

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PROJETO DE LEI 477/2018

Franklin Sóstenes Soares Alcantara
Victor Rocha Costa²

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar, sob o ponto de vista constitucional, o tratamento diferenciado oferecido às micro e pequenas empresas no processo de recuperação judicial, considerando que, como um corolário do princípio da preservação da empresa, o processo recuperacional visa à superação da crise econômico-financeira do devedor. Para tanto, observar-se-ão as particularidades das micro e pequenas empresas que justificam a necessidade desse tratamento diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no processo de recuperação judicial. Por fim, analisa-se ainda o Projeto de Lei nº 285/2011 do Senado Federal (PLP 477/2018 na Câmara de Deputados) e o efeito de suas alterações

para o processo de recuperação das micro e pequenas empresas.

Palavras-chave: Microempresa. Pequena empresa. Tratamento diferenciado. Preservação da empresa.

1. INTRODUÇÃO

O rol dos direitos individuais e coletivos da Constituição Federal brasileira é inaugurado pelo artigo 5º, que, em seu caput, assevera que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O princípio da igualdade, portanto, passa a ser pedra angular para o desenvolvimento e interpretação dos demais direitos previstos. Não se pode, todavia, compreender a igualdade prevista no texto de 1988 sob uma perspectiva estritamente formal. Diz respeito, assim, ao ensinamento aristotélico de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

De acordo com Bulos (2018), a igualdade material é a concretização da própria isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática. Assim sendo, desenvolve-se sob diversas vertentes, dentre as quais a da isonomia tributária, que incide sobre o aspecto econômico e preconiza que é vedado à União, aos estados e aos municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação econômica equivalente (art. 150, I da Constituição Federal). A previsão da isonomia, portanto, ao ser materializada, não necessariamente implica o oferecimento de um tratamento idêntico. O artigo 170 da Constituição Federal, ao instituir os princípios regentes da ordem econômica brasileira, elege, em seu inciso IX, como sendo uma dessas diretrizes o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no Brasil.

Tal previsão, ratificada no artigo 179, foi materializada no ano de 2006 pela Lei Complementar nº 123, que delimitou o âmbito de incidência desse tratamento especial. Para além do texto legal citado,

tal previsão também se encontra espaiada pela legislação extravagante, merecendo destaque a Lei de Falência e Recuperação Judicial, que prevê a oferta de tratamento especial para micro e pequenas empresas no plano de recuperação judicial, o qual será objeto de análise pormenorizada no presente artigo, que tem o escopo de analisar o instituto da recuperação judicial de micro e pequenas empresas a partir do Projeto de Lei 477/2018. Para tanto, cumpre-nos inicialmente apresentar o instituto da recuperação judicial e a sua relevância para o direito empresarial.

2. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A figura da recuperação empresarial, introduzida no direito falimentar brasileiro por meio da Lei 11.101/2005, substituiu o antigo – e obsoleto – instituto da concordata. Este, com dispositivos que acabavam conduzindo à falência as empresas a ele submetidos, não fora capaz de acompanhar o dinamismo das relações empresariais e a crescente valorização da importância social da empresa. Acerca dessa mudança paradigmática, afirma Oliveira (2005):

Ao acabar com a concordata e criar as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, a nova lei aumenta a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas, mediante o desenho de alternativas para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora.

A recuperação empresarial surge, então, como uma tentativa de acompanhar os novos paradigmas reguladores do direito falimentar, que, tendo em consideração a função social da empresa, passou a ser norteado pelo princípio da preservação da atividade empresarial. Tal preferência fica evidente na construção legislativa da Lei 11.101/05, em

que se expressam os objetivos e as diretrizes do processo de recuperação empresarial judicial e extrajudicial. Conforme afirma Mamede (2018) mencionando os ensinamentos de Thiago Fantini, as finalidades da recuperação listadas no art. 47 da lei supramencionada obedecem a ordem taxativa de prioridade, colocando em primeiro lugar a manutenção da fonte produtora; em segundo lugar, a manutenção do emprego dos trabalhadores; e, por fim, em terceiro lugar, os interesses dos credores. Com efeito, embora continue representando objetivo a ser alcançado, o direito dos credores à liquidação de seus créditos passa a ser submetido a uma ponderação com a responsabilidade social inerente à empresa, por meio da proteção do mercado e de suas respectivas implicações sociais. Acerca da concepção de função social, Fachin (1988) afirma:

A expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade [...] fixadas no interesse público e [que] têm por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção de reação anti-individualista.

Porquanto o texto constitucional de 1988 destaca a função social como elemento basilar da noção de propriedade, tem-se, como desdobramento direto dessa definição constitucional, o princípio da função social da empresa, que diz respeito, segundo os ensinamentos de Coelho (2011), ao cumprimento da pretensão do legislador constituinte por parte dos bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial. Trata-se, portanto, da consideração da relevância das atividades por ela desenvolvidas em diversos âmbitos da tessitura social, levando-se em conta, por exemplo, os empregos gerados pela atividade de empresa. Com efeito, a partir dessa perspectiva, é de se esperar que os procedimentos referentes às empresas tenham como

finalidade a preservação de sua atividade, e, por conseguinte, da sua contribuição social.

É sobretudo nesse aspecto que se difere, portanto, a recuperação judicial da antiga figura da concordata, que tinha um viés mais liquidatório do que recuