductif de l'ensemble du texte. La doctrine dominante et la jurisprudence postérieure en ont cependant tiré une directive d'interprétation: l'objectif premier est de sauver l'entreprise. Le second de maintenir l'emploi. Le troisième de payer les créanciers*” (SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté**. 9. éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p.32.)

¹⁹⁶ “ *Les objectifs du législateur sont affinchés à l'article 1 qui dispose qu'il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi ainsin que « l'apurement du passif » qui n'est cité qu'en troisième lieu* » (CHAPUT, Yves. **Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises**. França: Presses Universitaires de France, 1987, p. 11.)

O *redressement judiciaire* se inicia com um período de observação, de oito a dezoito meses, voltado a diagnosticar a situação do devedor e apresentar um plano de recuperação, ao fim do qual, o tribunal poderia aprovar o plano de reestruturação da empresa ou ordenar sua cessão a terceiro. Observe-se que cabia ao tribunal decidir sobre a recuperação ou liquidação da empresa, os credores não tinham ingerência sobre essa decisão¹⁹⁷.

Em 1994, os processos de *redressement* e de *liquidation judiciaire* foram reformulados pela Lei n. 94-475 de 10 de junho de 1994, visando sua simplificação e restauração de alguns direitos dos credores¹⁹⁸. Por isso, foi estabelecida a possibilidade de ordenar a liquidação imediata do patrimônio do devedor, nos casos em que o período de observação se revelasse sem utilidade¹⁹⁹. Também foi admitida a possibilidade de ser ordenado o pagamento imediato de todo ou parte dos créditos aos credores titulares de garantias²⁰⁰.

Posteriormente, surge a Lei n. 2005-845 de 26 de julho de 2005, destinada a promover ajustes visando uma utilização eficaz dos procedimentos de recuperação de empresas e o equilíbrio entre os interesses envolvidos. A mencionada lei de “*sauvegarde des entreprises*” modificou de forma sensível o direito positivo, sem, no entanto, abandonar a filosofia da lei de 25 de janeiro de 1985²⁰¹.

¹⁹⁷ 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, p. 120.

¹⁹⁸ Cf. Corinne Saint-Alary-Houin: “*Il s’agit ensuite de « simplifier et d’accélérer les procédures de redressement et de liquidation judiciaires » tout en renforçant les droits des créanciers et en moralisant les procédures.*” (SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté.** 9. éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p.38.)

¹⁹⁹ Cf. Art. 148 da Lei n. 85-98 de 1985 “*La procédure de liquidation judiciaire est ouverte sans période d’observation à l’égard de toute entreprise mentionnée au premier alinéa de l’article 2 en état de cessation des paiements, dont l’activité a cessé ou dont le redressement est manifestement impossible.*».

²⁰⁰ Cf. Art. 34 da Lei n. 85-98 de 1985 « *Le juge-commissaire peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien. Sauf décision spécialement motivée du juge-commissaire ou lorsqu’il intervient au bénéfice du Trésor ou des organismes sociaux ou organismes assimilés, ce paiement provisionnel est subordonné à la présentation par son bénéficiaire d’une garantie émanant d’un établissement de crédit. Le débiteur ou l’administrateur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu’ils détiennent de garanties équivalentes. En l’absence d’accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. Le recours contre cette ordonnance est porté devant la cour d’appel.* ».

²⁰¹ SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté.** 9. éd. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p.45.

3.3 EVOLUÇÃO E FUNDAMENTOS DO REGIME LEGAL DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRO

No Brasil, a evolução do regime de insolvência empresarial demonstra alterações legislativas em que alternadamente se direciona à proteção dos credores ou do devedor insolvente a depender da conjuntura econômica e da filosofia política do momento²⁰².

Embora seguisse esse ritmo pendular, nas palavras de Fabio Konder Comparato, e, mesmo não sendo a finalidade esperada pelo legislador, era possível identificar mecanismos que se encaminhavam para possibilitar a manutenção da atividade empresária²⁰³. Dito isto, adiante será apresentada a evolução do direito falimentar brasileiro com o destaque para os fundamentos de cada texto legal e os mecanismos de natureza recuperacional.

Com a Proclamação da Independência do Brasil, a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou que as leis promulgadas pelos Reis de Portugal continuariam vigorando no país até que fosse organizado um código ou até que fossem expressamente alteradas²⁰⁴. A Lei da Boa Razão (Alvará de 18 de agosto de 1769), que era uma dessas leis, determinava que deviam ser aplicadas subsidiariamente as leis das nações civilizadas²⁰⁵.

Luis Felipe Salomão apresenta uma divisão da evolução do direito falimentar brasileiro em quatro fases: a primeira fase do Código Comercial até a República; a segunda fase a partir do Decreto n. 917 de 1890 até o Decreto-lei n. 7.661/1945; a

²⁰² COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos Jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970, p. 98.

²⁰³ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos Jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970, p. 98.

²⁰⁴ Lei de 20 de outubro de 1823, Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

²⁰⁵ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro**. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 17.

terceira fase do Decreto-lei n. 7.661/1945 e; a quarta fase com a Lei n. 11.101 de 2005²⁰⁶.

O Código Comercial Brasileiro foi promulgado em 1850 e destinou sua terceira parte ao procedimento falimentar, sob o título “Das Quebras”. O procedimento falimentar restou disciplinado pelo Decreto n. 738 de 1850, com regras detalhadas sobre o processamento da falência, da concordata e do contrato de união²⁰⁷.

A influência do *Code de Commerce* de 1807 ficou demonstrada pelas rigorosas penalidades impostas ao falido e, a depender de sua culpabilidade, a falência era classificada como causal²⁰⁸, com culpa²⁰⁹ e fraudulenta²¹⁰.

Além da falência, o Código Comercial previa a concordata suspensiva, a moratória²¹¹ e o contrato de união.

Embora o Código Comercial de 1850 não tivesse como finalidade promover a manutenção da atividade comercial em crise, duas medidas de natureza recuperacional eram previstas com o intuito de conceder uma segunda chance de manutenção do negócio ao comerciante de boa-fé em dificuldade temporária: a moratória e a concordata.

²⁰⁶ SALOMÃO, Luiz Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**: Teoria e Prática. 2. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 6.

²⁰⁷ Por este instrumento os credores após a instrução do processo, não sendo apresentada a proposta de concordata, determinavam a forma da liquidação do ativo.

²⁰⁸ Art. 799 do Código Comercial de 1850 – “É casual, quando a insolvência procede de acidentes de casos fortuitos ou força maior”.

²⁰⁹ Art. 800 do Código Comercial de 1850 – “A quebra será qualificada com culpa, quando a insolvência pode atribuir-se a algum dos casos seguintes: 1 - Excesso de despesas no tratamento pessoal do falido, em relação ao seu cabedal e número de pessoas de sua família; 2 - Perdas avultadas a jogos, ou especulação de aposta ou agiotagem; 3 - Venda por menos do preço corrente de efeitos que o falido comprara nos seis meses anteriores à quebra, e se ache ainda devendo; 4 - Acontecendo que o falido, entre a data do seu último balanço e a da falência, se achasse devendo por obrigações diretas o dobro do seu cabedal apurado nesse balanço”.

²¹⁰ Art. 802 do Código Comercial de 1850– “É fraudulenta a quebra nos casos em que concorre alguma das circunstâncias seguintes: 1 - Despesas ou perdas fictícias, ou falta de justificação do emprego de todas as receitas do falido; 2 - Ocultação no balanço de qualquer soma de dinheiro, ou de quaisquer bens ou títulos; 3 - Desvio ou aplicação de fundos ou valores de que o falido tivesse sido depositário ou mandatário; 4 - Vendas, negociações e doações feitas, ou dívidas contraídas com simulação ou fingimento; 5 - Compra de bens em nome de terceira pessoa; e 6 - Não tendo o falido os livros que deve ter, ou se os apresentar truncados ou falsificados”.

²¹¹ A moratória significava a concessão, por ordem do Tribunal do Comércio, de prazo de pagamento não superior a três anos ao devedor cuja impossibilidade de adimplir suas dívidas fosse decorrente de fatos alheios a sua vontade, devendo demonstrar que dispunha de meios suficientes para cumprir suas obrigações no prazo estabelecido.

A moratória era um procedimento caracterizado pela concessão de prazo para pagamento não superior a três anos ao devedor que demonstrasse dispor de meios suficientes para honrar suas obrigações neste período²¹². Tratava-se de um instrumento dilatatório utilizado para evitar a falência.

Somente podia se valer da moratória, o devedor que provasse que a impossibilidade de satisfação de suas obrigações procedia de acidentes extraordinários imprevistos, ou de força maior e que, ao mesmo tempo, restasse evidente, por meio de balanço exato e documentado, que possuía fundos bastantes para pagar todos os seus credores mediante alguma espera.

A concordata era de natureza suspensiva dos efeitos da falência e se iniciava após a instrução do processo falimentar. Para se valer desse procedimento, o falido deveria apresentar, em assembleia, aos seus credores, um projeto de concordata que deveria contar com a aprovação da maioria dos credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos a esse procedimento. Também é necessário observar que a concordata não poderia ser concedida se a falência fosse considerada culposa ou fraudulenta²¹³.

Por meio da concordata, o devedor poderia apresentar diversos meios de recuperação. Se aprovada, atingiria todos os credores excetuados os credores de domínio²¹⁴, os privilegiados e os hipotecários.

Com muito pouco tempo de vigência, o processo de falência regulado pelo Código Comercial de 1850 era considerado lento, complicado e dispendioso, o que gerava a ruína do falido e prejuízos aos credores²¹⁵.

O quórum necessário ao deferimento da concordata, de dois terços do total dos créditos, constituía um obstáculo à obtenção desse favor legal. Foi o que ocorreu com a falência do Visconde de Mauá, que não conseguiu obter a concordata por não ter reunido os seus mais de três mil credores dispersos em distintas localidades pelo

²¹² Cf. art. 898 do Código Comercial de 1850.

²¹³ Cf. arts. 800 a 802 e 848 do Código Comercial de 1850.

²¹⁴ Os credores de domínio correspondiam aos credores titulares de garantia real.

²¹⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 64.

Brasil²¹⁶. No curso desse processo, foi provado que a quebra era fortuita, pois, foi realizado o pagamento de todos os credores²¹⁷.

Esta situação acelerou o processo de revisão da terceira parte do Código Comercial com o Decreto n. 3.065 de 1882. Com essa alteração, para a concessão da concordata passou a ser preciso apenas a aceitação da maioria dos credores presentes, além disso, tornou-se possível a concordata por abandono²¹⁸.

Este primeiro período ficou marcado pela previsão de institutos carentes de definição precisa, como as noções de falência causal, falência culposa e cessação de pagamentos; pela concessão de expressiva autonomia aos credores na organização falimentar, que pode ser notada pelas regras do contrato de união e pelo quórum exigido para a aprovação da concordata suspensiva; e pela caracterização da falência a partir da cessação de pagamentos²¹⁹.

Com a proclamação da República, em 1889, iniciou-se a segunda fase do direito falimentar brasileiro²²⁰, em que coube ao Governo provisório promover a reforma do sistema falimentar, resultando no Decreto n. 917 de 1890, elaborado a partir do projeto de Carlos Augusto de Carvalho e Antônio Joaquim Macedo Soares²²¹.

Esse decreto inovou ao apresentar medidas mais favoráveis ao devedor e que possibilitavam também a manutenção da atividade comercial. Foram previstas cinco modalidades de recuperação do devedor: a moratória, o acordo extrajudicial, a concordata por abandono, a concordata por pagamento e a cessão de bens²²².

²¹⁶ LACERDA, Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 31.

²¹⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 22-23.

²¹⁸ A concordata por abandono consistia na cessão de todo ou de parte do ativo do falido a favor dos credores.

²¹⁹ SALOMÃO, Luiz Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 6.

²²⁰ SALOMÃO, Luiz Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 6.

²²¹ O projeto de reforma foi preparado pelo jurista Carlos de Carvalho em apenas quatorze dias (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p. 69-70.).

²²² NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

A moratória²²³ era destinada ao comerciante regular, não insolvente, que não possuísse títulos protestados por falta de pagamento, mas estivesse impossibilitado de satisfazer imediatamente suas obrigações e consistia na dilação de prazo para pagamento da integralidade das obrigações acrescidas de juros.

No acordo extrajudicial²²⁴, os credores se reuniam com o devedor para convencionar um meio de liquidação das obrigações e, para que o acordo vinculasse todos os credores quirografários, eram necessárias a homologação judicial e a adesão em assembleia de credores representativos de três quartos do passivo. Este acordo de natureza contratual somente era admitido antes do protesto, e, se fosse negado pelos credores decretava-se a falência²²⁵.

Pela cessão de bens, o devedor poderia requerer a imissão de todos os credores na posse da totalidade de seus bens para que por eles fossem pagos, liberando toda responsabilidade. Era cabível dentro do prazo máximo de quarenta e oito horas do protesto por falta de pagamento e visava obstar a falência²²⁶.

A concordata por abandono implicava na adjudicação de todos os bens da massa ou parte deles aos credores para a solução do passivo, livrando o devedor de todos os efeitos da falência. A concordata por pagamento era concedida mediante concordância de credores que representassem três quartos dos créditos sujeitos aos seus efeitos²²⁷.

Carvalho de Mendonça²²⁸, em uma análise do Decreto n. 917 de 1890, reconheceu o valor e o aperfeiçoamento do regime falimentar para solucionar os problemas envolvendo os comerciantes em crise, porém destacou que o grande problema dessa legislação situava-se no plano da aplicação da lei. Segundo o autor, os magistrados, em sua maioria não se empenhavam em realizar as ideias da reforma, além disso, não se via uma atuação do Judiciário no sentido de garantir a eficácia da lei e dos interesses que visava acautelar e proteger. Desse modo,

²²³ Cf. art. 107 do Decreto n. 917 de 1890.

²²⁴ Cf. art. 120 do Decreto n. 917 de 1890.

²²⁵ SALOMÃO, Luiz Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p.7.

²²⁶ Cf. art. 131 do Decreto n. 917 de 1890.

²²⁷ Cf. arts. 43 e 44 do Decreto n. 917 de 1890.

²²⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7, p.71.

diversos foram os credores e devedores que faziam usos de seus institutos de forma abusiva e fraudulenta.

O Decreto n. 917 de 1890 foi alterado pela Lei n. 859 de 1902. Esta lei manteve o instituto da continuação do negócio e, como meios recuperatórios, a concordata suspensiva e o acordo judicial homologado em juízo²²⁹. A concordata passou a admitir quóruns distintos de aprovação, dependendo da porcentagem de remissão proposta pelo devedor²³⁰. O acordo extrajudicial²³¹ poderia ser apresentado pelo comerciante regular perante o órgão de registro, com ou sem declaração de apoio dos credores²³², antes de decorridos dez dias do protesto por falta de pagamento e em data anterior ao pedido falimentar.

As reformas feitas em 1902 foram objeto de duras críticas, pois a legislação falimentar permanecia inadaptada às realidades econômicas. Não promovia um mínimo de segurança que possibilitasse a proteção ao crédito. Além disso, o Ministério Público passou a ter pouquíssima ingerência no processo e as Juntas Comerciais de cada Estado passaram a intervir com a indicação de síndicos fora dos quadros da falência, que eram escolhidos pelo magistrado²³³.

²²⁹ Cf. arts. 43 e 44 do Decreto n. 917 de 1890.

²³⁰ Lei n. 859 de 1902, Art. 54. A concordata só será válida quando concedida:

- a) por maioria dos credores, representando mais de metade do valor dos créditos, si o dividendo for superior a 50%;
- b) por dois terços dos credores, representando três quartos do valor dos créditos, ou três quartos dos credores, representando dois terços do valor dos créditos, si o dividendo não for inferior de 30%;
- c) por três quartos dos credores e do valor dos créditos, si o dividendo for menor de 30 %;
- d) si for ajustado prazo para pagamento, não excederá este de dois annos, salvo si maior for concedido por 3/4 dos credores, representando 3/4 do valor dos créditos.

Serão computados somente os créditos reconhecidos verdadeiros e admitidos ao passivo, com exclusão dos credores da massa e de domínio (reivindicantes) separatistas, privilegiados e hypothecarios.

²³¹ Lei n. 859 de 1902, Art. 114. O devedor com firma inscripta no registro commercial e antes de decorridos dez dias de protesto por falta de pagamento de obrigação mercantil liquida e certa, que tiver requerido accordo com seus credores perante o juiz commercial da sede do seu estabelecimento, não póde ser declarado fallido sinão quando não homologado o accordo.

Paragrapho unico. O requerimento para a homologação deverá ser apresentado antes de requerida a fallencia.

²³² Art. 115. Para o accordo, seja elle apoiado ou não por declaração assignada pelos credores, fará o devedor requerimento ao juiz expondo o seu estado, acompanhando a proposta os livros, o balanço do activo e do passivo, a conta demonstrativa dos lucros e perdas, relação dos credores, o domicilio de cada um, a natureza dos titulos e o importe de cada um.

²³³ NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

Foi promulgada então, a Lei n. 2.024 de 17 de dezembro de 1908, mais rígida em relação ao devedor, e cujo projeto foi elaborado por J. X. Carvalho de Mendonça. Como meios de recuperação foram reguladas duas espécies de concordatas: preventiva e a requerida no curso da falência (suspensiva).

A concordata preventiva era um meio judicial para evitar a decretação da falência, em que o devedor convocava seus credores apresentando a exposição dos fatos e fundamentos que justificavam o pedido, propondo as condições de pagamento. Durante este processo, o devedor se mantinha na administração de seus bens, sob a fiscalização de comissários.

A concordata requerida no curso do processo de falência poderia ser proposta após a primeira assembleia de verificação e classificação dos créditos. Na proposta de concordata deveria ser mantida mais absoluta igualdade entre os credores quirografários, que eram os únicos que podiam se submeter ao procedimento.

Neste diploma legal, a doutrina atribuía à concordata a natureza jurídica contratual, como se pode verificar da lição de Carvalho de Mendonça:

Certo é que a concordata se apresenta como contrato especial, estabelecendo ao mesmo tempo obrigações diretamente derivadas da convenção para os que a realizam e obrigações *ex lege* para os abstenentes, ou dissidentes em minoria. [...]

Convém observar, finalmente, que a concordata é um contrato único para todos os que ficam sujeitos aos seus efeitos, ainda que dela provenham muitas obrigações, por outra, tantas obrigações quantos os credores²³⁴.

Por esta lei, a caracterização da falência se dava pela impontualidade e pelos atos de falência. Dentre os atos de falência, foi incluída a execução frustrada e a convocação de credores para proposta de dilação de prazo, remissão ou cessão²³⁵.

As mudanças geradas pela Primeira Guerra Mundial e pela crise de 1929, ocasionada pela quebra da bolsa americana, geraram a necessidade de uma nova adaptação legislativa do sistema falimentar. A lei em vigor nesse período foi alterada pelo Decreto n. 5.746 de 1929, que embora não tenha apresentado alterações expressivas, dentre outras medidas, facilitou o processo de concessão da

²³⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 8, p.333.

²³⁵ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro**. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 29.

concordata, mediante a redução do quórum de aprovação²³⁶ e instituiu uma tabela progressiva de pagamento do débito, quando a concordata fosse a prazo²³⁷.

A instituição do Estado Novo fez surgir a necessidade de ajustar a legislação nacional à política de fortalecimento dos poderes do Estado. Desse modo, iniciou-se a terceira fase do direito falimentar²³⁸. O regime falimentar foi reformado mais uma vez com o Decreto-lei n. 7.661 de 1945, resultado do anteprojeto de Trajano de Miranda Valverde.

O Decreto-lei n. 7.661/1945 foi marcado pelo acentuado caráter judiciário e redução da participação dos credores na falência e na concordata. A assembleia de credores foi quase totalmente suprimida²³⁹ e se estabeleceu um sistema mais restritivo dos direitos dos credores; a concordata²⁴⁰ suspensiva e preventiva, únicos procedimentos com feição recuperatória, deixaram de ter a natureza contratual para se tornar um favor legal outorgado pelo Estado²⁴¹, desde que cumpridas as formalidades legais²⁴². Trajano de Miranda Valverde descreve a natureza nitidamente processual da concordata:

²³⁶ Decreto 5.746/1929, “Art. 106. A proposta de concordata, para ser valida e produzir efeitos juridicos, si o pagamento fôr á vista, não será inferior a quarenta por cento e deverá ser acceita por maioria de credores: a) representando pelo menos 60 % do valor dos creditos si o dividendo offerecido fôr superior a 50 %; b) representando pelo menos 65 % do valor dos creditos si o dividendo offerecido fôr superior a 45 %; c) representando pelo menos 70 % do valor dos creditos si o dividendo offerecido fôr igual ou superior a 40 %”.

²³⁷ Decreto 5.746/1929, Art. 106, “§ 1º Si o pagamento fôr a prazo, que não poderá ser maior de dous annos, a proposta deverá ser apoiada por dous terços de credores, representando pelo menos 75 % dos creditos e não poderá ser inferior: a) a 50 % si o prazo fôr de 6 mezes; b) a 55 % si o prazo fôr de 12 mezes; c) a 60 % si o prazo fôr de 21 mezes;”

²³⁸ SALOMÃO, Luiz Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p.7.

²³⁹ A assembleia foi mantida para deliberação relativa aos meios de liquidação dos ativos: Decreto-lei 7.661/45, “Art. 122. Credores que representem mais de um quarto do passivo habilitado, podem requerer ao juiz a convocação de assembléa que delibere em tērmos precisos sôbre o modo de realização do ativo, desde que não contrários ao dispôsto na presente lei, e sem prejuízo dos atos já praticados pelo síndico na forma dos artigos anteriores, sustando-se o prosseguimento da liquidação ou o decurso de prazos até a deliberação final”.

“Art. 123. Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem dois terços dos créditos”.

²⁴⁰ O vocábulo concordata deriva do latim, *concordatum*, e significa acordo, ajuste. No Decreto-lei n. 7.661/1945, a utilização desse termo representou uma imprecisão terminológica, pois não havia acordo, a concordata prescindia do acordo dos credores, ainda que todos os credores discordassem dos dispositivos legais, cabia ao juiz apenas homologá-la.

²⁴¹ No Decreto-lei n. 7.661 de 1945, a concordata consistia em um favor legal conferido ao empresário de boa-fé. As normas que a regiam impediam qualquer inovação na tentativa de composição da dívida que se afastasse dos parâmetros formais e materiais estabelecidos.

²⁴² Os arts. 140 e 158 previam uma série de formalidades que deveriam ser provadas pelo devedor para que pudesse fazer *jus* ao benefício da concordata: “Art. 140. Não pode impetrar concordata: I

A configuração nitidamente processual que a lei vigente imprimiu ao instituto da concordata, quer preventiva, quer suspensiva da falência, não permite mais que se duvide de sua feição característica – um favor, que o Estado, através do Poder Judiciário, concede ao devedor comerciante, infeliz e de boa-fé²⁴³.

A concordata era concedida ao empresário de boa-fé e competia-lhe requerer o benefício de acordo com o elenco fechado das propostas de pagamento previstas no Decreto-lei n. 7.661/1945 (art. 156 e 177)²⁴⁴. A concordata suspensiva podia ter o caráter remissório, dilatatório ou misto. Seria somente remissório, se fosse à vista, com desconto de 35% sobre os valores habilitados; seria somente dilatatória com a proposta de pagamento da totalidade do crédito em até dois anos, e seria mista com a proposta de pagamento de no mínimo 50% em até dois anos.

Em caso de descumprimento dos prazos ou das condições, a concordada era rescindida e o devedor tinha a falência decretada, o que resultava na extinção da empresa e liquidação dos bens do empresário.

A concessão da concordata estava vinculada a uma presunção de solvabilidade, que decorria do cumprimento de requisitos meramente formais, sem nenhuma verificação dos meios que proporcionassem a manutenção futura da

- o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio; II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º; III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular; IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida”.

“Art. 158. Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições: I - exercer regularmente o comércio há mais de dois anos; II - possuir ativo cujo valor corresponda a mais de cinquenta por cento do seu passivo quirografário; na apuração desse ativo, o valor dos bens que constituam objeto de garantia, será computado tão a somente pelo que exceder da importância dos créditos garantidos; III - não ser falido ou, se o foi, estarem declaradas extintas as suas responsabilidades; IV - não ter título protestado por falta de pagamento.”

²⁴³ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**: Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

²⁴⁴“Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva. § 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 50%, se fôr à vista; II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses”.

“Art. 177. O falido pode obter, observadas as disposições dos artigos 111 a 113, a suspensão da falência, requerendo ao juiz lhe seja concedida concordata suspensiva. Parágrafo único. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 35%, se fôr a vista; II - 50%, se fôr a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano”.

empresa após o seu cumprimento. Buscava-se a partir da dilação de prazo ou remissão, que fosse possível realizar os pagamentos dos credores quirografários, mesmo que a empresa se tornasse inviável com o fim do procedimento. Não era possível inovar para gerar novos recursos, nem estabelecer acordos diretamente com os credores ou diversos dos estabelecidos na lei.

Além da limitação de prazos e descontos, a concordada apenas atingia os credores quirografários, e poderia ser convertida em falência. Todas essas restrições levavam empresas solventes à quebra por não cumprirem todas as formalidades exigidas para a concessão da concordata.

O diploma normativo de 1945, quando foi editado, foi útil à vida econômica do país, mas com as transformações da realidade econômica, em que a empresa passou a preponderar sobre a figura do comerciante individual, ele se tornou ultrapassado.

A concordata era ineficiente para atender as necessidades de reestruturação do passivo das empresas e a sua retomada para uma situação de normalidade²⁴⁵.

A complexa tramitação da falência e sua sistemática legal de venda do ativo, a qual ocorria somente após a apuração de todo o passivo, resultava na obsolescência e imprestabilidade dos bens do devedor e frustrava o recebimento dos créditos da grande maioria dos credores. O devedor não conseguia extinguir suas obrigações permanecendo inabilitado para o exercício da atividade empresarial por longos períodos.

O Decreto-lei n. 7.661/1945 não se ajustava com as tendências mais atuais de preservação da empresa como um ente produtivo, capaz de promover a circulação de bens e serviços, a geração de riquezas, a criação e manutenção de empregos, de satisfazer as necessidades socialmente úteis, de servir como fonte pagadora de tributos e como um meio de desenvolvimento de novas tecnologias.

Este regime jurídico desconhecia a necessidade de oferecer ao empresário em dificuldades “mecanismos mais eficientes de recuperação, se possível, ou ainda de

²⁴⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005, p. 27.

liquidação com preservação das unidades organizadas, mesmo que mediante sua transferência para outro empresário”²⁴⁶.

Enquanto a nova lei não chegava, era possível verificar decisões de diversos tribunais²⁴⁷ que abrandavam o rigorismo e o formalismo do Decreto-lei n. 7.661 de 1945, que se mostrava superado no aspecto de preservação da empresa como atividade.

A evolução do direito de insolvência empresarial brasileiro revela o caráter verdadeiramente pendular em que os diplomas legais se alternavam entre um regime mais favorável aos credores ou um regime mais benéfico ao devedor.

²⁴⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005, p. 26.

²⁴⁷ A título de demonstração, transcreve-se alguns julgados que demonstram a tendência de valorização da empresa com a sua preservação: “CONCORDATA - Convolação em falência - Não cabimento - Distribuições cíveis ou execuções fiscais - Inexistência - Protestos tirados às vésperas da distribuição da moratória legal - Empresa em funcionamento e que possui razoável estoque de mercadorias - Dificuldades financeiras momentâneas - Caracterização - Fraude ou má-fé dos sócios - Ausência de prova inequívoca - Falência afastada - Recurso provido [...] A agravante não possui contra si distribuições cíveis, inclusive execuções fiscais (fls. 34/36), e os protestos contra ela foram tirados praticamente às vésperas da distribuição da moratória legal (fls. 37/51). Além disso, está em funcionamento com sete funcionários e possui razoável estoque de mercadorias para as suas reduzidas dimensões, conforme auto de constatação de fls. 275. Trata-se, assim, de pequena empresa familiar, que se encontra em dificuldades financeiras momentâneas, certamente agravadas pela grave conjuntura por que passa a economia nacional. Mas é possível que, com algum esforço, essas dificuldades possam ser superadas, até porque não há prova inequívoca de fraude ou má-fé dos seus sócios.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Sousa Lima, Agravo de Instrumento n. 245.840-4/5, 11/09/2002).

“Concordata preventiva convolação em falência possibilidade de recuperação da empresa com o pagamento de todos os débitos revogação cabimento. Agravo provido em parte. [...] Constando que a concordatária teria quitado todos os credores quirografários, à exceção do Banco Itaú S.A. com quem entrou em composição, o qual inclusive manifestou a sua aquiescência à pretensão recursal, (fls. 211/213), e afirmando a agravante que nunca chegou a fechar totalmente as suas portas, estando hoje em dia em pleno funcionamento, pagando o débito fiscal em parcelas, melhor será a revogação da convolação da concordata em falência tendo em vista o interesse na preservação da empresa” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Testa Marchi, Agravo de Instrumento n. 212.965.4/9, 22/02/2002).

“Concordata - Requisitos - Processamento deferido após a perícia haver constatado a possibilidade concreta de recuperação da empresa e a inexistência de indícios de desvios - Existência de outra proposta, extrajudicialmente encaminhada aos credores, que não indica, desde logo, que deixará a agravada de cumprir a concordata - Recurso improvido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Elliot Akel, Agravo de Instrumento n. 348.498.4/4, 08/03/2005).

“Concordata Preventiva - Conversão em falência - Dívida sujeita aos efeitos da concordata que vem sendo liquidada pela agravante por meio de tratativas diretas com os credores - Demonstração nos autos de que a concordatária encontra-se em plena atividade, com perspectivas de recuperação - Inexigibilidade da imediata demonstração da quitação dos débitos fiscais - Quebra prematura da empresa que não se justifica - Recurso provido para afastar o decreto de falência e determinar o processamento da concordata” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Elliot Akel, Agravo de Instrumento n. 312.349.4/7, 11/08/2005).

3.4 O ATUAL REGIME DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL BRASILEIRO E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

As transformações que atingiram a empresa em sua evolução na economia mundial foram determinantes para que se construísse a ideia de preservação no bojo dos atuais diplomas concursais.

Diante da inadequação do Decreto-lei n. 7.661/1945 para resguardar os interesses envolvidos nas empresas em situação de dificuldades, cresciam os anseios de modificação da legislação concursal. No início da década de 90 do século XX, foi criada uma comissão pelo Ministério da Justiça, com o objetivo de elaborar um projeto de reforma da Lei de Falências. Esta comissão elaborou uma minuta de projeto e encaminhou para diversas entidades para estudo, análise e sugestões²⁴⁸.

O Instituto de Advogados de São Paulo (IASP) formou uma comissão nominada “Roger de Carvalho Mange”, que elaborou outro anteprojeto, em 26 de setembro de 1991, contendo 172 artigos, introduzindo a proposta de criação da recuperação de empresa²⁴⁹.

Em razão da proposta do IASP, o anteprojeto do Ministério da Justiça sofreu diversas modificações, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, transformando-se em Projeto de Lei de iniciativa do Executivo, de n. 4.376 de 1993, tendo como Relator o Deputado Osvaldo Biolchi²⁵⁰.

A exposição de motivos do Projeto de Lei n. 4376/1993 declarava a necessidade da edição de uma nova lei que regulasse a insolvência empresarial, pois a legislação que então vigorava (Decreto-lei n. 7661/1945) não atendia aos

²⁴⁸ MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (lei de Falências) e cria o instituto da recuperação de empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Doutrina e Prática. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 23.

²⁴⁹ MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (lei de Falências) e cria o instituto da recuperação de empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Doutrina e Prática. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 23.

²⁵⁰ MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (lei de Falências) e cria o instituto da recuperação de empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Doutrina e Prática. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 23.

anseios sociais diante das transformações econômico-sociais ocorridas no país. Apresentou a adoção da recuperação judicial com a finalidade de preservar a empresa, proteger o interesse da economia nacional e dos trabalhadores na manutenção de seus empregos, e manteve, porém, a concordata preventiva²⁵¹.

As principais finalidades expressas no processo de elaboração do projeto de lei foram: a proteção da economia nacional, a redução do desemprego, a preservação e maximização do ativo empresarial, a preservação dos interesses dos credores e a preservação da empresa, incluindo as de menor porte econômico²⁵².

Esse é o sentido jurídico manifesto, que pode ser verificado no texto do voto do Relator do Projeto, o Deputado Osvaldo Biolchi:

Com efeito, paralelamente à concretização dos objetivos e aspirações de seus proprietários, a empresa moderna reflete um interesse social maior, pois que ela é agente do desenvolvimento e da estabilidade econômica. Por isso é que convém ao Estado sua sobrevivência e prosperidade, se não por interesse imediato, no mínimo pela sua responsabilidade quanto à proteção do interesse coletivo, representado pelas oportunidades de trabalho, distribuição da riqueza, estabilidade econômica e garantia do adequado fluxo econômico-financeiro, consubstanciado nas inter-relações entre produtores, intermediários, financiadores e consumidores²⁵³.

A proposta de preservação da empresa já vinha sendo discutida amplamente pela doutrina²⁵⁴ e já era regulamentada em diversos diplomas legais estrangeiros, os quais influenciaram a elaboração do projeto brasileiro.

²⁵¹ A manutenção da concordata preventiva era alvo de duras críticas pela doutrina

²⁵² O Relator do Projeto, citando Angelo José Fernandez-Rio, destaca o que deve ser a finalidade e o sentido da legislação de insolvência empresarial: "A falência ou, em geral, os procedimentos concursais não podem contemplar-se simplesmente da ótica privatística da necessidade de facilitar aos credores um meio processual para a satisfação de seus créditos. Nos concursos de nosso tempo palpitam e se enfrentam interesses de tanta ou maior significação que os particulares dos credores, tais como os interesses gerais do tráfico mercantil, os da manutenção de um certo nível ou volume de atividades em setores chave da economia, ou os de defesa do trabalho ou do emprego, que reclama na situação atual, como adverte Weber, uma atenção preferente: "Nesse caminho, a solução que parece ir-se impondo com força crescente dentro do pensamento jurídico contemporâneo é a da substituição da finalidade liquidatária do patrimônio do devedor comum, característica da velha falência, pelo objetivo de corrigir ou sanar a crise, dificuldades ou desarranjos econômicos colocados no seio dos órgãos ou unidades produtivas ". (Diário da Câmara dos Deputados de 03 de dezembro de 1999, p. 181.).

²⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LIV, Suplemento ao n. 202, 03 de dezembro 1999, Brasília-DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1999SUP.pdf#page=>>. Acesso em 01 nov. 2015, p. 498-499.

²⁵⁴ Nesse sentido cf. SANTOS, Paulo Penalva. O novo Projeto de recuperação de empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 117, ano 39, p. 126-135, jan./mar. 2000.

Além das legislações alienígenas, as instituições financeiras nacionais e internacionais passaram a exercer influência para que a legislação falimentar brasileira, além de se dedicar à preservação da empresa, se preocupasse com a criação de condições para que o capital financeiro investido retornasse às suas origens²⁵⁵.

No fim da década de 90 do século XX, o Banco Mundial²⁵⁶, com um grupo de outras instituições financeiras internacionais e a *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), lançaram a proposta de estabelecer princípios e diretrizes, denominada *Principles and Guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*²⁵⁷, declarados em âmbito internacional, em um guia legislativo sobre o regime de insolvência empresarial²⁵⁸ com o objetivo de promover e incentivar os países a adotarem suas prescrições em seus ordenamentos jurídicos internos.

A proposta desse guia foi a de oferecer um conjunto de soluções que pudessem servir de modelo para regular um regime de insolvência eficaz e eficiente para os países em desenvolvimento. Ele ressalta que a adoção dos princípios fundamentais estabelecidos deve complementar e ajustar-se aos valores jurídicos e sociais da sociedade em que serão aplicados.

Foram destacados no documento os seguintes objetivos fundamentais de um regime de insolvência eficaz e eficiente: a) obter o máximo valor possível do ativo empresarial; b) ponderar adequadamente as respectivas vantagens do regime de liquidação ou reorganização da empresa; c) tratar de maneira equitativa os credores que se encontrem em circunstâncias similares; d) buscar uma solução eficiente e

²⁵⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

²⁵⁶ O Banco Mundial elaborou o "*Principles and Guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*" com a colaboração do Banco de Desenvolvimento Africano, Banco de Desenvolvimento Asiático, Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, Banco de Desenvolvimento Interamericano, Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), *United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL e INSOL*.

²⁵⁷ BANCO MUNDIAL. *Principles and Guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 40, v. 122, p. 75-167, abr./ jun. 2001.

²⁵⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). **Guía Legislativa sobre el Régimen de La Insolvencia**. Nueva York: Naciones Unidas, 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf> Acesso em: 20 ago. 2013, p. 12-16.

imparcial para a solução da insolvência; e) impedir que os credores desmembre prematuramente os ativos do devedor; f) garantir um regime de insolvência transparente e previsível que contenha incentivos para reunir e disponibilizar informações; g) reconhecer os direitos existentes dos credores e estabelecer regras claras para determinar o grau de preferência dos créditos; h) estabelecer um marco para a insolvência transfronteiriça²⁵⁹.

Nesse contexto de alterações legislativas importantes no plano internacional e de orientações por meio de guia legislativo sobre o regime de insolvência, o Projeto de Lei n. 4376/1993 passou por profundas alterações, votação de 484 emendas e cinco substitutivos com o objetivo de melhor se adequar às transformações socioeconômicas e especialmente para se adaptar às práticas adotadas por outros países considerados desenvolvidos.

Após sua aprovação no Plenário da Câmara dos Deputados, foi remetido ao Senado, recebendo o título de Projeto de Lei n. 71 de 2003. No Senado, o projeto modificativo foi relatado e recebeu parecer do Senador Ramez Tebet.

No relatório do Senador Ramez Tebet merece destaque a enunciação de doze princípios adotados no Projeto n. 71/2003: a) a preservação da empresa, por gerar riqueza econômica e empregos contribuindo para o desenvolvimento nacional; b) separação dos conceitos de empresa e empresário, com a possibilidade de preservar uma empresa ainda que ocorra a falência de um empresário, pois ela será transferida a outro agente econômico; c) recuperação das empresas viáveis, com a disponibilização pelo Estado de instrumentos para a manutenção da estrutura organizacional e societária; d) oferecimento de meios rápidos e eficientes de retirada do agente econômico inviável do mercado; e) proteção aos trabalhadores, não somente com a preferência no recebimento dos seus créditos, mas com a possibilidade de manutenção de seus postos de trabalho; f) redução do custo de crédito, conferindo segurança jurídica aos detentores de capital e incentivando a aplicação de recursos financeiros nas atividades produtivas; g) celeridade e

²⁵⁹ Esses objetivos encontram-se detalhados no documento denominado “*Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*” (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). **Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia**. Viena: Naciones Unidas. 2001. Disponível em: < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/881/63/PDF/V0188163.pdf?OpenElement> >. Acesso em: 18 de maio de 2016.).

eficiência dos processos judiciais; h) participação ativa dos credores nos processos de falência e recuperação; i) maximização dos ativos do falido; j) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e l) rigor na punição de crimes relacionados à falência e recuperação.

O Projeto n. 71/2003, após ter passado pelas Comissões do Senado, foi aprovado em sessão plenária do dia 06 de julho de 2004. Diante das alterações ocorridas, retornou à Câmara dos Deputados para exame final. Na sessão plenária de 14 de dezembro de 2004, foi aprovada a redação final oferecida pelo Relator Osvaldo Biolchi, sendo encaminhado à sanção presidencial, que ocorreu em 09 de fevereiro de 2005, transformando-se na Lei n. 11.101/2005.

A principal finalidade buscada pela Lei n. 11.101/2005 foi a de priorizar a recuperação empresarial, tornando-a uma regra geral no lugar do processo de falência, que passaria a ser uma exceção para as situações em que fosse inviável a recuperação.

A recuperação de empresas surge com o intuito de se adequar às transformações econômicas e propiciar a efetiva reestruturação do empresário em dificuldade, em um contexto em que os procedimentos, então vigentes, destinados ao tratamento do empresário em crise, tinham o cunho meramente liquidatório-solutório e não mais representavam meios eficazes para solucionar as situações de insolvência.

Os objetivos centrais do processo de recuperação de empresa são a preservação da atividade empresarial e o cumprimento de sua função social, e, portanto, o seu sentido normativo-instrumental, deverá ter em vista a proteção de diversos interesses que giram em torno da atividade empresária, tais como: dos consumidores na produção de bens e serviços ao mercado; do Estado no recebimento de tributos e manutenção do fluxo futuro; dos fornecedores no escoamento de sua produção e serviços e na manutenção dos contratos ou realização de novos contratos; dos sócios e investidores no recebimento de seus rendimentos e no incentivo de novos empreendimentos; e dos trabalhadores na manutenção de seus empregos e dos direitos daí decorrentes.

Jorge Lobo apresenta a definição de recuperação judicial com fundamento nos objetivos buscados com a Lei n. 11.101/2005:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral²⁶⁰.

Trata-se de um instituto jurídico público, com viés privado, já que as medidas de reerguimento da empresa são elaboradas e propostas pelo empresário e submetida aos credores para apreciação e aprovação, permitindo o exercício da autonomia privada das partes envolvidas.

Hoje, o regime de insolvência regulado pela Lei n. 11.101/2005 apresenta como mecanismos judiciais de resolução da crise empresarial, quando existe viabilidade para a manutenção da atividade: a recuperação judicial, o plano especial de recuperação para microempresas e empresas de pequeno porte e a recuperação extrajudicial.

Quanto à natureza jurídica da recuperação, diversos são os posicionamentos. Conforme será demonstrado a seguir, alguns autores consideram a recuperação judicial como um instituto de direito privado em decorrência da sua natureza contratual; outros ainda têm-na como um instituto de Direito Econômico por se pautar na eficácia técnica situada em uma zona intermediária entre o Direito Privado e o Público; outros a consideram com instituto de direito público por se materializar através de uma medida processual.

Sergio Campinho sustenta que na recuperação judicial prevalece a autonomia da vontade das partes para atingir a finalidade recuperatória, restando evidente, portanto, a natureza de um contrato judicial com feição novativa²⁶¹, realizável

²⁶⁰ LOBO, Jorge. Recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168.

²⁶¹ O caráter novativo da recuperação judicial difere da novação obrigacional regulada pelo direito civil. Segundo Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze, a novação se opera por meio de uma estipulação negocial, em que as partes criam uma nova obrigação, destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior. Defendem os autores que toda novação tem natureza jurídica negocial, e por isso, não pode ser imposta por lei, de forma que, consideram não existir, em regra a novação legal (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: obrigações. v.

através de um plano de recuperação²⁶². Para o autor, avaliação judicial do plano de recuperação não lhe retira o caráter contratual, pois a concessão da recuperação por sentença não tem influência sobre o conteúdo do plano estabelecido entre o credor e seus devedores. A atuação do juiz se restringe à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano, de modo que não pode interferir no seu conteúdo²⁶³.

Jorge Lobo defende que a recuperação tem a natureza e as características de um instituto de Direito Econômico. Para este autor, o procedimento encontra-se localizado em uma zona intermediária entre o Direito Público e o Privado, porque as suas normas não objetivam fundamentalmente concretizar a ideia de justiça, e sim, sobretudo, criar condições e impor medidas que possibilitem o restabelecimento das empresas em estado de crise econômica, ainda que com parcial sacrifício de seus credores²⁶⁴.

Com o mesmo direcionamento, Manoel Justino de Bezerra Filho²⁶⁵ observa que a recuperação, embora seja um procedimento judicial, tem um substrato de caráter marcadamente econômico. Essa característica conduz, no seu entender, à necessidade de que o magistrado seja assessorado por administradores, contabilistas e economistas, de preferência integrantes do próprio Judiciário, para que os aspectos econômicos determinantes na recuperação possam ser corretamente avaliados.

Ao considerar a recuperação judicial como um instituto de direito processual, os publicistas baseiam-se na prescrição da Lei n. 11.101/2005, que assegura ao

2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.221-222). Nesse sentido, a novação obrigacional não tem a mesma natureza e os mesmos efeitos da novação prevista na recuperação judicial de empresas.

²⁶² Sergio Campinho, ao defender a natureza contratual da recuperação judicial, apresenta como bases de seu posicionamento o Direito Alemão, em que a teoria do contrato (Vertragstheorie) é a mais aceita para explicar a natureza jurídica do “Plano de Insolvência”, tal como defendido por Ludwig Hasemeyer e Wolfgang Breuer; e o Direito Português, em que o caráter contratual também prevalece, de acordo com Henrique Vaz Duarte (CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 12-13).

²⁶³ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 11-12.

²⁶⁴ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123-124.

²⁶⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

devedor a proposição da ação de recuperação judicial desde que preenchidos os requisitos formais e materiais. Esta ação judicial teria, assim, natureza constitutiva. Waldo Fazzio Júnior explica que a recuperação inicia uma nova conjuntura jurídica que altera as relações jurídicas entre devedor e credor e entre o devedor e a atividade empresarial que exerce²⁶⁶. A pretensão que se busca nessa ação é colocar em prática um plano de reorganização da empresa²⁶⁷.

Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro também consideram a recuperação judicial um instituto de feição processual, com a natureza constitutiva, na medida em que cria uma situação jurídica nova ao devedor e aos credores envolvidos. Explicam também que possui um regime jurídico complexo, abrangendo questões empresariais, processuais, obrigacionais e penais²⁶⁸.

Como um processo judicial, a recuperação judicial é uma relação jurídica com a participação e influência direta do Estado, associada à participação de particulares. É uma forma de intervenção estatal nas relações jurídicas privadas, com a finalidade de permitir ao Judiciário acompanhar o processo de recuperação do empresário em decorrência do caráter transcendente do exercício da atividade empresarial, em que, os interesses público e social relacionados ao exercício da atividade econômica precisam ser tutelados. Esta é a posição defendida no presente trabalho e é a que possibilita a concreção da preservação da empresa como a principal finalidade dos procedimentos de insolvência empresarial previstos no regime jurídico brasileiro²⁶⁹.

3.5 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A VIABILIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

²⁶⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 116.

²⁶⁷ No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Sérgio Restiffe: “[...] pode-se definir a recuperação judicial de empresas nos moldes a seguir indicados. [...] É pretensão posta em juízo, conotando, portanto, sua natureza jurídico-processual de ação, e não sua concepção negocial, seja contratual, seja processual” (RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas: de acordo com a lei n. 11.101, de 09.02.2005*. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 47).

²⁶⁸ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: RT, 2014, p.543-544.

²⁶⁹ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 544.

Com a apresentação a evolução legislativa concursal no direito estrangeiro e no Brasil, verificou-se que o principal fundamento teórico dos regimes atuais de insolvência empresarial é a manutenção da atividade empresarial viável. Desta forma, será objeto de análise, nesta subseção, o princípio da preservação da empresa, a definição de crise empresarial e seus fatos caracterizadores e a discussão sobre a viabilidade da atividade empresarial.

3.5.1 O Princípio da Preservação da Empresa

Historicamente, a preservação da empresa nem sempre constituiu o principal objetivo das legislações de insolvência empresarial. O quadro observado em determinadas tradições jurídicas, embora fossem apresentados instrumentos preventivos da quebra, era de um dualismo entre medidas que favoreciam os credores ou os devedores²⁷⁰.

Somente nas últimas décadas se verificou a preocupação, em alguns regimes jurídicos²⁷¹, em adotar procedimentos reorganizatórios da atividade empresarial para evitar seu desaparecimento, quando houvesse viabilidade.

Uma noção fundamental para o desenvolvimento desses procedimentos foi a separação entre as noções de empresa e de empresário, cuja discussão mereceu destaque no Direito Francês, com a apresentação do relatório de Roger Houin em 1965²⁷².

Dessa forma, para atender ao interesse econômico e social deve-se buscar a preservação da empresa como atividade, sendo possível, inclusive, afastar o empresário de sua gestão, quando necessário para sua reestruturação ou no caso da transferência integral do ativo. Nesse sentido, a preservação está direcionada à atividade e dissociada da figura do empresário e daquele que de alguma forma a controla através da participação societária.

Nessa mesma linha, Luiz Edson Fachin defende que o princípio da preservação da empresa envolve matéria jurídica e econômica, pela proteção que

²⁷⁰ Esta discussão foi realizada nas subseções 3.1. e 3.2. supra.

²⁷¹ Conferir subseção 3.2.

²⁷² Discussão já realizada na subseção 3.2.2. supra.

confere à continuidade dos negócios sociais. Esse autor ainda assevera que “o princípio da preservação é gênero no qual a continuidade das atividades compõe espécie, e nele se encontra similitude com a guarita do patrimônio mínimo, na hipótese inerente à manutenção do empreendimento”²⁷³.

Foi discutido no capítulo anterior²⁷⁴ que o princípio da preservação da empresa é reflexo de outros princípios, inclusive de ordem constitucional. Através da função social se impõe ao titular da empresa uma adequada utilização da organização empresarial em proveito da coletividade. O desenvolvimento da atividade empresária consistiria em um poder-dever de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o seu exercício. Desse modo, além de atender aos interesses internos, como a realização do seu objeto social com a finalidade lucrativa, há interesses externos que precisam ser observados.

A preservação da empresa constitui-se não somente como fundamento normativo para a interpretação e aplicação do direito falimentar, mas como um princípio constitucional implícito e essencial para a interpretação adequada dos princípios constitucionais da ordem econômica²⁷⁵.

O foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do País. O princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica figuram como cânones interpretativos expressamente previstos no texto legal (art. 47), tornando imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado²⁷⁶.

Em relação aos pequenos negócios²⁷⁷, a preservação da empresa aplica-se de forma diferenciada, não somente pela representatividade em termos absolutos

²⁷³ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.198-199.

²⁷⁴ Subseção 2.2.4.

²⁷⁵ “O estudo da ordem econômica, portanto, também se funda no princípio da preservação da empresa, que, por sua vez, contribui para a concretização dos demais direitos fundamentais [...]” (CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 46).

²⁷⁶ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 495.

²⁷⁷ Écio Perin Junior destaca que é possível perceber a força da dimensão social da preservação da empresa no direito norte-americano, pois o legislador não buscou apenas a tutela jurídica da grande empresa, mas conferiu destaque à proteção das médias e pequenas empresas, em função de sua representatividade para a economia local e regional, bem como pelo contingente de

dessas empresas no país, mas também pela quantidade de empregos que geram e para tornar efetiva a livre concorrência.

Embora constitua, atualmente, o principal vetor de interpretação da legislação de insolvência empresarial brasileira, é necessário ter cautela com a aplicação generalizada deste princípio. Em determinados casos, a manutenção atividade empresarial, no lugar de proporcionar benefícios à coletividade poderá aumentar os custos sociais que pretende evitar.

A legislação de insolvência empresarial precisa, ser um instrumento que possibilite, como os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou a extinção de empresas ineficientes, com o deslocamento de seus fatores de produção para campos com maior rentabilidade²⁷⁸. A empresa a ser preservada necessita demonstrar condições mínimas compatíveis com o interesse social que almeja conservar.

Conseqüentemente, da análise da preservação da empresa como princípio do regime de insolvência empresarial é necessário observar se esta possui condições mínimas de sobrevivência e ainda a sua importância na sociedade, ou seja, a empresa deve ser viável economicamente e socialmente. A verificação a viabilidade da empresa pressupõe que sejam identificadas as reais causas da crise empresarial e as possibilidades de sua superação. Sendo assim, a seguir será apresentada a definição de crise empresarial e os principais fatos que caracterizam esta situação.

3.5.2 Definição de Crise Empresarial e Fatos Caracterizadores

O estado de crise econômico-financeira de uma empresa é um fato de natureza econômica, que gera conseqüências jurídicas. É uma condição de anormalidade, independentemente das circunstâncias ou causas que a tenha deflagrado. Na doutrina, é possível identificar noções diversas da definição de crise empresarial.

trabalhadores que são absorvidos por essas empresas (PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61).

²⁷⁸ SANTOS, Paulo Penalva. O novo Projeto de recuperação de empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 117, ano 39, p. 126-135, jan./mar. 2000, p. 129.

Jorge Lobo²⁷⁹ assinala que a crise empresarial abarca as noções clássicas financeiras de: a) inadimplemento de obrigação pecuniária; b) iliquidez; c) insolvência. O autor define inadimplemento como o não pagamento de dívida líquida dentro do prazo convencionado. Iliquidez é definida como o inadimplemento provisório do devedor pela indisponibilidade de meios financeiros para pagar suas dívidas líquidas no vencimento, embora possua bens e direitos suficientes para satisfazer as obrigações vencidas e vincendas. Por fim, insolvência é definida como o inadimplemento definitivo e irremediável caracterizado pelo ativo, estimado em seu real valor, inferior ao passivo.

Fabio Ulhôa Coelho defende a categorização da crise empresarial em econômica, financeira e patrimonial. Por crise econômica, o autor entende como a retração substancial nos negócios desenvolvidos pela sociedade. A crise financeira é a crise de liquidez e ocorre quando o empresário não tem disponibilidade para adimplir suas obrigações. A exteriorização dessa crise é a impontualidade. A crise patrimonial é a insolvência real, ou seja, é a insuficiência do ativo para satisfazer o passivo²⁸⁰.

Douglas Baird considera a crise econômica como o resultado da ineficiência na alocação dos ativos da empresa. Sendo assim, seus ativos são incapazes de gerar riquezas suficientes em relação aos seus custos operacionais e às formas alternativas que estes ativos poderiam ser utilizados. Numa empresa em crise econômica, os concorrentes produzem um produto melhor por um custo menor. A crise financeira, para este autor, é aquela que decorre da estrutura de capital da empresa, em que o empresário não possui renda suficiente para cumprir suas obrigações. O autor admite que a empresa pode estar em boa forma, produzindo de maneira satisfatória, mas suas obrigações extrapolam o valor da própria empresa²⁸¹. Baird também destaca que muitas empresas podem enfrentar crises financeiras, porque já estão em crise econômica, ou uma crise financeira pode gerar crise econômica.

²⁷⁹ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173.

²⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas: lei n. 11.101, de 9-2-2005**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.

²⁸¹ BAIRD, Douglas G. **Bankruptcy's Uncontested Axioms**. Chicago. n. 108. Yale Law Journal, p. 573-599, 1998-1999, p. 580-582.

Conquanto representem fenômenos distintos, as diversas espécies de crise podem manifestar-se em conjunto ou isoladamente, e o surgimento de uma pode se relacionar a outra preexistente.

Sergio Campinho²⁸² informa que as causas do inadimplemento podem ser episódicas ou agudas. As primeiras representam um estado de iliquidez momentânea e muitas vezes de fácil resolução, deste modo, usualmente a cessação de pagamento é voluntária e motivada por uma estratégia financeira para evitar a tomada de recursos com custos mais elevados. As segundas são evidenciadas quando “o empresário se depara com a falta de recursos pela impossibilidade de seu ativo gerar rendas tendentes a possibilitar o pagamento de suas dívidas e a falta do pagamento, nestas condições, é involuntária”²⁸³ – neste caso está configurada a insolvência.

Destaca Sergio Campinho que a crise econômico-financeira representa um fenômeno indicador de desequilíbrio entre os créditos realizáveis e as obrigações exigidas pelos credores, espelhando, dessa forma, um “efeito patológico do funcionamento do crédito”, sob o ponto de vista econômico²⁸⁴.

Jorge Lobo²⁸⁵ ainda chama a atenção, que embora a impontualidade, a iliquidez e a insolvência sejam caracterizadores do estado de crise econômico-financeira, outros fatores podem colocar em risco a continuidade dos negócios empresariais e gerar ou não estes fatos caracterizadores:

[...] a) desentendimento entre sócios e entre estes e administradores, oriundos, basicamente, de abuso, desvio ou excesso de poder de controle ou abuso da minoria; b) má gestão; c) fraude; d) erros estratégicos; e) enfermidade grave e falecimento do principal sócio e administrador; f) falência de clientes ou de fornecedores importantes; g) surgimento de concorrentes oferecendo idênticos produtos ou serviços a preços abaixo dos de mercado; h) elevados custos operacionais; i) capital de giro insuficiente; j) excesso de estoque; k) linha de produtos obsoletos ou de difícil alienação [...] ²⁸⁶.

²⁸² CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 127.

²⁸³ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 127.

²⁸⁴ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 127.

²⁸⁵ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174.

²⁸⁶ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174.

Esta posição é reforçada por Maurício Moreira Mendonça de Menezes²⁸⁷, pontuando que embora exista uma clareza didática na classificação da crise empresarial apresentada pela doutrina²⁸⁸, a complexidade das relações empresariais revela diversas causas que podem gerar problemas de fluxos de caixa, diminuição da produção, redução de clientela e aumento do passivo do empresário, tais como, administração ineficiente, tecnologia ultrapassada, mão de obra com baixa qualificação, elevados custos operacionais e práticas comerciais inadequadas.

Stuart Slatter e David Lovett selecionaram um conjunto comum de causas que levaram empresas ao declínio gerando a necessidade de buscarem um procedimento recuperacional²⁸⁹.

A primeira causa destacada é a má gestão dos negócios. A falta de competência ou de interesse no negócio é comum em uma empresa que enfrenta dificuldades. Uma gestão eficiente está relacionada com mudanças e adaptações do negócio às transformações que ocorrem constantemente no mercado. O gestor que não consegue lidar com esta realidade, poderá gerar o declínio da empresa. A falta de habilidade e de capacidade técnica para implementar decisões e coordenar recursos e pessoas também podem ser fatores geradores de crise²⁹⁰.

O controle financeiro inadequado pode ser reflexo da falta ou da inadequação dos seguintes instrumentos: previsão de fluxo de caixa, sistemas de custeio, controle orçamentário e monitoramento dos indicadores de desempenho. Nas pequenas empresas, normalmente inexistem essas ferramentas e a única informação financeira presente deriva dos relatórios financeiros contábeis obrigatórios apresentados ao final de cada exercício social. Com isso, a administração poderá não verificar o que e quanto perdeu de capital no ano anterior, bem como, quais foram as operações que mais geraram ou consumiram os recursos financeiros. O

²⁸⁷ MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. **O Poder de Controle nas Companhias em Recuperação Judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

²⁸⁸ Aqui representada pelo posicionamento de Fabio Ulhoa Coelho e Sergio Campinho.

²⁸⁹ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p.27.

²⁹⁰ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27-29.

controle financeiro constante é fundamental para que seja adotada a ação corretiva de forma célere, na ocorrência de qualquer imprevisto²⁹¹.

A gestão eficiente do capital de giro, para gerar fluxos de caixa sustentáveis, envolve a adequada administração das obrigações com os devedores, o controle do estoque, os créditos a receber e os saldos de caixa²⁹². As empresas de menor porte, diante na circulação reduzida de valores, deve manter uma gestão controlada do capital de giro, sob pena de gerar um descontrole financeiro.

Os custos elevados na atividade, relativos a matéria-prima, a mão de obra, a tecnologia de produção e a políticas governamentais desfavoráveis podem propiciar um quadro de crise empresarial. Estes custos, em relação aos concorrentes do mesmo segmento de mercado, levará o empresário a ficar em desvantagem competitiva, pois terá margem de lucros menores e enfraquecimento de seu poder de financiamento. Com menos recursos financeiros à sua disposição, o empresário terá menor possibilidade de investimento em novos produtos, ficando com menor capacidade de defender sua posição no mercado²⁹³.

A ausência de uma técnica adequada de colocação dos produtos no mercado (marketing insuficiente) demonstrado por meio da desmotivação do setor de vendas, da falta de resposta às demandas dos clientes, da propaganda ineficiente, da precariedade nos serviços de pós-venda, da falta de pesquisa ou conhecimento dos hábitos de compra dos clientes e da falta de desenvolvimento de produtos novos e atualizados podem ser determinantes para a morte gradual da empresa²⁹⁴.

O investimento em projetos que geram grande desembolso de capital, sem que exista uma estimativa de tempo e de custos adequados na fase de planejamento, sem um controle eficiente na fase de execução da despesa e retorno do capital e

²⁹¹ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30-31.

²⁹² SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

²⁹³ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 315-36.

²⁹⁴ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

com excessivas mudanças corretivas ou melhorativas que geram atraso e maior custo, podem tornar uma empresa insolvente²⁹⁵.

Uma política financeira inadequada também poderá ser causa de declínio na empresa. A política financeira caracterizada por um moderado nível de financiamento por dívida é, normalmente, considerada como uma boa prática empresarial, contanto que a empresa possa obter uma taxa de retorno superior aos juros pagos na dívida. Porém, quando o nível de endividamento é o resultado do declínio da empresa, os empréstimos bancários aumentam na medida em que se acumulam os prejuízos devido à falta de eficiência na produção, inadimplência de credores e outros fatores. Neste caso, o endividamento poderá aprofundar a crise. Também cabe destacar a inadequação de fontes de financiamento: uma empresa que obtém um empréstimo de curto prazo para financiar um projeto de longo prazo sem liquidez de curso prazo, envereda por um caminho que a levará a um descontrole financeiro²⁹⁶.

A inércia organizacional é uma característica de empresas em dificuldades que são incapazes de tomar ou implementar decisões, devido a uma combinação de liderança frágil, pessoal desmotivado ou não qualificado ou treinado, falta de deveres e responsabilidades claramente definidos e processos de gestão inadequados ou inexistentes. A consequência é a pouca eficiência operacional e decisões gerenciais de pouca eficiência²⁹⁷.

A redução na demanda de um produto ou serviço, ou a mudança nos padrões de comportamento do mercado sem a devida resposta da empresa, podem ser importantes causas das dificuldades enfrentadas pela empresa. A redução de demanda pode ser de longo prazo, decorrente de um declínio cíclico ou de uma redução sazonal. O declínio em longo prazo é gerado por fatores ambientais que direcionam a demanda por novos produtos tais como: o progresso tecnológico, a conjuntura econômica e a mudança nos costumes sociais e culturais. A queda na demanda decorrente de ciclos econômicos de recessão pode atingir empresas de

²⁹⁵ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

²⁹⁶ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.

²⁹⁷ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p.45.

formas diferentes a depender do controle financeiro, da posição competitiva e da política financeira adotada. A redução sazonal, por sua vez, normalmente não costuma ser o fator principal de declínio em uma empresa, salvo quando ela já estiver debilitada financeiramente²⁹⁸.

A concorrência de preços e de produtos também podem gerar o desequilíbrio empresarial. Na concorrência de produtos, uma empresa poderá ficar em desvantagem competitiva se seus produtos ultrapassarem o ciclo de vida, tornando-se obsoletos em relação a produtos novos e melhores lançados no mercado. A concorrência de preços em um mercado específico pode ser determinante para deflagrar a crise empresarial se um empresário não conseguir, em função de seus custos, acompanhar a redução de preços de produtos semelhantes colocados no mercado pelas empresas concorrentes.

As situações de crise mencionadas podem ser classificadas como endógenas e exógenas. São considerados fatores endógenos: a má gestão dos negócios; o controle financeiro inadequado; a gestão ineficiente do capital de giro; a ausência de técnica adequada de colocação dos produtos no mercado; a política financeira inadequada; a inercia organizacional a incorreta aplicação de recursos; o desconhecimento das estruturas legais e das obrigações do empresário; e a confusão entre o patrimônio da empresa e de seu desenvolvedor são exemplos de imperfeições na própria gênese e no desenvolvimento da organização, que podem gerar a insolvência empresarial.

O estado de recessão econômica, ou recessão apenas na atividade exercida, a insolvência de fornecedores ou clientes, os sistemas de regulação ou desregulamentação econômica, os artifícios que interfiram no poder competitivo da empresa, os motivos conjunturais da economia, a redução na demanda, o desenvolvimento de novas tecnologias e o acirramento da concorrência de preços e de produtos são fatores exógenos que podem gerar o insucesso de uma empresa e provocar a sua falência.

A partir da deflagração da crise econômico-financeira é possível perceber, um desequilíbrio na dinâmica de funcionamento da atividade empresarial e na relação

²⁹⁸ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p.45-47.

do empresário com os seus credores que acabam sendo reveladas pelo: inadimplemento de credores não negociais, como os fiscais e parafiscais; inadimplemento de obrigações relativas a despesas operacionais não essenciais para a atividade; aumento das despesas financeiras com maior custo decorrente de utilização de operações desconto de títulos, de crédito rotativo, ou de empréstimos com constituição de garantias reais; dificuldades de acesso ao crédito em decorrência do histórico de inadimplementos; inclusão em cadastros de restrição ao crédito ou registro de protesto de títulos; redução do quadro de funcionários.

Com a configuração desse quadro, muitos empresários mantêm-se inertes, com a expectativa que a situação modifique em curto prazo; outros entabulam a revisão de contratos com alguns de seus credores, buscando manter a relação de confiança, bem como, os recursos necessários para a manutenção da atividade empresarial; há ainda os empresários que optam pelo encerramento do negócio, comprometendo desse jeito, todos os interesses em torno do desenvolvimento da atividade empresarial.

A última medida acima enumerada acaba sendo a única opção de diversos microempresários e empresários de pequeno porte, situação que será analisada no próximo capítulo com o levantamento do quadro atual de mortalidade desses pequenos empreendimentos.

A verificação das reais causas da crise empresarial e a espécie de crise enfrentada pelo empresário é de fundamental importância para identificar a viabilidade da atividade empresarial e quais medidas são as mais adequadas para superar o quadro de dificuldades.

3.5.3 A Viabilidade da Atividade Empresarial

Recuperar ou manter empresas ineficientes ou inaptas pode representar um desgaste para os agentes envolvidos na atividade empresária, bem como, uma medida dispendiosa para a máquina judiciária e um aumento dos custos sociais. Não se pode ignorar a questão fundamental de identificar os casos em que as empresas devem ser conservadas e quando elas devem desaparecer.

Eduardo Lemos destaca que a morte de empresas faz parte do processo de vida e é saudável ao mercado, que precisa se desintoxicar de organizações que consomem demasiados recursos para produzir bens ou prestar serviços inadequadamente à demanda de mercado e ao progresso socioeconômico, sendo assim, a avaliação da viabilidade é sempre necessária²⁹⁹.

Para que o Estado intervenha nesta seara, especialmente no procedimento de recuperação³⁰⁰, é necessário que existam chances de sucesso e é substancial que a empresa seja viável. Na adoção de um plano de reorganização, é essencial que os gastos com a manutenção da empresa sejam inferiores àqueles necessários para a sua liquidação, até mesmo para que se constitua um incentivo para os credores colaborarem com a implantação do procedimento.

A viabilidade não deverá ser apreciada a partir de interesses individuais ou de determinados grupos³⁰¹ envolvidos com a atividade empresária, mas deve ser avaliada por aspectos econômicos e sociais. Isto posto, não basta somente o interesse do empresário em manter a empresa funcionando, ou o interesse dos empregados que desejam manter seus postos de trabalho, ou os interesses dos consumidores que pretendem continuar tendo acesso a determinados bens ou serviços, é preciso que a avaliação considere os interesses de todos os envolvidos, sem deixar de verificar as externalidades que possam ser geradas com o procedimento.

Paulo Penalva Santos salienta que a apreciação da viabilidade não deve se limitar a uma análise tão somente financeira da empresa³⁰². As perspectivas de rentabilidade da empresa devem ser apreciadas em um plano global, em que se verifique, por exemplo, a importância da empresa em relação aos seus

²⁹⁹ LEMOS, Eduardo. Análise da Empresa em Crise: uma Visão não Jurídica. In: LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Coord.). **Direito Recuperacional II: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 57.

³⁰⁰ O princípio da viabilidade da empresa não representa apenas um fator decisivo para a adoção de um procedimento de recuperação judicial ou extrajudicial. Também é importante no processo de falência para que o juízo falimentar determine a continuidade ou não da atividade empresária.

³⁰¹ A baixa produtividade e os altos custos na manutenção dos meios de produção não poderão ser ignorados somente para evitar o desemprego, pois futuramente esses mesmos empregados poderão ter seus interesses frustrados pelo insucesso da empresa.

³⁰² SANTOS, Paulo Penalva. O novo Projeto de recuperação de empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 117, ano 39, p. 126-135, jan./mar. 2000, p. 130.

concorrentes³⁰³; o valor de seus produtos ou serviços no mercado; os investimentos que precisam ser feitos na reestruturação; a qualidade de organização dos ativos empresariais; a importância para a economia local, regional ou nacional; o número de empregados envolvidos na atividade. Em outros termos, é necessário que a reorganização e a manutenção do funcionamento da empresa justifiquem suportar os ônus associados a qualquer medida de recuperação³⁰⁴.

Sob o aspecto econômico, que é critério de viabilidade exigido na Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LRF), a empresa será viável se tiver condições econômicas e financeiras de se manter de forma autônoma, com os mecanismos de recuperação adequados para a sua situação de dificuldades.

A análise da viabilidade econômica permite avaliar os ativos e passivos da empresa em conjunto com os investimentos que devem ser feitos, com a situação de mercado em que ela está inserida e com os problemas apresentados e as suas causas. Uma empresa recuperável economicamente deve ser capaz de remunerar regularmente os capitais nela empregados, sob a consequência de desaparecerem as fontes essenciais de seu financiamento³⁰⁵.

Em estudo anterior, foi evidenciado que a verificação do estado patrimonial da empresa, seu fluxo de caixa e de suas obrigações representam uma análise quantitativa, que pode determinar a reestruturação do capital ou corte de custos. A análise do mercado, a capacidade técnica, o grau de aperfeiçoamento e o profissionalismo do empresário, bem como as expectativas de demanda dos produtos oferecidos representam uma análise qualitativa, que pode revelar as possibilidades de prosperar no mercado. A averiguação das causas dos problemas que geraram a crise na empresa também é relevante, pois possibilita avaliar as possibilidades de superá-los³⁰⁶.

³⁰³ A manutenção da atividade poderá ser, em determinados setores, um fato importante para a preservação da concorrência, que tem como resultado a exclusão dos agentes menos eficientes ou daqueles menos estruturados. A ausência da concorrência poderá significar o surgimento de monopólios, cartéis e outras formas de abuso do poder econômico.

³⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas:** lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128.

³⁰⁵ SANTOS, Roseli Rêgo. **O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa.** 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

³⁰⁶ SANTOS, Roseli Rêgo. **O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa.** 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

Para Douglas Baird, somente as empresas que enfrentam crise financeira estariam aptas a um procedimento de reorganização, pois nestas empresas a atividade econômica é viável, podem competir no mercado, embora enfrentem dificuldades de cumprir suas obrigações³⁰⁷.

Douglas Baird destaca que a manutenção de empresas que não podem competir de forma eficaz no mercado pode gerar um resultado danoso em longo prazo. Explica que, quando um estabelecimento ineficiente encerra suas atividades, os trabalhadores perdem seus empregos, mas eles podem encontrar trabalho em outro lugar. Um novo estabelecimento poderá ocupar o mesmo espaço, mantendo ou melhorando o nível de empregos. Se for mantida uma empresa inviável, as perdas podem se avolumar, inclusive para os empregados que terão seus direitos inobservados, os credores continuarão sem receber seus créditos, dentre outras perdas sociais³⁰⁸.

Fabio Ulhoa Coelho esclarece que a superação da crise por uma empresa em dificuldades deve ser factível para que os custos sociais suportados possam ser compensados. Defende que a viabilidade seja verificada pelo Judiciário em função dos seguintes vetores: importância social na localidade que desempenha sua atividade, mão de obra e tecnologia empregadas, volume do ativo e passivo, tempo da empresa, e porte econômico³⁰⁹.

A verificação da viabilidade no processo de recuperação, contudo, somente é realizada em sua feição econômica, e o grande problema dessa aferição é que ela acaba sendo presumida pela aprovação do plano de recuperação empresarial pelos credores³¹⁰. Não é feita uma análise da viabilidade da atividade pelo Judiciário ou

³⁰⁷ BAIRD, Douglas G. **Bankruptcy's Uncontested Axioms**. Chicago. n. 108. Yale Law Journal, p. 573-599, 1998-1999, p. 581-582.

³⁰⁸ BAIRD, Douglas G. **Bankruptcy's Uncontested Axioms**. Chicago. n. 108. Yale Law Journal, p. 573-599, 1998-1999, p. 581-582.

³⁰⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de empresa: Contratos, Falência, Recuperação de Empresas**. 12. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 405.

³¹⁰ "Sucede que o Plano de Recuperação, que deve ser apresentado pelo devedor (art. 53), tem sua apreciação a cargo do exclusivo alvedrio dos credores, que o aprovam tacitamente (art. 55, c.c. art. 58), ou sobre ele deliberam em Assembleia-Geral, que poderá aprová-lo, rejeitá-lo ou modificá-lo (art. 35, inc. I, a), podendo inclusive rejeitar a desistência do devedor ao pedido de recuperação, mesmo que tenha ele superado suas dificuldades econômico-financeiras após o deferimento de seu processamento (art. 35, inc. I, d, c.c. art. 52, § 4.º)". (PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições Preliminares da lei n. 11.01, de 9 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). **Comentários à**

por algum órgão integrante do processo recuperacional. Mauro Rodrigues Penteado também destaca o descompasso existente entre o papel dos credores no processo de recuperação e a necessidade de se observar a função social da empresa:

Ainda que a recuperação judicial não mais se constitua direito unilateral ou potestativo do devedor, um “favor legal”, como afirmavam os comentadores do Dec.-lei 7.661/1945, parece demasiado atribuir aos credores, sem os necessários contrapesos, a competência para avaliar e deliberar soberanamente sobre “a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor (...) a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores (...) a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47, c.c. arts. 55 e 56)³¹¹.

Isto representa um problema para a eficácia e a eficiência do procedimento, pois ao aprovar o plano recuperacional, os credores podem estar direcionados tão somente à possibilidade de satisfação de seus créditos ou à consideração de que os efeitos da recuperação são mais vantajosos que o da falência.

No processo destinado à recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte a situação se repete. Neste caso, não há sequer assembleia para que ocorra a aprovação do plano. A viabilidade se presume pela não apresentação de oposições que superem mais da metade de qualquer classe de créditos sujeita ao procedimento, conforme será detalhado no próximo capítulo.

Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 74).

³¹¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições Preliminares da lei n. 11.01, de 9 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

4 O TRATAMENTO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE EM CRISE

O tratamento do regime de insolvência empresarial dirigido às microempresas e empresas de pequeno porte com a constatação de suas insuficiências requer o exame de temas que lhe são pressupostos.

Isto posto, inicialmente será apresentado o levantamento das principais causas de encerramento e quadro atual de crise dos pequenos empreendimentos, a partir de análise de dados estatísticos de institutos de pesquisa no Brasil.

Finalmente, indispensável é a avaliação das prescrições legais dirigidas ao saneamento das microempresas e empresas de pequeno porte em situação de crise e suas últimas alterações, bem como, os problemas que ainda remanescem para possibilitar a efetividade da recuperação dos pequenos negócios.

4.1 A CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS PEQUENOS EMPREENDIMENTOS

Diversos fatores podem desencadear a crise econômico-financeira dos pequenos negócios e, conseqüentemente, sua mortalidade. Nesta seção serão apresentadas algumas situações que podem gerar a crise econômico-financeira dos pequenos negócios, os fatores que reduzem as chances de sobrevivência dessas empresas e os fenômenos que indicam ou refletem essa mortalidade.

Conforme apresentado na subseção 2.3, a atividade econômica brasileira está atravessando um grave ciclo recessivo, iniciado no segundo trimestre de 2014. Este tem sido um importante fator de geração de crise econômico-financeira em empresas de todos os portes no Brasil.

Tal quadro recessivo, se não for enfrentado pelas empresas com medidas extraídas do próprio mercado, poderá afetar significativamente a solvência financeira das empresas, levando-as a se submeterem a procedimentos judiciais de insolvência, como a recuperação e a falência.

Segundo dados do Serasa Experian³¹², no primeiro semestre de 2016, foram requeridos 923 pedidos de recuperações judiciais, atingindo recorde histórico desde a entrada em vigor da Lei n. 11.101/2005. Desse quantitativo, as micro e pequenas empresas lideraram os requerimentos com 535 casos, representando 58% do total, seguidas pelas médias empresas com 246 casos (27% do total) e pelas grandes empresas com 142 requerimentos (15% do total). Comparando-se com o mesmo semestre de 2015, que registrou 492 ocorrências, houve um aumento de 87,6% do número de casos, o qual já tinha registrado um aumento de 18,8% em relação ao primeiro semestre de 2014, com 414 casos³¹³.

No que se refere às falências, no primeiro semestre de 2016 foram registrados 869 pedidos, sendo 451 de micro e pequenas empresas (52% do total), 211 de médias empresas (24,2% do total) e 207 de grandes empresas (23,8%), importando um crescimento de 8,9% em comparação com os 798 requerimentos realizados no mesmo período em 2015.

Embora em termos numéricos absolutos, as micro e pequenas empresas tenham liderado o volume de recuperações e falências, deve-se considerar o predomínio dessas empresas na economia brasileira que em 2016³¹⁴, das 17.202.526 empresas ativas, 14.809.549 são micro e pequenas empresas, representado 90,4% do total das empresas ativas. Destarte, considerando o volume total dos pequenos empreendimentos, proporcionalmente, as empresas de médio e grande porte recorreram mais aos processos de recuperação judicial e falência.

Apresentado este quadro, deve-se ponderar alguns fatores. Primeiramente, embora as micro e as pequenas empresas estejam sendo fortemente atingidas pelo atual processo de crise econômica, este não é o único fator capaz de deflagrar a

³¹² A Serasa Experian é uma empresa considerada líder na América Latina em serviços de informações para apoio na tomada de decisões das empresas. Responde on-line/real-time a 6 milhões de consultas por dia, auxiliando 500 mil clientes diretos e indiretos a tomar a melhor decisão em qualquer etapa de negócio.(SERASA EXPERIAN. **Últimas Notícias**: Número de recuperações judiciais bate recorde histórico para o semestre, revela Serasa Experian. 05. Jul. 2016. Disponível em: < <http://noticias.serasaexperian.com.br/numero-de-recuperacoes-judiciais-bate-recorde-historico-para-o-semester-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

³¹³ SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos**: Indicador Serasa Experian Falências e Recuperações. 2016. Disponível em: < https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

³¹⁴ Dados atualizados até 25/07/2016. Disponível em: <<http://empresometro.cnc.org.br/Estatisticas>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

crise econômico-financeira dos pequenos negócios. Em segundo lugar, os pedidos de recuperação judicial e falência são apenas dois fenômenos dentre vários outros que indicam ou refletem a mortalidade dos pequenos negócios, como se verá a seguir³¹⁵.

A mortalidade das micro e pequenas empresas têm apresentado números crescentes desde 2014. Enquanto em 2013 foram fechadas 140.553 micro e pequenas empresas no país, em 2014 esse número aumentou 3,75%, alcançando 145.828 encerramentos. Em 2015, a situação da mortalidade agravou cerca de 398,7% em comparação com 2014, chegando a 581.413 encerramentos de micro e pequenas empresas. Em 2016, o total de micro e pequenas empresas encerradas, até 25/07/2016, chegou a 139.517 casos. Esses dados são divulgados pela plataforma online Empresômetro MPE³¹⁶, desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), para a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República (SMPE).

Além dos números indicativos do encerramento de micro e pequenas empresas, os estudos que revelam os fatores condicionantes geradores de mortalidade precoce das microempresas e empresas de pequeno porte, possuem grande relevância para a formulação de políticas e direcionamento da ação estatal, diante do papel que esses agentes econômicos representam para o mercado de trabalho e para o desenvolvimento da economia nacional.

Uma análise cuidadosa dos últimos estudos realizados por institutos de pesquisa brasileiros revelam uma situação preocupante. As metodologias que vêm sendo utilizadas nos últimos estudos não apresentam um quadro fidedigno dos números e das prováveis causas de mortalidade em micro e pequenas empresas. Isso, além de prejudicar a adoção de políticas mais adequadas à preservação dos

³¹⁵ Podemos destacar como fenômenos que refletem ou indicam a mortalidade de empresas: a baixa da empresa no órgão de registro após procedimento judicial ou extrajudicial de dissolução e liquidação; o abandono da empresa; a extinção da licença para funcionamento; a incorporação em outra empresa; a inatividade por mais de dez anos sem informação aos órgãos de registro, dentre outros.

³¹⁶ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. Empresômetro MPE. 2016. Disponível em: < <http://empresometro.cnc.org.br/Estatisticas>>. Acesso em 30 jul. 2016.

pequenos negócios, gera um desvirtuamento das políticas que são implementadas com base nos resultados desses estudos.

Inicialmente é necessário esclarecer a metodologia utilizada nos últimos estudos realizados pelo Sebrae para fazer o levantamento das taxas de mortalidade de microempresas e empresas de pequeno porte.

Segundo o Sebrae³¹⁷, nas pesquisas que conferem a taxa de sobrevivência das empresas, são utilizadas basicamente duas metodologias: a) as de caráter amostral, que adotam pesquisas de campo para verificar presencialmente se as empresas registradas continuam em atividade; e b) as que empregam o processamento e a análise de banco de dados oficiais para levantar a situação das empresas em dois períodos distintos, sem a realização de pesquisa de campo.

Nos dois últimos estudos realizados pelo Sebrae sobre a sobrevivência de empresas no Brasil (nos anos de 2011 e 2013) foi utilizado o segundo tipo de metodologia, a partir do processamento e da análise das bases de dados disponibilizadas pela Secretaria da Receita Federal (SRF). Embora o exame realizado com base nesta metodologia alcance a totalidade de empresas integrantes do cadastro nacional de pessoas jurídicas, com até dois anos de atividade no Brasil, alguns problemas são identificados na apuração dos dados³¹⁸.

O primeiro problema se relaciona com a dificuldade de definição precisa das empresas “recém-criadas”, das “em atividade” e das “encerradas”. Algumas situações esclarecem essa dificuldade de definição: os custos e a morosidade que envolvem os atos de formalização da atividade empresarial, levam alguns empresários a efetivar o registro tardiamente, depois que as atividades empresariais se iniciam de fato; ainda existem aqueles empresários que formalizam a constituição mas não iniciam suas atividades e; outros empresários que solicitam o encerramento e baixa do registro algum tempo após a finalização das atividades econômicas.

³¹⁷ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Sobrevivência das Empresas no Brasil**. Coleção Estudos e Pesquisas. Brasília, 2013. p. 15. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Sobrevivencia_das_empresas_no_Brasil=2013.pdf>. Acesso em: 08 dez 2015.

³¹⁸ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Sobrevivência das Empresas no Brasil**. Coleção Estudos e Pesquisas. Brasília, 2013. p. 11. Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Sobrevivencia_das_empresas_no_Brasil=2013.pdf Acesso em: 08 dez 2015.

Além disso, os estudos fundados em base de dados da Secretaria da Receita Federal não permitem identificar as causas de mortalidade das empresas, nem diferenciar as microempresas e empresas de pequeno porte das empresas de médio e grande porte e, ainda, se o encerramento de uma empresa foi acompanhado da abertura de outra que aproveitou seu ativo.

As pesquisas institucionais que avaliam os fatores de mortalidade das microempresas e empresas de pequeno porte, com base em pesquisas de campo, foram realizados pelo Sebrae Nacional nos anos de 1998 e 2004. O Sebrae dos Estados de São Paulo (2008, 2010 e 2014) e Minas Gerais (2004) também apresentaram estudos sobre os fatores de mortalidade, mas sem distinguir o porte das empresas.

Diante desse quadro, o último estudo que levantou as taxas e fatores de mortalidade de micro e pequenas empresas em âmbito nacional foi o do Sebrae Nacional no ano de 2004.

Cabe destacar, que embora este estudo não reflita o atual período de crise econômico-financeira e política brasileira (2014-2016), com os impactos que esta crise vem gerando para as empresas no país, por meio dele, que é o mais recente realizado com o objetivo de levantar as taxas e fatores de mortalidade de empresas, é possível apresentar alguns fenômenos importantes que geram impacto socioeconômico para a preservação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Na pesquisa nacional realizada pelo Sebrae em 2004, "Fatores condicionantes e Taxa de mortalidade de empresas no Brasil", foram apresentadas taxas de natalidade e mortalidade das empresas brasileiras constituídas em 2000, 2001 e 2002, sendo possível apurar os índices relacionados às pequenas empresas, pelo critério de número de empregados, bem como, foram apresentados os fatores de sucesso e causa de fechamento das empresas.

Constatou-se neste estudo que a taxa de mortalidade das empresas constituídas há dois anos era de 49,4%, das empresas com três anos era de 56,4% e das empresas com quatro anos de existência, 59,9%. Da totalidade dessas

empresas 96% eram microempresas³¹⁹, 3% empresas de pequeno porte e 1% empresas de médio e grande porte³²⁰.

Além das taxas de mortalidade das empresas, a pesquisa apresentou os fatores que podem contribuir para a sua redução. Esses fatores foram agrupados com base em três características comuns: habilidades gerenciais, capacidade empreendedora e logística operacional³²¹.

As habilidades gerenciais indicam a necessidade de preparação e de conhecimento do mercado que atua e a competência para conduzir de forma adequada o negócio. Capacidade empreendedora busca ressaltar a criatividade do empresário, o aproveitamento de oportunidades de negócio, a habilidade de liderança e de assumir riscos. A logística empresarial reflete a técnica do empresário em utilizar de forma mais eficiente os fatores de produção, possibilitando a sustentação e o crescimento da atividade empresarial³²².

Por fim, no levantamento de dados sobre as causas do fechamento de empresas, foram entrevistados empresários que encerraram suas atividades chegando-se a quatro grupos de atributos de acordo com as características comuns que apresentavam. O principal grupo de fatores que gerou o fracasso de empresas está relacionado às falhas gerenciais na condução dos negócios, como a falta de capital de giro, os problemas financeiros, o ponto inadequado e a falta de conhecimentos gerenciais. Em segundo lugar, prevalecem as causas econômicas conjunturais, como a escassez de clientes, os maus pagadores e a recessão econômica no país. Em terceiro lugar, a logística operacional com instalações inadequadas e falta de mão de obra qualificada. Por fim, em quarto lugar, os fatores relacionados a políticas públicas e o arcabouço legal, como a falta de crédito bancário, os problemas com a fiscalização e a carga tributária elevada³²³.

³¹⁹ Para esta pesquisa, microempresa é aquela que possui até 19 empregados na indústria e 09 no comércio e serviços, e pequena empresa a que possui de 20 a 99 empregados na indústria e de 10 a 49 empregados no comércio e serviços.

³²⁰ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Fatores condicionantes e taxa de mortalidade de empresas no Brasil**. Brasília: Sebrae, 2004, p. 20.

³²¹ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Fatores condicionantes e taxa de mortalidade de empresas no Brasil**. Brasília: Sebrae, 2004, p. 15.

³²² ROCHA, Marcelo. **Micro e Pequenas Empresas: o desafio de sobreviver**. Rio de Janeiro: Bookmarkers, 2012, p. 48-49.

³²³ BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Fatores condicionantes e taxa de mortalidade de empresas no Brasil**. Brasília: Sebrae, 2004, p.15.

O estudo publicado pelo Sebrae-SP³²⁴ em 2010, teve por objeto calcular a taxa de mortalidade das empresas, bem como, identificar os principais fatores que contribuíram para o encerramento das empresas. Trata-se de um estudo não somente quantitativo, mas também qualitativo que utilizou como metodologia a análise de banco de dados da Junta Comercial de São Paulo e da SRF, visitas às empresas, à residência dos proprietários, vizinhos e contabilistas para realização de entrevistas e levantamento de informações.

O rastreamento foi realizado de outubro de 2008 a maio de 2009, de uma amostra de três mil empresas abertas de 2003 a 2007. Embora a pesquisa não tenha se restringido às micro e pequenas empresas, estas foram amplamente representadas no Estado de São Paulo, o que se pode verificar pelo perfil das empresas entrevistadas que apresentaram uma média ocupação de mão de obra de 4 a 6 pessoas³²⁵.

O primeiro elemento destacado por este estudo é a taxa de mortalidade, que no período de rastreamento realizado de outubro de 2008 a maio de 2009, os dados obtidos foram os seguintes: a) as empresas com um ano de atividade apresentaram taxa de 27%; b) as empresas com dois anos de atividade apontaram taxa de 37%; c) as empresas com três anos de atividade indicaram taxa de 46%; d) as empresas com quatro anos de atividade tiveram taxa de 50%; e) as empresas com cinco anos de atividade tiveram taxa de mortalidade de 58%³²⁶.

³²⁴ Foram escolhidos os estudos realizados pela unidade do Sebrae de São Paulo, por representar o Estado com a economia mais dinâmica do país, cujos indicadores econômicos são tomados como base para o estabelecimento de políticas públicas com alcance nacional. Em termos estatísticos, segundo o Departamento de Registro Empresarial e Integração, de janeiro a outubro de 2015, de todas as empresas constituídas no país, 34,37% foram criadas no Estado de São Paulo, tendo como segundo lugar Minas Gerais, com 8,48% das empresas criadas no país. (BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI). **Ranking das Juntas Comerciais segundo Movimento de Constituição, Alteração e Extinção de Empresas**. Disponível em: <http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/pasta-rank-new/ranking-das-juntas-comerciais-janeiro-a-outubro-2015.pdf>. Acesso em: 01 dez 2015).

³²⁵ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidade_e_12_anos.pdf. Acesso em 15 jul. 2016, p. 21.

³²⁶ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidade_1_2_anos.pdf. Acesso em 15 jul. 2016, p. 3.

Relativamente aos custos sociais do ano de 2008, no Estado de São Paulo, foram apurados a eliminação de 84 mil empresas, com a extinção de 348 mil ocupações. Em vista disso, além da perda financeira, há o crescimento dos índices de desemprego e da atividade informal. Também ficou estimado que 1,4 bilhão de reais de poupança pessoal deixaram de ser investidos em atividade econômica e houve a eliminação de 18,2 bilhões de reais em faturamento, representando uma perda financeira total de 19,6 bilhões de reais³²⁷.

Para as empresas recém-criadas, em seu primeiro ano de funcionamento, a principal dificuldade enfrentada por 29% dos empresários entrevistados foi a falta de clientes. Segundo esses empresários, não ter uma marca reconhecida que fizesse com que os clientes buscassem a empresa no momento da aquisição de produtos e serviços e não ter promovido o marketing da empresa comprometeu o faturamento no primeiro ano de atividade³²⁸. Em seguida, a falta de capital com a percepção da necessidade de mais recursos que os disponíveis para manter um capital de giro satisfatório para adimplir as despesas operacionais e as dificuldades de obtenção de financiamento, foi suscitado por 21% dos entrevistados³²⁹. Em terceiro lugar, os problemas com administração e falta de planejamento do negócio foi um problema importante para 11% dos entrevistados³³⁰. Em quarto lugar, para 7% dos

³²⁷ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em:http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidad_e_12_anos.pdf. acesso em 15 jul. 2016, p. 8.

³²⁸ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em:http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidad_e_12_anos.pdf. acesso em 15 jul. 2016, p. 27-28.

³²⁹ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em:http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidad_e_12_anos.pdf. acesso em 15 jul. 2016, p. 27-29.

³³⁰ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em:http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidad_e_12_anos.pdf. acesso em 15 jul. 2016, p. 30.

empresários a burocracia enfrentada para iniciar o negócio e a alta carga tributária foram suas principais dificuldades³³¹.

Esses problemas enfrentados acabaram resultando no fechamento de diversas empresas, sendo possível a partir dos dados e da avaliação realizados pelo Sebrae chegar às principais causas de mortalidade das empresas. A principal causa do insucesso foi a falta de clientes³³², muitas vezes decorrente da falta de avaliação do mercado e da escolha inadequada do ponto empresarial, o que indica falta de planejamento inicial da empresa e acaba resultando a diminuição das vendas.

Em seguida, a escassez de capital³³³ que indica falha na condução dos negócios e descontrole de fluxo de caixa, isso devido à falta de planejamento, já que muitas vezes o pequeno empreendedor somente garante o capital necessário para iniciar o negócio, sem fazer a provisão de capital de giro para os momentos seguintes.

Em terceiro lugar, os problemas com planejamento e administração dos negócios³³⁴ deram motivo ao encerramento da empresa, posto que, o empresário precisa conhecer adequadamente o ramo de negócio que irá explorar, bem como, possuir noções de administração.

Em quarto lugar, a perda do cliente único³³⁵, um motivo exógeno que reflete o grau de dependência de alguns microempreendedores com outras empresas. Em quinto lugar, os conflitos entre os sócios³³⁶, situação bastante comum principalmente em empresas familiares. Em sexto lugar, a atividade foi encerrada por encontrar oportunidade em outro tipo de atividade econômica³³⁷. Em sétimo lugar, os elevados custos operacionais (tributos, crédito bancário, mão de obra) foram representativos para o término do negócio³³⁸. Os problemas particulares também foram indicados

³³¹ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidad_e_12_anos.pdf. acesso em 15 jul. 2016, p. 27.

³³² Dificuldade suscitada por 18% dos entrevistados.

³³³ Dificuldade suscitada por 10% dos entrevistados.

³³⁴ Dificuldade suscitada por 10% dos entrevistados.

³³⁵ Dificuldade suscitada por 9% dos entrevistados.

³³⁶ Dificuldade suscitada por 8% dos entrevistados.

³³⁷ Dificuldade suscitada por 8% dos entrevistados.

³³⁸ Dificuldade suscitada por 7% dos entrevistados.

como motivação de fechamento do negócio³³⁹. Por fim, a falta de lucro foi determinante para o encerramento das atividades³⁴⁰.

Nas entrevistas realizadas pelo Sebrae foram questionados quais fatores mais importantes interferem na sobrevivência das empresas. Dos empresários que encerraram suas atividades, 44% consideraram que um bom planejamento antes da abertura da empresa é fundamental. Outro motivo importante considerado por 21% dos empresários foi a necessidade de uma boa gestão empresarial após a abertura da empresa e durante todo seu desenvolvimento. O estabelecimento de políticas governamentais de apoio aos pequenos negócios também foi eleito como uma relevante razão de sobrevivência por 16% dos empresários entrevistados. A situação econômica do país também foi eleita como uma causa que interfere na manutenção da atividade empresarial, onde 8% dos entrevistados consideraram que a piora da situação econômica compromete a sobrevivência das empresas. Por fim, foi suscitado por 6% dos empresários que os problemas pessoais que envolvem os sócios ou o empresário acabam comprometendo a manutenção do negócio³⁴¹.

Na sequência, o estudo apresentou uma síntese das principais causas de mortalidade das empresas paulistas. A primeira causa mortis foi o comportamento empreendedor, que teve como principais recomendações a busca de informações, planejamento e monitoramento, antecipação aos fatos, estabelecimento de objetivos e metas e contato com clientes e parceiros. A segunda causa foi a deficiência no planejamento prévio quanto aos itens relacionados à sua ação no mercado: número de clientes e seus hábitos, número de concorrentes e fornecedores e suas práticas. A terceira causa foi a gestão empresarial inadequada em que diversos itens de gestão empresarial poderiam ser aperfeiçoados: investimento na capacitação dos sócios e mão de obra, atualização de tecnologia do setor, inovação de processos e procedimentos, acompanhamento da evolução de receitas e despesas e busca de novos mercados. A quarta causa foi a ausência e/ou insuficiência de políticas de apoio com a necessidade de ampliação da cobertura de ações que melhorem o

³³⁹ Dificuldade suscitada por 7% dos entrevistados.

³⁴⁰ Dificuldade suscitada por 7% dos entrevistados.

³⁴¹ SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidad_e_12_anos.pdf. Acesso em 15 jul. 2016, p. 26.

ambiente empreendedor como a realização de vendas para o governo, acesso ao crédito e acesso a inovações³⁴².

A partir dos dados apresentados pelos estudos analisados é possível reunir os principais fatores que podem desencadear a mortalidade dos pequenos negócios e com isso promover ajustes nas medidas que visem à preservação dos pequenos negócios, como o procedimento de recuperação judicial.

4.2 REGIME JURÍDICO ATUAL DE RECUPERAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE E SUAS INSUFICIÊNCIAS

As normas pátrias que regulam o tratamento jurídico diferenciado para as micro e pequenas empresas estão presentes em nosso ordenamento jurídico desde a década de 80 do século passado. Porém, nenhuma delas contou com um tratamento diferenciado e favorável destinado a sanar o processo de crise econômico-financeira que atingisse esses pequenos negócios até o advento da Lei n. 11.101/2005.

A compreensão jurídica do plano especial de recuperação destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, requer uma análise, ainda que breve, do procedimento ordinário de recuperação de empresas em função dos elementos de conexão com o plano especial.

4.2.1 A Recuperação Judicial de Empresas: aspectos procedimentais

O princípio diretriz da preservação de empresa sintetiza a filosofia do atual regime de insolvência empresarial brasileiro. Este princípio deve embasar a interpretação e aplicação das normas contidas na Lei n. 11.101/2005, especialmente no processo de recuperação judicial.

O art. 47 da Lei n. 11.101/2005 além de reconhecer os princípios que devem nortear o procedimento de recuperação judicial, define seu principal objetivo: sanear

³⁴² SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas**. São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidad e_12_anos.pdf. acesso em 15 jul. 2016 , p. 41.

a crise econômico-financeira do empresário ou da sociedade empresária. Dessa forma, deve-se buscar solucionar a situação que gera dificuldade para a manutenção da atividade, a fim de preservar os negócios sociais, a manutenção dos empregos e satisfazer os interesses dos credores³⁴³.

Nesta seção será apresentada, de forma breve, uma revisão das etapas do processo de recuperação judicial em sua forma mais complexa – a ordinária – que será tomado por base para o tratamento do plano especial de recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte.

4.2.1.1 *Legitimação*

A recuperação judicial somente poderá ser proposta pelo devedor empresário³⁴⁴. O legislador pátrio não autorizou que outros sujeitos pudessem requerer a recuperação, como ocorre em algumas legislações estrangeiras a exemplo da França³⁴⁵ e de Portugal³⁴⁶.

Em situações especiais, a recuperação pode ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros e inventariante no caso de empresário individual que venha falecer e, em caso de dissolução de sociedade, pelo sócio remanescente.

Além disso, cabe destacar que algumas empresas foram excluídas e não estão legitimadas a propor ação de recuperação judicial: as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as entidades de previdência complementar, as instituições financeiras públicas ou privadas, as cooperativas de crédito, os consórcios, as sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, as

³⁴³ FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 235.

³⁴⁴ Compreende-se como empresário o empresário individual e a sociedade empresária, ambos definidos como aqueles que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e de serviços (CC, art. 966).

³⁴⁵ No direito francês a recuperação pode ser proposta pelo devedor, seus credores ou pelo procurador da república. Cf. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté**. 9. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 611.

³⁴⁶ Em Portugal a legitimidade para apresentar o pedido de insolvência recai sobre o devedor, os sócios de responsabilidade ilimitada, qualquer credor e o Ministério Público. Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.135.

sociedades seguradoras, as sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas a estas³⁴⁷.

4.2.1.2 Órgãos no processo de recuperação

São órgãos que participam da recuperação: o administrador judicial, a assembleia de credores e, facultativamente, o comitê de credores.

Na recuperação judicial, o administrador judicial exerce função precipuamente fiscalizatória. Ricardo Negrão organiza e sintetiza as suas principais atribuições nos seguintes atos: a) elaboração e apresentação de relatórios: a.1) o mensal das atividades do devedor³⁴⁸; a.2) o sobre a execução do plano de recuperação³⁴⁹; e a.3) o de prestação de contas³⁵⁰; b) direção da primeira etapa do procedimento de verificação dos créditos; c) fiscalização das atividades do devedor e do cumprimento do plano de recuperação judicial³⁵¹; d) gestão na contratação de profissionais ou empresas especializadas para auxiliá-lo³⁵² e na administração da empresa devedora enquanto a assembleia geral não deliberar sobre a escolha do gestor (art. 65, §1º); e) presidência da assembleia geral de credores³⁵³ e exercício das funções do comitê de credores, quando este não for constituído³⁵⁴; f) processuais, requerendo a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação³⁵⁵, assinando termo de compromisso³⁵⁶ e manifestando-se sobre a alienação do ativo³⁵⁷⁻³⁵⁸.

³⁴⁷ Cf. art. 2º da Lei 11.101/2005:

³⁴⁸ Lei n. 11.101/2005, art. 22, II.

³⁴⁹ Lei n. 11.101/2005, art. 22, II, d.

³⁵⁰ Lei n. 11.101/2005, art. 23.

³⁵¹ Lei n. 11.101/2005, art. 22, I, d e art. 22, II, a.

³⁵² Lei n. 11.101/2005, art. 22, I, h.

³⁵³ Lei n. 11.101/2005, art. 37.

³⁵⁴ Lei n. 11.101/2005, art. 28.

³⁵⁵ Lei n. 11.101/2005, art. 22, II, b.

³⁵⁶ Lei n. 11.101/2005, art. 33.

³⁵⁷ Lei n. 11.101/2005, art. 60 e 142.

³⁵⁸ NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118-119.

Ricardo Negrão define o comitê de credores como um “órgão colegiado e eleito pela assembleia geral de credores, com atribuições consultivas e fiscalizatórias”³⁵⁹. É composto por quatro membros³⁶⁰ com dois suplentes cada, sendo: um representante indicado pela classe de credores trabalhistas; um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais; um representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais e; um representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte³⁶¹.

Sua constituição é facultativa, mas ao ser constituído pelos credores na recuperação judicial, tem por escopo primordial a fiscalização das atividades do administrador judicial e do exercício da empresa pelo devedor, o acompanhamento do processo e a proteção dos interesses gerais de seus representados.

A assembleia de credores será tratada em subseção específica a seguir.

4.2.1.3 *Procedimento*

O procedimento da recuperação judicial pode ser dividido em três etapas. A primeira etapa possui caráter eminentemente postulatório e é iniciada com a protocolização do pedido de recuperação pelo empresário devedor e se finaliza com a decisão que defere ou indefere o processamento da recuperação.

A segunda etapa é destinada à deliberação acerca do plano de recuperação, tem início com a publicação que defere o processamento da recuperação e termina com a decisão que concede a recuperação ou convola o processo em falência.

A última fase é aquela em que se verifica a execução do plano de recuperação com o cumprimento de todas as obrigações previstas que vencerem até dois anos depois da concessão do benefício.

³⁵⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**: Recuperação de empresa e falência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

³⁶⁰ Se faltar a indicação de representante por quaisquer das classes a constituição do comitê não será prejudicada, sendo possível seu funcionamento com três membros (art. 26, § 1º).

³⁶¹ Art. 26, Lei n. 11.101/2005.

4.2.1.4 Postulação

Na etapa inicial, a apresentação do pedido de recuperação pressupõe a verificação de alguns requisitos. Jorge Lobo³⁶² classifica os requisitos em substanciais e formais. Os requisitos substanciais estão elencados no art. 48 e incisos e devem ser atendidos cumulativamente. Os requisitos formais da ação de recuperação estão elencados no art. 51, inciso I a IX e art. 53.

Dessa forma, a petição inicial deve ser instruída com a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira (art. 51, I) e com a relação de documentos discriminados nos incisos II a IX do art. 51. Jorge Lobo³⁶³ aconselha que a elaboração das razões da crise fique a cargo de profissional ou empresa de consultoria especializada no ramo de atividade do devedor, pois as medidas previstas no plano irão depender desse diagnóstico e da demonstração da viabilidade econômica.

No que diz respeito à relação de documentos especificados no art. 51, serão feitas algumas considerações. A informação acerca das causas da crise econômico-financeira deve ser complementada com as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais compostas pelo balanço patrimonial, pela demonstração de resultados acumulados, pela demonstração do resultado desde o último exercício social e pelo relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção (art. 51, II), que permitirão apreciar o desenvolvimento da atividade nos últimos anos e a situação atual³⁶⁴.

Ainda para a compreensão mais precisa dos motivos que geraram a crise do devedor e as chances de ser solucionada, exige-se do devedor a apresentação dos seguintes documentos: a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o

³⁶² LOBO, Jorge. Recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180.

³⁶³ LOBO, Jorge. Recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 198.

³⁶⁴ As micro e pequenas empresas estão facultadas a apresentar a escrituração simplificada (art. 52, §2º), situação que será detalhada na seção destinada ao plano especial.

regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente (art. 51, III); a relação integral dos empregados, com suas respectivas funções e todas as parcelas a que têm direito (art. 51, IV); os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras (art. 51, VII); certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial (art. 51, VIII) e; a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados (art. 51, IX).

Para completar a instrução da petição inicial, o devedor deverá apresentar plano de recuperação, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência. Cabe destacar aqui, que nada obsta a apresentação do plano juntamente a petição inicial.

Com a protocolização da petição inicial, o juízo, após verificar a presença dos requisitos³⁶⁵ e dos documentos especificados no art. 51, deferirá o processamento da recuperação³⁶⁶, nos termos do art. 52, e nomeará o administrador judicial.

Diversos efeitos decorrem dessa decisão, dos quais se pode destacar: a) dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 52, II); b) suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, inclusive aquelas dos credores particulares dos sócios solidários, até o prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento³⁶⁷ (art. 52, III); c) obrigação do devedor de comunicar a suspensão das

³⁶⁵ Na análise dos requisitos, considerando que o CPC aplica-se subsidiariamente aos processos regulados pela Lei 11.101/2005, deverão ser observados além dos requisitos específicos do art. 48 e 51, os gerais da petição inicial contidos no art. 319 do atual CPC.

³⁶⁶ Caso não estejam presentes os requisitos ou documentos exigidos para o processamento da recuperação o juiz determinará intimação para que o autor emende a inicial ou a instrua com os documentos essenciais que faltarem sob pena de indeferimento da petição inicial (parágrafo único do art. 312 do CPC/2015), sendo vedado ao juiz decretar de ofício a quebra do empresário.

³⁶⁷ Não ficam sujeitas à suspensão e prosseguirão nos juízos de origem: a) as ações que demandarem quantia ilíquida (art. 6º, § 1º); b) as ações de natureza trabalhista (art. 6º, § 2º); c) as execuções de natureza fiscal (art. 6º, § 7º); d) as ações ajuizadas por proprietário fiduciário de

ações e execuções aos juízos competentes (art. 52, §3º); d) obrigação do devedor de apresentar as contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores (art. 52, IV); e) proibição do devedor de desistir do pedido, salvo se obtiver aprovação na assembleia-geral de credores (art. 52, § 4º); e f) expedição de edital convocatório dos credores contendo advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos e para que apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor (art. 52, §1º).

4.2.1.5 Verificação dos créditos

Segundo Paulo de Carvalho Balbino³⁶⁸, a verificação dos créditos é o procedimento em que o administrador judicial diligencia a apuração e classificação dos créditos que deverão ser lançados no quadro geral de credores com o objetivo de definir o passivo total dos créditos sujeitos à recuperação judicial. É um procedimento que compreende a habilitação, a impugnação, a consolidação do quadro-geral de credores e eventual retificação e rescisão de créditos.

A fase administrativa da verificação se inicia com a apresentação pelo devedor, junto com a petição inicial, da relação nominal completa de seus credores, com a discriminação do valor atualizado e classificação de cada crédito. Na decisão que determinar o processamento da recuperação, o juiz ordenará a publicação dessa relação em edital convocando os credores, que terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados³⁶⁹.

bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (art. 49, §3º); e) e as ação para reaver importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do [art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965](#) (art. 49, §4º, c/c art. 86, II da lei 11.101/2005).

³⁶⁸ BALBINO, Paulo de Carvalho. Arts. 7º a 10. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 118.

³⁶⁹ Art. 7º, § 1º, Lei n. 11.101 de 2005.

O administrador judicial procederá à verificação dos créditos³⁷⁰, com base nos documentos apresentados pelos credores e nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor³⁷¹, analisando cada uma das habilitações e divergências. O prazo para proceder a esta análise será de quarenta e cinco dias a contar do encerramento do prazo para as habilitações, ao final do qual, deverá ser publicado novo edital com a relação dos credores atualizada e a indicação do local, horário e prazo comum que os interessados³⁷² terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação³⁷³.

Com a publicação dessa segunda relação de credores, terão os interessados³⁷⁴ o prazo de dez dias para apresentar impugnações³⁷⁵ apontando como matéria a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se quanto à legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado. Não havendo impugnações, a relação já publicada será homologada como quadro geral de credores.

Na hipótese de apresentação de impugnações, se inicia a fase judicial da verificação e o magistrado determinará o processamento, intimando o credor impugnado para contestar em cinco dias, em seguida será aberto prazo para o devedor, o comitê de credores e o administrador judicial se manifestarem. Desse modo, o magistrado poderá julgar antecipadamente as impugnações que entender esclarecidas pelas alegações e documentos presentes nos autos, ou poderá fixar os aspectos controvertidos, determinar as provas a serem produzidas e, se necessário, designar audiência de instrução para então sentenciar a impugnação³⁷⁶.

O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro geral de credores, com base na relação de credores e nas decisões proferidas das impugnações oferecidas.

³⁷⁰ O administrador judicial pode contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas, principalmente nos processos de maior complexidade.

³⁷¹ Art. 7º, Lei n. 11.101 de 2005.

³⁷² São aqueles relacionados no art. 8º da Lei 11.101 de 2005.

³⁷³ Art. 7º, § 2º, Lei 11.101 de 2005.

³⁷⁴ Somente são legitimados a apresentar impugnação os credores, o devedor e seus sócios, o comitê de credores e o Ministério Público (art. 8º).

³⁷⁵ Cada impugnação será processada em apartado, contudo, terão uma só autuação as diversas impugnações que versarem sobre o mesmo crédito (art. 8º, parágrafo único, Lei 11.101/2005).

³⁷⁶ Cf. arts. 14 e 15 da Lei n. 11.101/2005.

4.2.1.6 Plano de recuperação

O plano de recuperação deve ter como objetivo principal a superação da crise econômico-financeira do devedor e apresentar, de forma transparente, os meios de recuperação a serem empregados. Ele possibilitará aos credores uma compreensão a respeito da extensão do estado de crise e a forma pela qual pretende conduzi-los a colaborar com a recuperação.

A apresentação do plano deve ocorrer no prazo de sessenta dias a contar da publicação da decisão que deferir o processamento e deve conter, além da discriminação dos meios de recuperação, a demonstração da viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro de avaliação dos ativos subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada³⁷⁷.

Os meios de recuperação apresentados no plano pelo devedor devem ser direcionados a promover a reestruturação do estabelecimento, do conjunto de colaboradores e dos contratos firmados para permitir a continuação da empresa.

Dentro do rol estabelecido pelo art. 50 da LRF, é possível classificar os meios de recuperação seguindo alguns critérios. Neste sentido, será utilizada a sistematização proposta por Jorge Lobo, que organiza os meios de acordo com os seguintes grupos: reestruturação do poder de controle; reestruturação societária; reestruturação financeira; reestruturação econômica; reestruturação administrativa; e reestruturação complexa ou mista³⁷⁸.

As medidas de reestruturação do poder de controle e societária têm o objetivo de reorganizar a atividade empresarial para seu melhor desempenho por meio de mudanças na estrutura e alterações na titularidade do controle da sociedade. São elas: cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente (art. 50, II); alteração do controle societário (art. 50, III); concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto

³⁷⁷ Art. 53 da Lei 11.101/2005.

³⁷⁸ LOBO, Jorge. Recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190.

em relação às matérias que o plano especificar (art. 50, V); constituição de sociedade de credores (art. 50, X); usufruto da empresa (art. 50, XIII).

As medidas de reestruturação financeira são as mais comuns e normalmente previstas nos planos de recuperação. Visam ajustar suas obrigações com os credores, viabilizando o cumprimento destas e a continuação da empresa. Destacam-se as seguintes: a dilação de prazos e a remissão total ou parcial de dívidas; (art. 50, I); o aumento do capital social (art. 50, VI) e a emissão de valores mobiliários (art. 50, XV) como forma de captação de recursos; a constituição de sociedade de credores (art. 50, X) que integralizarão o capital social por meio de créditos em face do devedor; as dações em pagamento e novação de dívidas com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro (art. 50, IX); a redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva (art. 50, VIII); a equalização ou uniformização de encargos financeiros de empréstimos, de financiamentos, de contratos de fornecimento de execução diferida, inclusive os de crédito rural (art. 50, XII), sem prejuízo das garantias e privilégios assegurados aos credores por legislação especial.

A reestruturação econômica tem o objetivo de possibilitar o acesso a novos recursos mediante a alienação de bens que pertencem ao devedor e até mesmo a transferência da atividade, ainda que temporariamente. Com essas medidas, o devedor reduz seu patrimônio para obter recursos a fim de satisfazer suas obrigações e continuar suas atividades. As medidas mais comuns são: a cessão de cotas ou ações (art. 50, II); o trespasse ou o arrendamento de estabelecimento para terceiros, credores ou não, inclusive para sociedade constituída pelos empregados (art. 50, VII); a alienação de bens que não estejam diretamente relacionados à atividade-fim do empresário (art. 50, XI) e a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, como forma de dação em pagamento, os bens do ativo do devedor (art. 50, XVI).

A reestruturação administrativa relaciona-se à gestão dos negócios do devedor. Poderá ser uma forma de redução de custos e conflitos na sociedade e ainda contribuir na celeridade das deliberações. Estas medidas deverão ter o cunho de conferir credibilidade dos atos de gestão junto aos credores, priorizando um gerenciamento profissional. Destacam-se neste rol: a substituição de administradores ou modificação dos órgãos administrativos (art. 50, IV); a

administração compartilhada (art. 50, XIV) com integrantes de diversas categorias como sócios, credores e empregados, de reconhecida idoneidade moral e competência profissional; a modificação de contratos de trabalho (art. 50, VIII) mediante a redução de jornada de trabalho com redução de salários, concessão de férias coletivas, e outras medidas que possibilitem a redução de custos.

A reestruturação complexa se realiza com a conjunção de vários meios de reestruturação propostos com base no plano de viabilidade econômico financeira da empresa.

A Lei n. 11.101/2005 estabelece algumas restrições que devem ser observadas no que concerne aos créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho. O plano deverá prever que os créditos trabalhistas reconhecidos pelo devedor na relação integral dos empregados e os decorrentes de acidente de trabalho confessados pelo devedor ou tornados líquidos no juízo competente, vencidos até a data do ajuizamento da ação, serão pagos no prazo máximo de um ano, a contar da concessão da recuperação³⁷⁹.

Uma vez apresentado o plano, deverá ser publicado edital dando conhecimento aos credores para que, caso desejem, apresentem eventuais objeções. As objeções devem ser apresentadas no prazo de trinta dias contados da publicação da relação de credores apresentada pelo administrador judicial, após o prazo regular para as habilitações. Caso na data da publicação dessa relação ainda não tenha sido publicado o aviso convocatório dos credores, o prazo de trinta dias será contado a partir da publicação do aviso noticiando a entrega do plano em juízo³⁸⁰.

Se houver objeção de qualquer credor ao plano de recuperação, o magistrado deverá convocar assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano.

4.2.1.7 Assembleia de credores

A assembleia de credores é um órgão deliberativo composto por todos os credores do devedor que estiverem admitidos provisória ou definitivamente no

³⁷⁹ Art. 54 da Lei n. 11.101/2005.

³⁸⁰ Art. 55, parágrafo único da Lei 11.101/2005.

quadro geral de credores³⁸¹. Na recuperação judicial, a assembleia geral de credores possui as seguintes atribuições definidas por lei: aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; constituição do comitê de credores, escolha de seus membros e sua substituição; deliberação sobre o pedido de desistência do devedor; escolha do nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; e qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores³⁸².

A composição da assembleia geral contará com representantes das seguintes classes de credores: titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; titulares de créditos com garantia real; titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte³⁸³.

Para a aprovação do plano exige-se que cumulativamente: a) que a proposta alcance votos favoráveis de credores detentores de mais da metade dos créditos presentes à assembleia; e b) que o plano seja aprovado por todas as classes de credores, sendo que nas classes dos credores titulares de créditos com garantia real, quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes e nas classes dos credores titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho e de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito³⁸⁴.

³⁸¹ NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

³⁸² Art. 35 da Lei 11.101/2005.

³⁸³ Art. 41 da Lei n. 11.101/2005.

³⁸⁴ Art. 45 da Lei n. 11.101/2005.

4.2.1.8 Concessão da recuperação

A concessão da recuperação depende do cumprimento das exigências estabelecidas na Lei 11.101/2005, desde a propositura do pedido, quais sejam: a) haver provado ter legitimidade ativa *ad causam*; b) ter preenchido os requisitos substanciais exigidos no art. 48; c) ter instruído a petição inicial em consonância com o art. 51; d) ter apresentado no prazo legal o plano de recuperação em consonância com o art. 53; e) prever o plano o pagamento dos credores trabalhistas nas condições do art. 54; f) não ter sido impugnado o plano por qualquer credor ou ter sido rejeitada objeção por aprovação em assembleia geral de credores; e g) ter juntado aos autos certidões negativas de débitos tributários.

Caso não seja obtido o quórum de aprovação em assembleia geral, o juiz poderá conceder a recuperação judicial desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: a) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; b) a aprovação de duas das classes de credores ou de apenas uma, caso haja somente duas classes com credores votantes; e c) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores.

A sentença concessiva da recuperação tem natureza constitutiva, pois implicará novação dos créditos anteriores ao pedido, além de constituir título executivo judicial. Contra esta sentença cabe interposição de recurso de agravo de instrumento, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público³⁸⁵.

4.2.2 O Plano Especial de Recuperação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte: aspectos materiais e processuais

A Lei n. 11.101/2005 destinou a Seção V, do Capítulo III que trata da recuperação judicial, para regular a um procedimento especial destinado exclusivamente para microempresas e empresas de pequeno porte que estejam em situação de crise.

³⁸⁵ Art. 59 da lei 11.101/2005.

Cassio Cavalli argumenta que o fundamento habitualmente apresentado para a disciplina do plano especial de recuperação é a necessidade de as empresas de menor porte merecerem tratamento simplificado e diferenciado em relação ao conferido às empresas de maior porte por possuírem, presumivelmente, um reduzido passivo e ativo, o que não justificaria a aplicação de um procedimento complexo e mais oneroso³⁸⁶.

Nesta subseção, serão tratados os aspectos materiais e processuais do procedimento, incluindo as alterações que foram promovidas pela Lei Complementar n. 147 de 17.08.2014.

A recuperação especial encontra-se regulada nos artigos 70 a 72 da LRF. Porém, em função omissões relacionadas ao processamento desse plano especial, diversos dispositivos que regulam a recuperação judicial comum acabam sendo aplicados de forma supletiva³⁸⁷.

4.2.2.1 Legitimação

Pela redação do art. 70 da Lei 11.101/2005³⁸⁸, as pessoas físicas ou jurídicas que se incluam nos conceitos de microempresa e empresa de pequeno porte³⁸⁹ e

³⁸⁶ CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p.282.

³⁸⁷ Fabio Ulhoa Coelho considera que as normas estabelecidas para a recuperação judicial das empresas de médio ou grande porte aplicam-se ao procedimento das micro e pequenas empresas, quando não colidirem com as normas específicas do procedimento especial (COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184).

³⁸⁸ Lei n. 11.101/2005, Art. 70. As pessoas de que trata o art. 1º desta Lei e que se incluam nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo.

§ 1º As microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51 desta Lei.

³⁸⁹ Os conceitos de microempresa e empresa de pequeno porte já foram detalhados na subseção 2.1 supra. Gilberto Giasante chama a atenção para a comprovação do enquadramento da empresa como microempresa e empresa de pequeno porte nos moldes da Lei Complementar 123/2006. Destaca a necessidade de comprovar a partir da apresentação do faturamento dos últimos doze meses. (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.293).

que sejam empresárias, podem propor ação de recuperação judicial pelo plano especial, desde que deixem evidente no pedido, a opção por este regime³⁹⁰.

Manoel Justino Ferreira Filho³⁹¹ desaconselha o uso do procedimento previsto para a recuperação judicial ordinária em função de sua complexidade, mas ressalta que não há qualquer impedimento legal para a micro e pequena empresa fazer essa opção.

O micro e pequeno empresário deverão comprovar, documentalmente, o enquadramento no regime legal diferenciado previsto na Lei Complementar n. 123/2006, bem como, o cumprimento cumulativo de todos os requisitos substanciais elencados no art. 48 da Lei n. 11.101/2005, quais sejam: a) o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos; b) não ser falido no momento do pedido e, se o foi, estejam declaradas extintas as obrigações daí decorrentes; c) não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial ordinária ou com base no plano especial; d) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes falimentares³⁹².

Cabe destacar que até a promulgação da Lei n. 147/2014, a antiga redação do art. 48, inciso III, da Lei 11.101/2005 previa a proibição de pedir recuperação judicial nos oito anos subsequentes à concessão de recuperação pelo plano especial. Esta proibição foi justificada à época pela possibilidade de utilização abusiva do procedimento, como se pode verificar de trecho extraído do relatório do Senador Ramez Tebet:

Por não passar pelo crivo da assembleia geral de credores – que pode, além de analisar a viabilidade do plano, levar em consideração a boa-fé e a seriedade com que o devedor trata suas obrigações -, a recuperação judicial com base no plano especial que propomos precisa estar sujeita a limitações e requisitos mais rigorosos, a fim de evitar o abuso pelos devedores. Por isso é que se prevê forma mais rígida e prazo de oito anos entre uma concessão e a seguinte. Se não houvesse essa previsão, as empresas poderiam, nos termos do art. 47, II, independentemente da concordância dos credores e com o pálio da lei, passar três anos e meio em recuperação judicial e somente um ano e meio em atividade regular, até pedir nova

³⁹⁰ Na subseção 4.2.1.1 foram indicadas as hipóteses de legitimação extraordinária e as empresas que estão excluídas da possibilidade de requerer a recuperação.

³⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 216.

³⁹² Os itens b, c e d, supra deverão ser comprovados mediante certidões do distribuidor judicial federal e estadual do local onde estiver sediada a empresa, bem como certidões de execuções fiscais federais, estaduais e municipais e as certidões do distribuidor criminal dos sócios ou administradores da recuperanda.

recuperação, em um círculo vicioso nocivo ao processo econômico, agredindo o interesse social por meio do uso oportunista contumaz de um remédio extremo³⁹³.

Tal posicionamento do legislador, além de contrariar frontalmente o mandamento constitucional de se estabelecer um tratamento favorecido e diferenciado às micro e pequenas empresas, também revelava um mecanismo ineficaz de evitar o abuso de direito do empresário na utilização do procedimento especial de recuperação.

4.2.2.2 Postulação

A petição inicial da recuperação especial não vem disciplinada na seção a ela dirigida e, segundo parcela relevante da doutrina³⁹⁴, deve seguir os requisitos formais gerais contidos no art. 51 da Lei n. 11.101/2005.

O primeiro requisito a ser cumprido é a exposição da situação patrimonial e as causas concretas da crise econômico-financeira. O cumprimento desse requisito direciona o devedor a uma atuação de total transparência com os seus credores, trata-se de um claro reflexo do princípio da boa-fé objetiva e demonstração de um comportamento ético na busca de soluções para superar a crise.

Neste ponto, o empresário deve abster-se de apresentar alegações genéricas³⁹⁵ das dificuldades atuais e corriqueiras que todos os empresários, inclusive os de pequeno porte, enfrentam ao exercer atividade econômica no país, e deverá apontar precisamente os fatores que levaram ao desequilíbrio econômico-financeiro, pois o diagnóstico destes será fundamental para verificar a viabilidade de superação da crise e será o primeiro caminho na busca de corrigi-los ou evitá-los.

Por mais que as causas gerais que ocasionam dificuldades para empreender no Brasil, contribuam para a deflagração de crises empresariais, sempre haverá algum ou alguns fatores específicos que foram determinantes para a deflagração de problemas econômicos e de liquidez na empresa.

³⁹³ TEBET, Ramez. Relatório do Senador Ramez Tebet. In: MACHADO, Rubens Approbato. (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Doutrina e Prática. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.400.

³⁹⁴ Representada por Fabio Ulhoa Coelho, Tony Luiz Ramos, Luciana Di Marzo Trezza.

³⁹⁵ Destacam-se como alegações genéricas: alta carga tributária no país, elevado custo de encargos trabalhistas, concorrência e globalização, recessão econômica brasileira, dentre outras.

A título de exemplificação, apontam-se os seguintes motivos concretos desencadeadores de crise econômico-financeira: inadimplência importante de credores; investimento mal sucedido, pouco ou inexistente capital de giro aliado com a dificuldade de obter crédito; obtenção de recursos a juros elevados; pagamento de indenizações; falência ou insolvência do principal cliente; redução significativa de demanda pelos produtos ou serviços oferecidos.

Na sequência, o empresário deverá apresentar: as informações e a documentação exigida nos incisos II a IX do art. 51 da Lei nº 11.101/2005, que serão analisadas a seguir.

O segundo inciso do art. 51 da LRF exige a apresentação das demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido³⁹⁶, 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. Contudo, a apresentação dos livros e da escrituração contábil, poderá ser da forma simplificada, conforme estabelecido na Lei Complementar n. 123/2006³⁹⁷.

O art. 27 da Lei Complementar n. 123/2006 estabelece que 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 do Simples Nacional³⁹⁸.

A Resolução n. 94 de 29.11.2011 do Comitê Gestor do Simples Nacional, estabelece como obrigação acessória, a adoção dos seguintes livros para os registros e controles de operações e prestações das micro e pequenas empresas: a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a movimentação financeira e bancária; b) Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os

³⁹⁶ As demonstrações contábeis deverão ser assinadas pelo empresário ou pelos sócios com poderes de representação e pelo contador responsável pela elaboração.

³⁹⁷ Art. 51, §2º, da Lei 11.101/2005.

³⁹⁸ O Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, é composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários.

estoques existentes no término de cada ano-calendário, quando contribuinte do ICMS; c) Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS; d) Livro Registro dos Serviços Prestados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços prestados sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS; e) Livro Registro de Serviços Tomados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços tomados sujeitos ao ISS; e f) Livro de Registro de Entrada e Saída de Selo de Controle, caso exigível pela legislação do IPI.

Em relação à escrituração contábil obrigatória exigida pela legislação civil³⁹⁹, admite-se que seja feita de forma simplificada para os registros e controles das operações realizadas, atendendo-se às disposições previstas no Código Civil e nas Normas Brasileiras de Contabilidade editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade⁴⁰⁰.

Gilberto Giasante destaca que a apresentação do relatório gerencial de fluxo de caixa deve considerar as medidas reguladas no plano de recuperação, que possui seus termos e condições estabelecidos na legislação, o que admite sua projeção para 42 meses (seis meses de carência mais trinta e seis meses de pagamento se esse for o prazo proposto), demonstrando ter a empresa geração de caixa bastante para o pagamento dos credores e manutenção da atividade econômica⁴⁰¹.

Quando ao microempreendedor individual, este está dispensado de qualquer escrituração de acordo com art. 1179, § 2º do Código Civil e art. 65, parágrafo único da Resolução n. 94/2011 do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Sendo assim, essas peculiaridades relativas à escrituração contábil e fiscal simplificadas devem ser devidamente detalhadas na petição inicial, com a

³⁹⁹ O Código Civil, em seu art. 1.180 exige o diário como livro obrigatório, onde também devem ser lançados o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico.

⁴⁰⁰ Resolução n. 94 do CGSN, art. 65.

⁴⁰¹ 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.299.

especificação dos dispositivos legais pertinentes, para evitar o indeferimento do pedido.

Contudo, deve-se ressaltar que embora a legislação, visando beneficiar os micro e pequenos negócios, admita a dispensa ou a simplificação da escrituração, essa benesse não é considerada favorável à propositura da recuperação judicial, pois esses documentos são indicadores que demonstram a situação econômico-financeira da empresa e é através deles que se demonstrará a credibilidade do plano de recuperação e que as alegações do empresário sobre sua situação de crise são verdadeiras.

O terceiro inciso do art. 51 da LRF determina a apresentação da relação nominal completa dos credores, por categoria. Esta relação deve conter a indicação do endereço de cada credor, a natureza e classificação, o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente⁴⁰². Este documento é fundamental, pois inaugurará o procedimento de verificação e habilitação de créditos submetidos à recuperação. Deverá ser assinado pelo empresário ou pelos sócios com poderes de representação e pelo contador que elaborou a lista.

O devedor deve elaborar esta lista de forma organizada, com a indicação do endereço completo para que o administrador judicial possa enviar correspondência comunicando a data do pedido de recuperação judicial, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito. Deverá dispor ainda, em ordem de natureza de crédito (trabalhista, garantia real, quirografário, com privilégio especial, com privilégio geral, subordinado e enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte), para que se tenha uma clareza de como estão formadas as classes de credores e qual a representatividade de cada uma.

Também é necessária a informação da origem do crédito, indicando o título e o tipo de operação que o gerou (prestação de serviços, aquisição de mercadorias, empréstimos, indenizações e outros) e como o documento comprobatório encontra-se referido nos registros contábeis do devedor. Deve-se destacar que a data de

⁴⁰² O enunciado n. 78 da 2ª Jornada de Direito Comercial prevê que o pedido de recuperação deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, inclusive os não sujeitos à recuperação e os fiscais, para que se tenha um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor.

corde para a inclusão dos créditos é a data da propositura do pedido, não importando se a operação encontra-se vencida ou não, e sim a data de emissão do documento comprobatório da realização da operação⁴⁰³. Por fim, é importante observar que todos os débitos devem estar atualizados até a data da instrução do pedido, principalmente para evitar um grande número de habilitações visando apenas obter a correção de valores.

O quarto inciso do art. 51 da LRF exige a relação integral dos empregados, discriminando as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento, incluindo os valores correspondentes ao FGTS.

Para comprovar o exercício regular, o empresário deverá apresentar certidão emitida pela Junta Comercial de onde estiver registrada a empresa, acompanhada por cópia autenticada do ato constitutivo e todas as suas alterações, bem como as atas de nomeação dos atuais administradores.

A inicial deve ser instruída com a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores, de forma detalhada acrescida do valor aproximado dos bens⁴⁰⁴. Esta relação deve ser elaborada para cada um dos sócios assinada pelo respectivo sócio ou representante legal⁴⁰⁵. Cabe destacar que esta medida não importa em constrição judicial dos bens.

Deverão ser apresentados os extratos atualizados das contas bancárias e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições

⁴⁰³ LOPES, Artur; UCHOA, Luidg. **Recuperação judicial**: um guia descomplicado para executivos e outros profissionais de negócios. São Paulo: Évora, 2013, p.29.

⁴⁰⁴ Art. 51, VI, Lei n. 11.101/2005.

⁴⁰⁵ Em acórdão de Agravo de Instrumento n. 2038866-24.2015.8.26.0000, oriundo da Comarca de Pontal, São Paulo, restou decidido que a simples relação dos bens particulares dos sócios controladores e administradores não era suficiente para o cumprimento do requisito indicado no inciso VI do art. 51, devendo providenciar a juntada das últimas cinco declarações anuais de imposto de renda, com os respectivos recibos, nos quais constam as relações de bens e direitos. (Agravo de instrumento n. 2038866-24.2015.8.26.0000. Relator(a): Enio Zuliani; Comarca: Pontal; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 26/08/2015; Data de registro: 28/08/2015) Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8757407&cdForo=0&vICaptcha=zaacy>. Acesso em 11 jul. 2016, p. 4.

financeiras. Gilberto Giasante recomenda que estes extratos estejam atualizados no dia da propositura da ação, ou no máximo, no dia anterior⁴⁰⁶.

O ajuizamento do pedido de recuperação judicial ainda deverá ser acompanhado das certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial.

Por fim, a exordial conterá ainda a relação pormenorizada de todas as ações judiciais em que este figure como parte, autora ou ré, com a estimativa dos respectivos valores demandados. Caso exista dúvida sobre o valor da demanda, por falta de liquidação ou trânsito em julgado, recomenda-se que se coloque o valor entendido pelo autor e pelo réu como correto. Esta relação deverá estar subscrita pelo empresário ou pelos sócios e também pelo advogado da recuperanda.

Se a inicial não for instruída adequadamente com a comprovação de todos os requisitos dos artigos 48 e 51 da LRF, o magistrado deverá conceder prazo de quinze dias para emenda ou complementação, aplicando-se, subsidiariamente, o artigo 312 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), já que a LRF não prevê tal prazo.

Gilberto Giasante destaca que muitas empresas recuperandas têm requerido prazos maiores que o legal, e, verifica-se que os magistrados tem renovado o prazo legal por uma vez, embora não tenham que ficar adstritos a essas regras, podendo conceder prazos maiores se entender necessário⁴⁰⁷.

Esta flexibilidade poderá ser útil especialmente às micro e pequenas empresas, que comumente, não mantêm em dia a organização e elaboração das demonstrações contábeis, além do fato de diversos documentos serem expedidos por órgãos oficiais, motivos que podem demandar da recuperanda um lapso temporal maior para juntar ao pleito a documentação comprobatória dos requisitos exigidos pelos incisos dos artigos 48 e 51 da LRF.

⁴⁰⁶ 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.300.

⁴⁰⁷ 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.301-302.

Também há de se considerar o deferimento de prazo maior para a emenda da inicial quando o pedido de Recuperação Judicial Especial é realizado no prazo da contestação ao pedido de falência, que é de dez dias. Pois nesse prazo, é impossível providenciar a documentação necessária para a instrução regular da ação.

4.2.2.3 *Despacho de processamento*

Com a apresentação da petição inicial, o juiz toma conhecimento dos motivos que levaram a empresa à situação de crise e verifica se os requisitos para o requerimento da recuperação judicial e a documentação necessária foram devidamente cumpridos. Trata-se de uma avaliação meramente formal dos documentos apresentados.

Segundo o disposto no art. 52 da LRF, o magistrado deferirá o processamento da recuperação pelo plano especial, e no mesmo ato, nomeará administrador judicial, determinará a suspensão das ações e execuções de créditos sujeitos à recuperação contra a empresa recuperanda, bem como, o curso da prescrição desses créditos, pelo prazo de cento e oitenta dias. Enfim, todos os efeitos previstos para a recuperação comum também serão aplicados à recuperação especial⁴⁰⁸. Os créditos não sujeitos ao plano especial não sofrerão as consequências de suspensão das ações e execuções⁴⁰⁹.

Importa destacar que a medida de suspensão das ações e execuções é fundamental para conferir fôlego à empresa no período em que analisa e verifica a viabilidade e organiza as medidas a serem cumpridas no plano de recuperação a ser proposto. Sem contar que os micro e pequenos empresários em crise econômico-financeira provavelmente não disporão de recursos suficientes para honrar seus compromissos nos vencimentos se as cobranças não se suspenderem.

Considerando que momentaneamente o empresário em crise não possui condições de pagar todos os seus créditos, manter as cobranças no momento em que o empresário precisa se organizar para apresentar um plano viável de

⁴⁰⁸ Os efeitos do despacho de processamento na recuperação comum foram apresentados na subseção 4.2.1.4. supra.

⁴⁰⁹ Art. 71, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005.

reestruturação de seu negócio somente contribuiria para agravar a crise e ocasionar sua quebra.

Ainda na decisão de processamento, o juiz determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que a empresa recuperanda exerça suas atividades, exceto para contratação com o poder público ou para recebimento de incentivos fiscais ou creditícios⁴¹⁰.

Recairá sobre o empresário a obrigação de apresentar as contas demonstrativas mensais até o final do processo de recuperação. Neste ponto, como não há uma padronização desse tipo de demonstração, o micro e pequeno empresário poderá apresentar uma demonstração simplificada constando o que tem faturado e quais as suas despesas, não sendo possível deixar de entregar essa demonstração, sob pena de destituição de seus administradores. Se esta prática não era observada pelo empresário quando não se encontrava em crise, agora, em recuperação, terá de manter a atividade com um mínimo de organização, o que será benéfico mesmo depois da superação de suas dificuldades.

A intimação do membro do Ministério Público e das Fazendas Federal, Estadual e Municipal deverá ser feita no próprio despacho de processamento, e terão esses órgãos as mesmas atribuições fixadas para a recuperação judicial comum.

O juiz ainda deverá ordenar a publicação de edital contendo: o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; a relação nominal de credores apresentada pelo empresário; e a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos. O empresário deverá providenciar a publicação desse edital na imprensa oficial, da mesma forma que na recuperação comum.

⁴¹⁰ Art. 52, II, da Lei n. 11.101/2005.

4.2.2.4 Verificação dos créditos

A recuperação judicial de micro e pequenas empresas terá procedimento para a verificação, habilitação e impugnação dos créditos e seguirá o mesmo rito previsto para a recuperação comum⁴¹¹.

Quanto aos créditos submetidos à verificação cabem algumas considerações. Antes da promulgação da Lei Complementar n. 147/2014, apenas os credores quirografários ficavam subordinados ao plano especial de recuperação e estavam sujeitos à habilitação. A quase unanimidade dos doutrinadores concordavam que esta restrição era mais um desestímulo ao uso do plano especial⁴¹².

Carlos Henrique Abrão⁴¹³, em seus comentários sobre o dispositivo que estabelecia esta restrição, argumentou que diante das limitações impostas, o legislador não conseguiu prestigiar sua proposta de preservação da empresa, e buscando em verdade, dar ênfase a uma simples recuperação de créditos com alcance limitado em face das micro e pequenas empresas, que restaram desprivilegiadas em comparação com as grandes empresas:

A dicção redacional singelamente estabelecida corrobora duplo tratamento empregado pelo legislador, privilegiando a macroempresa e cerceando qualquer vantagem às microempresas que atualmente envergam produção, desenvolvimento e crescimento, notadamente de serviços, espraiando efeitos em todas as regiões do país⁴¹⁴.

Com a alteração promovida pela Lei Complementar n. 147/2014 a recuperação pelo plano especial passou a abranger todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais, os decorrentes de contrato de alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, de contrato de leasing, de contratos de promessa de compra e venda que contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, de contratos de venda com reserva de domínio e os

⁴¹¹ Este procedimento já foi analisado na subseção 4.2.1.5 supra.

⁴¹² Cf. 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.297;

⁴¹³ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

⁴¹⁴ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação. Os créditos não sujeitos ao plano especial não estarão sujeitos à habilitação⁴¹⁵.

Cassio Cavalli considera que a expressão “repasso de recursos oficiais” possui significado incerto e que sua utilização decorre da má técnica legislativa adotada na recuperação especial de micro e pequenas empresas⁴¹⁶. Carlos Klein Zanini busca elucidar o significado, explicando que embora inexista definição legal do que se deva entender por recursos oficiais, a expressão compreende “os financiamentos concedidos por meio de repasse de recursos originários de bancos de desenvolvimento e agências de fomento, a exemplo dos concedidos pelo BNDES, SEBRAE, CAPES, CNPQ e demais instituições regionais”⁴¹⁷.

A formação do quadro geral de credores⁴¹⁸ será importante na recuperação de microempresa e empresa de pequeno porte, mesmo não havendo assembleia de credores, pois ela que legitimará os credores nela contidos para apresentar objeções ao plano.

4.2.2.5 Plano especial de recuperação

O plano de recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte deverá ser apresentado no prazo de sessenta dias a contar da publicação do despacho que determinar o processamento da recuperação⁴¹⁹.

Deverá demonstrar a viabilidade econômico-financeira da recuperação do devedor, ser instruído com laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada, bem como, apresentar os meios que serão utilizados de forma discriminada e pormenorizada e o seu resumo⁴²⁰.

⁴¹⁵ Art. 70, § 2º, da Lei n. 11.101/2005.

⁴¹⁶ CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 20015, p.289.

⁴¹⁷ ZANINI, Carlos Klein. Comentários aos arts. 70 a 82. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 324.

⁴¹⁸ Art. 39 da lei n. 11.101/2005.

⁴¹⁹ Art. 71, caput da Lei n. 11.101/2005.

⁴²⁰ Art. 53 da Lei n. 11.101/2005.

O laudo econômico-financeiro consiste em uma demonstração detalhada do patrimônio do devedor que analisa ativo, passivo, receitas, despesas e fluxo de caixa. O laudo de avaliação dos bens e ativos é a representação, com preços de mercado, dos ativos integrantes do patrimônio do devedor, abrangendo os bens tangíveis e intangíveis e tudo que integrar o ativo do devedor. A avaliação dos bens a valores de mercado possibilita verificar a real situação do ativo do devedor que servirá de base para que possa honrar suas obrigações com os credores⁴²¹.

O empresário não terá a mesma liberdade de elaborar o plano de recuperação, que teria se optasse pela recuperação ordinária. Os meios de recuperação estabelecidos pelo regime especial são restritos e legalmente taxados. O empresário não poderá se valer dos meios de recuperação enumerados no art. 50 da LRF, pois não tem aplicabilidade no plano especial.

O artigo 71 da LRF estabelece que o plano especial deverá se limitar às seguintes condições: a) preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas⁴²²; e b) preverá o pagamento da primeira parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial⁴²³.

Durante o processo de recuperação e cumprimento do plano proposto, o empresário será mantido na administração da empresa, sofrendo, contudo, algumas limitações em seu poder de decisão, diante da necessidade de obter autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para aumentar despesas ou contratar empregados.

4.2.2.6 *Objecções ao plano e convolação em falência*

As objeções são manifestações contrárias dos credores ao plano de recuperação. Com o protocolo do plano de recuperação aos autos, os credores terão

⁴²¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. 2. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012, p. 188.

⁴²² Art. 71, inciso II, da Lei 11.101/2005.

⁴²³ Art. 71, inciso III, da lei 11.101/2005.

oportunidade de apresentá-las, no prazo de trinta dias contados da publicação da relação de credores apresentada pelo administrador judicial. Se neste momento, o aviso convocatório dos credores para tomar conhecimento do plano entregue em juízo ainda não tiver sido publicado, o prazo de trinta dias será contado a partir desta publicação.

Na prática, poderá ser feita a publicação de um único edital com a finalidade de divulgar a relação de credores e ao mesmo tempo convocá-los para tomar conhecimento do plano apresentado para fins de realização de objeções. Vale dizer que, a unificação dos editais também representará redução de despesas para o devedor com os custos do edital.

Na recuperação judicial comum, a apresentação de objeções tem como consequência a convocação da assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano. Na recuperação especial de micro e pequenas empresas, a objeção será um ato processual com maiores consequências, pois nesta não haverá a assembleia de credores.

Isto posto, se forem apresentadas objeções pelos os credores que representem mais da metade de qualquer classe de créditos previstos no art. 83 da LRF, computados na forma do art. 45, o juiz não concederá a recuperação e decretará a falência do empresário⁴²⁴.

Por fim, merece destaque que nem todos os credores sujeitos à recuperação judicial poderão apresentar objeções ao plano. Aqueles que não tiveram seu crédito alterado pelo plano não têm legitimidade para deduzir objeção ao plano especial⁴²⁵.

4.2.2.7 Sentença de concessão da recuperação especial

Na recuperação especial de micro e pequenas empresas, após a entrega do plano especial e ultrapassado o prazo para a apresentação das objeções, sem que

⁴²⁴ Lei n. 11.101/2005, Art. 72, Parágrafo único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55, de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no art. 83, computados na forma do art. 45, todos desta Lei.

⁴²⁵ Lei n. 11.101/2005, art. 45, §3º.

se verifiquem manifestações hábeis a gerar a falência do empresário, o juízo da recuperação irá apreciar o plano e avaliar a presença dos requisitos legais.

Nesta modalidade especial, transfere-se ao juízo da recuperação a responsabilidade de apreciar e aprovar o plano, convencendo-se da viabilidade da proposta, sem a necessidade de convocação da assembleia de credores, atendendo-se para o preenchimento das formalidades legais visando a uma maior agilidade e celeridade processual⁴²⁶.

Moema Augusta Soares de Castro sugere que se o juiz tiver dúvidas sobre o plano e sua viabilidade e a documentação apresentada não for suficiente para esclarecimento da situação, ele pode determinar ao empresário que seja complementada. E ainda, se for o caso, antes de indeferir o pedido, poderá recorrer ao administrador judicial, ao representante do Ministério Público ou ainda profissional habilitado de sua confiança para emitir parecer sobre a matéria⁴²⁷.

A decisão de concessão da recuperação judicial especial constituirá título executivo judicial e gerará a novação dos créditos sujeitos ao plano obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos⁴²⁸. Como condição para a concessão da recuperação judicial a recuperanda deverá apresentar as certidões negativas de débitos tributários⁴²⁹.

4.2.3 Ineficácia do Plano Especial para promover a preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Na subseção anterior foi realizada uma apresentação dos aspectos materiais e processuais do procedimento da recuperação especial de micro e pequenas empresas. Nesta subseção, merecerá destaque a análise de alguns aspectos do procedimento que comprometem e dificultam o alcance do objetivo de preservação da empresa enunciado pelo legislador.

⁴²⁶ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.

⁴²⁷ CASTRO, Moema Augusta Soares de. Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.478-479.

⁴²⁸ Lei n. 11.101/2005, art. 59.

⁴²⁹ Lei n. 11.101/2005, art. 57 c/c art. 191-A da Lei n. 5.171/1966.

O primeiro problema que se destaca da aplicação dos artigos 70 a 72 da Lei n. 11.101/2005, no processamento da recuperação judicial especial para micro e pequenas empresas, é seu alto grau de abertura e incompletude no que diz respeito aos procedimentos específicos que devem ser observados.

A doutrina que se manifesta a esse respeito entende que as regras gerais da recuperação judicial devem ser aplicadas ao plano especial em tudo que não for incompatível com este sistema⁴³⁰.

Destaque-se que o legislador não fez essa indicação de forma expressa, porém, essa é uma das formas de compreensão que se pode extrair até mesmo em função do posicionamento da seção que trata do plano especial dentro do capítulo destinado ao tratamento da recuperação judicial e por não existir outras normas procedimentais que possam ser aplicadas à recuperação de micro e pequenas empresas⁴³¹.

Contudo, é importante registrar que embora a recuperação ordinária tenha sido estruturada e pensada para possibilitar a preservação da empresa e o cumprimento de sua função social, o seu procedimento previsto na LRF, em razão de seu elevado custo e complexidade, não é compatível com as características específicas das empresas de menor porte, não sendo, portanto, eficientes para a preservação destas empresas.

Moema Augusta Soares de Castro apresenta severas críticas ao formato do plano de recuperação destinado aos pequenos negócios e questiona se seria equitativo, correto e coerente tratar da mesma forma as grandes e pequenas empresas, propiciando um tratamento igual a situações tão desiguais. Em vista disso, conclui que tanto o plano especial quanto o comum não ensejam facilidade de

⁴³⁰ Neste sentido cf. RAMOS, Tony Luiz. **Plano especial de recuperação das micro e pequenas empresas**: de acordo com a nova lei de Falência. São Paulo: Iglu, 2006, p. 35; COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184; TREZZA, Luciana di Marzo. **Recuperação Judicial Especial para micros e pequenas empresas à luz da lei 11101/2005 – LRE**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.); ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Org.). **Direito Recuperacional**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier, 2009, p. 383.

⁴³¹ Este também é o posicionamento de Ivan Lorena Vitale Junior, o qual considera que a inserção da recuperação judicial para micro e pequenas empresas no capítulo destinado à Recuperação Judicial tem um significado hermenêutico importante, pois as normas da recuperação judicial terão aplicabilidade na recuperação especial. Afirma ainda que poderia existir um dispositivo que dispusesse essa regra de forma explícita (VITALE JUNIOR, Ivan Lorena. **Recuperação Judicial da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. 2012. 222 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 104).

apresentação ao micro e pequeno empresário pela complexidade de procedimentos em ambos⁴³².

No mesmo sentido, Cassio Cavalli 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. Para o autor, apenas duas características diferenciam os dois planos: a restrição aos meios de recuperação que podem ser adotados no plano especial e a ausência de necessidade de assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano. Na sequência, ainda a afirma que o plano especial, mesmo com as alterações promovidas pela Lei Complementar n. 147/2014, ainda é menos protetivo que o plano comum, 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 monetária⁴³³.

No que diz respeito aos requisitos necessários à propositura da recuperação verificam-se mais algumas dificuldades. Conforme visto na subseção 4.2.2.2., a Lei Complementar n. 123/2006, 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 escrituração. A LRF observa esse tratamento especial ao prever em seu art. 51, §2º a faculdade de apresentação de escrituração contábil simplificada.

Cabe destacar que apresentar escrituração simplificada não importa em dispensa dessa apresentação. Sendo assim, todos os documentos enumerados no inciso II do art. 51 da LRF, deverão ser apresentados para instruir o pedido. Para os empresários que não possuam o seu próprio setor de contabilidade, será necessário arcar com despesas extras na contratação dos serviços de um contador ou empresa especializada, até mesmo porque alguns documentos exigidos não são comumente elaborados para o cumprimento da legislação fiscal e comercial, a exemplo das demonstrações levantadas especialmente para instruir o pedido, do relatório

⁴³² CASTRO, Moema Augusta Soares de. Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.470.

⁴³³ CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 20015, p.283.

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.

Além das despesas com a regularização da escrituração, o empresário deverá também arcar com as custas judiciais e as despesas necessárias para obter todas as certidões necessárias⁴³⁴ à instrução do pedido de recuperação. Considerando que o valor das custas será proporcional ao valor do passivo do empresário em recuperação, esta despesa será maior, quanto maior for o estado de inadimplência do empresário devedor.

Não há na legislação concursal a previsão de qualquer benefício de gratuidade processual às micro e pequenas empresas. Neste caso, o empresário poderá, fundamentado no art. 98 da Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015), requerer o benefício, demonstrada a impossibilidade de arcar com encargos processuais em razão da situação de dificuldade econômico-financeira. O parágrafo 2º do art. 99 do CPC/2015 prevê que 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.

Além das custas processuais, caso não seja deferido o benefício da gratuidade da justiça, o empresário ainda terá que arcar com as despesas de publicação de editais, que podem ser bastante representativas. O art. 191 da LRF determina que as publicações ordenadas devam ser feitas preferencialmente na imprensa oficial e se o devedor comportar, em jornal ou revista de circulação regional ou nacional.

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

⁴³⁴ 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); 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).

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 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.

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.

Em relação à elaboração do plano, além de 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. Tony Luiz Ramos defende que tal documento não poderia ser exigido, pois contraria o princípio constitucional do favorecimento ao micro e pequeno empresário, expresso na própria LRF pela previsão de faculdade de apresentação de escrituração simplificada⁴³⁵.

A remuneração do administrador judicial é mais uma despesa que decorrente do processamento da recuperação. A Lei Complementar n. 147/2014, alterou o art. 24 da LRF, que prevê a remuneração desse agente, estabelecendo que no caso de devedor micro e pequena empresa esta remuneração fica limitada ao percentual de 2% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial⁴³⁶.

Ainda que este percentual tenha reduzido, em comparação com as empresas de maior porte, o magistrado, no momento da fixação dessa remuneração deve atentar para as peculiaridades de cada caso, conforme previsto no caput do art. 24,

⁴³⁵ RAMOS, Tony Luiz. **Plano especial de recuperação das micro e pequenas empresas**: de acordo com a nova lei de falência. São Paulo: Iglu, 2006, p.37-38.

⁴³⁶ Cf. Lei n. 11.101/2005, art. 24, §5º.

o qual determina que sejam observadas a capacidade de pagamento do devedor a complexidade do trabalho e os preços praticados no mercado para atividades na mesma natureza.

Outra dificuldade encontrada na LRF e que compromete a eficácia e eficiência da recuperação especial é o mecanismo previsto como meio de recuperação. O legislador, visando simplificar o procedimento fixou apenas uma forma para a superação da crise econômico-financeira enfrentada pelos micro e pequenos empresários. Conseqüentemente, eles não poderão recorrer ao disposto no art. 50 da LRF, que prevê de forma exemplificativa, diversos meios de reestruturação da atividade empresarial.

Cabe ressaltar neste ponto, que o intuito de simplificar o procedimento não pode ser a justificativa para estabelecer um procedimento ineficaz para solucionar a situação de dificuldades.

Diante de tudo isso, é possível considerar que o plano especial, mesmo com a alteração promovida pela Lei Complementar n. 147/2014, mantém as mesmas características da antiga concordata, prevendo um único meio que poderá ser meramente dilatatório, se o empresário optar apenas pelo parcelamento, ou dilatatório e remissório, se o empresário propuser o abatimento de parcela da dívida.

A única margem de liberdade que terá o empresário será a de escolha do número de parcelas – até o máximo de trinta e seis, do percentual de abatimento a ser proposto aos credores e do índice de correção monetária que pretende utilizar, já que o art. 71 da LRF é omissivo a esse respeito. Se comparado com o plano de recuperação comum, em que não há limitação de tempo para a dilação do pagamento, a recuperação especial com o prazo limitado de até trinta e seis meses reduz as chances de recuperação de diversos empresários que diante da restrição de caixa, não teriam condições de adimplir as parcelas do plano e, concomitantemente, manter em funcionamento a empresa com as despesas necessárias a esta finalidade.

É entendimento dominante na doutrina⁴³⁷ que as restrições estabelecidas pelo plano especial reduzem as possibilidades da empresa devedora se recuperar.

⁴³⁷ Neste sentido, CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São 4.

Carlos Henrique Abrão critica fortemente a aplicação de juros elevados ao valor do passivo e declara que não se concilia com as situações específicas das pequenas empresas e que esses juros poderiam se situar num patamar de 6% (seis por cento) ao ano:

No cenário internacional, quando nos deparamos com entidades e instituições que fomentam a recuperação dessas empresas, a sinalização de correção do débito e imposição de juros dificulta enormemente a tentativa de recuperação. Analogamente ao antigo instituto da concordata preventiva, fez-se da recuperação expressão sinônima, sem cuidar de avaliar sua eficácia detrimetosa à atividade empresarial.

[...]

O risco do negócio, como sabemos, é inerente a atividade empresarial, porém, ao planejar a recuperação dentro dessa faceta, o legislador foi extremamente rigoroso, ruindo o princípio da isonomia, porquanto beneficiou as grandes empresas em detrimento das menores⁴³⁸.

Importa enfatizar ainda, que o percentual dos juros cobrados sobre o valor do passivo sofreu alteração com a Lei Complementar n. 147/2014. Na redação originária do art. 71 da LRF os juros estabelecidos eram de 12% ao ano, tendo sido alterado com a Lei Complementar 147/2014 para os juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC. Ocorre que na época da publicação da Lei os juros estavam no patamar de 10,90% ao ano. Nos dias atuais, com o aprofundamento da recessão econômica que afeta o país, a última fixação da taxa SELIC em 30/09/2016 ficou no patamar de 14,15% ao ano, ou seja, percentual ainda maior e mais prejudicial que aquele vigente antes da alteração.

Gilberto Giasante também apresenta a sua discordância ao montante de juros fixados pela lei e manifesta que é financeiramente mais rentável receber um crédito decorrente de uma recuperação judicial do que aplicar o mesmo valor no mercado financeiro.

Tal comparação, apesar de estranha, serve para demonstrar a razão pela qual entendemos que a nova lei, no intuito de melhor atingir seus princípios e objetivos, deveria ter fixado os juros em 0,5% (meio por cento) ao mês, o que esperamos seja alterado pelo legislador oportunamente⁴³⁹.

Paulo: Saraiva, 20015, p.290; CASTRO, Moema Augusta Soares de. Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.475.

⁴³⁸ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.262.

⁴³⁹ 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.294.

Quanto aos créditos trabalhistas, embora a lei estabeleça o prazo máximo de trinta e seis meses para parcelamento das obrigações, a doutrina mais recente⁴⁴⁰ entende que o pagamento do passivo trabalhista encontra-se regido pelo art. 54 da LRF, devendo por isso o plano prever o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho até o prazo de um ano.

Esta não é a posição adotada no presente trabalho por alguns motivos. Em primeiro lugar, importa realçar que o custo com a folha de pagamentos de salários é normalmente considerado significativo para micro e pequenos empresários. Esse elevado custo acaba sendo um empecilho para o empresário adotar um conjunto de medidas de reestruturação, especialmente se tiver que observar o prazo de um ano para o adimplemento dos créditos derivados da legislação de trabalho. Neste caso, certamente, tornará inviável o cumprimento dos demais créditos e conseqüentemente a manutenção da empresa em funcionamento.

Em segundo lugar, o inciso I do art. 71 que ampliou a abrangência do plano especial para todos os créditos existentes na data do pedido, foi alterado juntamente com o inciso II do mesmo artigo, que prevê o parcelamento das obrigações em trinta e seis prestações, sem que fosse feita qualquer ressalva em relação ao prazo de pagamento dos créditos trabalhistas. Dessa forma, em se tratando de norma especial direcionada às micro e pequenas empresas, não caberá ao intérprete adotar a norma da recuperação comum, já que irá prejudicar justamente o agente que a lei visa proteger com o tratamento favorecido.

Quanto ao prazo de pagamento da primeira parcela, este deverá ser feito, conforme mencionado anteriormente, em 180 dias a contar da distribuição do processo de recuperação, independentemente da fase processual que esteja. Diante disso, o disposto no art. 71, III da LRF estipula uma obrigação inadiável e que poderá acarretar a convolação em falência se não for cumprida a tempo.

Neste prazo também findará a blindagem da empresa em relação às ações e execuções em curso contra o empresário, relativas aos créditos sujeitos ao plano de recuperação.

⁴⁴⁰ CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 20015, p.290.

Cassio Cavalli⁴⁴¹ considera que o teor da norma não deixa margens para a ampliação do prazo inicial para pagamento da primeira parcela. Nesse mesmo sentido se posiciona Manoel Justino Bezerra Filho⁴⁴², que considera não ser possível qualquer interpretação dúbia a respeito desse prazo.

Carlos Henrique Abrão⁴⁴³ defende que na impossibilidade de iniciar o cumprimento do plano na data aprazada, por motivo justificado, seja flexibilizado o prazo de 180 dias. Esclarece o autor, que a verificação das operações diárias e do fluxo de caixa permitirá o conhecimento sobre a viabilidade do negócio empresarial e se observados os esforços do devedor na superação da crise, deverão os credores suportar um adiamento do início do cumprimento do plano a fim de que não sejam prejudicadas a reestruturação e o saneamento da empresa.

Adverte ainda Carlos Henrique Abrão, que diante da percepção de desídia ou morosidade do devedor que não mostre capacidade econômico-financeira, poderá o juiz determinar a oitiva dos credores e do Ministério Público, antes de convolar a recuperação em falência.

A LRF ainda impõe limitações a gestão da empresa, estabelecendo a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Manoel Justino Ferreira Filho evidencia 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 crescimento⁴⁴⁴. 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.

⁴⁴¹ CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p.290.

⁴⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 219.

⁴⁴³ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.263.

⁴⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 219.

É importante ressaltar, que 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 recuperação.

Carlos Henrique Abrão considera que as despesas imprescindíveis à manutenção do negócio e à contratação de pessoal fundamental ao plano deveriam ser aprovadas prontamente pelo juízo independente de prévia manifestação do comitê de credores⁴⁴⁵.

Moema Augusta Soares de Castro ressalta que o legislador quis evitar excessos do empresário relacionados ao aumento de despesas e contratação de empregados, posto que somariam obrigações extras e demandaria maior aporte de recursos. Em vista disso, considerando a necessidade de oitiva do administrador judicial e posterior autorização judicial, a autora sugere que o administrador se mantenha atento e diligente diante de situações de urgência em realizar gastos indispensáveis para a manutenção da atividade, buscando o pronto provimento judicial para que não se inviabilize a recuperação do devedor em crise⁴⁴⁶.

Nesse ponto, Manoel Justino Bezerra Filho vai mais além, e defende que o empregador deverá contratar os empregados que necessitar, sob pena de ter que encerrar ou diminuir sua atividade, devendo peticionar nos autos posteriormente dando notícia da contratação e justificando a urgência da medida tomada⁴⁴⁷.

A forma de apuração das objeções também tem provocado a inquietação de vários doutrinadores⁴⁴⁸, pois a Lei Complementar n. 147/2014, ao alterar o critério de classificação dos créditos, trouxe uma medida ainda mais desfavorável ao micro e

⁴⁴⁵ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.265.

⁴⁴⁶ CASTRO, Moema Augusta Soares de. Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.477.

⁴⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 219.

⁴⁴⁸ Destaca-se Cassio Cavali, que considera que a opção legislativa em nada contribui para a preservação de empresas de menor porte. (CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p.293.)

pequeno empresário. Em verdade, o legislador confundiu os critérios de classificação de créditos com o de classificação de credores.

Pela redação do art. 72, parágrafo único da LRF, a divisão de classes de credores para fins de objeção é feita de acordo com a classificação de créditos na falência⁴⁴⁹, e não com a classificação de créditos na assembleia de credores na recuperação ordinária⁴⁵⁰. Desse modo, a ordem de pagamento dos credores concursais na falência divide os créditos em um número muito maior de classes (oito classes) que, na assembleia de credores, que distribui os credores em quatro classes.

Além disso, em determinados casos um credor poderá apresentar objeções em mais de uma classe de crédito, é o que ocorre com os credores trabalhistas, que possuam créditos que ultrapassem os cento e cinquenta salários mínimos e os credores com garantia real, cujos créditos ultrapassem o valor do bem gravado. Nestas situações, o valor excedente será enquadrado na categoria dos créditos quirografários, logo, o credor trabalhista estará habilitado na sua classe e na dos quirografários e o credor com garantia real da mesma forma.

Sobre a apuração do quórum necessário para admitir a convocação da recuperação em falência, o art. 72 da LRF estabelece que deve ser computado na

⁴⁴⁹ Lei n. 11.101/2005, Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006; V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

⁴⁵⁰ Lei n. 11.101/2005, Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

forma do art. 45 da LRF. No mencionado artigo, nas classes dos credores com garantia geral, quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados⁴⁵¹, que correspondem respectivamente às classes indicadas nos incisos II, IV, V, VI e VIII do art. 83, a proposta é considerada aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes na assembleia. Como na recuperação especial não tem assembleia, a contagem deverá considerar somente a técnica aplicada e considerar o valor dos créditos e os credores presentes no quadro geral de credores. No que concerne aos créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho e dos créditos oriundos de microempresa ou empresa de pequeno porte a forma de apuração será por credor, independentemente do valor do crédito⁴⁵².

Este sistema de apuração estabelecido no art. 72 da LRF gera alguns problemas decorrentes da má técnica legislativa. 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 créditos de duas naturezas, conforme já demonstrado acima, permite também que um credor se enquadre com o mesmo crédito, em categorias distintas, com critérios distintos de apuração. É o que ocorre com os titulares de créditos oriundos de microempresa ou empresa de pequeno porte, que, pelo art. 83 da LRF, se enquadrarão como créditos com privilégio especial e pelo art. 41 da LRF, que é utilizado para efeito de cômputo das objeções, se enquadrarão na categoria específica dos créditos oriundos de microempresa ou empresa de pequeno porte, cujo critério de apuração se dá por quantitativo de credores e ao mesmo tempo na categoria dos credores com privilégio especial, com critério de cômputo obtido pelo valor do crédito cumulado com o quantitativo de credores.

Observe-se que a opção do legislador em dividir os credores em um número maior de classes facilita que um menor número de credores apresente objeções e some um quórum apto a ensejar a convocação em falência.

⁴⁵¹ Lei n. 11.101/2005, Art. 45, § 1º. Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

⁴⁵² Lei n. 11.101/2005, Art. 45, § 2º. Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

Seguindo o mesmo entendimento, Manoel Justino Bezerra Filho entende que houve um equívoco na redação do dispositivo e defende que não deve ser aplicada considerando as classes do art. 83, mas sim do art.41 da LRF:

Por outro lado, o parágrafo termina estabelecendo que os votos serão computados “na forma do art. 45, todos desta lei”. O artigo 45, caput, estabelece que os votos sejam colhidos de “todas as classes de credores referidas no art. 41”. Não há qualquer previsão neste artigo 45 que permita a coleta de votos a partir das classes do artigo 83, pois a referência dirige-se às classes do artigo 41. Também por isto verifica-se que este § único do artigo 72, quando fala “classes de créditos previstos no art. 83”, na verdade quis dizer “classes de créditos previstos no art. 41”. Esta é a interpretação a ser dada a este parágrafo.⁴⁵³

Cassio Cavalli evidencia que a deficiente técnica legislativa contribuirá para demover as micro e pequenas empresas de postular a recuperação pelo plano especial⁴⁵⁴.

No tocante ao conteúdo das objeções, a doutrina diverge sobre a necessidade de motivação. Cassio Cavalli considera que as objeções não precisam ser motivadas, e caso o credor apresente motivação, esta somente poderá versar sobre a adequação da proposta em relação à forma prevista na lei⁴⁵⁵.

Sérgio Campinho, por outro lado, afirma que embora a lei não fale expressamente, a objeção deverá ser fundamentada. Assevera que o parágrafo único do art. 72 da LRF deve ser interpretado de acordo com o art. 187 do Código Civil, configurando assim ato ilícito o exercício de um direito por parte de seu titular quanto, manifestamente, exceder os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Continua explicando 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.

⁴⁵³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. In: **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. Ano 16. n. 39. p. 21-31. jan.-mar. 2015, p.29.

⁴⁵⁴ CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São 4. Paulo: Saraiva, 20015, p.293.

⁴⁵⁵ CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São 4. Paulo: Saraiva, 20015, p.294.

Gisberto Giasante defende que as objeções apresentadas deverão 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. Defende ainda que “havendo razões reais, ainda assim, achamos que 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”⁴⁵⁶. Após ouvir a Recuperanda, se ainda pairarem dúvidas sobre a procedência das objeções, o magistrado poderia determinar a realização de audiência ou diligências que entender necessárias para formar sua convicção.

Outro ponto que se deve sopesar, é que na recuperação especial não haverá a assembleia de credores para que eles possam deliberar sobre o plano, e a apresentação das objeções será a única oportunidade que os credores terão de se manifestar sobre a viabilidade do plano e a existência de algum vício formal que comprometa a concessão da recuperação.

Por meio das objeções também será possível aos credores proporem alterações ao plano para que este se adeque as disposições legais e se demonstre viável na recuperação da empresa em crise.

As manifestações nas objeções, além de ser uma solução prática e viável, abririam a possibilidade de modificação do plano para adequá-lo às manifestações e afastar as contrariedades, com o intuito de aprovar um plano que atenda aos interesses de todas as partes, evitando a falência e alinhando-se aos princípios contidos na lei, especialmente o de preservação da empresa.

Entende-se que a simples apresentação de objeções sem a motivação poderia abrir espaço para que os credores agissem com abuso de direito, no intuito exclusivo de prejudicar a empresa e o empresário. Seguindo este mesmo entendimento, leciona Carlos Henrique Abrão que a rejeição do plano deverá ser

⁴⁵⁶ 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.

fundamentada, deixando claras as regras que impeçam a concessão da recuperação, sob pena de se imputar aos credores as perdas e danos causados ao devedor, por atuação abusiva direcionada a prejudicar a atividade empresarial e inibir a pretensão de reorganização⁴⁵⁷.

Por fim, mais um dispositivo que dificulta o alcance do objetivo da LRF na preservação da empresa é a aplicação do seu art. 57, o qual prevê como condição para a concessão da recuperação judicial a apresentação das certidões negativas de débitos tributários.

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 empresarial⁴⁵⁸. O primeiro sintoma da instauração da crise econômico-financeira normalmente é, usualmente, o inadimplemento das obrigações de natureza tributária.

Dessa forma, diante da dificuldade de se obter a prova de quitação de todos os tributos e a certidão negativa de débitos tributários, se permite a apresentação de certidão positiva com efeito de negativa.

A certidão com os mesmos efeitos da negativa de débitos tributários poderá ser emitida mesmo com a existência de créditos cuja exigibilidade esteja suspensa⁴⁵⁹. Uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário é o parcelamento⁴⁶⁰, o qual encontra-se previsto no art. 68 da LRF, mas condiciona o seu regramento à legislação específica de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Código Tributário Nacional⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 271.

⁴⁵⁸ Tema analisado nas subseções 3.5.2 e 4.1 supra.

⁴⁵⁹ Lei n. 5.171/1966, art. 206.

⁴⁶⁰ Lei n. 5.171/1966, art. 151, VI.

⁴⁶¹ Lei n. 5.171/1966.

Pois bem, com o advento da Lei n. 13.043/2014, que alterou a Lei n. 10.522/2002⁴⁶², os empresários que tenham débitos com a Fazenda Nacional, incluídos os micro e pequenos empresários, tão logo ingressem ou tenham deferido o processamento do pedido de recuperação, poderão parcelar seus débitos em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas segundo os seguintes critérios: a) da primeira até a décima segunda parcela, o valor da prestação corresponderá a 0,666% sobre o valor da dívida consolidada, somando um total de 8% da dívida no primeiro ano de parcelamento; b) da décima terceira até a vigésima quarta parcela, o valor da prestação corresponderá a 1% sobre o valor da dívida consolidada, somando um total de 12% da dívida no segundo ano de parcelamento; c) da vigésima quinta até a octogésima terceira parcela, o valor da prestação corresponderá a 1,333% sobre o valor da dívida consolidada, somando um total de 78,647% da dívida no período de cinquenta e nove meses; e d) na octogésima quarta parcela, o saldo remanescente.

Além do disposto na Lei n. 13.043/2014 acerca do parcelamento, também deve-se considerar a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 68 da LRF, o qual prevê que as microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas. Sendo assim, na aplicação dos dois dispositivos, conclui-se que as micro e pequenas empresas terão o prazo de cem meses de parcelamento⁴⁶³. Diante do acréscimo de 20% no prazo, a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional deverão dispor sobre a forma de distribuição das parcelas, já que a regra prevista no art. 10-A da Lei n. 10.522/2002 leva em consideração as 84 parcelas.

Com esta previsão também surge o questionamento se esse parcelamento é automático e basta que o empresário requeira para que seja concedido, ou se se trata de uma faculdade da fazenda pública. Para que a recuperação do empresário não reste frustrada é necessário que este plano de parcelamento também seja seguido pelas fazendas estaduais e municipais.

⁴⁶² Esta regra encontra-se contida no art. 10-A da Lei n. 10.522/2002, que foi acrescido pela Lei n. 13.043/2014, art. 43.

⁴⁶³ Esta também é a compreensão de Manoel Justino Bezerra Filho (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. In: **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. Ano 16. n. 39. p. 21-31. jan.-mar. 2015, p.26-27.)

Kiyoshi Harada defende que nada mudou com a superveniência do art. 43 da Lei 13.043/2014. O autor demonstra que o art. 43 citado somente previu a possibilidade de parcelamento na esfera federal, e o art. 57 da LRF exige certidões negativas das três esferas políticas. Ressalta ainda, que o pedido de parcelamento deve abranger todos os débitos tributários, incluindo aqueles com exigibilidade por força de impugnação administrativa ou judicial. Desta forma, o parcelamento implica desistência das vias administrativas e judiciais em que se discute o crédito. Na sequência, o autor considera que na ausência de lei específica de parcelamento de todos os créditos tributários do devedor em recuperação, não poderá o magistrado fazer recair a exigência legal de apresentar as certidões negativas de tributos⁴⁶⁴⁻⁴⁶⁵.

Mais uma questão de interesse prático que surge com a concessão da recuperação, é o período que a recuperação judicial especial deverá permanecer em juízo, pois pela regra do art. 61 da LRF, o empresário continuará em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação.

De acordo com o entendimento de Gilberto Giasante, se o prazo de fiscalização pelo Judiciário é de dois anos, e o empresário conta com seis meses de carência mais trinta seis de parcelamento, somente as primeiras dezoito parcelas seriam acompanhadas pelo juízo, e havendo descumprimento do pagamento das parcelas neste período, o juiz decretará a falência, não sem antes conferir a oportunidade ao empresário de cumprir a obrigação. Contudo, se houver descumprimento das dezoito parcelas finais, caberá ao credor propor a execução de título judicial, que deverá ser distribuída a uma das varas comuns⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ HARADA, Kiyoshi. Os aspectos tributários e as questões controvertidas na lei de recuperação e falência. In: ABRAO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p.461.

⁴⁶⁵ A jurisprudência consolidou a tese da inexigibilidade das certidões negativas de tributos para a concessão da recuperação judicial enquanto o Legislativo não aprovar a lei específica de parcelamento de créditos tributários do devedor em regime de recuperação, conforme prevê o art. 68 da LRF. (RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. POSSIBILIDADE. 1. A apresentação de certidão negativa de débitos fiscais pelo contribuinte não é condição imposta ao deferimento do seu pedido de recuperação judicial. Precedente da Corte Especial. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1376488/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 01/09/2014)).

⁴⁶⁶ 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

Todos os pontos suscitados nesta subseção revelam os entraves contidos na atual legislação que comprometem a eficácia da recuperação judicial especial na preservação das micro e pequenas empresas. O plano especial de recuperação judicial não deve se constituir em uma dificuldade a ser agregada às dificuldades oriundas da crise econômico-financeira enfrentada pelo empresário.

4.2.4 O sentido simbólico da preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte na Lei 11.101/2005.

É possível afirmar que a lei brasileira de insolvência empresarial foi pensada como instrumento legislativo direcionado à proteção e a preservação da atividade empresarial. Contudo, até os dias atuais, essa proteção, tem se concentrado nas empresas com maior poder econômico, que dão conta de atender ao custo e a toda a estrutura complexa do processo ordinário de recuperação judicial.

Muito embora o legislador tenha criado um plano especial destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, este, não passou de um ajuste, de uma nova vestimenta, do antigo e ultrapassado procedimento de concordata previsto na legislação revogada. Esta também é a compreensão de parte da doutrina, salientando-se a análise sobre o plano especial de recuperação de micro e pequenas empresas na legislação concursal brasileira realizada por Nilva Maria Leonardi Antonio:

No que tange à “empresa funcional”, asquiniana, todavia, caminhou-se de maneira sólida no sentido de grandes avanços. Ocorre que, em outro corte, quando se aborda a situação das micro e pequenas empresas, o reverso se demonstrou de forma no mínimo anômala. Entregou-se ao coração microeconômico da atividade empresarial brasileira mecanismo que se aferra à concepção formalista da antiga concordata varguista – sem flexibilidade, sem abrangência, sem capacidade de atribuir ao espaço do direito, ferramentas aptas a transformar o estado de crise das micro e pequenas empresas em situação fática de soerguimento lastreado em substanciais condições materiais de gestão do crédito⁴⁶⁷.

Azevedo (Coord.). **Direito Recuperacional**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.310.

⁴⁶⁷ ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. **As micro e pequenas empresas na nova lei de recuperação de empresas e falências**: principais problemas enfrentados e soluções passíveis de adoção: breve estudo sobre a indústria calçadista. 2011. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 92.

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 Lobo⁴⁶⁸, 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 público.

Para o autor, a empresa privada de interesse particular, que equivaleria as micro e pequenas empresas, era aquela constituída sob a forma de sociedade em nome coletivo ou de sociedade limitada ou de sociedade anônima “de interesse apenas local ou, até mesmo, regional, com reduzido número de sócios ou acionistas e de empregados, com pequeno ou médio faturamento, que desenvolva atividade econômica trivial”⁴⁶⁹. A empresa privada de interesse público, ou empresas de médio e grande porte, seria a “entidade industrial, comercial, financeira e de prestação de serviços que, por sua decisiva importância para a economia nacional ou regional ou pelo elevado número de empregados, transcende à mera significação de empresa privada”⁴⁷⁰.

Por conseguinte, numa situação de insolvência, para Jorge Lobo, a empresa privada de interesse particular deveria ser liquidada com a máxima brevidade possível, através de um procedimento de cognição sumária. Por outro lado, para a empresa privada de interesse público, mesmo que absolutamente insolvável,

a solução não pode inspirar-se no princípio jurídico que impõe a realização do ativo para solver o passivo, mas no que dá primazia ao reerguimento e à

⁴⁶⁸ LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 36, n. 109, p.64-92. jan.-mar. 1998, p. 65.

⁴⁶⁹ LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 36, n. 109, p.64-92. jan.-mar. 1998, p. 66.

⁴⁷⁰ LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 36, n. 109, p.64-92. jan.-mar. 1998, p. 67.

preservação da empresa, através dos meios próprios ao Direito Comercial e a benefícios e incentivos especiais, senão especialíssimos, por razões de ordem política, econômica e social [...].⁴⁷¹

Este tratamento mais benéfico e favorável somente aos negócios de grande porte não deve persistir, pois além de contrariar frontalmente o princípio da isonomia, distorce a concreção dos princípios da ordem econômica constitucional e se direciona no sentido oposto ao crescimento e desenvolvimento da economia nacional.

Essa cultura de priorizar os grandes negócios, também pode ser vista na atuação do Poder Legislativo pátrio. Desde o processo de elaboração da Lei n. 11.101/2005, algumas propostas de emendas apresentadas por parlamentares já revelavam a tendência de priorizar determinado grupo econômico (das empresas de médio a grande porte) em detrimento dos pequenos negócios. Algumas situações demonstram perfeitamente isso, conforme demonstrado a seguir.

A primeira é que não existia previsão do plano especial de recuperação de microempresa e empresa de pequeno porte na primeira redação do Projeto de Lei n. 4.376/1993, tendo sido inserido por meio de uma das 526 emendas apresentadas no decorrer de sua tramitação.

A emenda nº 002/94 apresentada pelo Deputado Federal Amaral Neto apresentava alteração do art. 9º do projeto originário que excluía da possibilidade de recuperação a micro ou pequena empresa, salvo se ela tivesse no mínimo cem empregados ou utilizasse tecnologia relevante⁴⁷².

Em sessão do Plenário da Câmara dos Deputados, realizada em 15 de dezembro de 2004⁴⁷³, se discutiu a manutenção ou não do art. 71 do Projeto Substitutivo do Senado, que prevê as condições para a apresentação do plano

⁴⁷¹ LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 36, n. 109, p.64-92. jan.-mar. 1998, p. 67.

⁴⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LIV, Suplemento ao n. 202, 03 de dezembro 1999, Brasília-DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1999SUP.pdf#page=>>>. Acesso em 01 nov. 2015, p. 54 e 80.

⁴⁷³ Relato da sessão publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 15 de dezembro de 2004, p. 54921 a 54922 (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LIX, n. 213, 15 de dezembro 2004, Brasília-DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15DEZ2004.pdf#page=>>>. Acesso em 01 nov. 2015.).

especial de recuperação de microempresa e restringia aos créditos quirografários mediante o parcelamento em trinta e seis vezes.

Na mencionada sessão, o Deputado Federal Relator Osvaldo Biolchi, que já havia se posicionado contrariamente ao dispositivo, reafirmou sua posição frisando que o Plenário da Câmara já havia aprovado para as empresas de grande porte um projeto em que todos os credores estariam inseridos e que o Governo, naquele momento estava propondo a manutenção de um dispositivo que restringe a recuperação das micro e pequenas empresas ao parcelamento de créditos somente de natureza quirografária, com acréscimo de juros de 12% ao ano e ainda correção monetária.

Meus amigos, se às grandes empresas devedoras nós damos a liberdade de apresentar seu próprio projeto de recuperação, sem juros ou correção – a empresa oferece os juros que bem entender, porque é a assembléia geral de credores que dá a decisão final -, tanto maior é a necessidade de oferecermos a mesma prerrogativa às pequenas e microempresas. Não estaremos favorecendo as pequenas e microempresas se delas exigirmos apenas a correção monetária, principalmente num momento em que esta Casa prega que não há inflação. Como exigir correção monetária mais juros de 12% ao ano? Assim, vamos exterminar do País a economia fundada nas pequenas e microempresas, de que tanto precisamos⁴⁷⁴.

Além disso, ressaltou o Deputado Federal Osvaldo Biolchi, que os créditos fiscais, trabalhistas, hipotecários e bancários possuem uma grande influência sobre o funcionamento e o estado de crise do pequeno empresário.

Contudo, mesmo com todo o destaque de que o plano que estava para ser aprovado inviabilizaria toda e qualquer recuperação de microempresa e empresas de pequeno porte, a maioria dos deputados em plenário votou pela sua manutenção.

Considerando o quadro que foi apresentado, é possível afirmar que a Lei n. 11.101/2005, na parte que regula a recuperação de micro e pequenas empresas integra o rol expressivo de legislações de conteúdo e sentido predominantemente simbólico sobre o sentido normativo-instrumental.

Em estudo anterior sobre o tema, Roseli Rêgo Santos Cunha Silva⁴⁷⁵ realizou uma análise sobre o sentido simbólico do plano especial de recuperação de micro e

⁴⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LIX, n. 213, 15 de dezembro 2004, Brasília-DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15DEZ2004.pdf#page=>>. Acesso em 01 nov. 2015, p. 54921.

⁴⁷⁵ SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. A Função Simbólica do regime legal de Recuperação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.) **Direito**

pequenas empresas de configurar-se em um tratamento jurídico menos oneroso, mais simplificado e benéfico para uma estrutura empresarial de pouca complexidade.

Naquele trabalho, a autora demonstra o impacto da hipertrofia do sentido simbólico da Lei n. 11.101/2005, que embora apresente um sentido normativo-jurídico de proteção e preservação das empresas, incluindo as empresas de menor porte, este sentido é apenas aparente, e é encoberto pelo sentido político-ideológico latente de proteção dos grandes negócios:

Tudo isso, deixa transparecer o poder e o sentido simbólico do direito que se demonstra pela enunciação do texto legal para fazer ver e crer que o sistema político e jurídico encontra-se preocupado em resolver o problema da recuperação dos pequenos empresários em crise, gerando um processo de aceitação como válido e legítimo o conteúdo dessas normas, pelo simples fato de ser enunciado pelos próprios representantes do sistema político, um sentido simbólico e manifesto do caráter normativo jurídico, mas que serve para encobrir primária e hipertroficamente as finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídicas⁴⁷⁶.

A Lei n.11.101/2005 se enquadraria nos três modelos de legislação simbólica apresentados por Marcelo Neves⁴⁷⁷ e proposto por Harald Kindermann⁴⁷⁸.

O primeiro tipo de legislação simbólica busca a confirmação de valores sociais de determinados grupos que procuram influenciar a atividade legislativa nesse sentido, em detrimento da eficácia normativa da lei, que acaba tendo um efeito secundário. Portanto, ao apresentar um tratamento com eficácia social para a recuperação de empresas de grande porte em detrimento das empresas de menor porte, que não contaram com proteção compatível com suas condições, sem que esta finalidade tenha sido expressa no texto legal, as disposições relacionadas ao

Empresarial. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 19. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5a0902ee31d6265>. Acesso em 29 jul. 2016.

⁴⁷⁶ SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. A Função Simbólica do regime legal de Recuperação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.) **Direito Empresarial.** CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 19. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5a0902ee31d6265>. Acesso em 29 jul. 2016.

⁴⁷⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.33.

⁴⁷⁸ Ao tratar da tipificação da legislação simbólica, Marcelo Neves apresenta o modelo tricotômico proposto por Harald Kindermann, que apresenta os objetivos do conteúdo da legislação simbólica: confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado; e o adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. (KINDERMANN, Harald, 1988, p.230 *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.33).

plano especial de recuperação buscam a confirmação de valores sociais de grandes grupos econômicos e financeiros⁴⁷⁹.

O segundo tipo de legislação simbólica é conhecida como legislação-álibi, aquela em que o processo de sua elaboração e entrada em vigor busca substituir um regime jurídico inadequado, rejeitado pela população. Assim, a inserção de um regime jurídico especial para a recuperação de micro e pequenas empresas teria a ambição de legitimar as políticas governamentais de proteção dos pequenos negócios e reduzir as pressões populares, sem que esse regime especial tivesse real aptidão de proporcionar a sobrevivência dos pequenos negócios⁴⁸⁰.

Em seguida, o terceiro tipo de legislação simbólica é aquela que busca o adiamento da solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios⁴⁸¹, pois não somente a aprovação da última versão do Projeto de Lei n. 4.376/1993 foi resultado de conflitos entre grupos políticos que chegaram a um acordo para transferir sua solução para um futuro indeterminado, como a posterior alteração gerada pela Lei Complementar n. 147/2014 não solucionou definitivamente o problema da preservação dos pequenos negócios.

Marcia Carla Pereira Ribeiro e João Paulo Godri pontuam que, embora a Lei Complementar n. 147/2014 tenha sido oriunda de uma política de supervalorização das micro e pequenas empresas, no que se refere aos resultados pretendidos, inspira reflexões críticas quanto à sua efetividade⁴⁸².

Finalmente, por mais que se declare a necessidade de concretização da função social da empresa e da preservação dos interesses envolvidos na atividade

⁴⁷⁹ SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. A Função Simbólica do regime legal de Recuperação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.) **Direito Empresarial**. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 20. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5a0902ee31d6265>. Acesso em 29 jul. 2016.

⁴⁸⁰ SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. A Função Simbólica do regime legal de Recuperação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.) **Direito Empresarial**. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 20. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5a0902ee31d6265>. Acesso em 29 jul. 2016.

⁴⁸¹ SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. A Função Simbólica do regime legal de Recuperação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.) **Direito Empresarial**. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 20. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5a0902ee31d6265>. Acesso em 29 jul. 2016.

⁴⁸² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atílio. Recuperação Judicial, micro e empresas de pequeno porte e a lei complementar 147/2014: uma análise de eficiência a partir de Douglas North. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Fi, 2016, p.299.

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.

5 RECUPERAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE: UMA NOVA PROPOSTA

Este capítulo se inicia com uma breve introdução sobre a natureza transdisciplinar do tratamento da preservação da microempresa e empresa de pequeno porte. A segunda parte apresenta os pressupostos da análise econômica do direito, necessários para a construção de um modelo recuperacional eficaz e eficiente na concreção de seus principais objetivos.

Seguidamente, como contribuição para a ciência jurídica, apresenta-se como proposta algumas modificações do modelo atual de recuperação com a finalidade de proporcionar uma efetiva preservação das microempresas e empresas de pequeno porte.

A quarta parte retoma a discussão da preservação da micro e pequena empresa e seu papel central na proteção do direito fundamental ao trabalho e para a promoção do desenvolvimento da economia nacional.

Por fim, a última parte discorre sobre a necessidade de interpretar e aplicar o regime legal que vigora atualmente, direcionado à concreção dos princípios e fundamentos presentes na Lei n. 11.101/2005 e na Constituição Federal Brasileira.

5.1 NATUREZA TRANSDISCIPLINAR DA PRESERVAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A empresa é uma instituição que nasce a partir de um interesse privado de multiplicação do capital investido, mas que possui um poder de transformar o meio que ela alcança, promovendo a subsistência de necessidades em determinado meio social, organizando mão de obra alheia mediante remuneração, recolhendo tributos que serão revertidos para a sociedade, mantendo e integrando redes de outras empresas, gerando a circulação de riquezas.

Desde os primórdios do surgimento da atividade comercial, os pequenos negócios sempre representaram um papel importante nas diversas dimensões na sociedade e como objeto de estudo de diversas disciplinas do saber.

Sendo dessa forma, a preservação das microempresas e empresas de pequeno porte é um fenômeno complexo que abrange interesses que se conectam em diversos campos do conhecimento, como o Direito, a Economia, a Política, a Administração de Empresas, as Ciências Sociais e as Ciências Contábeis.

A ligação entre campos distintos do conhecimento e a necessidade de realizar uma análise mais adequada da realidade pressupõem uma forma diferenciada de abordagem, nesse sentido, Adilson Cunha Silva⁴⁸³ enfatiza que existem determinadas situações que possibilitam o uso de diversos tipos de parâmetros ou abordagens teórico-epistemológicas que transitam da unidisciplinaridade à transdisciplinaridade.

No plano epistemológico, a análise do próprio fenômeno da preservação da microempresa e da empresa de pequeno porte e dos interesses em torno delas, direciona a uma abordagem transdisciplinar. Antes de entrar nas questões específicas do objeto de estudo em exame, é necessário apresentar uma prévia abordagem das noções de interdisciplinaridade, multidisciplinariedade, pluridisciplinaridade e transdisciplinaridade.

No século XX, segundo Barasab Nicolescu, a complexidade instalou-se por toda parte em todos os campos do conhecimento, determinando a multiplicação das disciplinas e a crescente especialização em todas as áreas do conhecimento. A disciplinaridade ou unidisciplinaridade diz respeito a um único nível de realidade, ou fragmento de realidade, com o propósito de esgotar cientificamente o campo que lhe é próprio⁴⁸⁴.

Com a especialização, o campo de cada disciplina torna-se cada vez mais estreito, tornando difícil a comunicação entre elas, chegando ao ponto em que dois especialistas da mesma disciplina têm, hoje em dia, dificuldade em compreender seus resultados recíprocos⁴⁸⁵.

Nicolescu identifica este fenômeno como um processo de babelização, e defende que não pode continuar sem colocar em risco a própria existência humana,

⁴⁸³ SILVA, Adilson Cunha. Direito, Bioética e Tecnociências/Biotecnociências: a emergência de um novo paradigma científico para as pesquisas jurídicas sobre novas tecnologias. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUERA, Nelson; SANTANA, Gilson Alves. **Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador:[s.n.]. 2010, p. 44.

⁴⁸⁴ NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 41-42.

⁴⁸⁵ NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 41-42.

pois direciona, em cada campo do conhecimento, a geração de líderes cada vez mais incompetentes em atender as necessidades de desenvolvimento de uma sociedade⁴⁸⁶.

Um dos maiores desafios de nossa época, como por exemplo os desafios de ordem ética, exigem competências cada vez maiores. Mas a soma dos melhores especialistas em suas especialidades não consegue gerar senão uma incompetência generalizada, pois a soma das competências não é a competência: no plano teórico, a intercessão entre os diferentes campos do saber é um conjunto vazio.

[...]

A necessidade indispensável de laços entre as diferentes disciplinas traduziu-se pelo surgimento, na metade do século XX, da pluridisciplinaridade e da interdisciplinaridade.⁴⁸⁷

A interdisciplinaridade diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina à outra para o tratamento do objeto a ser pesquisado. A interdisciplinaridade pode se dar em três graus: a) no grau de aplicação do método de uma disciplina em outra; b) no grau epistemológico; e c) no grau de geração de novas disciplinas⁴⁸⁸.

A pluridisciplinaridade⁴⁸⁹ refere-se ao estudo de um objeto de uma disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo. O conhecimento do objeto em sua própria disciplina é enriquecido pela contribuição pluridisciplinar. Tanto a interdisciplinaridade como a pluridisciplinaridade são abordagens cuja finalidade encontra-se direcionada e inscrita na pesquisa disciplinar⁴⁹⁰.

A transdisciplinaridade amplia ainda mais o campo e a forma de estudo de determinado fenômeno. Pois, diz respeito a aquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina. O seu objetivo é a compreensão, por meio da unidade de conhecimento, da realidade, do mundo presente⁴⁹¹.

A unidisciplinaridade, a interdisciplinaridade, a pluridisciplinaridade e a transdisciplinaridade embora sejam abordagens com finalidades distintas, possuem

⁴⁸⁶ NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 47-49.

⁴⁸⁷ NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 49.

⁴⁸⁸ NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 50-51.

⁴⁸⁹ Também chamada de multidisciplinaridade.

⁴⁹⁰ NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 51.

⁴⁹¹ NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 51.

natureza complementar. Enquanto a pesquisa disciplinar refere-se a um nível de realidade, a transdisciplinar alimenta-se da disciplinar e se interessa pela dinâmica gerada pela ação de vários níveis de realidade⁴⁹².

A partir das noções das abordagens teórico-epistemológicas acima apresentadas é possível afirmar que as empresas, e em especial as microempresas e empresas de pequeno porte, representam um fenômeno, objeto de distintas disciplinas do conhecimento, que, por sua complexidade, demandam um tratamento epistemológico de natureza transdisciplinar necessário à produção de um novo saber específico gerado a partir da convergência de múltiplos saberes.

A própria preservação da microempresa por meio do instituto da recuperação judicial pode ser considerada um objeto de natureza transdisciplinar, em função de seu caráter complexo, que embora tenha uma regulamentação no plano jurídico, não se situa apenas nesta disciplina, pois encontra reflexos através e entre outras searas da realidade humana como a econômica, social, política, cultural e histórica.

A preservação da microempresa e da empresa de pequeno porte por meio do plano e especial de recuperação poderia ser analisada tão somente nos limites da disciplina jurídica, mas isso não seria bastante, diante da complexidade do fenômeno, que demanda a construção de um novo saber produzido a partir da convergência centrípeta de múltiplos saberes⁴⁹³.

Por isso, embora o enfoque e o principal direcionamento desta pesquisa estejam situados no plano jurídico, o exame do fenômeno irá perpassar por entre e através de outras disciplinas, como a economia, a história e a política visando proporcionar uma solução mais consistente e mais adequada à complexidade do mundo presente.

Contudo, é possível afirmar que embora a pesquisa meramente jurídica e disciplinar seja completamente distinta da pesquisa transdisciplinar, ela é complementar desta, pois se interessa pela dinâmica gerada pelos vários níveis de realidade, não somente a jurídica.

⁴⁹² NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 52.

⁴⁹³ SILVA, Adilson Cunha. Direito, Bioética e Tecnociencias/Biotecnociências: a emergência de um novo paradigma científico para as pesquisas jurídicas sobre novas tecnologias. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUERA, Nelson; SANTANA, Gilson Alves. **Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador:[s.n.]. 2010, p. 44.

Diante do que foi apresentado sobre a natureza transdisciplinar da recuperação especial de microempresas e empresas de pequeno porte, na próxima subseção será realizado um estudo da Análise Econômica do Direito como um fundamento para se alcançar um plano de recuperação que seja eficaz, dotado de efetividade e eficiência para alcançar os objetivos de preservação da empresa e sua função social.

5.2 A RECUPERAÇÃO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A preservação da micro e da pequena empresa por meio da recuperação judicial é um fenômeno que encontra reflexos em diversas disciplinas do conhecimento, por esse motivo, resta configurada sua natureza transdisciplinar. A análise econômica desse fenômeno, que também é jurídico, é um meio de abordagem interdisciplinar e também pluridisciplinar, que visa possibilitar a compreensão e a solução de conflitos no mundo atual mediante a construção de um novo saber.

A Análise Econômica do Direito é o campo do conhecimento que visa expandir a compreensão e o alcance do Direito e sua racionalidade, examinar a formação, aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas e das instituições jurídicas, principalmente com relação às suas consequências, por meio do emprego de ferramentas teóricas e empíricas da ciência econômica⁴⁹⁴ e das ciências afins⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Importa neste momento apresentar uma definição de economia elaborada por N. Gregory Mankiw: “Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. Na maioria das sociedades, os recursos são alocados não por um único planejador central, mas pelos atos combinados de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas economias. Estudam também como as pessoas interagem umas com as outras. Por exemplo, ele examinam como compradores e vendedores de um bem determinam juntos o preço pelo qual o bem será vendido e a quantidade a ser vendida. Por fim os economistas analisam as forças e as tendências que afetam a economia como um todo, incluindo o crescimento da renda média, a parcela da população que não consegue encontrar trabalho e a taxa à qual os preços estão subindo.” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 4.)

⁴⁹⁵ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-18.

Ivo T. Gico Júnior esclarece que a análise econômica não é um objeto de estudo específico, mas um método econômico de investigação aplicado ao problema, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas. Então, as condutas passíveis de compreensão pelo método econômico são aquelas que envolvam escolhas, pois o objeto da ciência econômica envolve toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisões⁴⁹⁶.

Paula Forgioni explica que um dos pilares sobre os quais se funda a Análise Econômica do Direito consiste na verificação de que o incremento do grau de segurança e de previsibilidade propiciado pelo sistema jurídico conduz a uma maior fluidez das relações econômicas, de maneira que os mercados funcionam de forma mais eficiente se ligados a um ambiente institucional estável⁴⁹⁷.

Portanto, busca-se com a realização do estudo de um instituto jurídico – a recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte – através do método econômico, encontrar vias que possibilitem não somente o incremento da segurança e da previsibilidade, mas antes de tudo a eficácia, a efetividade e a eficiência desse instituto na preservação dos pequenos negócios.

Antes de enfrentar especificamente a racionalidade da recuperação especial de microempresas e pequenas empresas de pequeno porte, será feita uma breve exposição de alguns princípios e teorias fundamentais da ciência econômica utilizadas na Análise Econômica do Direito.

5.2.1 Breves noções dos Princípios e das Teorias Fundamentais utilizadas na Análise Econômica do Direito

Vasco Rodrigues relata que a ciência econômica, desde a década de 60 do século passado, sofreu um alargamento de seu objeto, passando a direcionar sua atenção a todos os fenômenos sociais que envolvem escolhas sobre a utilização de

⁴⁹⁶ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.19

⁴⁹⁷ FORGIONI, PAULA A. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>. Acesso em: 03 set. 2016.

recursos. Assim sendo, não é fácil identificar qual domínio da atividade humana que não seja alvo de sua atenção, e, de maneira inevitável, vários desses fenômenos também constituem objeto de estudo de outras ciências sociais. Diante dessa identidade de objeto, o que distingue a ciência econômica das outras, não é seu objeto, mas seu método⁴⁹⁸.

Segundo Vasco Rodrigues, o método econômico consiste na aplicação de três princípios: o primeiro princípio é que os agentes econômicos ao fazerem escolhas, atuam de forma racional; o segundo é que os comportamentos coletivos se deduzem das escolhas individuais recorrendo ao conceito de equilíbrio; e o terceiro é que a eficiência é o critério fundamental para avaliar a ação humana no plano normativo⁴⁹⁹.

A literatura econômica tende a descrever a escolha racional⁵⁰⁰ de três maneiras distintas. A primeira forma se relaciona com a consistência das escolhas, admitindo-se que as pessoas tenham um conjunto de preferências estáveis e pré-determinadas que não dependa das opções que lhe são colocadas, pois já há uma predefinição dessa escolha⁵⁰¹.

A segunda forma de explicar a racionalidade é considerar que cada escolha proporciona ao agente determinada utilidade e que ele pode ordenar as diversas alternativas em razão das utilidades que lhe são proporcionadas. Quando o agente escolhe a opção que lhe causa maior utilidade, diz-se que houve uma maximização da utilidade⁵⁰².

A terceira forma de descrever a atuação racional é dizer que diante de uma escolha, o agente faz a opção por uma determinada alternativa, se os benefícios esperados superarem os custos suportados. O custo⁵⁰³ é a satisfação de que se abdica ao optar por determinada escolha.

⁴⁹⁸ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12.

⁴⁹⁹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12.

⁵⁰⁰ Robert Cooter e Thomas Ulen tratam da escolha racional como maximização. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.36-37).

⁵⁰¹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

⁵⁰² RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

⁵⁰³ A noção de custo de oportunidade também é utilizada nesta metodologia e representa “aquilo que se sacrifica por não escolher a mais favorável das alternativas disponíveis” (RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.)

Dessa forma, o princípio da escolha racional se situa na avaliação que cada pessoa faz da utilidade que obtém de cada situação, com a informação e a capacidade cognitiva que possui⁵⁰⁴. Por conseguinte, o caminho até a escolha segue uma racionalidade maximizadora, onde se busca maximizar o bem-estar que trará a opção realizada, resultado de uma ponderação de custos e benefícios⁵⁰⁵.

O princípio do equilíbrio, por sua vez, tem a ver com a maneira como, em determinadas circunstâncias, a interação social determina as alternativas que serão escolhidas. Vasco Rodrigues esclarece que há duas formas elementares de interação social: o exercício da autoridade e a livre negociação. A autoridade possibilita alguém determinar unilateralmente o resultado da interação, motivo pelo qual desempenha um papel muito importante no convívio social, principalmente quando lhe cabe decidir a destinação a dar aos recursos disponíveis. A forma de livre negociação se dá através do mercado⁵⁰⁶.

Quando a interação social ocorre no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a fazerem trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios alcançados, rumo a um ponto de repouso onde não ocorrerão mais trocas. Nesse ponto, considera-se que o mercado se encontra em equilíbrio⁵⁰⁷.

Os agentes econômicos normalmente não buscam o equilíbrio como resultado, pois buscam maximizar aquilo que lhes interessa. Desse modo, o equilíbrio é um conceito técnico utilizado para demonstrar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. É um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas⁵⁰⁸. Em vista disso, com a modificação da regra em um contexto em que a negociação é possível, os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico até o alcance do equilíbrio. Com o

⁵⁰⁴ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12-15.

⁵⁰⁵ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22.

⁵⁰⁶ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

⁵⁰⁷ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.24.

⁵⁰⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.37.

mercado em equilíbrio, verifica-se uma propriedade socialmente valiosa: o seu resultado elimina todos os desperdícios e é considerada eficiente⁵⁰⁹.

O princípio da eficiência parte da premissa de que um homem racional, quando diante de mais de uma opção de atuação ou de mais de uma conduta possível, ele levará em consideração a relação custo-benefício entre as alternativas possíveis, de modo a escolher a que melhor atenda seus interesses⁵¹⁰.

Em termos econômicos, a “eficiência se refere à relação entre os benefícios e os custos agregados a uma situação”⁵¹¹. Dessa forma, considerando a escassez de recursos diante das necessidades humanas, a sua alocação de forma eficiente possibilitará o incremento do bem-estar e do fluxo das relações econômicas⁵¹².

Sobre o conceito de eficiência, a teoria econômica contempla alguns modelos, dois deles serão aqui apontados: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

Para Vilfredo Pareto, a eficiência econômica acontece quando:

[...] verifica-se que ao se melhorar a situação de um determinado indivíduo, ou família, ou classe social, necessariamente corresponder-se-á uma piora na situação de outro indivíduo, ou família, ou classe social; portanto, estar-se-á em equilíbrio, ou se está em uma posição de eficiência econômica, na versão de Pareto; caso contrário, estar-se-á em uma situação de ineficiência, conseqüentemente, precisa-se de um ajuste econômico (ou Legal) para se remover tal empecilho devastador⁵¹³.

Assim sendo, o “Ótimo de Pareto” ou “Pareto eficiente” é a circunstância em que não há mudança que melhore a situação de um agente sem agravar a condição de pelo menos outro agente. É o exato momento de equilíbrio em que todas as ações adotadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros. Uma situação não é eficiente se houver algo que possa ser realizado para favorecer

⁵⁰⁹ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.25.

⁵¹⁰ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.29.

⁵¹¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.120.

⁵¹² FORGIONI, PAULA A. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>. Acesso em: 03 set. 2016.

⁵¹³ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.31.

alguém, sem ocasionar prejuízos para ninguém⁵¹⁴. No mesmo sentido, Paula Forgioni elucida:

Uma escolha eficiente é aquela tomada quando não há outra alternativa que seria preferida por todos envolvidos, levando em conta os seus objetivos e as suas preferências individuais. Diz-se que a alocação de recursos é ineficiente quando há outra alternativa que todos os envolvidos prefeririam ou que seria aceita por pelo menos um deles, enquanto, para os outros, a nova disposição seria no mínimo indiferente⁵¹⁵.

A eficiência elaborada por Pareto, não tem grande aplicação nas situações concretas, pois a maioria das transações normalmente geram efeitos para terceiros, de forma que é praticamente impossível que numa transação não exista prejuízo para alguém, ainda que indireto. “No mundo dos recursos limitados são várias as situações em que nos deparamos com a condição de que para alguém ganhar, outra pessoa precisa perder”⁵¹⁶. Por tal motivo, que o estado ótimo de Pareto não pode ser confundido com uma situação boa, justa ou correta⁵¹⁷.

A solução utilizada pelos economistas para superar esta dificuldade e se aproximar de equidade é recorrer ao princípio da compensação. A sua aplicação demanda uma avaliação dos benefícios e custos decorrentes da alteração de certa situação, para que se possa verificar se há alguma compensação que os beneficiados estivessem dispostos a arcar aos prejudicados e que esses considerassem suficiente⁵¹⁸.

Dessa forma, se o total pago pelos benefícios apresentar um ganho líquido, então se pode dizer que a alteração é eficiente e torna-se compensador aos beneficiados arcar com os custos da alteração aos prejudicados. Esse critério de

⁵¹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.120-121.

⁵¹⁵ FORGIONI, PAULA A. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>. Acesso em: 03 set. 2016.

⁵¹⁶ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.42.

⁵¹⁷ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 27.

⁵¹⁸ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 28-29.

eficiência baseado em um novo conceito de melhoria foi elaborado por Alfred Marshall⁵¹⁹.

Posteriormente, e seguindo a mesma linha de Marshall, outro conceito de eficiência, que parte da premissa de que as normas devem ser elaboradas de forma a gerarem o máximo de bem-estar a um maior número de pessoas, passou a ser adotado por Nicholas Kaldor e John R. Hicks⁵²⁰.

O princípio de Kaldor-Hicks leva em consideração a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um individualmente. Em vista disso, se uma circunstância gera um excedente maior que a outra, ou seja, o ganho dos vencedores supera o prejuízo dos perdedores, ela é tida como mais eficiente que a outra. Esse critério de eficiência leva à situação na qual aqueles que têm ganhos podem compensar os que perderam, mantendo um ganho líquido positivo ao final⁵²¹.

Alexandre Morais da Rosa⁵²² considera que há uma tensão entre eficácia e equidade nas teorias de Pareto e Kaldor-Hicks.

Em Pareto prepondera a “eficiência”, enquanto em Kaldor-Hicks a preocupação parece, em princípio, ser a “equidade” já que se os ganhos coletivos, medidos pelo bem-estar forem maiores que as perdas dos prejudicados, surge a possibilidade de os primeiros indenizarem os segundos⁵²³.

A partir dessas teorias, a eficiência pode ser definida como a atribuição de recursos econômicos dentro de critérios de otimização paretiana, isto é, de forma a não ser possível melhorar a condição de qualquer sujeito, sem prejudicar qualquer outro, com a possibilidade de eventual reparação das externalidades (compensação de Kaldor-Hicks)⁵²⁴.

⁵¹⁹ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.43-44.

⁵²⁰ SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.76.

⁵²¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.120-121.

⁵²² ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 70.

⁵²³ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.70.

⁵²⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.70.

O bom funcionamento do mercado, obtido mediante a alocação mais eficiente dos recursos econômicos, será responsável pelo alcance do maior grau de bem-estar social. Robert Cooter e Thomas Ulen consideram que é improvável que essa condição se realize no mundo real, pois os mercados deveriam ser perfeitamente competitivos, além do que, não poderia existir nenhum fator que representasse falhas⁵²⁵. Na realidade, comumente se verifica que não é possível gerar a concretização do maior grau de eficiência locativa possível, já que o mercado apresenta determinadas falhas que, conseqüentemente, provocam o seu funcionamento defeituoso. Falha de mercado é um fenômeno que impede que as relações econômicas possam atingir a melhor eficiência pela transação entre os agentes⁵²⁶.

Marcia Carla Pereira Ribeiro defende que, diante da ocorrência das falhas de mercado, que impedem que se alcance a maior eficiência social no aproveitamento dos recursos produtivos, caberia intervenção estatal para regular o mercado, através das regras jurídicas, com a finalidade de minimizar os efeitos dessas falhas e possibilitar que as relações econômicas sejam mais eficientes⁵²⁷.

As externalidades constituem uma das fontes de falhas no mercado, juntamente com o poder de mercado, a assimetria de informações e os bens públicos.

Normalmente as partes envolvidas em uma transação captam todos os benefícios e custos, tendo por isso, as melhores informações sobre a escolha da operação. Contudo, por vezes os benefícios e os custos poderão se refletir em outras partes não explicitamente envolvidas na operação⁵²⁸. Uma externalidade surge quando uma ação realizada por um sujeito provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber qualquer compensação por este impacto⁵²⁹.

⁵²⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.61.

⁵²⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.92.

⁵²⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.92-93.

⁵²⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.61.

⁵²⁹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p.184.

As externalidades podem ser positivas ou negativas. Será positiva⁵³⁰ se forem gerados benefícios para as partes não envolvidas explicitamente em uma transação. Será negativa⁵³¹ se a transação gerar custos a outras pessoas não envolvidas.

Vasco Rodrigues assevera a importância em avaliar as externalidades do ponto de vista econômico, pois algumas decisões que direcionem à defesa de interesses individuais podem não ser tão eficientes do ponto de vista coletivo. Logo, um agente econômico que em determinada ação recebe todos os benefícios de uma atividade poderá provocar uma externalidade negativa impondo parte dos custos a outros membros da sociedade. Isso ocorre porque, para defender seu interesse, o agente realiza a atividade em que os benefícios excedem os custos que pessoalmente suporta⁵³².

Mankiw ensina que na presença de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado supera o bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado. Passa a abranger o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Considerando que os agentes em uma transação desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem operar, o equilíbrio do mercado não é eficiente quando há externalidades, ou seja, “o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo”⁵³³.

Diante desse quadro, o papel do Direito é o de evitar que a ocorrência de externalidades seja um óbice à obtenção de resultados socialmente eficientes, ou melhor, desincentivar atividades que gerem custos que superem os benefícios sociais e incentivar as atividades que gerem benefícios que superem os custos⁵³⁴.

Uma solução proposta pelos economistas é a da internalização da externalidade⁵³⁵ para que elas passem a compor o custo de determinada atividade.

⁵³⁰ O conhecimento gerado com o investimento em pesquisa e desenvolvimento é uma externalidade positiva.

⁵³¹ A degradação da qualidade do ar resultante das emissões de gases derivados do processo de industrialização é uma externalidade negativa.

⁵³² RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p.41.

⁵³³ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p.184.

⁵³⁴ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p.42.

⁵³⁵ Sobre a internalização das externalidades N. Gregory Mankiw explica que “As externalidades negativas levam os mercados a produzir uma quantidade maior que a socialmente desejável. Por sua vez, as externalidades positivas permitem que os mercados produzam uma quantidade menor

Vasco Rodrigues considera que é necessário que o Estado intervenha na atividade para impor a internalização da externalidade pelo seu causador⁵³⁶.

Alexandre Morais da Rosa considera que o equilíbrio competitivo é impossível e que o ótimo de Pareto é um propósito imaginário, de forma que o insucesso do mercado necessita de intervenção corretiva do Estado. Uma intervenção dinâmica garantiria que as transações voluntárias pudessem se concretizar de maneira livre e desimpedida, com o menor custo de transação possível. A tarefa do Estado através do Direito seria a de buscar eliminar, o máximo possível, as externalidades⁵³⁷ mediante restrições, regulamentações ou sanções⁵³⁸.

N. Gregory Mankiw, por outro lado, defende que embora as externalidades tornem normalmente os mercados ineficientes, nem sempre é necessária a ação governamental para solucionar o problema, pois os próprios envolvidos podem desenvolver soluções⁵³⁹.

Marcia Carla Pereira Ribeiro, seguindo a linha de análise das externalidades de Ronald Coase, considera que a melhor forma de reduzir a externalidade é mudar o comportamento do agente para quem a alteração acarretará menos custos. Justifica que essa mudança de comportamento, embora possa derivar da intervenção do Estado para impor a internalização da externalidade, ela não se alcança eficientemente por meio da intervenção estatal, mas pode ser obtida pela livre pactuação das partes⁵⁴⁰, desde que os direitos de propriedade estejam bem definidos e que não haja custos de transação relevantes⁵⁴¹.

que a socialmente desejável. Para solucionar esse problema, o governo pode internalizar a externalidade tributando bens que carregam externalidades negativas e subsidiando os bens que trazem externalidades positivas". (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p.187.)

⁵³⁶ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p.44.

⁵³⁷ Normalmente a intervenção nas estruturas econômicas se dá pelo fomento através de subsídios para as externalidades positivas e mediante restrições e punições para as externalidades negativas.

⁵³⁸ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71.

⁵³⁹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p.196.

⁵⁴⁰ Um exemplo apresentado por Vasco Rodrigues retrata esta situação: "Uma empresa leva a cabo uma atividade que gera um lucro de 500 mil euros mas origina poluição que causa danos estimados em 200 mil euros. Os danos podem ser evitados se a empresa não produzir, mas essa não é a solução eficiente no sentido de Kaldor-Hicks: o prejuízo que implica para os acionistas da empresa é maior do que o dano que poupa seus vizinhos. suponhamos que os danos podem

Outra falha de mercado ocorre quando uma ou mais empresas gozam de poder de mercado e este deixa de ser competitivo. Em determinados mercados, um único comprador ou vendedor pode ser capaz de controlar os preços de mercado. Essa capacidade de influenciar os preços é denominada poder de mercado⁵⁴².

Vasco Rodrigues define poder de mercado como a capacidade para praticar preços acima do normal. Fundamenta esse autor que o preço praticado pelo monopolista ultrapassa o custo marginal⁵⁴³, e os consumidores pagam mais por cada unidade de produto do que custou produzir a última unidade vendida. Assim, verifica-se que o excedente do produtor aumenta, ao passo que o excedente do consumidor diminui. O excedente do monopolista é positivo e é igual a diferença entre o preço efetivamente recebido e o preço mais baixo que o vendedor poderia aceitar, ou seja, o custo marginal⁵⁴⁴.

As distorções na estrutura do mercado geradas pelo poder econômico comprometem o regime de concorrência e direcionam a uma alocação menos

igualmente ser evitados se a empresa gastar 100 mil euros na instalação de um sistema de filtros nas suas chaminés. Esta solução já é eficiente: proporciona um benefício de 200 mil euros em troca de um custo de apenas 100 mil. [...] Mas suponhamos que os danos resultantes da poluição se podiam igualmente, evitar transferindo os vizinhos da empresa para locais mais distantes e que essa transferência originava encargos de apenas 50 mil euros. Claramente, a solução mais eficiente é esta última, que passa a alterar o comportamento das “vítimas”. A intervenção do Estado para impor alteração do comportamento do causador seria ineficiente: levaria a utilizar uma solução que custa 100 mil euros quando o mesmo resultado poderia ser obtido gastando, apenas, 50 mil. [...] No exemplo anterior, o comportamento eficiente é gastar 50 mil euros para deslocar os vizinhos da fábrica e assim evitar os 200 mil euros de danos gerados pela poluição. Que enquadramento jurídico levaria a adoção desse comportamento? Suponhamos que a lei estabelecia que a empresa era responsável pelos danos provocados pela sua poluição. Se a empresa nada fizer para evitar a poluição, tem que pagar 200 mil. Mas pode evitar este custo gastando 100 mil nos filtros. Ou solução ainda mais atractiva, pode evita-lo arcando com os 50 mil necessários para transferir os vizinhos para outro local [...] Na realidade, como os vizinhos sabem que, se aceitarem ser transferidos, a empresa poupa os 100 mil euros dos filtros, é provável que tentem exigir mais de 500 mil para aceitarem a transferência. A empresa, por sua vez, não estará disposta a pagar mais de 100 mil (porque nesse caso, seria preferível instalar os filtros). O acordo entre ambos deverá, por isso, ocorrer para u valor no intervalo de 50 mil euros (o mínimo que as vitimas aceitam) a 100 mil euros (o máximo que o causador está disposto a pagar). (RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p.45-47).

⁵⁴¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.103-104.

⁵⁴² MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p.143.

⁵⁴³ Custo marginal corresponde ao preço mais baixo que o produtor poderia aceitar pela venda de um bem.

⁵⁴⁴ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p.163.

eficiente dos recursos escassos, de forma que o consumo dos bens ou serviços produzidos ficará abaixo do patamar que maximize do bem-estar social⁵⁴⁵.

De igual forma, a ausência da competição reduzem os incentivos para que as empresas sejam tecnicamente eficientes e introduzam inovações no mercado, bem como, propicia a prática de diversos atos anticoncorrenciais⁵⁴⁶, que constituem barreiras para outras empresas ingressarem no mercado.

Outra espécie de falha de mercado que também é importante para o desenvolvimento da temática do presente trabalho é a assimetria de informações. Uma condição para o mercado promover, de forma eficiente, o fluxo de relações econômicas é o acesso às informações necessárias à tomada de decisão pelas partes envolvidas na transação, sob pena de desestímulo às operações pelo aumento dos custos a elas relacionados⁵⁴⁷.

Marcia Carla Pereira Ribeiro ensina que em um modelo de concorrência perfeita, existe vasta informação e conhecimento do mercado de forma que os compradores e vendedores conhecem os bens e serviços que transacionam, os empresários conhecem as técnicas de produção e os consumidores, as características, vantagens, defeitos, preços e condições dos produtos. Fora desse modelo ideal, se uma das partes tem mais informações que a outra sobre a transação a ser realizada, a tendência de ocorrerem situações indesejadas pelas partes se eleva⁵⁴⁸.

A assimetria de informações pode ser definida como o desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas em uma operação, que pode impedir a sua

⁵⁴⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.263.

⁵⁴⁶ A título de exemplificação, mencionam-se outras condutas anticoncorrenciais: os acordos horizontais, pelos quais empresas concorrentes acordam preços a praticar, quantidades a produzir, clientes a abastecer dentre outros acertos; os atos de concentração empresarial por meio das fusões e aquisições, pelos quais empresas independentes passam a ter unidade de comando; as restrições verticais, pelas quais são realizados acordos que ligam empresas situadas em diferentes níveis da cadeia produtiva; a discriminação de preços representado pela prática de preços diferentes a compradores distintos; e a fixação de preços predatórios, que são preços demasiadamente baixos de forma temporária e estratégica para eliminar os concorrentes e monopolizar o mercado.

⁵⁴⁷ FORGIONI, PAULA A. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em: 03 set. 2016.

⁵⁴⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.94.

realização. Robert Cooter e Thomas Ulen advertem que as assimetrias graves podem desorganizar os mercados de tal maneira que o ótimo social não é obtido pela vontade das partes. Consideram ainda que a intervenção do governo no mercado pode, em termos ideais, corrigir essas distorções⁵⁴⁹ de informação e levar a uma transação mais eficiente⁵⁵⁰.

A última fonte de falha de mercado é a presença de uma mercadoria denominada bem público. É um bem que, por sua natureza, não pode ser subtraído do uso de terceiros. Os bens públicos não são excludentes⁵⁵¹ nem rivais⁵⁵². Dessa forma, “as pessoas não podem ser impedidas de usar o bem público, e, quando uma pessoa usa um bem público, isso não reduz a disponibilidade dele, podendo ser utilizado por outras pessoas sem prejuízo de nenhuma delas”⁵⁵³.

A decisão sobre a produção de bens públicos depende do Estado, é de natureza política e não depende do sistema de preços. Deste jeito, se o governo decidir que os benefícios totais excedem os custos, poderá proporcionar o bem público e financiá-lo com a renda de impostos, deixando todos em melhor situação⁵⁵⁴.

Quando os bens públicos são produzidos privadamente⁵⁵⁵, dão lugar à atuação dos chamados *free riders*, agentes considerados ineficientes porque se utilizam dos

⁵⁴⁹ Robert Cooter e Thomas Ulen exemplificam uma situação de intervenção estatal em operações de venda de imóveis: “Muitos estados reagiram exigindo que os vendedores divulguem o conhecimento de quais quer defeitos latentes aos possíveis compradores de casas. Se os vendedores não divulgarem essa informação, poderão ser responsáveis pela correção desses defeitos” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.64).

⁵⁵⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.63.

⁵⁵¹ Não excludente significa dizer que os custos da exclusão de beneficiários não pagantes que consomem o bem são tão altos que nenhuma empresa privada maximizadora de lucro está disposta a fornecer o bem (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.63).

⁵⁵² Não rival significa dizer que o fato de uma pessoa usar não reduz a possibilidade de que mais alguém possa utilizar (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 204).

⁵⁵³ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 204.

⁵⁵⁴ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 206.

⁵⁵⁵ Podemos tomar como exemplo de um bem público produzido privadamente a construção de uma via pública ou de um parque público como contrapartida da concessão de benefício tributário durante um determinado lapso temporal, ou construção de um sistema de transporte público mediante a exploração exclusiva por determinado período de tempo.

esforços e recursos de outros, sem arcar com gastos e custos, desestimulando a boa atuação e o nível eficiente de investimento dos agentes econômicos⁵⁵⁶.

Diante desse quadro, o Estado proporciona bens públicos porque o mercado privado, por si só, não produz uma quantidade eficiente. Neste caso, para corrigir a falha de mercado relativa a oferta de bens públicos, é necessário que o Estado, por meio de políticas públicas, determine as espécies e a quantidade que deve oferecer. Robert Cooter e Thomas Ulen apresentam duas medidas que podem ser utilizadas: a) o governo pode decidir subsidiar a provisão privada do bem público, seja direta ou indiretamente através do sistema tributário; ou b) o governo poderia decidir ser ele mesmo o provedor do bem público e pagar os custos da provisão do serviço por meio das receitas obtidas pela tributação compulsória⁵⁵⁷.

Com a apresentação das quatro espécies de falhas de mercado e considerando que a intervenção estatal gera custos, esta deve ser admitida apenas quando necessária à neutralização daquelas. Paula Forgioni considera que configura-se a presunção de ineficiência da intervenção, quando qualquer situação que se enquadre em uma dessas falhas puder ser resolvida por outros meios⁵⁵⁸.

Conforme já foi visto nesta subseção, um ambiente de concorrência perfeita, em que as interações entre as empresas e consumidores no mercado são bastantes para gerar equilíbrio e maximização do bem-estar social, dificilmente são encontradas na realidade. Sendo assim, o problema da inadequação do mercado para maximizar a eficiência da alocação de recursos é analisada sob a vertente das falhas de mercados (que já foi exposta acima) e também, sobre a vertente de uma corrente de estudos direcionada ao tratamento dos custos de transação.

A Teoria dos Custos de Transação nasce a partir da percepção de que a Teoria Neoclassica é ineficaz para explicar certos aspectos da atividade econômica, especialmente os relacionados às instituições legais, aos contratos, às organizações

⁵⁵⁶ FORGIONI, PAULA A. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em: 03 set. 2016.

⁵⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.63.

⁵⁵⁸ FORGIONI, PAULA A. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em: 03 set. 2016.

e às formas como elas se relacionam, pois se utiliza de teses simplificadoras que negam a relevância prática desses aspectos e de determinadas instituições da economia⁵⁵⁹.

Para ilustrar essa tendência simplificadora, Marcia Carla Pereira Ribeiro elucida que o mercado, para a Teoria Econômica Neoclássica, encontra perfeito equilíbrio entre oferta demanda, sem atribuir importância para as variáveis correspondentes ao custo de se negociar ou de fazer cumprir acordos. Contudo, nas relações reais de mercado, os custos estão presentes e influenciam diretamente nas transações entre agentes econômicos, modificando as condições de negociação⁵⁶⁰.

A Teoria dos Custos de Transação nasce no bojo da Teoria Neo-Institucionalista ou Nova Economia Institucional, que adota como princípio que o papel fundamental das instituições econômicas é reduzir o valor dos custos de transação, e, tem como representantes os teóricos Douglass North, Oliver Williamson e Ronald Coase.

Para a Nova Economia Institucional, a racionalidade do comportamento humano e suas escolhas são influenciadas pelas instituições⁵⁶¹, sendo este o principal foco de estudo dessa linha de pensamento⁵⁶².

As instituições podem ser definidas como “um conjunto de regras que estabelecem um complexo de ações possíveis, que devem ser consideradas como parte de um sistema, e que compõe o sistema formal de instituições, quando incorporadas pelo direito, e o informal, na hipótese de não-incorporação”⁵⁶³. Douglass C. North também apresenta uma definição de instituições que interessa apresentar:

⁵⁵⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.61.

⁵⁶⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.105.

⁵⁶¹ O estudo das instituições é o principal ponto em comum que a Nova Economia Institucional tem com a Economia Institucional, além da posição crítica à Teoria Econômica Neoclássica que considera o emprego da eficiência alocativa como critério orientador de políticas legislativas (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 123).

⁵⁶² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 122.

⁵⁶³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.186.

Las instituciones son imposiciones creadas por los humanos y estructuran y limitan sus interacciones. Se componen de imposiciones formales (por ejemplo, reglas, leyes, constituciones), informales (por ejemplo, normas de comportamiento, convenciones, códigos de conducta autoimpuestos) y sus respectivas características impositivas. En conjunto, definen la estructura de incentivos de las sociedades, y específicamente de las economías⁵⁶⁴

O estudo das instituições, na Teoria Neo-Institucionalista, se desenvolve e considera dois níveis, o ambiente institucional e os arranjos institucionais. O primeiro compreende os ambientes formal e informal em que se desenvolvem as relações econômicas de maneira geral. Os arranjos institucionais direcionam-se à análise da escolha de estruturas de governança utilizada pelos agentes econômicos.

Pinheiro e Saddi apresentam a diferença entre o ambiente institucional (macro) e os arranjos institucionais (micro) baseada na construção teórica de Oliver Williamson:

Ambiente institucional: conjunto de regras políticas, sociais e legais que estabelecem as bases sobre as quais se organizam, na economia, a produção, a troca e a distribuição; e, na política e em outras áreas da atividade humana, as relações sociais em geral. Fazem parte do ambiente institucional, por exemplo, as regras que definem e aplicam os direitos de propriedade o direito contratual.

Arranjo institucional: uma forma de organizar a relação entre unidades econômicas por meio da qual estas conseguem cooperar e facilitar a realização de transações, economizando em termos de custo de transação. Acordos de exclusividade territorial, recursos à mediação e à arbitragem, bem como participações societárias cruzadas são exemplos de arranjos institucionais⁵⁶⁵.

Na esfera do ambiente institucional, aponta-se o trabalho de Douglass North, que procura analisar a associação existente entre o crescimento ou a evolução de uma sociedade em consonância com o desenvolvimento de suas instituições⁵⁶⁶.

Ao fazer um estudo comparativo, Douglass North verificou que determinados países obtém melhor desempenho econômico que outros, ainda que suas normas (instituições formais) sejam semelhantes, como resultado da influência das

⁵⁶⁴ NORTH, Douglas C. *Desempeño Económico en el transcurso de los años*. In: **Economía: teoría e Práctica**, n. 9, p. 127-138, 1988. Disponível em: <<http://azc.uam.mx/publicaciones/etp/num9/a2.htm>>. Acesso em 05 jul. 2016, p. 130.

⁵⁶⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.74.

⁵⁶⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atílio. Recuperação Judicial, micro e empresas de pequeno porte e a lei complementar 147/2014: uma análise de eficiência a partir de Douglas North. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Fi, 2016, p.312.

instituições informais consolidadas⁵⁶⁷. Para o mencionado autor, “*las instituciones forman la estructura de incentivos de una sociedad y, por tanto, las instituciones políticas y económicas son las determinantes fundamentales del desempeño económico*”⁵⁶⁸.

Paulo Gala ao fazer uma análise da Teoria Institucional de Douglass North, salienta que o conjunto de instituições formais e informais de uma sociedade pode ser encontrado em sua matriz institucional. Essa matriz institucional é responsável pelo crescimento econômico de uma sociedade, pois se ela for eficiente, será capaz de estimular um agente ou organização a investir numa atividade individual que proporcione retorno social superior aos custos sociais⁵⁶⁹.

Para Ronald Coase, que direciona o foco de seus estudos para os arranjos institucionais, se os agentes econômicos privados puderem transacionar a alocação dos recursos sem custos, então o mercado privado sempre solucionará o problema das externalidades e alocará os recursos com eficiência, ou seja, pelo Teorema de Coase “os agentes econômicos privados podem solucionar o problema das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo no qual todos fiquem em uma situação melhor e o resultado seja eficiente”⁵⁷⁰.

N. Gregory Mankiw, no entanto, ressalva que apesar da lógica de Coase, os agentes econômicos muitas vezes são incapazes, por eles mesmos, de solucionar os problemas causados por externalidades por causa dos custos de transação.

Os custos de transação podem ser definidos como aqueles que as partes incorrem no processo de efetivação de uma negociação. Pinheiro e Saddi definem os custos de transação como:

⁵⁶⁷ NORTH, Douglass *apud* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atílio. Recuperação Judicial, micro e empresas de pequeno porte e a lei complementar 147/2014: uma análise de eficiência a partir de Douglas North. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Fi, 2016, p.312.

⁵⁶⁸ NORTH, Douglas C. Desempeño Económico en el transcurso de los años. In: **Economía: teoría e Práctica**, n. 9, p. 127-138, 1988. Disponível em: <<http://azc.uam.mx/publicaciones/etp/num9/a2.htm>>. Acesso em 05 jul. 2016, p. 129.

⁵⁶⁹ GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglas North. **Revista de Economia Política**, vol. 23, n. 2 (90), abril-junho/2003, p. 97.

⁵⁷⁰ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 197.

Custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado⁵⁷¹.

Por esta definição, os custos de transação abrangem cinco atividades para concretizar a transação: a) a atividade da busca pela informação sobre preço e qualidade das mercadorias, sobre insumos de trabalho, sobre potenciais compradores e vendedores, sobre o comportamento dos agentes e as circunstâncias em que operam; b) a atividade da negociação necessária para determinar as intenções e limites dos compradores e vendedores sobre as condições do negócio; c) a atividade de realização e formalização dos contratos, com o registro nos órgãos competentes, caso necessário; d) o monitoramento com o intuito de verificar se as formas contratuais estão sendo cumpridas; e) a atividade de cumprimento do contrato e a cobrança de indenização pelo seu descumprimento, bem como a recuperação dos direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados⁵⁷².

Robert Cooter e Thomas Ulen referem-se a três espécies de custos de transação: a) os custos da busca para a realização no negócio, que envolve encontrar um agente interessado e o produto que se pretende transacionar; b) os custos de negociação e formalização do contrato, que se relacionam com a contratação de advogados e avaliadores, a obtenção de informações precisas sobre o objeto da contratação e a formalização do contrato em um instrumento; e c) os custos do cumprimento do que foi transacionado⁵⁷³.

Esses custos de transação podem ser mais altos ou baixos a depender das características da operação a ser realizada. Considera-se que os custos serão mais baixos se: o bem ou serviço contratado for padronizado; os direitos envolvidos forem claros e simples; existirem poucas partes integrantes; as partes se conhecerem, forem amistosas e tiverem comportamento sensato; a execução do contrato for instantânea; os custos de monitoramento forem baixos; e as penalidades forem

⁵⁷¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.75.

⁵⁷² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.62.

⁵⁷³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.105.

inexpressivas. Por outro lado, os custos de transação serão elevados se: o objeto do contrato for um bem único; a transação envolver direitos incertos e complexos; existirem muitas partes integrantes; as partes mantiverem comportamento hostil e insensato; a execução do contrato for prolongada no tempo; a execução do contrato demandar altos custos de monitoramento; as penalidades previstas forem dispendiosas⁵⁷⁴.

Na Teoria dos Custos de Transação, o princípio básico é que as partes envolvidas na transação ao tentar maximizar suas utilidades, devem considerar os custos envolvidos nas operações que participarem.

Se nessas operações os custos de transação forem nulos, segundo o Teorema de Coase, o uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada independentemente da atribuição jurídica dos direitos de propriedade.

Contudo, os custos de transação podem ser muito elevados e com isso inviabilizar certas operações. Neste caso, Ronald Coase admite que a intervenção estatal seja necessária⁵⁷⁵⁻⁵⁷⁶.

A intervenção estatal, por meio do sistema jurídico, deve proporcionar uma diminuição dos custos de transação, facilitando as contratações entre os agentes econômicos. Dessa forma, o direito deve definir claramente o marco regulatório, minorando o risco a ser suportado pelos agentes econômicos em suas transações, e, conseqüentemente gerando o aumento do grau de segurança e de previsibilidade jurídicas que, por sua vez, leva à diminuição dos custos de transação⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.107.

⁵⁷⁵ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p.53-54.

⁵⁷⁶ Vasco Rodrigues chama a atenção de que a Teoria de Ronald Coase frequentemente é interpretada erroneamente como uma defesa de uma organização completamente liberal da economia em que o Estado teria apenas o papel de definir e garantir direitos. Ao contrário, Coase tinha a convicção de que nem sempre o mercado resolve os problemas associados à externalidades de forma mais eficiente, nem o Estado, pois para decidir quando um ou outro é mais eficiente é necessário avaliar os custos de transação existentes, que no mundo real são sempre positivos. (RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p.53-54).

⁵⁷⁷ FORGIONI, PAULA A. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em: 03 set. 2016.

Por fim, se a intervenção estatal não for direcionada a produzir um resultado que efetivamente atribua maior segurança e menores custos às transações que se operam no mercado, o efeito poderá ser inverso, gerando custos de transação elevados, que não poderão ser desprezados pelos agentes econômicos e com isso serão inviabilizadas certas operações.

5.2.2 A Racionalidade Econômica da Recuperação Judicial de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Após a apresentação de algumas noções sobre os princípios e as teorias utilizadas na Análise Econômica do Direito e considerando que a sua abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que se relacione com recursos escassos, seja no âmbito do mercado ou não, a adoção da recuperação judicial de micro e pequenas empresas e as suas implicações constitui um objeto apto a esta análise.

De maneira geral, os teóricos da Análise Econômica do Direito se direcionam a responder duas perguntas: a) quais as consequências de uma determinada regra jurídica; e b) qual regra jurídica deveria ser adotada. A primeira pergunta refere-se à análise positiva, pertencente ao mundo dos fatos, que pode ser investigada e verificada por métodos científicos, cujos resultados estão sujeitos a prova ou a refutação⁵⁷⁸. A segunda pergunta refere-se à análise normativa, pois pertencente ao mundo dos valores, não é passível de prova ou de refutação⁵⁷⁹.

A análise positiva contribui para compreender o que é a norma jurídica, qual sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da aplicação

⁵⁷⁸ Refutação, ou ainda, falseamento, segundo Lakatos, “é saber se uma nova teoria oferece alguma informação nova, excedente, comparada com sua predecessora, e se parte dessa informação excedente é corroborada” (LAKATOS, Imre. **Falsificação e metodologia dos programas de iniciação científica**. Lisboa: Edições 70, 1978, p.142). Para Popper, existe a importância da concepção falsificacionista da ciência, ou seja, o método científico não se caracteriza pelo estabelecimento de teorias a partir de dados da observação (inferências indutivas), mas pelo teste das teorias (tentativa de refutar ou de falsificar teorias). Desta maneira, uma teoria, em princípio, é uma conjectura e apenas se configurará como teoria quando sobreviver a tentativas de refutação. Deste modo, a evolução do conhecimento científico tem um carácter evolucionista (POPPER, Karl Raymund. **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004).

⁵⁷⁹ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.20.

de uma ou de outra regra. Por outro lado, a análise normativa auxilia a escolha, entre as alternativas possíveis, a mais eficiente, ou seja, a opção pelo melhor arranjo institucional segundo um valor predefinido⁵⁸⁰.

Diante disso, embora a análise positiva e a análise normativa sejam diferentes, elas estão intimamente interligadas no conjunto da Análise Econômica do Direito, de maneira que, uma análise positiva de uma norma poderá interferir na análise normativa, na construção do melhor arranjo institucional para se alcançar um fim pretendido.

Em razão do que foi exposto, o presente trabalho se utiliza tanto da análise positiva, quanto da normativa. Pela análise positiva é feito um estudo do atual regime jurídico de recuperação judicial destinado às micro e pequenas empresas apresentando as consequências da adoção dos dispositivos legais que regem esse procedimento, no intuito de aferir se é um regime apto a gerar efetividade da preservação da empresa. Pela análise normativa, definem-se os valores – o valor social da manutenção da atividade empresária, da preservação de empregos e da promoção do desenvolvimento econômico nacional – a partir dos quais se verificam quais procedimentos são mais eficazes e eficientes para alcançar a concreção deles.

Para um micro e pequeno empresário que atravessa situação de crise econômico-financeira, o pedido de recuperação judicial pelo plano especial não é a única medida passível de adoção, o empresário poderá fazer outras escolhas, como: realizar a liquidação extrajudicial do ativo, transferir o estabelecimento para outro agente econômico explorar, buscar o soerguimento por meio do procedimento de recuperação extrajudicial ou de recuperação judicial comum, requerer autofalência, ficar inerte, abandonar o negócio, ou outras soluções que encontre no mercado.

Diante das opções que lhe estão disponíveis, o empresário em situação de crise econômico financeira enfrenta um *tradeoff*⁵⁸¹ entre as decisões que necessita

⁵⁸⁰ GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.21.

⁵⁸¹ *Tradeoff*, segundo Mankiw, “é um termo que define uma situação de escolha conflitante, isto é quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros.” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 4.)

tomar. É de grande importância que o empresário reconheça todos os *tradeoffs*, pois somente compreendendo as opções que estão disponíveis ele poderá adotar a melhor decisão. A tomada de decisão demanda uma comparação entre custos e benefícios de possibilidades alternativas de ação.

Os custos de cada ação devem ser suficientemente claros para que a decisão tomada atinja seus objetivos de maneira eficiente. Portanto, o empresário deve avaliar o custo de oportunidade de cada medida para saber o que será sacrificado para executar a medida escolhida.

Partindo do princípio da escolha racional, o empresário deverá adotar a medida que lhe garanta o máximo de utilidade. Para identificar essa medida, deverá recorrer a um procedimento denominado análise marginal, que implica em avaliar os efeitos de uma pequena variação (mudança marginal)⁵⁸² entre a escolha que proporcione o mínimo de utilidade e a que confira o máximo de utilidade.

Neste caso, uma análise marginal que determine se a recuperação especial de micro e pequena empresa constitui a medida que vai gerar o máximo de utilidade, demandará uma apuração, para definir o benefício marginal (o acréscimo de benefício que o agente irá usufruir por passar da situação de inércia, por exemplo, para a situação de adoção desse procedimento) e o custo marginal (o acréscimo no custo suportado pelo agente ao escolher a recuperação especial). Se o benefício marginal de adotar a recuperação especial for superior ao custo marginal desse procedimento, esta variação irá determinar o grau de utilidade.

Dessa forma, o empresário em situação de crise econômico-financeira poderá realizar uma apreciação das opções que lhe estão disponíveis para identificar qual delas acarretará uma variação positiva maior. Essa avaliação positiva maior será o incentivo necessário à tomada de decisão. Isto posto, se a adoção de um plano de recuperação conferir um benefício maior que o seu custo, e essa diferença superar a existente nas outras medidas, essa será a decisão do empresário, seguindo uma escolha racional que objetiva a maximização da utilidade.

⁵⁸² Marginal pressupõe a existência de extremidades, portanto mudanças marginais são pequenos ajustes incrementais em um plano de ação, ao redor daquilo que se está fazendo (MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 6).

De acordo com o que foi explicado, é importante destacar que diante do princípio da escolha racional, o empresário procederá a avaliação da utilidade da recuperação especial de acordo com as informações e a capacidade cognitiva que possui. Se o empresário não dispuser de informações suficientemente completas sobre o procedimento para avaliar sua utilidade, a escolha realizada pode não representar a mais eficiente. Por isso que a legislação deve ser o mais clara possível sobre o processamento do procedimento, suas despesas, aspectos que dependerão da manifestação de vontade de terceiros, dentre outros que interfiram no aumento de custos.

Foi discutido também que, em dadas circunstâncias, o exercício de autoridade e a livre negociação, como formas de interação social podem determinar as opções que serão escolhidas. Conseqüentemente, é possível afirmar que a recuperação judicial especial, como um procedimento que envolve o interesse de diversos agentes econômicos (credores, consumidores, empregados, Estado) terá o seu processamento influenciado, em certa medida, por cada uma dessas formas de interação social, devendo estes agentes atuar num sistema de cooperação que contribua para o restabelecimento do equilíbrio empresarial.

Dessa maneira, no conjunto de todos os sujeitos que se submetem ao processo de recuperação, é natural que o comportamento racional de cada agente envolvido, direcione a uma análise marginal entre custos e benefícios, que fará o credor aceitar ou não a proposta apresentada no plano especial. Neste caso, os credores terão a opção de se sujeitarem ao plano ou se submeterem aos efeitos da decretação da falência. A decisão que representará a maximização da utilidade é a aquela que gerar uma maior variação positiva entre benefícios e custos, conseqüentemente a alocação eficiente dos recursos e o incremento do bem-estar das relações econômicas.

Na versão de Pareto, a recuperação especial atingirá o "ótimo de Pareto", no momento em que todas as medidas propostas no plano de recuperação, não incrementem a condição de um agente ou de uma categoria de credores sem prejudicar a dos outros. Assim, ao propor o parcelamento de créditos de uma categoria de credores, com ou sem deságio, esta medida, para atingir o Pareto eficiente não poderá representar incremento de uma parte em detrimento de outra. Diante disso, em um plano de recuperação com vários envolvidos e com a geração

de diversos efeitos externos ao procedimento, dificilmente será atingido o critério de eficiência paretiano.

Entretanto, a agregação do princípio da compensação, como forma de melhoria do conceito de eficiência paretiana adotado por Kaldor-Hicks, poderá ter uma maior aplicabilidade na recuperação judicial especial. Dessa maneira, ao ser realizada uma avaliação dos benefícios e custos decorrentes da fixação de determinado tratamento a uma categoria de credores, para que se possa verificar se há alguma compensação que os beneficiados estivessem dispostos a arcar aos prejudicados e que esses considerassem suficiente, seria possível obter um resultado mais eficiente em termos de alocação e recursos e que gerasse um maior grau de bem-estar entre os envolvidos.

A alocação eficiente de recursos produtivos será comprometida se forem identificadas falhas de mercado que acarretem seu funcionamento defeituoso. As externalidades e a assimetria de informações são fatores que podem comprometer o alcance dos objetivos da recuperação de empresas.

É inegável que a recuperação judicial pelo plano especial gera custos para as partes envolvidas. Além disso, produz externalidades, positivas e negativas, que passam a afetar o bem-estar de terceiros que não estão diretamente relacionados ao procedimento. Para que a recuperação de empresas se direcione ao cumprimento de sua função social, é necessário averiguar quais são essas externalidades e os mecanismos a serem utilizados para obter resultados socialmente eficientes.

Uma empresa em recuperação continuará funcionando para cumprir seu objeto social, sendo assim, o plano de recuperação especial poderá gerar interferências nas operações necessárias a essa finalidade e nas estabelecidas com os consumidores, com os novos fornecedores que venham negociar com o empresário, com as instituições financeiras concedentes de créditos e com o próprio Estado.

A intervenção estatal é um dos meios que pode servir para equilibrar essas externalidades. Contudo, nem sempre isso ocorre, pois, por vezes, a própria legislação é responsável pelo aumento de custos, bem como, pela geração de externalidades. Na legislação atual de insolvência empresarial, é possível identificar algumas externalidades negativas. Nesse ponto, merece destaque a previsão do art.

71, IV da LRF, que estabelece a necessidade de autorização do juízo para que o devedor aumente despesas ou contrate empregados (externalidade negativa), bem como, a exclusão da recuperação judicial dos créditos fiscais e os decorrentes de contrato de alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, de contrato de leasing, de contratos de promessa de compra e venda que contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, de contratos de venda com reserva de domínio e os decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação (externalidade positiva)⁵⁸³.

A assimetria de informações também é uma falha de mercado que poderá gerar graves repercussões no funcionamento eficiente da recuperação. Quando o empresário ingressa com o pedido de recuperação, deve informar detalhadamente os motivos que deram origem ao estado de crise, bem como, juntar documentação comprobatória de sua situação econômico-financeira-patrimonial. É fundamental que o empresário atue de forma transparente, para que os credores possam estabelecer escolhas racionais com base nas informações que dispõem.

Emanuelle Urbano Maffioletti e Sheila Christina Neder Cerezetti evidenciam os benefícios de uma disciplina favorável à ampla divulgação de informações pelo devedor: estimula um ambiente de confiança entre as partes, favorecendo chegar a uma solução amigável; proporciona a tomada de decisões informadas sobre a aceitação ou rejeição do plano⁵⁸⁴; proporciona uma avaliação mais real da viabilidade da atividade empresarial; contribui para que condutas indevidas não sejam praticadas por aqueles que direcionam a atividade do devedor e também por todos os agentes responsáveis pela tomada de decisões no curso do procedimento

⁵⁸³ Cabe destacar que a exclusão desses créditos dos efeitos da recuperação constitui uma externalidade positiva para os titulares desses créditos, mas poderá ser uma externalidade negativa se comprometer o funcionamento da recuperação.

⁵⁸⁴ “A importância das informações novamente destaca-se nesse momento de o credor impugnar o plano e/ou propor plano alternativo. Para questionar e contrapor informações e eventualmente elaborar o plano de recuperação alternativo, o credor depende do conhecimento de detalhes essenciais e estratégicos de funcionamento do negócio do devedor, sendo que, a rigor, o pedido de recuperação judicial justifica o pedido de acesso a esses dados, pois a generalidade dos credores não possui qualquer ingerência na administração do devedor e não participa do capital social deste, inexistindo entre as partes qualquer outra relação jurídica que legitime o acesso à informação” (MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano; CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *Transparência e divulgação de informações nos casos de recuperação judicial de empresas*. In: LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Coord.). **Direito Recuperacional II: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 98).

de recuperação; e permite a fiscalização e o acompanhamento do cumprimento do plano⁵⁸⁵.

Uma das formas de reduzir as interferências que as falhas de mercado produzem no equilíbrio das operações, se dá pelo desenvolvimento de instituições. Elas limitam e estruturam as interações humanas formando uma rede de incentivos. As normas são espécie de instituições formais, e se elas forem capazes de reduzir os custos de transação, por meio da segurança jurídica, da definição de critérios claros, da simplificação de procedimentos e da criação de incentivos adequados, facilitarão as operações realizadas entre os agentes econômicos em um processo de recuperação.

Por tudo que foi apresentado, a legislação de insolvência empresarial que defina um procedimento recuperatório destinado a auxiliar o empresário a superar seu estado de crise econômico-financeira, e com isso melhorar seu desempenho econômico, proporcionando ganhos a todos os envolvidos com a atividade empresarial, deverá representar um ambiente institucional apto a reduzir os custos de transação.

5.3 PROPOSTAS PARA UM NOVO MODELO DE RECUPERAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Conforme discutido nos capítulos anteriores, diversas são as causas que levam os micro e pequenos empresários a enfrentarem a crise empresarial em suas várias feições, e também se avolumam as dificuldades para que estes agentes econômicos possam identificar e utilizar a medida mais adequada à superação das dificuldades.

A adoção da recuperação judicial no momento oportuno e propício é um fator essencial para que se verifique a viabilidade de manutenção da empresa. A recuperação judicial não pode ser uma alternativa utilizada quando a situação patrimonial do empresário já revela um definhamento expressivo que dificulta a renegociação de dívidas, repactuação das obrigações e a obtenção de linhas de

⁵⁸⁵ MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano; CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Transparência e divulgação de informações nos casos de recuperação judicial de empresas. In: LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Coord.). **Direito Recuperacional II: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.89.

crédito⁵⁸⁶. A resistência e a demora no seu requerimento, assim como a falta de informações sobre o instituto são fatores determinantes para a convolação em falência, diante da inviabilidade de adoção de meios que possam efetivamente proporcionar o soerguimento da atividade.

Alguns motivos justificam o retardo da decisão e da efetiva propositura da recuperação judicial. O estigma negativo que culturalmente existe em relação aos processos de insolvência empresarial, muitas vezes levam aqueles que se relacionam com as empresas em dificuldades a desacreditarem da possibilidade de recuperação, e isso acaba sendo um desestímulo para a adoção de medidas saneadoras. O desconhecimento da lei também é um fator que dificulta e inibe o acesso ao procedimento. A demora no diagnóstico da crise e a postura de resistência de administradores que acreditam serem capazes de superar as dificuldades com providências inadequadas também podem tornar a situação de crise irremediável.

Quando esta situação de crise envolve micro e pequenos empresários, o quadro torna-se ainda mais grave e delicado, em função da fragilidade natural que decorre da escassez de capital, da falta de planejamento e administração adequadas, dos elevados custos operacionais e da instabilidade da clientela.

Com este ambiente, e considerando que os agentes econômicos reagem a incentivos para a tomada de decisões, torna-se necessário que o micro e o pequeno empresário tenham a sua disposição um sistema de estímulos para que possam dar iniciativa aos procedimentos de saneamento da crise empresarial⁵⁸⁷.

Dentre esses incentivos, destacam-se: o fácil acesso ao procedimento de recuperação especial a todos os micro e pequenos empresários que deles necessitar; a obtenção de informações sobre o procedimento recuperacional; a oferta de cursos e treinamentos direcionados ao esclarecimento dos requisitos e etapas do procedimento; a concessão de financiamentos para auxiliar no processo de reestruturação; a redução de custos e despesas com o procedimento, levando

⁵⁸⁶ ABRÃO, Carlos Henrique. Recuperação e Falência de Pequenas e Microempresas – A Lei Complementar n. 147/2014. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 357.

⁵⁸⁷ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 36-37.

em consideração a situação patrimonial e o porte do empresário em crise; o aconselhamento externo; a simplificação de procedimentos; a diversidade de meios de recuperação que possibilite a adoção da opção mais adequada.

A partir dessas e de outras motivações, o empresário deverá avaliar os custos de oportunidade das medidas cabíveis para verificar qual irá gerar a maior utilidade. Dessa forma, deverá obter as informações mais completas sobre todas as etapas do procedimento, suas vantagens e desvantagens a fim de que a decisão pela adoção do procedimento de recuperação seja a mais eficiente, proporcione mais benefícios do que perdas para todos os envolvidos na atividade.

Ademais, a propositura da ação e a apresentação do plano de recuperação, bem como, a sua aprovação, não devem se constituir no objetivo final do empresário em situação de crise, pois, sua atenção precisa se direcionar ao cumprimento das obrigações decorrentes do processo de recuperação e à saída do estado processual da recuperação, com a efetiva superação da crise. O saneamento da crise extrapola a seara processual, pois a vida da empresa deve continuar paralelamente ao processamento da recuperação, sendo assim, o empresário terá que ficar atento com a gestão adequada do negócio, suas relações com os clientes, fornecedores e credores, as estratégias de negociação, a necessidade de reestruturação da empresa no quadro de pessoal, da produção e da própria administração do negócio.

Desta maneira, a exequibilidade da recuperação de empresas poderá ser comprometida se o empresário perder a capacidade de: estabelecer a liderança do negócio, coordenar a mão de obra, obter recursos financeiros, cortar custos, dominar o caixa, otimizar e reorganizar os procedimentos operacionais, aumentar a produtividades, renegociar contratos, além de aproveitar adequadamente do arcabouço jurídico relativo à recuperação especial de microempresas e empresas de pequeno porte⁵⁸⁸.

Nesta subseção serão apresentados, de forma propositiva, mecanismos que podem contribuir para a construção de um modelo procedimental de recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte que possibilite, com eficácia e eficiência, a preservação da atividade desses agentes econômicos.

⁵⁸⁸ LEMOS, Eduardo. Análise da Empresa em Crise: uma Visão não Jurídica. In: LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Coord.). **Direito Recuperacional II: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 59.

5.3.1 A atuação do Poder Judiciário direcionada à preservação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

O Poder Judiciário é uma instituição e como tal, segundo Douglass North, forma a estrutura de incentivos de uma sociedade e são determinantes fundamentais para o desenvolvimento econômico⁵⁸⁹. Jairo Saddi destaca a importância da adequada aplicação do direito positivo pelo Judiciário como garantia essencial de uma democracia de mercado:

Qualquer país que tenha um direito positivo modelar, uma lei substantiva extraordinária, mas cuja aplicação seja débil, está fadado ao atraso. O respeito às leis e à sua aplicação transcende a simples organização social. Uma instituição como o Judiciário [...] que seja sólida, operante, independente e técnica e que faça com que as leis sejam cumpridas é, empiricamente, um elemento chave para o desenvolvimento econômico⁵⁹⁰.

Retomando a noção de instituição construída por Douglass North⁵⁹¹, o Poder Judiciário é uma instituição porque é capaz de estruturar e limitar as atividades humanas, que são repletas de conflitos e necessitam de coesão. A lei é um direcionador de condutas, sua aplicação deve ser observada por todos e seu descumprimento punido. Diante disso, o Judiciário tem um papel insuperável na sociedade, pois é uma instituição essencial à organização social.

Um sistema judicial eficiente confere a segurança de que, na existência de conflitos, haverá uma resolução adequada. Isso porque, não basta a vigência de uma boa lei para que os direitos sejam protegidos, a efetividade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, é fundamental para que os direitos sejam resguardados⁵⁹².

A eficiência de um sistema judicial tem relação com a melhor alocação de recursos na sociedade. Jairo Saddi apresenta quatro condições necessárias de um bom sistema judicial: a) o sistema deve ser capaz de resolver as demandas em um prazo razoável, com agilidade; b) o custo de acesso do sistema judicial deve ser

⁵⁸⁹ NORTH, Douglas C. Desempeño Económico en el transcurso de los años. In: **Economía: teoría e Práctica**, n. 9, p. 127-138, 1988. Disponível em: <<http://azc.uam.mx/publicaciones/etp/num9/a2.htm>>. Acesso em 05 jul. 2016, p. 129.

⁵⁹⁰ SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.211.

⁵⁹¹ Definição apresentada na subseção 5.2.1. supra.

⁵⁹² SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.221.

baixo, sob pena de desincentivar a sua busca na resolução de conflitos; c) o sistema judicial deve ser temporalmente consistente, coerente e previsível; d) o sistema judicial deve ser imparcial e neutro.

No Brasil, o Poder Judiciário enfrenta sérios problemas, e pouco adianta estabelecer um bom regime para a recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte se a instituição responsável pelo seu processamento contribui para o fracasso do procedimento.

Armando Castelar Pinheiro reporta o resultado de uma pesquisa feita com empresários, que mostra o grande descontentamento com o Judiciário. A morosidade, o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento, os elevados custos de acesso, a insegurança no resultado das decisões, a falta de neutralidade e a falta de preparo técnico de magistrados e de outros operadores do direito para resolver questões mais complexas, foram os principais problemas relatados⁵⁹³.

Para a concreção das finalidades da Lei n. 11.101/2005 importa a avaliação dessas e de outras questões sobre o funcionamento do Poder Judiciário, o papel do juiz na interpretação dos dispositivos legais, bem como, o conhecimento técnico da matéria, inclusive sobre os dados de mercado e de funcionamento das empresas.

Diante desse quadro, este trabalho apresenta de forma propositiva algumas mudanças relacionadas à atividade jurisdicional e que poderão contribuir para a efetivação dos objetivos previstos na legislação concursal brasileira, especialmente em relação às micro e pequenas empresas.

5.3.1.1 Criação de varas especializadas e corpo técnico especializado

A aplicação da Lei n. 11.101/2005 impõe uma inovação judiciária, para produzir o efeito de melhoria das relações econômico-sociais que envolvem os processos de crise da atividade empresarial. Sidnei Beneti ressalta que esta lei exige uma mentalidade renovada de todos os integrantes da atividade jurídica, os quais figuram

⁵⁹³ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.246-247.

como participantes do objetivo fundamental da lei, que é a superação da crise da atividade empresarial⁵⁹⁴. Destaca ainda o autor, a necessidade de se criar um microsistema ou quase-justiça especializada para atender a multiplicidade de autos, a simultaneidade de tramitação, a forma processual especial, a plurissubjetividade de audiências e a abrangência maior das comunicações e informações típicas dos procedimentos de insolvência empresarial⁵⁹⁵.

Os benefícios de um tratamento judicial especializado se refletem nos agentes econômicos e nos profissionais da seara jurídica, que poderão contar com diretrizes mais seguras, com a celeridade do procedimento, com magistrados, auxiliares da justiça e promotores mais preparados, e com a previsibilidade da interpretação da lei e da concreção de sua normatividade abstrata em situação fática, proporcionando um melhor planejamento das ações dos empresários, um aconselhamento jurídico mais eficiente por parte dos advogados e, enfim, a redução dos custos de transação.

Carlos Henrique Abrão⁵⁹⁶ e Manoel Justino Bezerra Filho⁵⁹⁷ seguem a mesma linha e defendem que, diante da especificidade da matéria falimentar e de recuperação de empresas, existe a necessidade da criação de varas especializadas, com a capacitação dos juízes. Nos Estados onde essa medida foi implementada⁵⁹⁸, verificam-se resultados positivos, pois os juízes se aprimoram na área e têm noções muito mais próximas dos problemas que atingem a atividade empresarial.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo considera que a complexidade da matéria de insolvência empresarial justificaria a criação de juízos especializados. Explica que, a prática adquirida pelo trato cotidiano com a matéria, permitiria ao juízo

⁵⁹⁴ BENETI, Sidnei. Jurisdição Especializada de falências e Recuperações. In: **Revista do Advogado**, AASP, ano XXV, n. 83, p. 127-129, set. 2005, p. 127.

⁵⁹⁵ BENETI, Sidnei. Jurisdição Especializada de falências e Recuperações. In: **Revista do Advogado**, AASP, ano XXV, n. 83, p. 127-129, set. 2005, p. 127.

⁵⁹⁶ ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 165.

⁵⁹⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65-66.

⁵⁹⁸ Em São Paulo foram instaladas duas varas especializadas em falências e recuperações e também foi criada uma Câmara especializada no Tribunal de Justiça para todos os processos do Estado.

tratar com mais profundidade o caso, situação que confere ainda mais segurança a todos os envolvidos no processo⁵⁹⁹.

No processamento da recuperação de empresas, o julgador estará diante de questões técnicas relativas à realidade de crise econômica da empresa, as quais demandarão o conhecimento de institutos de outras ciências, além da jurídica, como a economia, a administração de empresas e a contabilidade⁶⁰⁰.

Dessa forma, a capacidade do jurista de resolver os problemas dos empresários passa a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais. Com isso, surge a necessidade de uma assessoria técnica composta por administradores, economistas e contabilistas, preferencialmente do corpo técnico de carreira do próprio Judiciário, para que todos possam auxiliar o magistrado em todos os aspectos extrajurídicos que precisem ser avaliados em seu processo de convencimento.

Manoel Justino Ferreira Filho propõe que sejam criados corpos técnicos especializados, integrantes da carreira do Judiciário, nos maiores centros urbanos, que ficariam à disposição do juízo nas varas especializadas e, quando necessário, essas assessorias poderiam se deslocar para comarcas de menor porte para prestar suporte⁶⁰¹.

Essas modificações institucionais no Poder Judiciário contribuiriam para diminuir o grau de discricionariedade do juiz, pois ele tomaria decisões pautadas em pareceres técnicos de profissionais especializados.

5.3.1.2 Análise da viabilidade da empresa pelo Juízo da Recuperação

A análise da viabilidade da atividade empresarial é fundamental para o sucesso da recuperação e a preservação da empresa. No sistema de insolvência empresarial

⁵⁹⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 40, n. 122, p. 168-172, abr.-jun. 2001, p.170.

⁶⁰⁰ ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. In: CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 164.

⁶⁰¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

brasileiro este exame é feito pelos credores e de forma presumida, pela aceitação ou não do plano de recuperação.

No caso do plano especial de recuperação, considerando a dispensa da assembleia geral de credores, a viabilidade da empresa se apura pela não oposição dos credores ao plano. Partindo para a análise econômica dessa verificação, os credores tomarão a decisão de apresentar ou não uma objeção depois de avaliarem os custos e benefícios das alternativas de ação. Ou seja, depois de considerarem individualmente se os efeitos do plano de recuperação serão mais benéficos que os efeitos da decretação da falência.

Diante desse quadro, é possível verificar que o comportamento dos credores é incapaz de proceder a uma avaliação da viabilidade da atividade empresarial, o que se verifica, na verdade, é a aptidão do plano para atender os objetivos individuais de cada credor. Com isso, é possível que um plano aprovado seja proveitoso para que os credores recuperem seus créditos, mas ao mesmo tempo seja inapto para promover a superação da crise e a manutenção da atividade empresarial. Dessa forma, se o plano não atender aos interesses individuais dos credores, eles limitar-se-ão a reprovar o plano por meio de objeções.

Conforme já visto acima⁶⁰², a apreciação da viabilidade não deve se dar apenas pelo aspecto financeiro, nem no interesse exclusivo dos credores, é necessário que a reorganização e a manutenção do funcionamento da empresa justifiquem suportar os ônus associados a qualquer medida de recuperação e que a solução jurídica da insolvabilidade observe o interesse social.

Dessa forma, uma via capaz de proceder a uma avaliação real da viabilidade da atividade empresarial poderá ser estabelecida se a apreciação ficar a cargo do juízo da recuperação. Considerando que o juízo tenha o suporte de uma equipe multiprofissional para examinar a documentação apresentada pelo empresário devedor⁶⁰³, será possível, através de um parecer técnico, que o magistrado forme

⁶⁰² A análise da viabilidade da atividade empresarial foi realizada na subseção 3.5.3.

⁶⁰³ É possível verificar a viabilidade da atividade empresarial a partir da análise dos documentos de escrituração, demonstrações contábeis, indicação dos fatores que geraram o desequilíbrio empresarial e do laudo de avaliação e bens ativos da empresa.

seu convencimento sobre a viabilidade do plano de recuperação para a preservação da atividade empresarial.

Este apoio técnico seria um auxílio fundamental do juízo na avaliação, tanto da viabilidade da recuperação, como das razões de objeção ao plano apresentada pelos credores, quando elas fossem apresentadas dentro dos parâmetros que permitem a convolação em falência.

Neste caso, torna-se fundamental que o juízo da recuperação além de ser especializado, conte com assessoria multiprofissional para análise dessa documentação para que se tenha um diagnóstico da situação econômico-financeira do empresário e seja possível avaliar as possibilidades de reestruturação.

É importante destacar, que a legislação atual se omite em relação à possibilidade de manifestação do juízo acerca da viabilidade econômico-financeira da empresa e a jurisprudência manifesta-se expressamente contra esse controle⁶⁰⁴, admitindo apenas o exame de legalidade quanto à regularidade dos atos de convocação, instauração e realização da Assembleia Geral e deixando para a assembleia de credores a tarefa de constatar o mérito da viabilidade ao aprovar ou não o plano.

O mesmo posicionamento é encontrado nos enunciados n. 44 e 46 aprovados pela I Jornada de Direito Comercial do Conselho Federal de Justiça⁶⁰⁵.

Ainda que a jurisprudência pátria e parte da doutrina⁶⁰⁶ se manifestem pela impossibilidade do magistrado apreciar o mérito do plano de recuperação e a

⁶⁰⁴ DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1359311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014).

⁶⁰⁵ Enunciado I Jornada de Direito Comercial, n. 44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

N. 46. Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.

⁶⁰⁶ Seguem esse posicionamento: Eduardo Secchi Munhoz, Alberto Camiña Moreira, Fabio Ulhoa Coelho.

viabilidade econômico-financeira da empresa em recuperação, a posição adotada neste trabalho é propositiva no sentido de possibilitar, no caso da recuperação especial de micro e pequena empresa, em que não há assembleia geral para discutir e avaliar esses aspectos, que o magistrado, com o suporte de uma equipe multidisciplinar, que emitiria um parecer técnico acerca da viabilidade da empresa e do plano recuperacional, pudesse concluir pela concessão ou não da recuperação.

No caso das micro e pequenas empresas, a intervenção do Judiciário deve ser considerada necessária, também em razão das dificuldades que esses pequenos empreendedores têm de estabelecer um nível de negociação que lhe permita a concessão de melhores formas de pagamento ou a obtenção de recursos que permitam prosseguir com a atividade enquanto cumpre as medidas propostas no plano de recuperação.

No Direito estrangeiro, é possível encontrar exemplos de regimes que possibilitam a intervenção do magistrado na avaliação do plano de recuperação judicial, possibilitando a recusa ou a sua homologação.

Em Portugal, após apresentada a proposta de plano de insolvência, cabe ao juiz decidir pela sua admissão ou não, devendo rejeitar a proposta nas situações previstas no art. 207, §1º, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE): a) se houver violação dos preceitos sobre a legitimidade para apresentar a proposta ou sobre o conteúdo do plano e os vícios forem insupríveis ou não forem sanados no prazo razoável que fixar para o efeito; b) quando a aprovação do plano pela assembleia de credores ou a posterior homologação pelo juiz forem manifestamente inverossímeis; c) quando o plano for manifestamente inexecutável; d) quando, sendo o proponente o devedor, o administrador da insolvência se opuser à admissão, com o acordo da comissão de credores, se existir, contanto que anteriormente tenha já sido apresentada pelo devedor e admitida pelo juiz alguma proposta de plano⁶⁰⁷.

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão explica que na decisão sobre a admissibilidade da proposta considera não apenas aspectos de legalidade estrita (alíneas a e d), mas também de economia processual (alíneas b e c) ao permitir que

⁶⁰⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 290-291.

o juiz rejeite propostas manifestamente inviáveis, independentemente das razões por que foram apresentadas⁶⁰⁸.

A legislação alemã de insolvência em seu §231 I apresenta semelhante previsão sobre a admissibilidade do plano de insolvência:

- (1) O juízo de insolvência rejeitará de ofício o plano de insolvência:
1. Se as prescrições legais quanto à apresentação e ao conteúdo não foram observadas e se a irregularidade não puder ser sanada ou não puder ser sanada dentro de um prazo adequado fixado pelo juízo;
 2. Quando for evidente que o plano do devedor não tem nenhuma perspectiva de ser aprovado pelos credores ou de ser homologado judicialmente, ou;
 3. Quando for evidente que as pretensões dos participantes, resultantes da parte organizatória⁶⁰⁹ do plano não puderem ser cumpridas⁶¹⁰.

Na legislação francesa, o tribunal homologará o plano quando houver possibilidade real da empresa ser recuperada, caso contrário, ausente esse requisito, poderá o tribunal decretar a liquidação da empresa⁶¹¹.

É evidente que conferir esse papel ao magistrado irá resultar em um determinado grau de incerteza e subjetividade da medida, que poderá acarretar implicações a um estado de eficiência *ex ante*⁶¹², com a ampliação dos custos de transação relacionados ao curso das atividades dos pequenos empreendedores, porém as chances de produzir um resultado eficiente *ex post*⁶¹³, são bem maiores, visto que a decisão pela concessão ou não da recuperação será fundada em uma análise que ao invés de se basear em critérios de eficiência individuais, irá refletir

⁶⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 291.

⁶⁰⁹ No plano de insolvência alemão existe uma parte descritiva e outra organizatória (*Insolvenzordnung*, §219). Na parte descritiva são expostas as medidas adotadas após a abertura do pedido de insolvência ou que ainda serão adotadas com o objetivo de construir a base da planejada estruturação dos direitos dos participantes. Esta parte contém todos os dados básicos e efeitos do plano que forem importantes para a sua aprovação pelos credores e para a homologação judicial (*Insolvenzordnung*, §220). Na parte organizatória do plano será exposta a forma como a posição jurídica dos participantes será modificada através do plano (*Insolvenzordnung*, §221). Tradução feita por Dora Berger (BERGER, Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 319).

⁶¹⁰ Dispositivo extraído por tradução feita por Susana Corotto. (COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 99).

⁶¹¹ Adriana Valéria Pugliesi esclarece que no caso de rejeição do plano de *sauvegard*, se o devedor estiver em estado de cessão de pagamento poderá ocorrer a conversão para o procedimento de *redressement* ou de *liquidation*. Já, se a rejeição for do plano de *redressement judiciaire*, a conversão será necessariamente para o procedimento de *liquidation* (PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e a Preservação da Empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 67).

⁶¹² Eficiência *ex ante* é aquela relativa a os meios legais capazes de induzir condutas.

⁶¹³ A eficiência *ex post* assegura que o ativo da empresa em crise seja otimizado.

um conceito melhorado de eficiência partindo da premissa de que a recuperação judicial deve encaminhar-se de forma a gerar o máximo de bem-estar a um maior número de pessoas.

Ademais, é necessário considerar que também haverá um grau de incerteza e subjetividade se a decisão de aprovação do plano recair somente aos credores, que em suas decisões considerarão seus interesses individuais. Diante do grau de incerteza nas duas situações, é fundamental que se institua aquela que represente a maximização do bem estar para a coletividade envolvida na atividade empresarial.

5.3.2 Ampliação do quadro de credores sujeitos à recuperação

Conforme tratado na subseção 4.2.2.4, o plano especial sofreu modificações com o advento da Lei Complementar n. 147/2014 e em relação aos credores sujeitos à recuperação, passou a sujeitar todos os créditos existentes na data do pedido, ressalvadas algumas exceções.

Dentre essas exceções, encontra-se a exclusão dos créditos referidos no art. 49, §§3º e 4º da LRF, que é criticada por diversos autores⁶¹⁴, por impor sacrifícios maiores aos credores incluídos no plano, pois o devedor terá que priorizar a quitação e o adimplemento dos contratos dos créditos não incluídos, podendo comprometer o cumprimento do plano de recuperação e ocasionar a decretação da quebra da empresa.

Marcelo Papaléo de Souza salienta que as normas sobre a recuperação judicial não são eficientes na salvaguarda das empresas, pois ao excluir as instituições bancárias e o Estado do plano de recuperação, diminui a possibilidade de reestruturação do negócio. Evidencia o mencionado autor, que não foi observado pelo legislador a aplicação do princípio da proporcionalidade na proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, pois a não submissão dos créditos de instituições financeiras e do Estado acarreta uma solução mais onerosa que dificulta o adimplemento do crédito do trabalhador, que é um direito fundamental. Na

⁶¹⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.163-164; NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.179; SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Recuperação Judicial e os Direitos Fundamentais Trabalhistas.** São Paulo: Atlas, 2015, p.99.

sequência, enfatiza que a referida medida beneficia somente uma parte dos credores e não há uma relação entre o sucesso da recuperação e tal benefício, com isso, a relação de custo e benefício é desproporcional, por não existir vinculação direta entre a restrição e o proveito⁶¹⁵.

Ricardo Negrão também faz um exame crítico do real cenário dos participantes da recuperação e indaga se a perspectiva de manter o nível do *spread* bancário nos contratos afastados do plano de recuperação e de preservar a expansão do crédito e a não majoração do custo no Brasil é um fator de eficiência no processo de recuperação. A resposta que o autor apresenta é negativa, pois avalia que submeter os credores arrolados no art. 49, §§3º e 4º da LRF ao plano de recuperação é um aspecto positivo no que se refere a eficiência do processo e resulta em melhor garantia do tratamento igualitário entre os credores de um mesmo devedor⁶¹⁶.

Diante desse quadro, considera-se que a forma mais eficiente de alcançar a superação da crise econômico-financeira e manter os micro e pequenos empresários em funcionamento no mercado de forma sustentável, é a sujeição de todos os créditos existentes à época da recuperação, inclusive os financeiros e os tributários.

Em primeiro lugar, porque esta medida resultaria numa simplificação de procedimentos, que é um dos princípios que deve ser adotado no tratamento das micro e pequenas empresas e será fundamental para a reestruturação da atividade visando seu soerguimento.

Segundo que, diante da limitação de caixa e de capital de giro, seria mais viável para o micro e pequeno empresário gerir todas as suas obrigações no bojo do plano de recuperação, que administrar separadamente as obrigações previstas no plano, as ações, as execuções de créditos, os contratos e as obrigações excluídos do plano.

Em terceiro lugar, a ampliação do quadro de credores sujeitos à recuperação terá o condão de aumentar as condições de viabilidade do plano na superação da crise econômico financeira. Com esta medida, o empresário terá um controle melhor

⁶¹⁵ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Recuperação Judicial e os Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2015, p.99-102.

⁶¹⁶ NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.179

das negociações e dos pagamentos feitos aos credores em recuperação. Ademais, a inclusão dos credores da “trava bancária” evitará situações inesperadas de retirada de bens essenciais ao desenvolvimento da empresa, penhora de faturamento, dentre outras medidas assecuratórias da recuperação de créditos.

Por fim, esta alteração implicaria em um tratamento igualitário, proporcional e eficiente para todos os participantes do processo de recuperação que teriam os seus direitos definidos em um plano de recuperação, possibilitando maiores chances de superação da crise e do cumprimento da função social da empresa.

5.3.3 Redução dos custos do processo de recuperação

Os custos envolvidos no processo de recuperação constituem um fator determinante para que o empresário tome a decisão de iniciar o procedimento de salvaguarda da empresa. Se eles forem elevados e não gerarem para o empresário uma utilidade maior do que a adoção de outras condutas, certamente ele não irá fazer a opção pelo pedido de recuperação.

Para o micro e pequeno empresário, este fator terá um peso significativo, já que normalmente não dispõem de uma reserva de capital suficiente para arcar com os ônus elevados do procedimento, além das dificuldades de obterem recursos financeiros por meio de financiamento depois de instaurada a situação de crise.

Sendo assim, atendendo ao princípio do tratamento diferenciado e da proteção da micro e pequena empresa, algumas medidas podem ser adotadas para incentivar esses empreendedores a buscarem meios de soerguimento do negócio, contribuindo para a redução das taxas de mortalidade desse seguimento.

A primeira medida seria a previsão de concessão da gratuidade da justiça para as micro e pequenas empresas em todos os processos de recuperação judicial especial. Mesmo diante da previsão do parágrafo 2º do art. 99 do CPC/2015, que prevê a possibilidade do juízo indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para concessão de gratuidade, existe a chance do magistrado, valendo-se de sua discricionariedade na análise dos documentos presentes nos autos, indeferir o benefício e inviabilizar o processamento da recuperação judicial e a manutenção da atividade empresarial.

A concessão da gratuidade como regra geral nesses casos não impedirá que o magistrado, ao constatar que o instituto foi utilizado com desvirtuamento de suas finalidades e em flagrante configuração de abuso de direito, determine ao empresário, no decorrer do processo ou em seu final, o pagamento das custas e demais despesas processuais.

Quanto à assistência por advogado, no caso de impossibilidade de arcar com os custos de honorários advocatícios, as micro e pequenas empresas poderão ser assistidas pelas Defensorias Públicas. A Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, Lei Complementar n. 132/2009, estabelece que, dentre outras diversas funções institucionais, caberá à Defensoria Pública exercer a defesa das pessoas jurídicas em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses.

No que pertine às despesas com os honorários do administrador judicial e seus auxiliares, estas também poderiam ser diminuídas com a constituição do corpo técnico especializado junto às varas especializadas. Com o suporte técnico de servidores de carreira do Judiciário, o administrador não necessitaria contratar auxiliares custeados pelo empresário, para lhe auxiliar no cumprimento de suas atribuições, bem como, reduziria a complexidade de sua atuação com implicações sobre a fixação de sua remuneração.

Por fim, cabe mencionar também a possibilidade de ser disponibilizado ao empresário suporte técnico especializado na gestão de negócios em dificuldades, desde a fase pré-processual até o efetivo cumprimento do plano de recuperação⁶¹⁷.

5.3.4 Simplificação de procedimentos

De forma geral, no Direito Processual Brasileiro, tem prevalecido uma tendência de simplificação dos procedimentos judiciais, os quais favorecerão a celeridade do processo a depender da técnica adotada pelo magistrado.

⁶¹⁷ Esta medida será detalhada na subseção 5.3.4.1.

A morosidade e ineficiência do Poder Judiciário são fatores que, aliados à fragilidade dos pequenos negócios, tendem a tornar inviável o plano especial e agravar a situação de crise do empresário.

Em todas as normas protetivas da microempresa e empresa de pequeno porte, predomina o direcionamento pela simplificação dos procedimentos envolvendo esses agentes, premissa esta que também deve direcionar o processamento da recuperação especial destinada a estes empresários.

A Lei n. 11.101/2005, embora anuncie um procedimento mais simplificado e benéfico aos microempresários e empresário de pequeno porte, estabelece um plano tão complexo quanto aquele destinado às empresas de médio e grande porte.

A restrição a um único meio de recuperação, a ausência da assembleia de credores e as inúmeras lacunas no procedimento não é o ideal de simplicidade que se deve implantar no procedimento especial. Vale destacar, que nas omissões do procedimento poderão ser aplicadas as normas gerais relativas à recuperação ordinária, ou caso o magistrado afaste essa aplicação, deverá construir o procedimento de acordo com as especificidades e circunstâncias de cada caso concreto. Esta solução somente gera insegurança na aplicação do instituto e o efeito é justamente o inverso da simplificação.

O procedimento simplificado deverá conter regras claras sobre cada etapa do processo, de forma a eliminar a assimetria de informações, e nos pontos onde o procedimento não puder ser simplificado sobre pena de comprometer as finalidades do instituto, o Estado deverá prestar o suporte necessário ao micro e pequeno empresário, utilizando mecanismos que não constituam entraves a esses agentes econômicos com o escopo de conferir viabilidade e eficiência à recuperação.

5.3.5 Intervenção estatal na atividade econômica direcionada a preservação das microempresas e empresas de pequeno porte

Nas últimas décadas, tem crescido a preocupação dos Estados com o tratamento das empresas em situação de dificuldades financeiras, o que tem levado essas nações a intervirem na atividade econômica para regular a adoção de

mecanismos para solucionar o estado de crise empresarial⁶¹⁸. Essa preocupação deve se estender às micro e pequenas empresas, em função do importante papel que esses agentes possuem para o mercado.

No Brasil, inexistente uma política com a finalidade de prestar suporte ao microempresário e empresário de pequeno porte em situação de crise para que ele adote a medida mais adequada para sua reestruturação e viabilize a alocação mais eficiente dos recursos econômicos. Esta lacuna provoca sérias consequências no funcionamento do mercado, a exemplo dos altos índices de mortalidade dos pequenos negócios.

Dessa maneira, a regulação do mercado, por meio da intervenção estatal, constitui uma das formas de se obter uma maior eficiência social⁶¹⁹, diante das falhas que naturalmente se apresentam neste ambiente. Esta intervenção⁶²⁰⁻⁶²¹ buscará reduzir as fontes de falhas no mercado, como as externalidades, a assimetria de informações, o abuso do poder de mercado, e também poderá ser um importante instrumento de diminuição dos custos de transação.

O controle do Estado pode se concretizar por meio de normas disciplinadoras do funcionamento da atividade econômica, do poder de polícia, e também através de políticas públicas de fomento para incentivo da iniciativa privada.

⁶¹⁸ No Brasil a regulação desses mecanismos se deu por meio da instituição da Lei n. 11.101/2005, que estabelece as regras para a recuperação e a falência de empresários.

⁶¹⁹ Cf. subseções 2.2 e 5.2.1 supra.

⁶²⁰ Sobre a definição de intervenção estatal, Eros Roberto Grau ensina que significa a atuação estatal em área de titularidade do setor privado, ou seja, a atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94).

⁶²¹ O estado poderá intervir na atividade econômica por três formas: a) por absorção ou participação; b) por direção; e c) por indução. Na intervenção por absorção, o Estado intervém no domínio econômico, assumindo integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica, atuando em regime de monopólio. Na intervenção por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica, atuando em regime de competição com empresas privadas. Na intervenção por direção, o Estado atua sobre o domínio econômico como regulador da atividade econômica em sentido estrito, exercendo pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica. Na intervenção por indução, o Estado atua como regulador da atividade econômica, manipulando os instrumentos de intervenção em consonância com as leis que regem o funcionamento do mercado (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.148-149).

O artigo 174⁶²² da Constituição Federal preceitua que o Estado exercerá, como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização⁶²³, incentivo e planejamento. A intervenção estatal se dará, portanto, por via da normatização e da regulação. Alexandre Santos de Aragão define regulação estatal da economia como:

[...] o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que leses os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis⁶²⁴.

Eros Roberto Grau distingue duas formas de intervenção que se referem às funções exercidas pelo Estado: a intervenção por indução e o planejamento. A intervenção por indução se dá por meio da elaboração de normas dispositivas que gerem um sistema de estímulos ou incentivos (positivos ou negativos) para que o agente adote uma opção econômica de interesse coletivo e social. O planejamento é considerado um método para qualificar e sistematizar de forma racional a intervenção, através da previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos, e pela definição de meios de ação coordenados⁶²⁵.

Diante disso, as normas e políticas que regulem e tratem da atividade do agente econômico em situação e crise, é uma forma de intervenção estatal, e como tal, devem ser desempenhadas de forma a gerar o resultado mais eficiente e o bem estar social. Por essas formas de intervenção, é possível gerar um ambiente institucional propício que possibilite a efetiva preservação dos pequenos negócios em crise, sem uma proteção excessiva do devedor, que gere incentivos ao inadimplemento ou à tomada de riscos excessivos.

⁶²² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁶²³ A fiscalização, tem o significado de verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer com que ocorra ou não. dessa forma, fiscalizar representa prover a eficácia das normas produzidas pelo Estado, no sentido de regular a ordem econômica. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.308).

⁶²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de Regulação da Economia. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros. Ano 40. p. 38-47. n. 122. abr./jun. 2001, p.47.

⁶²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.150-151.

A importância social e econômica verificada na atuação das microempresas e empresas de pequeno porte, justificam a intervenção estatal direcionada a preservação desses negócios, para proporcionar um equilíbrio no espaço ocupado por esses agentes no mercado.

Embora a intervenção estatal direcionada a este setor do mercado não deixe de representar a geração de custos sociais, é necessário avaliar que os benefícios decorrentes dessas medidas, a longo prazo, poderão compensar e superar esses custos. Também cabe evidenciar, que o próprio legislador constituinte fez a opção de conferir um tratamento diferenciado e favorecido aos pequenos negócios, como forma de efetivar a justiça social e os demais princípios na ordenação da economia.

5.3.5.1 Papel do SEBRAE e sua contribuição para o êxito da Recuperação de MPEs

O Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequena Empresa (SEBRAE) é um serviço social autônomo, que foi desvinculado da Administração Pública Federal por meio do Decreto n. 99.570, de 09 de outubro de 1990, autorizado pela Lei n. 8.029 de 12 de abril de 1990⁶²⁶.

Com a natureza jurídica de serviço social autônomo, o SEBRAE é uma entidade privada prestadora de serviços de interesse público e não é integrante da administração indireta⁶²⁷. Marçal Justen Filho define o serviço social autônomo como:

⁶²⁶ O CEBRAE - Centro Brasileiro de Assistência Gerencial à Pequena e Média Empresa foi criado em 1972, como associação civil sem fins lucrativos, vinculado ao Ministério do Planejamento, tendo como sócios fundadores o Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDE, a Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP e a Associação Brasileira de Bancos de Desenvolvimento - ABDe, objetivando a prestação de serviços de organização empresarial, através da adoção de um sistema brasileiro de assistência à pequena e média empresa, com atuação em todo território nacional por meio de agências executoras nas capitais dos Estados. Em razão do Decreto n. 90.414 de 1984, o CEBRAE passou a ser vinculado ao Ministério da Indústria e Comércio, mantendo sua natureza jurídica de associação civil. (SOTTO, Debora. **Tributação da Microempresa (ME) e da Empresa de pequeno Porte (EPP)**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 198).

⁶²⁷ Embora não integre a Administração Pública Indireta, pelo fato de administrarem verbas decorrentes de tributos e por gozarem de privilégios próprios dos entes públicos, sujeitam-se às normas semelhantes à da Administração Pública no que se refere à licitação, prestação de contas, processo seletivo para a contratação de pessoal e a equiparação de seus funcionários aos servidores públicos para fins criminais e de improbidade administrativa (SOTTO, Debora.

[...] uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certos setores empresariais ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias⁶²⁸.

O SEBRAE é composto por uma unidade central, representada pelo SEBRAE Nacional e por unidades em todos os Estados e Distrito Federal. Tem por atribuição o planejamento, a coordenação e a orientação de programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, de acordo com as políticas nacionais de desenvolvimento, nas áreas industrial, comercial, agrícola, de serviços e tecnológica⁶²⁹. Os recursos destinados ao SEBRAE terão como objetivo primordial apoiar o desenvolvimento das micro e pequenas empresas por meio de projetos e programas que visem ao seu aperfeiçoamento técnico, racionalização, modernização, capacitação gerencial, assim como, facilitar o acesso ao crédito e à capitalização⁶³⁰.

Em cada unidade do SEBRAE, existe um balcão de atendimento ao micro e pequeno empresário, através do qual, um consultor oferece informações personalizadas sobre: registro de empresas, obrigações tributárias e trabalhistas, direitos do consumidor, planejamento de negócios, controle e organização financeira, empreendedorismo, gerenciamento de pessoal, marketing e sobre congressos e cursos destinados ao desenvolvimento da atividade empresarial.

O SEBRAE também coloca à disposição, por meio de seu portal, cursos e palestras gratuitos e pagos, vídeos, material escrito, análises de mercado, notícias de eventos, com o objetivo de apoiar o futuro empreendedor ou para melhorar a atuação dos empresários que já se encontram no mercado. Embora tudo isso esteja à disposição de qualquer interessado, e, apesar de o governo declarar ter grande preocupação com a sobrevivência das micro e pequenas empresas, pouco se investe na divulgação dos serviços oferecidos pelo SEBRAE.

Assim, além de ampliar a divulgação da atuação do SEBRAE, defini-lo como instituição responsável pelo apoio dessas pequenas empresas em situação de dificuldades, com a participação nos processos de recuperação judicial especial,

Tributação da Microempresa (ME) e da Empresa de pequeno Porte (EPP). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 199).

⁶²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015, p.309.

⁶²⁹ Cf. Dec. n. 99.570/1990, art. 2º.

⁶³⁰ Cf. Lei n. 8.029/1990, art. 11, §1º.

seria uma medida relevante que contribuiria para aumentar o índice de sobrevivência, auxiliando o micro e o pequeno empresário a superar a crise econômico-financeira.

Diante disso, propõe-se, que seja prevista tal competência, não somente nas normas que regulam o funcionamento e as atribuições do órgão, mas também na legislação que define o processamento da recuperação especial, com o objetivo de possibilitar maior efetividade ao processo, tendo em vista que o insucesso da recuperação dos micro e pequenos empresários decorre normalmente da ausência de preparo técnico para reestruturação da empresa e observância das etapas do processo recuperacional.

Esta competência, além de estar totalmente alinhada com o objetivo institucional do SEBRAE, se constituiria em um mecanismo de fundamental importância destinado a fornecer as ferramentas necessárias direcionadas a promover o êxito dos processos recuperacionais, reduzindo a mortalidade crescente dos pequenos negócios.

Conforme visto anteriormente, dentre os fatores que comprometem o sucesso da recuperação empresarial, destaca-se a demora do diagnóstico da situação de crise, a falta de informações sobre o procedimento de recuperação, tanto em relação a sua propositura, como em relação a suas etapas e efeitos, e os custos necessários para a apresentação de toda documentação exigida para a propositura da ação e o próprio acompanhamento no processo de recuperação.

Com base neste quadro, Leonardo Adriano Ribeiro Dias relata que diversos países têm adotado práticas para orientar o empresário e conscientizá-lo do seu estado de crise, apresentado as alternativas existentes. Apontou ainda um estudo realizado pela União Europeia que examinou os mecanismos de alerta para prevenção de crises e recomendou procedimentos como o aconselhamento, a realização de cursos, e o fácil acesso às informações sobre os procedimentos⁶³¹.

Nesse sentido, vale ressaltar que um plano de recuperação consistente, realista e que efetivamente possibilite a superação da crise deve ser produto de uma cuidadosa análise que considere a capacidade econômica da empresa de cumprir

⁶³¹ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 37.

suas medidas e continuar em funcionamento com vistas a uma reabilitação. Isso demanda uma boa estrutura de assessoramento jurídico e empresarial, que pode se tornar inviável ao empresário em razão dos custos de contratação.

O apoio do SEBRAE, com a criação de um setor específico para as empresas em recuperação, se daria tanto na fase pré-processual como na fase processual, por meio das seguintes medidas: a) disponibilização das informações, orientações e instrumentos, de forma presencial e pela rede mundial de computadores, acerca: i) das situações caracterizadoras de crise empresarial que justificariam a intervenção estatal por meio da recuperação judicial; ii) dos meios judiciais e extrajudiciais passíveis de adoção em caso de dificuldades econômico-financeiras; iii) dos requisitos e documentos necessários à propositura da ação de recuperação; iv) das etapas e dos custos envolvidos no procedimento; b) orientação e suporte personalizados para o empresário em situação de crise que pretenda utilizar o mecanismo judicial da recuperação, através de um consultor na gestão da recuperação que possa auxiliar: i) no diagnóstico da situação de crise e verificação da viabilidade de recuperação; ii) na organização e elaboração da documentação necessária para a propositura da ação; iii) na elaboração do plano de recuperação; iv) no processamento da recuperação e na execução do plano.

Dessa forma, o SEBRAE, além de disponibilizar ao empreendedor as ferramentas necessárias para afastar os principais fatores de mortalidade dos pequenos negócios, poderá atuar preventivamente no suporte técnico necessário para que as micro e pequenas empresas possam se capacitar⁶³², superar a situação de crise e se manter de forma sustentável no mercado.

A participação do SEBRAE, ou de outros órgãos de apoio às micro e pequenas empresas⁶³³, nos processos de recuperação especial deverá ser objeto de controle pelo juízo da recuperação, que ao receber o pedido, e avaliar o cumprimento dos requisitos formais, poderá constatar, com auxílio de seu órgão de apoio técnico multidisciplinar, a necessidade de o empresário ser assessorado para a gestão da

⁶³² “Capacitação empresarial deve ser, portanto, algo permanente, que se integre ao processo de educação continuada, neste novo contexto competitivo, baseado na inovação e no conhecimento, nas competências duráveis. Para isso, é preciso se preocupar com as modulações mais adequadas ao universo heterogêneo dos milhões de empreendedores de pequenos negócios, os ambiente de aprendizagem, duração mídias e linguagens” (ROCHA, Marcelo. **Micro e Pequenas Empresas: o desafio de sobreviver**. Rio de Janeiro: Bookmarkers, 2012, p. 110).

⁶³³ Conforme será tratado a seguir.

empresa, durante a fase de sua reestruturação, sob pena de comprometer a própria eficiência do procedimento.

Diante dessa constatação, deverá o magistrado intimar o empresário para que manifeste o interesse ou não de contar com a participação do SEBRAE como órgão de assessoramento durante a recuperação. Esta medida processual, além de cumprir uma função informativa, já que o empresário pode não conhecer a possibilidade de ser auxiliado no processo, também resultará em ganhos para a proteção dos interesses de todos os envolvidos com a atividade empresarial, pois o suporte técnico adequado amplia as chances de uma empresa viável superar as dificuldades enfrentadas.

Vale ressaltar, que o suporte de um órgão técnico para auxiliar o empresário desde a fase pré-processual até a fase do cumprimento do plano, constitui uma medida que possibilita ganhos em eficiência e efetividade do procedimento, entretanto, não pode ser definida como uma intervenção obrigatória, por ferir o princípio da liberdade de empresa e a autonomia empresarial.

Em termos de eficiência, esta proposta constitui um estímulo para que o empresário faça a escolha pelo processo de recuperação judicial. Em primeiro lugar, reduzirá a assimetria de informações, pois irá instrumentalizar o empresário com os conhecimentos necessários para que faça a opção racional pelo procedimento, além de possibilitar que ele também aparelhe o processo de forma transparente, com comunicações claras para todos os que participam do processo. Da mesma forma, representará redução dos custos de transação pela possibilidade do empresário poder dispor, sem custos, de suporte técnico que auxilie na decisão sobre a medida mais adequada e no próprio procedimento em todas as suas etapas.

5.3.5.2 Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa

A Secretaria da Micro e Pequena Empresa (SMPE) surgiu a partir de um esforço governamental em dotar a administração pública de uma estrutura destinada a formular políticas públicas de proteção aos pequenos negócios. Ela foi implementada com a promulgação da Lei n. 12.792/2013, que a incluiu no rol dos Ministérios do Governo Federal.

Em 2015, com a reforma ministerial promovida pela Presidência da República, a Secretaria da Micro e Pequena Empresa perdeu o status de Ministério e passou a integrar a Secretaria de Governo da Presidência da República. Com a denominação de Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa, foram mantidas as mesmas competências⁶³⁴.

Diante das competências estabelecidas, a SMPE elegeu como problema central, no diagnóstico da relação do País com seus pequenos negócios, que o crescimento das MPEs ainda é insuficiente para atender a demanda de emprego e renda da economia brasileira. Como direcionamento estratégico, foram fixados dois objetivos centrais para sua atuação: 1) aumentar o grau de legalização das MPEs; 2) aumentar a taxa de sobrevivência das MPEs após cinco anos. Para cumprir esses objetivos centrais, quatro focos específicos de ação foram definidos: reduzir o custo para a abertura e baixa de empresas, reduzir o peso das exigências estatais, apoiar o aumento da produção, com redução de custos, e apoiar o aumento da capacidade de vendas e de gestão das MPEs⁶³⁵.

Os focos de ação definidos como prioritários para aumentar a taxa de sobrevivência das MPEs, especialmente a redução de custos decorrentes das

⁶³⁴ Decreto n. 8.579/2015, Art. 16. À Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa compete:

- I - formular, coordenar e articular: a) as políticas e as diretrizes para o apoio às microempresas, às empresas de pequeno porte e ao artesanato e de fortalecimento, expansão e formalização de micro e pequenas empresas; b) os programas de incentivo e promoção de arranjos produtivos locais relacionados às microempresas e às empresas de pequeno porte e de promoção do desenvolvimento da produção; c) os programas e ações de qualificação e extensão empresarial voltados às microempresas, às empresas de pequeno porte e ao artesanato; e d) os programas de promoção da competitividade e inovação voltados às microempresas e às empresas de pequeno porte;
- II - coordenar e supervisionar os programas de apoio às empresas de pequeno porte custeados com recursos da União;
- III - articular e incentivar a participação das microempresas, das empresas de pequeno porte e do artesanato nas exportações brasileiras de bens e serviços e sua internacionalização;
- IV - acompanhar e avaliar a observância do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido em atos normativos que criem obrigação para as microempresas ou para as empresas de pequeno porte; e
- V- exercer outras atribuições que lhe forem designadas pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Governo da Presidência da República ou pelo Secretário-Executivo.

Parágrafo único. A Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa participará da formulação de políticas voltadas ao microempreendedorismo e ao microcrédito, exercendo suas competências em articulação com os demais órgãos da administração pública federal, em especial com os Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, da Ciência, Tecnologia e Inovação e do Trabalho e Previdência Social.

⁶³⁵ Cf. Portal da Secretaria especial da Micro e Pequena Empresa. Disponível em: http://smpe.gov.br/acesso_a_informacao/institucional. Acesso em: 13 ago. 2016.

exigências estatais, são relevantes para possibilitar que uma empresa em dificuldades tenha condições de se reerguer.

Contudo, defende-se também que a Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa contribua para o êxito dos processos recuperacionais envolvendo as micro e pequenas empresas, provendo esses agentes econômicos das informações necessárias sobre o deslinde do processamento da recuperação, através de programas de apoio às empresas de pequeno porte custeados com recursos da União.

Assim, considerando que uma das competências da SMPE é a de coordenar e supervisionar os programas de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte custeados com recursos da União, estes programas, em parceria com o SEBRAE, deverão trabalhar no assessoramento das empresas em dificuldades econômico-financeiras, no intuito de apresentar os caminhos possíveis para a adoção da recuperação judicial e auxiliar no preenchimento dos requisitos necessários do procedimento.

5.3.5.3 Financiamento para micro e pequenas empresas em recuperação

É indubitável que o empresário necessita de crédito para o desenvolvimento de suas atividades. O acesso ao crédito permite que o empresário maximize seu potencial de crescimento e produção, tendo condições de competir no mercado, gerar empregos, renda, tributos, e lucros aos sócios.

O Sistema Financeiro Nacional, composto pelas diversas instituições financeiras públicas e privadas, atua como intermediador de recursos financeiros entre poupadores e tomadores, viabilizando o acesso a esse recurso. Embora seja regulada por disposições próprias a cada operação, Jairo Saddi explica que a concessão de crédito por instituições financeiras segue três regras gerais: a) há sempre um limite de crédito que um mesmo banco pode emprestar a um cliente individualmente⁶³⁶; b) na concessão de crédito, o banco tem a responsabilidade de

⁶³⁶ Lei n. 4.595/1965, Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] X - Determinar a percentagem máxima dos recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou grupo de empresas.

seguir a boa técnica bancária, intermediando recursos para aqueles que tiverem a possibilidade de pagar; c) cabe ao banco garantir, por meio da competição, que o crédito estará disponível a quem dele precisar⁶³⁷.

Diante desse cenário, o quadro das empresas em crise, especialmente as de pequeno porte, é bastante preocupante, pois sua condição pressupõe que não pode adimplir suas dívidas, mas, ao mesmo tempo, necessita de recursos líquidos para reerguer sua atividade. Para manter o negócio, a empresa precisa ter acesso a recursos que permitam pagar fornecedores de produtos e serviços essenciais, trabalhadores, seguros, aluguéis, prestadores de serviços e outras despesas operacionais, além dos custos associados à preservação dos ativos e das despesas necessárias ao processamento da recuperação judicial.

As instituições financeiras resistem em conceder crédito para empresas em dificuldades, fazendo com que as fontes de financiamento sejam limitadas. Considerando que as incertezas e os riscos são elevados, e muitas vezes difícil de avaliar, são estabelecidas taxas de juros mais altas para compensar a elevação do risco.

Carlos Henrique Abrão explica que a concessão de crédito com a menor incidência de juros, contribuiria para que as empresas pudessem se recuperar e, quando não, fossem cedidas ou transferidas “por intermédio de arranjos societários, sem dispensa de funcionários ou iminência de debelar uma crise social em determinada região no território nacional”⁶³⁸.

Ademais, o que a LRF estabelece em seu art. 67⁶³⁹ como um incentivo à concessão de financiamentos, ao estabelecer que o crédito concedido após o pedido de recuperação será considerado extraconcursal, não tem se mostrado eficiente. Neste sentido, Eduardo Secchi Munhoz ressalta que na LRF há uma série de créditos extraconcursais, de forma que, aquele proveniente de financiamento novo

⁶³⁷ SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 81.

⁶³⁸ ABRÃO, Carlos Henrique. Recuperação e Falência de Pequenas e Microempresas – A Lei Complementar n. 147/2014. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETTI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 342.

⁶³⁹ Lei n. 11.101/2005, Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

não terá garantia de prioridade em relação a eventuais credores dessa categoria. Em segundo lugar, há credores que não estão sujeitos aos efeitos da recuperação⁶⁴⁰ e que a subordinação de seus créditos àqueles decorrentes de financiamento novo, de caráter extraconcursal, não foi estabelecida. Em terceiro lugar, porque a obtenção de garantias sobre bens integrantes do ativo permanente da empresa depende de autorização judicial, ouvido o comitê de credores. Por fim, somente a oneração de bens prevista no plano de recuperação aprovado pelos credores e homologado pelo juiz goza da imunidade contida no art. 131 da LRF em relação à ineficácia objetiva ou ação revocatória, no caso de falência⁶⁴¹.

Agregado a estes fatores, as micro e pequenas empresas enfrentam a dificuldade usual de acesso ao crédito que contribui para a limitação do crescimento de seus negócios e ocasiona, conseqüentemente, o atual alto índice de mortalidade desse setor. As linhas de crédito disponíveis para os pequenos empreendimentos possuem as maiores taxas de juros, em comparação com o crédito disponível para médias e grandes empresas, além de serem condicionadas ao cumprimento de inúmeras exigências burocráticas, o que, além de elevar os custos de transação, muitas vezes inviabiliza a operação, fazendo com que seus sócios busquem crédito pessoal, que é ainda mais oneroso.

De fato, quando a demanda pelo crédito é aprovada, tende a ser baixa, uma vez que, o elevado custo de transação do empréstimo bancário tende a comprometer a saúde financeira da empresa, deixando o empresário de buscar crédito para investir, crescer e ampliar seu negócio, preferindo contar com seus próprios recursos na gestão e tentativa de ampliação de suas atividades⁶⁴².

Dessa forma, discute-se amplamente o papel do Estado em se tornar provedor de recursos financeiros para as empresas em dificuldades, mediante seus agentes de fomento, como forma de reparar as intensas falhas do mercado de capitais e das

⁶⁴⁰ V.g. credores da alienação fiduciária, leasing, dentre os demais que não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.

⁶⁴¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Pressupostos da recuperação judicial. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 177.

⁶⁴² CAMPERLINGO, Rodrigo. Do estímulo ao crédito e à capitalização. In: HENARES NETO, Halley (Coord.). **Comentários à Lei do Supersimples: LC 123/2006**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 317.

instituições financeiras privadas em cumprir seu papel de financiadores do desenvolvimento capitalista⁶⁴³.

A formulação de políticas públicas de incentivo ao pequeno empreendedor mediante o fornecimento de linhas de crédito junto ao BNDES e outros bancos públicos, a fim de estimular as empresas em crise a superarem as dificuldades, é uma maneira de estimular o crescimento desse segmento do mercado⁶⁴⁴.

O próprio Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar n. 123/2006, estabelece a necessidade de estimular o crédito e a capitalização das MPEs, estabelecendo que o Poder Executivo federal deverá propor, sempre que houver necessidade, medidas no sentido de melhorar o acesso desse segmento empresarial “aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito”⁶⁴⁵.

A redação do art. 57 da LC 123/2006, acima mencionado, foi elaborada seguindo os princípios da análise econômica já discutidos, pois a intervenção estatal no acesso ao crédito foi estabelecida, caso houver a necessidade, para corrigir as distorções do mercado de crédito e de capitais e possibilitar a eficiência alocativa dos recursos financeiros.

Gladston Mamede pontua que a referida norma é desprovida de qualquer auto aplicabilidade, na medida em que o legislador deixou ao Poder Executivo a avaliação da necessidade ou não, de intervenção para corrigir as distorções de acesso ao crédito⁶⁴⁶.

⁶⁴³ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.20.

⁶⁴⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. Recuperação e Falência de Pequenas e Microempresas – A Lei Complementar n. 147/2014. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 371.

⁶⁴⁵ Lei Complementar n. 123/2006, art. 57.

⁶⁴⁶ MAMEDE, Gladston et al. **Comentários ao estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**: lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007, p. 332.

O artigo 58⁶⁴⁷ da LC 123/2006 determina que os bancos comerciais públicos, os bancos múltiplos públicos e a Caixa Econômica Federal mantenham linhas de crédito específicas para as MPEs, devendo o acesso a essas linhas de crédito ter tratamento simplificado e ágil, com divulgação ampla das condições e exigências e previsão nos balanços das instituições financeiras.

Contudo, a grande maioria dessas micro e pequenas empresas não tem acesso a essas linhas de crédito em função das elevadas taxas de juros e das exigências de documentação e garantias. Frente a essa realidade, pouca utilidade tem a oferta de crédito às MPEs se não há garantias a serem oferecidas em contrapartida. A própria elevação dos juros decorre do elevado risco de concessão desse crédito.

Algumas características de grande parte das microempresas contribuem para a elevação do risco da oferta de crédito. Estes agentes econômicos normalmente se utilizam de poucas ferramentas de gestão financeira, são carentes de sistemas de informações gerenciais, não dispõem de balanço contábil que garanta a confiabilidade das informações, não possuem controle eficiente de estoque, de fluxo de caixa, mais uma série de situações que dificultam a análise dos riscos por parte das instituições financeiras e acabam implicando no aumento do nível de garantias e das taxas de juros⁶⁴⁸.

O estabelecimento de um sistema de garantias a esses créditos seria uma alternativa para a redução do risco e o incentivo maior à obtenção do crédito. O art. 60-A da LC 123/2006, estabelece a possibilidade do Poder Executivo instituir um Sistema Nacional de Garantias de Crédito, com o objetivo de facilitar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte a crédito e demais serviços das

⁶⁴⁷ Lei Complementar n. 123/2006, art. 58. Os bancos comerciais públicos e os bancos múltiplos públicos com carteira comercial e a Caixa Econômica Federal manterão linhas de crédito específicas para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, devendo o montante disponível e suas condições de acesso ser expressos nos respectivos orçamentos e amplamente divulgadas.

Parágrafo único. As instituições mencionadas no caput deste artigo deverão publicar, juntamente com os respectivos balanços, relatório circunstanciado dos recursos alocados às linhas de crédito referidas no caput deste artigo e aqueles efetivamente utilizados, consignando, obrigatoriamente, as justificativas do desempenho alcançado.

§ 2º O acesso às linhas de crédito específicas previstas no caput deste artigo deverá ter tratamento simplificado e ágil, com divulgação ampla das respectivas condições e exigências.

⁶⁴⁸ CAMPERLINGO, Rodrigo. Do estímulo ao crédito e à capitalização. In: HENARES NETO, Halley (Coord.). **Comentários à Lei do Supersimples**: LC 123/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 318.

instituições financeiras, o qual proporcionará a elas tratamento diferenciado, favorecido e simplificado, sem prejuízo de atendimento a outros públicos-alvo.

Sociedade de Garantia de Crédito é uma instituição que complementa as garantias exigidas de seus associados nas operações de crédito contratadas com instituições financeiras. Elas prestam suporte técnico às operações pretendidas, com a preparação da documentação necessária à obtenção do empréstimo, reduzindo a falta de informações entre a oferta e a demanda por crédito. Com a regulamentação do Sistema Nacional de Garantia de Crédito, elas passarão a compor este sistema e se sujeitarão ao controle pelo Banco Central do Brasil.

Atualmente as micro e pequenas empresas podem contar com algumas instituições garantidoras de crédito no país: o Fundo de Aval da Micro e Pequena Empresa (Fampe), do Sebrae; o Fundo Garantidor de Investimentos (FGI), do BNDES; o Fundo de Garantia de Operações (FGO), do Banco do Brasil; e as sociedades de garantia de crédito (Garantiserra, Noroeste Garantias, Garantisudoeste, Garantioeste, Garantinorte, Garantiparaiba, Gatantia dos Vales, dentre outras)⁶⁴⁹.

Com este sistema de garantias e o estabelecimento de políticas públicas para a concessão de crédito para micro e pequenas empresas em recuperação, aumentam as chances do empresário em recuperação judicial obter financiamento para dar seguimento ao plano de recuperação e sua atividade.

Leonardo Adriano Ribeiro Dias explica que a concessão de novos recursos ao empresário em crise não é importante apenas para atender as necessidades imediatas de caixa, mas transmite a ideia de que os credores que financiam essas empresas acreditam na viabilidade da atividade, além de possibilitar a redução do tempo de duração dos processos de recuperação e aumentar a confiança dos fornecedores que vendem a crédito, dos empregados que necessitam de suas

⁶⁴⁹ Assim como os Fundos Garantidores de Crédito, as sociedades de garantia de crédito (SGC) também são partes integrantes de um Sistema de Garantias. A diferença é que os Fundos geralmente são criados e geridos por instituições financeiras, como o Banco do Brasil e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); ou por instituições como o Sebrae Nacional, e as Sociedades Garantidoras são constituídas por meio de um processo de articulação e envolvimento de parceiros locais e associados, formados por empresários de pequenos negócios.

remunerações e dos clientes que pretendem manter o devedor como uma fonte de produtos ou serviços⁶⁵⁰.

Também é desejável que a regulamentação do financiamento das empresas em crise considere a proteção aos direitos e as prioridades dos credores anteriores, especialmente, os que não possuem garantias que poderão ser prejudicados com a oneração dos poucos bens livres que restaram. De igual forma, a concessão de financiamento não pode prescindir de uma adequada avaliação financeira, pois importará em aumento do passivo e, com isso, poderá comprometer o cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação.

Considerando que é usual nas micro e pequenas empresas a carência de planejamento gerencial, comercial e produtivo, bem como a falta de especialização, de treinamento, de controle de estoque e custos, de política de divulgação e de processos produtivos e tecnológicos modernos, as instituições financeiras concedentes de linhas de financiamento para este setor do mercado, em conjunto com as entidades de apoio e representação das microempresas e empresas de pequeno porte, devem se articular no sentido de proporcionar e desenvolver programas de treinamento, desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica a fim de que o empresário possa conduzir seu negócio de forma sustentável e tomar as decisões seguras e acertadas principalmente em relação ao tipo de crédito que irá possibilitar o desenvolvimento de seu negócio⁶⁵¹.

5.3.6 Ampliação dos meios de recuperação

De forma técnica, o processo de recuperação judicial deve possibilitar a realização dos arranjos necessários para “viabilizar a superação do cenário 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

⁶⁵⁰ DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 85.

⁶⁵¹ CAMPERLINGO, Rodrigo. Do estímulo ao crédito e à capitalização. In: HENARES NETO, Halley (Coord.). **Comentários à Lei do Supersimples: LC 123/2006**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 321.

atividade econômica”⁶⁵². Estes são os fins que devem ser buscados no processo de recuperação e é essa a interpretação que deve ser conferida à legislação. Para que esse fim seja alcançado, normalmente é imprescindível a adoção de diversas ações de reorganização (como implantação de melhorias e inovações, mudança organizacional, planejamento) e de saneamento (como a eliminação de vícios e irregularidades, a obtenção de recursos).

Os meios adequados de superação das dificuldades enfrentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte devem ser traçados de acordo com o diagnóstico que indique os fatores que geraram o quadro de crise e os aspectos que devem ser reformulados. Somente com a resolução dessas causas, será possível manter a empresa em funcionamento de maneira sustentável.

O único meio de recuperação colocado à disposição de micro e pequenos empresários, que é o parcelamento e a remissão de dívidas, pode não constituir a forma mais adequada de preservação da atividade empresarial, pois tem um alcance muito limitado para solucionar os fatores desencadeadores do estado de crise do empresário. Em verdade, esse recurso poderá apenas atender a uma das finalidades da legislação que é a manutenção dos interesses dos credores.

Sendo assim, é premente a necessidade de modificação da sistemática de elaboração do plano de recuperação para possibilitar a inclusão de outros meios de superação das causas que provocaram a crise empresarial.

Conforme já apresentado anteriormente, os fatores mais comuns que geram o fracasso das micro e pequenas empresas são: a falta de capital de giro, as falhas gerenciais na condução dos negócios, os problemas financeiros, o ponto inadequado, a insuficiência de conhecimentos gerenciais, a escassez de clientes, o inadimplemento dos credores, a recessão, as instalações inadequadas, a dificuldade em obter crédito bancário, a carga tributária elevada e a dificuldade em selecionar mão de obra qualificada.

Stuart Slatter e David Lovett apontam a importância de um plano de recuperação sólido que assegure que todas as situações críticas sejam abordadas. Enfatizam ainda, que a questão chave é focar nos problemas que ameaçam a vida

⁶⁵² Lei n. 11.101/2005, art. 47.

da empresa, ou seja, um plano sustentável deve ser baseado na identificação das causas da crise empresarial⁶⁵³.

Os mesmo autores afirmam que uma recuperação bem-sucedida deve ser planejada e caracterizada por ações significativas em sete áreas: estabilização da crise, liderança, apoio das partes interessadas, foco estratégico, mudança organizacional, melhorias de processo crítico e reestruturação financeira⁶⁵⁴.

A estabilização da crise deve merecer destaque como uma medida de urgência que visa conter a deterioração da organização empresarial. Tem por objetivos preservar o caixa no curto prazo, adquirir a confiança das partes envolvidas com a atividade empresarial, demonstrando a tomada de controle da situação e a reaquisição de previsibilidade da atividade.

Como medidas de geração de caixa a curto prazo e aumento do capital de giro é possível destacar as seguintes: a) definição de estratégias de cobrança para reduzir o inadimplemento dos credores, especialmente os recebíveis mais antigos e difíceis; b) prorrogação dos prazos de pagamento com os credores, incluindo os créditos com a fazenda pública (Receita Federal, Fazenda Estadual e Municipal e Previdência Social); c) redução dos estoques de baixa rotatividade ou obsoletos; d) estabelecimento de controles financeiros e gerenciais; e) suporte financeiro de curto prazo.

No que diz respeito ao controle financeiro e gerencial, podem ser enumeradas algumas ações a serem iniciadas prontamente para estabilizar a crise e assumir o controle dos negócios: a) suspender toda despesa de capital⁶⁵⁵ até que o plano de recuperação seja desenvolvido e todas as despesas administrativas e gerais que não adicionem qualquer valor para o negócio; b) suspender aumento de salários e promoções que tenham sido planejadas; c) estabelecer um controle rígido de compras e estabelecer negociações para redução de custos; d) administrar os novos contratos e pedidos que possam gerar perdas para a empresa; e) controlar preços e

⁶⁵³ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75-76.

⁶⁵⁴ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

⁶⁵⁵ Entende-se por despesa de capital aquela que contribui diretamente para a formação ou aquisição de um bem patrimonial (imóveis, veículos, equipamentos, obras, máquinas, investimentos).

vedar de descontos, já que qualquer alteração afeta diretamente os resultados financeiros; f) congelar novas contratações⁶⁵⁶.

Com a estabilização da crise, o empresário terá fôlego para planejar suas futuras ações e elaborar o plano de recuperação com o objetivo de superar a crise. No momento da apresentação do plano de recuperação, é importante que o empresário já apresente aos seus credores as medidas preliminares que foram adotadas para conter a crise, principalmente para demonstrar a transparência do procedimento. Partindo dessas premissas, alguns meios de recuperação são sugeridos, de forma exemplificativa, para adoção no plano de recuperação de micro e pequenas empresas.

Uma primeira medida de reestruturação financeira, que visa equilibrar o fluxo de caixa e aumentar o capital de giro disponível para a empresa atuar, é a renegociação das obrigações com seus credores por meio de parcelamentos e remissão de dívidas. Neste ponto, é fundamental que o empresário tenha a liberdade de definir o número de parcelas, o índice de correção e a taxa de juros aplicada.

O empresário também poderá propor aos credores a conversão de seus créditos em participação societária, resultando no aumento do capital social, ou ainda, a realização de dações em pagamento e novação de dívidas com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro.

A folha de pagamentos dos empregados normalmente representa um impacto significativo no caixa de micro e pequenas empresas. Com isso, surge a necessidade de avaliar o quadro de empregados a fim de promover um redimensionamento organizacional. Considerando que a demissão em massa também gera custos para as empresas com o pagamento das rescisões, o empresário poderá implementar medidas temporárias de redução de jornada com redução de salário, mediante acordo ou convenção coletiva.

A obtenção de crédito por meio de financiamento também é uma alternativa para o empresário estabilizar seu caixa e conseguir cumprir as medidas previstas no plano de recuperação, conforme já discutido na subseção acima.

⁶⁵⁶ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

Também é possível adotar as medidas de reestruturação econômica com o intuito de obter novos recursos mediante a alienação de bens que pertencem ao devedor ou a transferência da atividade. Sendo assim, o devedor diminui seu patrimônio para obter recursos a fim de satisfazer suas obrigações e continuar suas atividades. Destacam-se os seguintes meios de reestruturação: a cessão de cotas; o trespasse ou o arrendamento total ou parcial do estabelecimento para terceiros, inclusive para sociedade constituída pelos empregados; a alienação de bens que não estejam diretamente relacionados à atividade-fim do empresário e a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, como forma de dação em pagamento, os bens do ativo do devedor.

A partir do que foi analisado, é possível concluir que a recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte poderá e deverá se valer dos meios de recuperação adequados para cada contexto, considerando as causas da crise e as medidas necessárias para superar as dificuldades. Não é possível utilizar o fundamento da simplificação de procedimentos, para impor um único mecanismo de recuperação como se fosse adequado para resolver a condição de crise empresarial de qualquer pequeno negócio viável.

5.4 A PRESERVAÇÃO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE PELA PROTEÇÃO DO TRABALHO E DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA NACIONAL

Esta subseção figura como um espaço de retomada de discussões já desenvolvidas no trabalho acerca da preservação da microempresa e seu papel central na proteção do direito fundamental ao trabalho e para a promoção do desenvolvimento da economia nacional.

5.4.1 A preservação da microempresa e empresa de pequeno porte como pressuposto para a proteção do direito fundamental ao trabalho

Um dos objetivos deste trabalho foi o de demonstrar a estreita relação entre a preservação da microempresa e empresa de pequeno porte e a proteção do direito fundamental ao trabalho.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como aqueles que a Constituição Federal confere proteção máxima, estável e forte por garantirem aos homens, individualmente, o acesso a bens importantes para a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, a autonomia, a liberdade e o bem estar das pessoas⁶⁵⁷.

Com a concepção do Estado Social, percebe-se que as relações entre particulares são desiguais, sobrevivendo a necessidade de resguardar o exercício das liberdades por meio da intervenção estatal. Os direitos fundamentais sociais surgem nesse contexto. Jorge Reis Novais, independentemente das particularidades de cada sistema jurídico, propõe a delimitação conceitual dos direitos fundamentais sociais como um todo composto das seguintes partes: o direito ao um mínimo existencial, o direito à proteção da saúde, o direito à habitação digna, o direito à segurança e assistência social, o direito ao trabalho e o direito à educação⁶⁵⁸.

Embora esses direitos sejam indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna, eles não estão disponíveis na sociedade em abundância, gerando o dever do Estado não apenas de respeitar e proteger o acesso desses bens pelos particulares que conseguem através de meios próprios, mas também de realizar prestações fáticas destinadas a promover a obtenção desses bens econômicos, sociais ou culturais para quem não dispõe de meios próprios para obtê-los.

O acesso ao trabalho⁶⁵⁹ remunerado possui um papel central na concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais, na medida em que é uma forma do indivíduo obter os meios para satisfazer outros bens jurídicos como, a assistência à

⁶⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 255.

⁶⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 40-41.

⁶⁵⁹ Maurício Godinho Delgado conceitua trabalho como uma atividade inerente ao homem, com o conteúdo físico e psíquico, correspondente ao gasto de energia humana, objetivando um resultado útil. (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 285). Para Lodovico Barassi “*lavoro, cioè attività (intellettuale o fisica, o meglio l’una e l’altra com varia reciproca prevalenza); attività umana atta a soddisfare un bisogno altrui che la rende necessaria*”. Tradução livre da autora: trabalho quer dizer atividade (intelectual ou física, ou o meio entre uma e outra com várias preponderâncias); atividade humana apta a satisfazer uma necessidade alheia que gere renda. (BARASSI, Lovodico. **Elementi di diritto del lavoro**. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1957, p.32). Por este último conceito verifica-se que o trabalho pressupõe uma atividade destinada a um terceiro. O mero dispêndio de energia para a realização de uma atividade não tem relevância jurídica. A atividade laboral exercida, intelectual ou física, deverá ser capaz de satisfazer necessidades de terceiros.

saúde, a moradia digna e a educação⁶⁶⁰. Seguindo esta mesma linha de entendimento defende Antonio Baylos:

Dessa forma, o trabalho é a base para o exercício dos direitos do cidadão, e reconhecê-lo implica, conseqüentemente, interligar o sujeito à sua dignidade como pessoa e ao seu projeto igualitário fixado, em nível coletivo, no esboço do art. 9.2, CE. Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulneração do direito ao trabalho, mas a dificuldade do exercício de outros importantes direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente ao trabalhador⁶⁶¹.

Contudo, para ter acesso ao trabalho, os trabalhadores de um país dependem capacidade de geração de emprego das empresas, sendo fácil concluir que o desenvolvimento social de um país e o acesso a bens jurídicos fundamentais estão relacionados diretamente com os incentivos para a criação e a preservação das empresas.

Antonio Baylos concebe que o direito ao trabalho é um direito sem uma garantia idônea e sem efetividade, tudo em razão de um princípio fundamental de organização da sociedade e do mercado de trabalho: a livre iniciativa e a liberdade de empresa⁶⁶². Assim, considerando a autonomia que as empresas têm de decidir sobre: a contratação de empregados, a manutenção dos postos de trabalho que oferecem e a continuidade do exercício de uma atividade econômica; o acesso ao trabalho e a melhoria de suas condições dependem de incentivos do próprio mercado e do Estado.

Os mecanismos institucionais que conduzam ao exercício regular e a preservação da empresa, proporcionam benefícios a todos os envolvidos na atividade empresarial e direcionam, não somente, ao aumento da capacidade de geração de empregos, mas também à satisfação dos direitos que decorrem da relação empregatícia.

Diante desse quadro, as medidas de proteção e preservação das micro e pequenas empresas constituem-se igualmente em políticas de busca ao pleno

⁶⁶⁰ MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012, p.30.

⁶⁶¹ BAYLOS, Antonio. Proteção de Direitos Fundamentais na Ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. In: **Revista Trabalhista**: direito e processo, v. 10, Forense: Anamatra, Rio de Janeiro, p. 31.

⁶⁶² BAYLOS, Antonio. Proteção de Direitos Fundamentais na Ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. In: **Revista Trabalhista**: direito e processo, v. 10, Forense: Anamatra, Rio de Janeiro, p. 26.

emprego⁶⁶³, de concretização do direito fundamental ao trabalho e de valorização das condições de trabalho, já que a mortalidade dessas empresas contribui para a maior rotatividade da força de trabalho e para a precariedade dos vínculos de trabalho⁶⁶⁴.

Em períodos de recessão, o emprego que se reduz nas indústrias, vai sendo direcionado para outros setores de atividade com presença marcante das pequenas empresas. Como consequência, os mecanismos direcionados a viabilizar a inserção e a manutenção destas unidades de produção no mercado e incentivar seu crescimento, têm que ser parte fundamental de qualquer programa de geração de emprego e renda.

Um mecanismo de preservação das micro e pequenas empresas importa, não somente, para assegurar a manutenção dos empregos vinculados a esses empreendimentos, mas também constituem fonte de atividade remunerada para o contingente de desempregados que iniciam negócios por conta própria.

O direito ao trabalho, além de significar a liberdade de trabalhar, implica também em um direito composto por um duplo aspecto: individual e coletivo. No seu aspecto individual, concretiza-se no igual direito de todos a um determinado posto de trabalho, se forem cumpridos os requisitos necessários de capacitação, e no direito à continuidade e estabilidade no emprego, isto é, de não ser despedido se não existir uma justa causa. Na sua dimensão coletiva, o direito ao trabalho implica, o dever dos poderes públicos para que iniciem uma política de pleno emprego⁶⁶⁵.

⁶⁶³ O pleno emprego decorre de uma democratização das relações de trabalho e pode ser definido como uma condição do mercado onde todos os que são aptos a trabalhar, e estão dispostos a fazê-lo, encontram trabalho remunerado (ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002, p.17).

⁶⁶⁴ FRANCALANZA, Paulo Sérgio; FERREIRA, Adriana Nunes. Micro e pequenas empresas: rotatividade da força de trabalho e implicações para o desenvolvimento no Brasil. In: SANTOS, Anselmo Luís dos; KREIN, José Dari; CALIXTRE, André Bojkian (Org.). **Micro e pequenas empresas: Mercado de Trabalho e implicação para o desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Ipea, 2012, p.89.

⁶⁶⁵ SANTOS, Roseli Rêgo. O Princípio da Busca do Pleno Emprego como aplicação da Função social da empresa na Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 17, 2008, Salvador. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008..Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf. Acesso em: 25 jun. 2016, p.5258-5259.

Gonzalo Maestro Buelga apresenta como formas de intervenção destinadas a influenciar diretamente a demanda e a oferta de emprego, as políticas instrumentadas através de mecanismos tributários e creditícios com a capacidade de influenciar no comportamento dos entes privados e do mercado⁶⁶⁶.

Diante da fundamentalidade do valor do trabalho no constitucionalismo atual, a proteção das microempresas e das empresas de pequeno porte é pressuposto necessário para a efetivação do direito ao trabalho, o qual é um valor essencial para a realização da dignidade das pessoas e para o seu livre desenvolvimento.

As medidas propostas neste trabalho de valorização e preservação da micro e pequena empresa em crise, além de se configurarem como políticas de proteção aos pequenos negócios, constituem-se em uma política de pleno emprego e de proteção ao valor do trabalho e tem como resultado a progressiva eliminação das desigualdades socioeconômicas, da pobreza e o aumento dos salários reais.

5.4.2 Fortalecimento da economia nacional e promoção do desenvolvimento econômico e social

Já foi demonstrada a importância e a força dos pequenos negócios para o crescimento da economia, com a geração de emprego e renda e a mobilização de riquezas em todo território nacional.

Embora esta relevância seja reconhecida e declarada pelos órgãos e agentes governamentais, verifica-se na prática, que não há um direcionamento prioritário e eficiente das ações estatais relacionado a estas pequenas unidades produtivas.

Os pequenos negócios são atingidos tanto pelas distorções presentes no mercado interno, como no mercado externo, já que o processo de globalização da economia, ao gerar a abertura internacional de mercados e o aumento da liberdade nas negociações, também origina riscos, e a ação livre de grandes conglomerados internacionais em nosso país, tende a criar um ambiente desfavorável para as pequenas empresas nacionais, dotadas de menor poder econômico e tecnológico.

⁶⁶⁶ BUELGA, Gonzalo Maestro. *La constitucion del trabajo en el Estado Social*. Granada: Comares, 2002, p. 65.

Além das falhas existentes no mercado, as sucessivas e cíclicas crises do capitalismo, a concentração do poder econômico e a grande assimetria entre as nações têm tornado cada vez mais evidente a necessidade do Estado atuar na economia, definindo políticas públicas e planos de desenvolvimento para possibilitar um equilíbrio em seu funcionamento, em que as empresas de todos os portes, que formam o tecido empresarial brasileiro, possam proporcionar à sociedade todos os bens jurídicos e direitos fundamentais protegidos constitucionalmente como o trabalho, a redução das desigualdades sociais e regionais e o desenvolvimento de uma economia de forma próspera.

Para atingir este equilíbrio, toda medida que tenha por objetivo promover a manutenção sustentável desses pequenos agentes econômicos, constitui mecanismo de fortalecimento da economia e possibilita seu progresso.

São essas empresas as que mais requerem esforços estatais que possibilitem aumentar sua produtividade, reduzir as taxas de mortalidade e induzir a maior formalização da mão-de-obra ocupada. Este estímulo, além de incentivar a geração de emprego e o aprimoramento qualitativo dos postos de trabalho, com reflexos positivos no nível de salários e demais remunerações, tenderá, conseqüentemente, a amenizar a excessiva desigualdade que caracteriza a distribuição de riquezas no país⁶⁶⁷.

Seguindo esta direção, Orlando Gomes observa que as instituições modificadas podem estimular o processo de desenvolvimento econômico, sendo necessária a intervenção do Estado mediante reformas legislativas que ampliem a liberdade de ação dos indivíduos e facilitem o aproveitamento das oportunidades econômicas⁶⁶⁸.

Conforme já foi destacado acima, no estudo de Douglass North sobre as instituições, o ambiente institucional interfere não apenas na eficácia da norma, mas também no grau de desenvolvimento de um país. Destaque-se que no ambiente institucional estão inseridas as instituições formais (as normas legais) e as

⁶⁶⁷ MADUREIRA, Mirella. **A crise econômico-financeira internacional e seus impactos sobre a preservação das microempresas e empresas de pequeno porte**. 2011. 120 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, São Paulo, 2011, p. 34.

⁶⁶⁸ GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1961, p.25-26.

instituições informais (as normas de comportamento, convenções e costumes) que estabelecem a estrutura de incentivos da sociedade. O conjunto dessas instituições formais e informais estabelece a matriz institucional que é responsável pelo crescimento econômico, de maneira que, se esta matriz for eficiente, gerará incentivos suficientes para estimular os agentes econômicos em atividades que gerem um retorno social superior ao custo.

Somente as relações existentes entre as instituições formais e informais – que determinam a matriz institucional – é capaz de proporcionar o crescimento econômico, sendo assim, é necessário harmonizar o ambiente institucional composto pelas instituições formais (leis, poder judiciário, políticas públicas) e pelas instituições informais (os códigos de condutas não escritas).

Marcia Carla Pereira Ribeiro e João Paulo Atílio Godri ressaltam que as alterações nas instituições formais podem ser mais fáceis que nas instituições informais. Com isso, nem sempre as alterações nas instituições formais podem produzir modificações quando confrontadas com as instituições informais se elas não produzirem os incentivos adequados⁶⁶⁹.

Para explicar este processo, Orlando Gomes salienta que as transformações sociais tendem a se institucionalizar. Explica o autor que, as transformações determinam inevitável mudança de mentalidade, pois o povo que está se desenvolvendo passa a adotar novos valores como fins da ação social e busca, para a sua consecução, normas que estimulem o processo do desenvolvimento. Assim, o progresso social procura sua disciplina em um novo sistema de normas. O ordenamento jurídico, ao regular a conduta humana, constitui, sob o ponto de vista institucional, o principal fator de influência no processo do desenvolvimento, uma vez que o sistema legal pode favorecê-lo, ou dificultá-lo. Dessa maneira, o desenvolvimento econômico é condicionado pelas crenças substantivas e adjetivas de uma comunidade, processando-se dentro de condições institucionais que conduzem à transformação estrutural da sociedade⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atílio. Recuperação Judicial, micro e empresas de pequeno porte e a lei complementar 147/2014: uma análise de eficiência a partir de Douglas North. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Fi, 2016, p.313.

⁶⁷⁰ GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1961, p.19.

Ademais, o estabelecimento de uma lei que regule e contemple os incentivos necessários para que o micro e o pequeno empresário em crise possam se manter de forma sustentável não é suficiente, é preciso também a existência de um Poder Judiciário, como instituição essencial à organização social e destinada a estruturar e limitar as atividades humanas, apto tecnicamente para cuidar das questões mais específicas que envolvem o tratamento de uma empresa em dificuldades, e igualmente, a intervenção mais direta do Estado na atividade econômica com o objetivo de prestar suporte aos pequenos empresários para que estes possam superar as distorções presentes no mercado.

Eros Roberto Grau enfatiza que o mercado exige, para o alcance de seus objetivos, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Neste sentido, reclama a atuação estatal para garantir a fluência de suas relações. A intervenção estatal por meio da lei, permite a instalação de um ambiente de previsibilidade e calculabilidade em relação ao comportamento humano, fundamental para construção de um espaço propício ao crescimento econômico⁶⁷¹.

A intervenção estatal não somente na regulação dos instrumentos legais de tratamento da microempresa e empresa de pequeno porte em crise, mas também através de políticas públicas que considerem as reais necessidades desses pequenos negócios, seria hábil para reduzir as incertezas e constituir incentivos suficientes para estes agentes no mercado, além de buscarem a resolução da situação de crise, encontrem um ambiente adequado para sua sobrevivência.

Aqueles que já exploram um pequeno negócio e enfrentam situações de dificuldades seriam beneficiados com um ambiente que permita manter a atividade em exploração de forma estável, cumprindo adequadamente os contratos, mantendo duradoura a parceria comercial com seus empregados, consumidores, investidores e fornecedores.

Os agentes que se relacionam com os micro e pequenos empresários, também contariam com um ambiente de incentivos e reduzida assimetria de informações,

⁶⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32-37.

possibilitando o estabelecimento de transações mais seguras e com um maior grau de eficiência e confiança.

Também constituiria incentivo para aqueles que tivessem interesse em iniciar atividade econômica de menor porte, por contar com um ambiente que favorece não somente o ingresso no mercado, mas também sua manutenção.

Com isso, seria constituído um contexto favorável ao progresso econômico e social, resultando em benefícios para a sociedade como um todo, com a geração de renda, maior oferta de empregos e melhoria das condições de trabalho, oportunidades de desenvolver atividades remuneradas, melhor distribuição da riqueza e redução das desigualdades regionais e sociais.

5.5 A IMPERIOSA NECESSIDADE DE DIRECIONAR O REGIME ATUAL DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL À EFETIVA CONCREÇÃO DA PRESERVAÇÃO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

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. Neste sentido é foi desenvolvido o objetivo central da presente pesquisa.

Contudo, 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. Neste sentido, Marcia Carla Pereira Ribeiro e João Paulo Godri enfatizam que: “nos pontos em que a norma se mostra inadequada ou inoperante em relação aos objetivos pretendidos, caberá à doutrina, à jurisprudência e ao legislador, buscar soluções e novas alternativas”⁶⁷².

⁶⁷² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atílio. Recuperação Judicial, micro e empresas de pequeno porte e a lei complementar 147/2014: uma análise de eficiência a partir de Douglas North. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Fi, 2016, p.299.

A Lei Complementar n. 147/2014 incluiu os parágrafos 3º a 7º ao art. 1º da Lei Complementar n. 123/2006, estabelecendo medidas que objetivam concretizar o princípio do tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas.

O parágrafo 3º do art. 1º da LC 123/2006 determina que “toda nova obrigação que atinja as microempresas e empresas de pequeno porte deverá apresentar, no instrumento que a instituiu, especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para cumprimento”. O parágrafo 6º do mesmo dispositivo ainda estipula que ausência de especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido ou da determinação de prazos máximos, tornará a nova obrigação inexigível para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Embora, os mencionados textos legais refiram-se a novas obrigações, o objetivo e o valor que se pode extrair da redação contida neles é justamente a necessidade de se definir um tratamento que elimine os entraves que dificultam o exercício profissional da atividade empresarial pelos pequenos empreendedores.

E este princípio, tutelado constitucionalmente, deve ser utilizado na interpretação, integração e aplicação das normas que regulam a atividade das microempresas e empresas de pequeno porte.

Desse modo, a falta de definição acerca da forma de aplicação das regras gerais da recuperação ao plano especial de recuperação de micro e pequenas empresas, como já foi discutido, além de representar uma ofensa ao princípio constitucional do tratamento favorecido e diferenciado às MPEs, contribui para o pouco ou nenhum êxito do procedimento para a preservação dos pequenos negócios.

Diante desse quadro, as lacunas deixadas na regulação do procedimento podem direcionar o aplicador do direito a dois caminhos: o primeiro no sentido de priorizar a segurança jurídica e o segundo no sentido de enfatizar a concreção do princípio do tratamento diferenciado aos pequenos negócios.

Caso o jurista faça prevalecer a segurança jurídica, e determine a aplicação no plano especial dos dispositivos relacionados à recuperação comum, já previstos na LRF, esta solução poderá se afastar da efetividade do princípio do tratamento diferenciado ao micro e pequeno empresário e ainda poderá resultar na ineficácia absoluta do instituto, pela sua complexidade e custo elevado.

Se o magistrado, no processamento do instituto, afastar a aplicabilidade das normas gerais da recuperação judicial e resolver suprir as lacunas deixadas pela legislação mediante a aplicação e concreção dos princípios gerais da ordem econômica e em especial do princípio do tratamento favorecido à micro e pequena empresa, esta solução comprometeria a segurança jurídica, pois a própria definição acerca de cada etapa da recuperação demandaria a verificação das especificidades e circunstâncias de cada caso concreto.

Quaisquer das soluções adotadas são capazes de provocar repercussões de natureza econômica, com a elevação do risco de se contratar com micro e pequenas empresas, representando mais um fator impeditivo do pleno desenvolvimento dos pequenos negócios.

O problema da aplicabilidade supletiva do regime geral de recuperação também foi objeto de manifestação no relatório do Senador Ramez Tabet sobre o PLC n. 71/2003:

No PLC nº 71, de 2003, há um capítulo dedicado exclusivamente à falência e à recuperação judicial de microempresas e de empresa de pequeno porte. Já nos manifestamos em relação ao fato de que, na realidade, esse capítulo trata somente da recuperação judicial. Também já apresentamos nossas objeções à falta de clareza a respeito da aplicabilidade dos dispositivos gerais da recuperação judicial ao procedimento especial aplicável à microempresa. Cabe ressaltar, aqui, que a insegurança jurídica causada por essa falta de clareza tem como vítimas as próprias micro e pequenas empresas, que seriam submetidas a um regime jurídico obscuro, com prejuízo ao planejamento de suas atividades e à avaliação de risco feita por suas contrapartes⁶⁷³.

Esta omissão sobre a aplicabilidade do regime geral de recuperação desfavorece o sentido e a essência do processo de recuperação especial, pois deixa de atender ao objetivo anunciado pelo legislador de oferecer um tratamento jurídico menos oneroso⁶⁷⁴, mais simplificado para uma estrutura empresarial de pouca complexidade.

⁶⁷³ TEBET, Ramez. Relatório do Senador Ramez Tebet. In: MACHADO, Rubens Approbato. (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Doutrina e Prática. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.399.

⁶⁷⁴ Sobre o objetivo do plano especial de recuperação destaca-se a seguinte passagem do relatório do Senador Ramez Tebet: “Admite-se, todavia, que o processo de recuperação judicial pode tornar-se excessivamente oneroso para algumas empresas, principalmente no que tange aos custos para a convocação e realização de uma assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. Entendemos indispensável a previsão de um plano simplificado e preestabelecido na lei para a recuperação judicial de micro e pequenas empresas, que dispense a aprovação da assembleia geral de credores e, assim, reduza a onerosidade do processo.” (TEBET, Ramez. Relatório do Senador Ramez Tebet. In: MACHADO, Rubens Approbato. (coord.).

Ninguém em sã consciência duvida da necessidade, vencida uma década, de se amoldar o Diploma n. 11.101/2005 às regras de mercado, à crise econômica, ao endividamento maior das empresas públicas e privadas e também ao déficit fiscal sem igual na realidade nacional⁶⁷⁵.

Os dispositivos da recuperação comum somente podem ser aplicados de forma subsidiária, na medida em que não contrariem o princípio do tratamento favorecido e diferenciado as microempresas e empresas de pequeno porte.

Enquanto não advém a reforma do regime de insolvência das micro e pequenas empresas visando um procedimento mais adequado ao perfil dos pequenos negócios, e que concretamente contribua para o aumento das taxas de sobrevivência das MPE, espera-se que o julgador, no momento da aplicação da Lei n. 11.101/2005 ao caso concreto, aplique o princípio do tratamento jurídico favorecido e diferenciado às micro e pequenas empresas para que o objetivo maior da Constituição Federal na ordenação da economia seja alcançado, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.399.)

⁶⁷⁵ ABRÃO, Carlos Henrique. Recuperação e Falência de Pequenas e Microempresas – A Lei Complementar n. 147/2014. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência:** Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 339.

6 CONCLUSÕES

No atual contexto de desenvolvimento do mercado, é fundamental a intervenção do Estado para ordenar o funcionamento da economia e dos agentes econômicos, com o objetivo de alcançar um equilíbrio nas relações e de possibilitar o desenvolvimento socioeconômico.

A regulação dos meios de superação das dificuldades econômicas e financeiras transitórias que afetam os organismos empresariais é uma forma de intervenção estatal necessária para que estes agentes possam reestruturar suas atividades e manter o complexo de relações e benefícios envolvidos na atividade econômica.

Entretanto, ao definir o sistema de tratamento da insolvência empresarial, o Estado não poderá descuidar da necessidade de diferenciar o regramento destinado aos organismos empresariais de maior porte daqueles de menor porte, de forma a considerar as limitações e as peculiaridades destes agentes, bem como, o papel que desempenham para o crescimento econômico do país.

Diante da ausência de um tratamento transdisciplinar adequado acerca da eficácia e da eficiência do mecanismo de recuperação judicial especial de microempresas e empresas de pequeno porte, previsto atualmente na legislação concursal brasileira, e que possibilite a sobrevivência e a manutenção desses empreendedores no mercado, é que se verificou a relevância, a conveniência e a originalidade em desenvolver a presente tese de doutorado com o objetivo de elaborar um estudo mais apurado, com a proposição de mudanças ao atual regime jurídico e a compreensão dos meios que possam gerar a efetiva superação das dificuldades e a preservação dos pequenos negócios, com repercussões sobre a proteção do trabalho e a promoção do desenvolvimento socioeconômico.

Para cumprir esse desiderato, o trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos, a partir dos quais podem ser apresentadas as conclusões a seguir enumeradas.

1. O primeiro pressuposto para analisar o tema, consistiu em delimitar e definir o conjunto dos agentes econômicos que seriam objeto de estudo. Com isso, verificou-se que a definição de microempresa e empresa de pequeno porte é estabelecida através de critérios quantitativos e qualitativos, que são definidos como apropriados

a depender do contexto socioeconômico e das prioridades governamentais na promoção do desenvolvimento desses pequenos negócios. No regime jurídico brasileiro, foi utilizado o critério quantitativo relativo a receita bruta anual auferida pelos empresários, contudo, foram previstas situações de exclusão com base em critérios qualitativos relacionados com participação no capital de outras empresas, na forma societária adotada e no exercício de determinadas atividades.

2. Em seguida, foi necessário analisar os fundamentos jurídico-constitucionais que formam o embasamento da proteção das microempresas e empresas de pequeno porte e que justificam o tratamento diferenciado no regime legal de insolvência empresarial. Neste plano, a ordem econômica constitucional brasileira indica o modo que deverão ser as relações econômicas, estabelecendo um conjunto de princípios que devem ser observados conjuntamente como uma unidade sistêmica e fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

3. O tratamento jurídico favorecido e benéfico às microempresas e às empresas de pequeno porte é um dos princípios da ordem econômica, de natureza impositiva, que deve ser observado em conjunto com os demais e com a finalidade de corrigir um desequilíbrio no desempenho das atividades econômicas e estabelecer a igualdade substancial entre agentes econômicos de porte distintos.

4. A pesquisa também destacou, como um dos pressupostos do objetivo central do trabalho, a importância socioeconômica da preservação dos pequenos negócios. A partir de estudos realizados pelo IBGE, SEBRAE, IPEA e Ministério do Trabalho foram apresentadas: as características que revelam a fragilidade e a dificuldade das MPEs de permanecerem de forma sustentável no mercado; o quadro atual sobre a conjuntura econômica brasileira, com os efeitos da atual recessão sobre o PIB e o mercado de trabalho, bem como, o contexto e a importância das MPEs para reverter o processo de estagnação econômica; a representatividade das MPEs no quadro geral das entidades empresariais registradas no país, bem como, a participação no PIB, nos setores de atividades econômicas desenvolvidas e no mercado de trabalho no Brasil.

5. Na sequência, foi realizada uma breve análise histórica da legislação de insolvência empresarial brasileira, em que foi possível verificar, nos regimes jurídicos examinados, que, inicialmente, havia uma tendência de tratamento que ora favorecia aos credores e ora beneficiava o devedor. No decorrer do século XX, estes mecanismos de tratamento da empresa em crise passaram a privilegiar a

preservação da atividade empresarial, tendo sido feito o estudo de dois regimes jurídicos – o norte-americano e o francês – que serviram de modelo para a reforma da legislação falimentar em diversos outros países.

6. Na evolução do regime de insolvência empresarial no Brasil, verificou-se a tendência pendular entre a proteção dos credores e do devedor, a depender da conjuntura econômica e da filosofia política do momento. A ideia de preservação da atividade empresarial surgiu com o advento da Lei n. 11.101/2005, a qual apresentou como principais finalidades: a preservação da empresa, incluindo as de menor porte econômico e o cumprimento de sua função social, a maximização do ativo empresarial, a redução do desemprego, a proteção da economia nacional e a preservação dos interesses dos credores.

7. A recuperação judicial é o instituto jurídico previsto na Lei n. 11.101/2005 que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária, com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial. Quanto à natureza jurídica, a posição adotada é de que se trata de um instituto de feição processual, de natureza constitutiva, com a participação e influência direta do Estado, associada à participação de particulares. É mecanismo de intervenção estatal nas relações jurídicas privadas, em virtude do caráter transcendente do exercício da atividade empresarial, em que, os interesses público e social relacionados ao exercício da atividade econômica precisam ser tutelados.

8. Em relação à teoria do direito de insolvência empresarial, mereceu destaque o exame do princípio da preservação de empresa, o qual pode ser considerado reflexo da função social da empresa na medida em que, o desenvolvimento da atividade empresária consistiria em um poder-dever de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o seu exercício, que além de atender aos interesses internos, como a realização do seu objeto social com a finalidade lucrativa, visa igualmente ao atendimento de interesses externos de consumidores, empregados, concorrentes, sócios, investidores, fornecedores, Estado e sociedade.

9. Da análise da preservação da empresa como princípio do regime de insolvência empresarial, foi necessário observar que a manutenção da empresa demanda verificar se esta possui condições mínimas de sobrevivência e ainda a sua importância na sociedade, ou seja, a empresa deve ser viável economicamente e

socialmente. Esta avaliação é importante, pois a recuperação das empresas não deve ser um recurso para qualquer situação de insolvência empresarial.

10. A superação da crise por uma empresa em dificuldades deve ser factível para que os custos sociais suportados possam ser compensados. Sendo assim, a viabilidade não deverá ser apreciada a partir de interesses individuais ou de determinados grupos envolvidos com a atividade empresária, mas deve ser objeto de apreciação em função de aspectos econômicos e sociais.

11. Quanto ao tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte em crise, inicialmente foi apresentado o quadro de mortalidade dos pequenos empreendedores e o volume de pedidos de recuperações e falências do segmento, tendo sido demonstrado que as empresas sujeitas a estes processos representam um percentual muito pequeno do total de MPEs que deixam de funcionar no mercado.

12. Também ficou comprovado pela pesquisa feita, que os últimos estudos que tiveram o objetivo de avaliar a mortalidade/sobrevivência das empresas no Brasil além de não apresentar os números efetivos relacionados às MPEs, também não permitem identificar as causas e fatores de mortalidade dos pequenos empreendimentos.

13. Em relação a recuperação especial de micro e pequenas empresas, inicialmente foram apresentados os aspectos procedimentais da modalidade ordinária, os quais foram tomados por base para o processamento da recuperação pelo plano especial. Em seguida foram analisados os aspectos materiais e processuais do plano especial, detalhando as etapas de processamento e relacionando, quando cabia, ao procedimento ordinário.

14. Na sequência, mereceu destaque a análise de alguns aspectos do procedimento que comprometem e dificultam o alcance do objetivo de preservação da empresa enunciado pelo legislador. O primeiro problema referido foi a aplicação das regras gerais da recuperação judicial ao procedimento especial, que não é compatível com as características específicas das empresas de menor porte, pelo seu custo e complexidade, não sendo eficiente para a preservação destas empresas.

15. Os custos com a elaboração e levantamento dos documentos necessários à propositura da ação, com as despesas processuais, com a publicação de editais, com a remuneração do administrador judicial e seus auxiliares, com a elaboração do

plano e documentos necessários no decorrer do processamento da recuperação foi a segunda dificuldade identificada no plano especial.

16. As restrições estabelecidas no único meio de recuperação disponível aos micro e pequenos empresários, com a limitação de prazo, definição específica de taxa de juros e correção monetária, também foram identificadas como um forte entrave para obter a superação da situação de crise econômico-financeira.

17. As limitações estabelecidas na gestão da empresa para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados, foram consideradas verdadeiras formas de engessamento da atividade empresarial que podem acarretar ameaça à sobrevivência da empresa e à própria recuperação.

18. A forma de apuração das objeções ao plano apresentadas pelos credores, também é um assunto que gera incertezas em decorrência da atuação legislativa que não definiu apropriadamente: o conteúdo das objeções, o critério de categorização dos créditos e o cômputo das objeções aptas a ensejar a convolação em falência.

19. A exigência das certidões negativas de débitos tributários como condição para conceder a recuperação é mais um óbice que poderá tornar inviável o instrumento judicial da recuperação de empresas.

20. Diante dos pontos de entraves suscitados no plano especial de recuperação de MPEs, a conclusão que se alcança é que esta modalidade de recuperação constitui mais uma dificuldade a ser agregadas às outras enfrentadas pelos pequenos empresários em situação de crise.

21. Foi constatado que, desde o processo de elaboração da Lei n. 11.101/2005, a condução de diversos parlamentares já revelava a tendência de priorizar o grupo econômico das empresas de médio a grande porte em detrimento dos pequenos negócios. Este quadro faz incluir a Lei n. 11.101/2005, na parte que regula a recuperação de micro e pequenas empresas, no rol expressivo de legislações de conteúdo e sentido predominantemente simbólico sobre o sentido normativo-instrumental, acarretando um acentuado grau de ineficácia e falta de vigência social da norma.

22. Passando para a parte propositiva da pesquisa, verificou-se que a preservação de microempresas e empresas de pequeno porte é um fenômeno complexo que abrange interesses que se conectam em diversos campos do conhecimento, como o Direito, a Economia, a Política, a Administração de Empresas, as Ciências Sociais e as Ciências Contábeis. Sendo assim, a ligação

entre campos distintos do conhecimento e a necessidade de realizar uma análise mais adequada da realidade pressupõem uma forma diferenciada de abordagem que transita da unidisciplinaridade à transdisciplinaridade.

23. A própria preservação da microempresa por meio do instituto da recuperação judicial pode ser considerada um objeto de natureza transdisciplinar, em função de seu caráter complexo, que embora tenha uma regulamentação no plano jurídico, não se situa apenas nesta disciplina, pois encontra reflexos através e entre outras searas da realidade humana como a econômica, social, política, cultural e histórica.

24. Diante da natureza transdisciplinar da recuperação especial de microempresas e empresas de pequeno porte, foi realizado um estudo da Análise Econômica do Direito como um fundamento para se alcançar um plano de recuperação dotado de eficácia, efetividade e eficiência.

25. A análise econômica da recuperação de MPEs é um meio de abordagem interdisciplinar e pluridisciplinar, que visa possibilitar a compreensão e a solução de conflitos no mundo atual mediante a construção de um novo saber, por meio do emprego de ferramentas teóricas e empíricas da ciência econômica.

26. A adequação da análise econômica para este objeto de estudo se verificou por ser um método econômico de investigação aplicado ao problema, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva a realização de escolhas humanas. Através desse método busca-se encontrar vias que possibilitem não somente o incremento da segurança e da previsibilidade, mas antes de tudo a eficácia, a efetividade e a eficiência do instituto na preservação dos pequenos negócios.

27. Na sequência, foi feita uma breve exposição de alguns princípios e teorias fundamentais da ciência econômica utilizadas na Análise Econômica do Direito, destacando-se: os princípios da escolha racional, do equilíbrio e da eficiência; os modelos de eficiência de Pareto e o de Kaldor-Hicks; as espécies de falhas de mercado (externalidades, assimetria de informações, bens públicos e poder econômico); e a teoria dos custos de transação.

28. Após a apresentação de algumas noções sobre os princípios e as teorias utilizadas na Análise Econômica do Direito foi realizado um exame da racionalidade econômica da recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte alcançando algumas conclusões.

29. A adoção do plano especial de recuperação por micro e pequenas empresas em situação de crise envolve um *trade off* (situação de escolha conflitante) entre as

opções disponíveis. Assim, a tomada de decisão demanda uma comparação entre custos e benefícios das possibilidades de ação, o que demanda a avaliação do custo de oportunidade da medida que lhe proporcione o máximo de utilidade. Com isto, concluiu-se que se a escolha de um procedimento de recuperação conferir um benefício maior que o seu custo, e essa diferença superar a existente nas outras medidas, essa será a decisão do empresário, seguindo uma escolha racional que objetiva a maximização da utilidade.

30. Diante disso, o empresário deve contar com informações suficientemente completas sobre o procedimento para avaliar sua utilidade, e a legislação deve ser o mais clara possível sobre o processamento do procedimento, suas despesas, aspectos que dependerão da manifestação de vontade de terceiros, dentre outros que interfiram no aumento de custos.

31. Os credores também tomarão a decisão de aprovar ou não o plano de recuperação após realizar uma análise marginal entre custos e benefícios de outras opções possíveis.

32. Outra conclusão que se chegou é que as externalidades e a assimetria de informações são fatores que podem comprometer o alcance dos objetivos da recuperação de empresas. Neste sentido, a intervenção estatal, por meio das instituições formais, poderá servir para reduzir essas falhas e os custos de transação, conferindo maior eficiência ao procedimento.

33. Na sequência, foi possível concluir que a adoção da recuperação judicial no momento oportuno e propício é um fator essencial para que se verifique a viabilidade de manutenção da empresa. Porém, as principais dificuldades dos empresários são: a demora do diagnóstico da crise; as medidas que podem ser adotadas; o desconhecimento da legislação; e o estigma que existe em relação ao processo de recuperação.

34. Considerando que os agentes econômicos reagem a incentivos para a tomada de decisões, comprovou-se a necessidade dos microempresários e dos empresários de pequeno porte terem à sua disposição, um sistema de vantagens para que possa dar iniciativa aos procedimentos de saneamento da crise empresarial.

35. Com isso, foram apresentadas propostas para um novo modelo de recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte. A primeira proposta que tem como objetivo principal incrementar a eficiência e a celeridade do

funcionamento do Poder Judiciário consistiu na criação de varas especializadas e a constituição de um corpo técnico especializado, integrante do quadro de servidores de carreira do Judiciário. Tal medida reflete seus benefícios nos agentes econômicos e nos profissionais da seara jurídica, que poderão contar com diretrizes mais seguras, com a celeridade do procedimento, com magistrados, auxiliares da justiça e promotores mais preparados, e com a previsibilidade da interpretação da lei e da concreção de sua normatividade abstrata em situação fática, proporcionando um melhor planejamento das ações e a redução dos custos de transação.

36. A segunda medida, que seria possibilitada com a implementação da primeira, é que a análise da viabilidade da atividade empresarial e do plano de recuperação seja realizada pelo juízo da recuperação, com o auxílio de um corpo técnico especializado e multiprofissional. Tal análise deixaria de se pautar em critérios de eficiência individuais, para refletir um conceito melhorado de eficiência partindo da premissa de que a recuperação judicial deve encaminhar-se de forma a gerar o máximo de bem-estar a um maior número de pessoas.

37. A ampliação do quadro de credores sujeitos à recuperação também foi uma medida proposta para permitir a simplificação de procedimentos, um tratamento igualitário, proporcional e eficiente para todos os participantes do processo, bem como, a viabilidade de execução do plano por permitir que o empresário possa gerir todas as suas obrigações no bojo do plano de recuperação, sem ter que administrar separadamente as ações, as execuções de créditos, os contratos e as obrigações não abrangidos pelo plano.

38. A redução dos custos do processo de recuperação também é um ponto central para incrementar a eficiência do procedimento. Tal medida seria realizada pela concessão da gratuidade da justiça, assistência judiciária pela defensoria pública e assistência empresarial e de gestão empresarial por órgãos destinados à proteção das micro e pequenas empresas.

39. A intervenção estatal por meio do estabelecimento de normas e políticas direcionadas à proteção das MPEs criará um ambiente institucional propício que possibilite a efetiva preservação dos pequenos negócios em crise. Neste sentido, sugere-se o apoio do SEBRAE para as empresas em recuperação, que se daria tanto na fase pré-processual como na fase processual, por meio da disponibilização das informações, orientações e instrumentos, de forma presencial e pela rede mundial de computadores e através da orientação e suporte personalizados para o

empresário em situação de crise que pretenda utilizar o mecanismo judicial da recuperação, através de um consultor na gestão da recuperação.

40. Ainda no plano da intervenção estatal foi proposta a atuação da Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa, que contribuiria para o êxito dos processos recuperacionais de MPEs, provendo esses agentes econômicos das informações necessárias sobre o deslinde do processamento da recuperação, através de programas de apoio às empresas de pequeno porte custeados com recursos da União.

41. Outra medida proposta para viabilizar a recuperação das MPEs consistiu no estabelecimento de políticas públicas para a concessão de crédito para micro e pequenas empresas em recuperação em conjunto com um sistema de garantias, o que aumentariam as chances do empresário em recuperação judicial obter financiamento para dar seguimento ao plano de recuperação e sua atividade.

42. Por fim, a última medida proposta para um novo modelo de recuperação foi a ampliação dos meios de recuperação, para que o empresário pudesse definir quais as medidas mais adequadas para a superação de dificuldades enfrentadas.

43. Com o objetivo de concluir o objetivo principal do trabalho foi demonstrada a estreita relação entre a preservação da microempresa e empresa de pequeno porte em estado de crise e a proteção do direito fundamental ao trabalho. Concluiu-se que além do significativo papel das micro e pequenas empresas para a oferta de postos de trabalho, a preservação e a manutenção sustentável desses agentes econômicos são fundamentais, não somente para a concreção desse direito fundamental, como também para os demais direitos fundamentais decorrentes da relação de trabalho que somente podem ser efetivados diante da manutenção da atividade empresária e dos empregos dos trabalhadores.

44. Também foi possível concluir que todos os estímulos estabelecidos pelos órgãos e agentes governamentais para possibilitar o funcionamento sustentável e equilibrado das MPEs no mercado, são fundamentais para a redução das desigualdades sociais e regionais e o desenvolvimento de uma economia de forma próspera.

45. Finalmente, conclui-se que enquanto não for promovida uma reforma legislativa do sistema de insolvência empresarial dedicado aos pequenos negócios, 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 partir de normas de caráter geral, nem sempre tão adequadas a proporcionar o necessário tratamento especializado, diferenciado e favorecido.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Recuperação e Falência de Pequenas e Microempresas – A Lei Complementar n. 147/2014. In: ABRAO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015.

ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. **As micro e pequenas empresas na nova lei de recuperação de empresas e falências**: principais problemas enfrentados e soluções passíveis de adoção. Breve estudo sobre a indústria calçadista. 2011. 120f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de Regulação da Economia. In: **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 40, n. 122, p. 38-47, abr./jun. 2001.

ARGENTINA. Ministério de Producción. Secretaria de Emprendedores y de la pequeña mediana empresa. **Resolución n. 11/2016**. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/WTIkaTQ5THIYZjQrdTVReEh2ZkU0dz09>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

ASSIS, José Carlos de. **Trabalho como direito**: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAIRD, Douglas G. **Bankruptcy's Uncontested Axioms**. In: *The Yale Law Journal*, Chicago. 1998, n. 108. p. 573-599, p. 581-582.

_____. ; RASMUSSEN, Robert k. **Antibankruptcy**. In: *The Yale Law Journal*. Chicago, n. 119, p.648-699, 2010.

BALBINO, Paulo de Carvalho. Arts. 7º a 10. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BANCO MUNDIAL. *Principles and Guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 40, v. 122, p. 75-167, abr./ jun. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Estatuto da Microempresa:** comentários. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BAYLOS, Antonio. Proteção de Direitos Fundamentais na Ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. In: **Revista Trabalhista:** direito e processo, v. 10, Forense: Anamatra, Rio de Janeiro.

BENETI, Sidnei. Jurisdição Especializada de falências e Recuperações. In: **Revista do Advogado**, AASP, ano XXV, n. 83, p. 127-129, set. 2005.

BERGER, Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial.** 8. ed. São Paulo: RT, 2014.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência:** Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. In: **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura.** São Paulo, ano 16, n. 39, p. 21-31, jan.-mar. 2015.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. **Ley Núm. 20.416. Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño.** Disponível em: <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/estatuto-de-las-pymes>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito:** uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LIV, Suplemento ao n. 202, 03 de dezembro 1999, Brasília-DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1999SUP.pdf#page=>>>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LIX, n. 213, 15 de dezembro 2004, Brasília-DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15DEZ2004.pdf#page=>>>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI). **Ranking das Juntas Comerciais segundo Movimento de Constituição, Alteração e Extinção de Empresas**. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/pasta-rank-new/ranking-das-juntas-comerciais-janeiro-a-outubro-2015.pdf>>. Acesso em: 01 dez 2015.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Coordenação de Metodologia das estatísticas de empresas, cadastros e classificações. **Estatísticas do Cadastro Central de Empresas: 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=297205>> . Acesso em: 28 jul. 2016.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Coordenação de Serviços e Comércio. **As Micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil: 2001**. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv1898.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura: atividade econômica**. n. 31. jul. 2016. Rio de Janeiro: Ipea. Dimac, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160624_cc31_atividade_economica.pdf>. Acesso em 21 jul. 2016.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura: mercado de trabalho**. n. 31. jul. 2016. Rio de Janeiro: Ipea. Dimac, 2016. disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160610_cc31_mercado_trabalho.pdf>. Acesso em: 05 ago 2016.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Diretoria de Estudos e Políticas Macroeconômicas. Grupo de Análise e Previsões. **Carta de conjuntura**. n. 30 . mar. 2016. Rio de Janeiro : Ipea. Dimac, 2016. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/160627_carta_de_conjuntura_30.pdf > . Acesso em 25 jul. 2016.

_____. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Fatores condicionantes e taxa de mortalidade de empresas no Brasil**. Brasília: Sebrae, 2004.

_____. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório Internacional SEBRAE: Países**. Disponível em: <<http://ois.sebrae.com.br> >. Acesso em: 05. jun. 2016.

_____. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília:

Sebrae, 2014. Disponível em:

<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf> . Acesso em: 05 jul 2016.

_____. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE).

Causa Mortis: o sucesso e o fracasso das empresas nos primeiros cinco anos de vida. Disponível em:

http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/causa_mortis_2014.pdf. Acesso em: 29 nov 2015.

_____. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE).

Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa: 2014. 7. ed. São Paulo: 2015.

Disponível em:

<<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario-do%20trabalho-na%20micro-e-pequena%20empresa-2014.pdf>> . Acesso em: 21 jun. 2016

_____. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE).

Sobrevivência das Empresas no Brasil. Coleção Estudos e Pesquisas. Brasília, 2013. Disponível em:

<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Sobrevivencia_das_empresas_no_Brasil=2013.pdf> . Acesso em: 08 dez 2015.

BRITTO, Carlos Aires. Regime constitucional da ordem econômica. In: **6º**

Congresso Brasileiro de Direito Comercial. 2016, São Paulo. Anais eletrônicos.

Disponível em: < <http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/categoria/videos-do-6o-congresso/page/2> >. Acesso em: 28 jun. 2016

_____. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUELGA, Gonzalo Maestro. **La constitucion del trabajo en el Estado Social.**

Granada: Comares, 2002.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa.** São Paulo, RT, 1985.

CAMPERLINGO, Rodrigo. Do estímulo ao crédito e à capitalização. In: HENARES NETO, Halley (Coord.). **Comentários à Lei do Supersimples:** LC 123/2006. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2007.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. Arts. 70 a 74. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sergio Mourão. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. **Função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CAVALLI, Cassio. Plano de Recuperação. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

CEREZETTI, 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.

_____. O papel dos Credores no Bankruptcy Code. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 48, v. 151/152, p. 165-186, jan./dez. 2009.

CHAPUT, Yves. **Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises**. França : Presses Universitaires de France, 1987.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMISSION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). **Guía Legislativa sobre el Régimen de La Insolvencia**. Nueva York: Naciones Unidas, 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf> Acesso em: 20 ago. 2013, p. 12-16.

_____. **Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvência**. Viena: Naciones Unidas. 2001. Disponível em: < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/881/63/PDF/V0188163.pdf?OpenElement> >. Acesso em: 18 de maio de 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos Jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970.

_____. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Estado, Empresa e Função Social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 732, out. 1996.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. Empresômetro MPE. 2016. Disponível em: <<http://empresometro.cnc.org.br/Estatisticas>>. Acesso em 30 jul. 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a *Insolvenzordnung (InsO)* sob a ótica da viabilidade prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

DE SEMO, Giorgio. ***Diritto Falimentare***. 5. ed. Padova: CEDAM, 1967.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. ***Las Transformaciones Del Derecho: Público y Privado***. Tradução Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ***United States Court***. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-13-bankruptcy-basics>>. Acesso em 21 de maio de 2016.

_____. ***US Small Business Administration. History***. Washington: SBA. Disponível em: <<https://www.sba.gov/about-sba/what-we-do/history>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. ***Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa***. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/247_210115.pdf. Acesso em: 03 jul. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRARA, Francesco. ***Il Fallimento***. Milano: Giuffrè Editore, 1959.

FERREIRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência:** lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FILION, Louis Jacques. Free Trade: *The Need for a Definition of Small Business*. In: **Journal of Small Business and Entrepreneurship**, Toronto, v. 7, n. 2, p. 31-46, jan./mar. 1990.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. Análise Econômica do Direito: paranoia ou mistificação? In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61. mai./jun. 2006. ISSN 1414-0586. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>>. Acesso em: 03 set. 2016.

FRANÇA, Antônio de S. Limongi. **As pequenas e as microempresas no Direito Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

FRANCALANZA, Paulo Sérgio; FERREIRA, Adriana Nunes. Micro e pequenas empresas: rotatividade da força de trabalho e implicações para o desenvolvimento no Brasil. In: SANTOS, Anselmo Luís dos; KREIN, José Dari; CALIXTRE, André Bojikian (Org.). **Micro e pequenas empresas: Mercado de Trabalho e implicação para o desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo Falimentar norte-americano – Particularidades. Relevo aos capítulos 7, 11, 12, 13 e 15 do Bankruptcy Code. In: **Revista de Direito Empresarial**. São Paulo, RT, ano 03, v. 7, p. 149-172, jan.-fev. 2005. ISSN 2318-7689.

_____. SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa:** repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** obrigações. v. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglas North. **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2 (90), abr.-jun. 2003.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A Evolução do Tratamento Jurídico da Empresa em crise no Direito Brasileiro**. 2006. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

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.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1961.

_____. **Introdução ao direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOVERNMENT OF CANADA. *Innovation, Science and Economic Development Canada. Key Small Business Statistics*. Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/eng/home>>. Acesso em: 01. jul. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Os aspectos tributários e as questões controvertidas na lei de recuperação e falência. In: ABRAO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 4. ed. Roma: Laterza, 2001.

JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises em difficulté: les procédures collectives de redressement et liquidation judiciaires**. 3^{ème}. éd. Paris: Litec, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.

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

LACERDA, Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

LAKATOS, Imre. **Falsificação e metodologia dos programas de iniciação científica**. Lisboa: Edições 70, 1978.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LEMOS, Eduardo. Análise da Empresa em Crise: uma Visão não Jurídica. In: LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Coord.). **Direito Recuperacional II: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 36, n. 109, p.64-92. jan.-mar. 1998.

_____. Recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____.; PIMENTEL, Sérgio. A recuperação da empresa em crise no Direito Francês. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Malheiros, ano 37, n. 113, p. 148-153, jan.-mar. 1999.

LOPES, Artur; UCHOA, Luidg. **Recuperação judicial: um guia descomplicado para executivos e outros profissionais de negócios**. São Paulo: Évora, 2013.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (lei de Falências) e cria o instituto da recuperação de empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MADUREIRA, Mirella. **A crise econômico-financeira internacional e seus impactos sobre a preservação das microempresas e empresas de pequeno porte**. 2011. 120f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, São Paulo, 2011.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano; CERZETTI, Sheila Christina Neder. Transparência e divulgação de informações nos casos de recuperação judicial de empresas. In: LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Coord.). **Direito Recuperacional II: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MAMEDE, Gladston et al. **Comentários ao estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte: lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006**. São Paulo: Atlas, 2007.

MANKIOW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARTIN, Nathalie. **Noneconomic Interests in Bankruptcy**: Standing on the Outside Looking In. Disponível em: <https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/64952/OSLJ_V59N2_0429.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2016.

_____. **The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems**: The Perils of Legal Transplantation, 28 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (2005). Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol28/iss1/2>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: Ltr, 2012.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 7.

_____. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 8.

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. **O Poder de Controle nas Companhias em Recuperação Judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MERCOSUL. Grupo Mercado Comum. **Resolução n. 59, de 1998**. Políticas de apoio às micro, pequenas e médias empresas do MERCOSUL – Etapa II. Rio de Janeiro, 08 dez. 1998. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3090/3/innova.front/resoluções-1998>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. **Resolução n. 90, de 1993**. Políticas de apoio às micro, pequenas e médias empresas do MERCOSUL. Montevideú, 14 jan. 1994. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3100/3/innova.front/resoluções-1993>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de Constituição econômica. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Pressupostos da recuperação judicial. In: COELHO, Fabio Ulhoa. (Coord.). **Tratado de Direito Comercial**: falência e recuperação de empresa e direito marítimo. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

NAVARRINI, Umberto. **Trattato di Diritto Fallimentare**: secondo la nuova legislazione. v. 1, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1934.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de empresa e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NICOLESCU, Barasab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999.

NORTH, Douglas C. Desempeño Económico en el transcurso de los años. In: **Economía: Teoría e Práctica**, n. 9, p. 127-138, 1988. Disponível em: <<http://azc.uam.mx/publicaciones/etp/num9/a2.htm>>. Acesso em 05 jul. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Disposições Preliminares da lei n. 11.01, de 9 de fevereiro de 2005. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____.; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POPPER, Karl Raymund. **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PROVINCIALI, Renzo; MAGGIORE, G. Ragusa. **Istituzioni di Diritto Fallimentare**. Padova: CEDAM, 1988.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e a Preservação da Empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RAMOS, Tony Luiz. **Plano especial de recuperação das micro e pequenas empresas: de acordo com a nova lei de Falência**. São Paulo: Iglu, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**: de acordo com a lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri, SP: Manole, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Empresa, Fazenda Pública e a nova Lei de Recuperação. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, p. 25-43, jan./jun. 2005.

_____. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. ; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____.; GODRI, João Paulo Atílio. Recuperação Judicial, micro e empresas de pequeno porte e a lei complementar 147/2014: uma análise de eficiência a partir de Douglas North. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 Anos da Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas**: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Fi, 2016.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité de Droit Commercial**. 15 ed. T. 2. Paris: LGDJ, 1996.

ROCHA, Marcelo. **Micro e Pequenas Empresas**: o desafio de sobreviver. Rio de Janeiro: Bookmarkers, 2012.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises em difficulté**. 9. éd. Issy-les ABRÃO, Carlos Henrique. Recuperação e Falência de Pequenas e Microempresas – A Lei Complementar n. 147/2014. In: ABRAO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**: Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015., **Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 117, ano 39, p. 126-135, jan./mar. 2000.

SANTOS, Roseli Rêgo. **O atual regime brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa.** 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

_____. O Princípio da Busca do Pleno Emprego como aplicação da Função social da empresa na Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 17, 2008, Salvador. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008..Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_reg_o_santos.pdf. Acesso em: 25 jun. 2016.

SÃO PAULO. Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo (SEBRAE-SP). **Dose anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas.** São Paulo: SEBRAE, 2010. Disponível em:http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/mortalidade_12_anos.pdf. acesso em 15 jul. 2016.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos:** Indicador Serasa Experian Falências e Recuperações. 2016. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. **Últimas Notícias:** Número de novas empresas criadas em 2016 bate recorde, afirma Serasa Experian. São Paulo, 28. jul. 2016. Disponível em:<<http://noticias.serasaexperian.com.br/numero-de-novas-empresas-criadas-em-2016-bate-recorde-afirma-serasa-experian/>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. **Últimas Notícias:** Número de recuperações judiciais bate recorde histórico para o semestre, revela Serasa Experian. 05. Jul. 2016. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/numero-de-recuperacoes-judiciais-bate-recorde-historico-para-o-semester-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Fundamentais e o contrato de trabalho.** São Paulo, LTr, 2005.

SILVA, Adilson Cunha. Direito, Bioética e Tecnociências/Biotecnociências: a emergência de um novo paradigma científico para as pesquisas jurídicas sobre novas tecnologias. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUERA, Nelson; SANTANA, Gilson Alves. **Metodologia da Pesquisa em Direito.** Salvador:[s.n.]. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. A Função Simbólica do regime legal de Recuperação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (coord.) **Direito Empresarial**. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5a0902ee31d6265>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como Recuperar uma Empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009.

SOTTO, Debora. **Tributação da Microempresa (ME) e da Empresa de pequeno Porte (EPP)**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Recuperação Judicial e os Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio (Org.). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. São Paulo: Método, 2013.

_____. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TEBET, Ramez. Relatório do Senador Ramez Tebet. In: MACHADO, Rubens Approbato. (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Doutrina e Prática. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. 1987. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 1987.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: falência e recuperação de empresas. 2. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012.

TREZZA, Luciana di Marzo. Recuperação Judicial Especial para micros e pequenas empresas à luz da lei 11101/2005 – LRE. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.); ANTONIO, Nilva M. Leonardi (Org.). **Direito Recuperacional**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier, 2009.

TRINDADE, Cláudia Aparecida de Souza. **A Função Social da Empresa**: para além da *Summa Divisio*, 2005. 177 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-LEX: acesso ao direito da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. **Recomendação da Comissão de 6 de Maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas**. 20 mai. 2003. Disponível em: <<http://eur-Lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:pt:PDF>>. Acesso em 05 jun. 2016.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**: Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VITALE JUNIOR, Ivan Lorena. **Recuperação Judicial da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. 2012. 222 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

ZANINI, Carlos Klein. Comentários aos arts. 70 a 82. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Sistema de Bibliotecas - UFBA

S237 Silva, Roseli Rêgo Santos Cunha.

A preservação da microempresa e da empresa de pequeno porte em recuperação judicial como forma de proteção do trabalho e fortalecimento da economia nacional / Roseli Rêgo Santos Cunha Silva. - 2016.
274 f.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Tese (doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2016.

1. Recuperação Judicial (Direito). 2. Microempresa - Brasil. 3. Empresa de Pequeno Porte – Brasil . 4. Direito Falimentar 5. Direito Comercial I. Meireles, Edilton.
II. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. III. Título.

CDU – 347.736 (81) (094)
CDD – 346.078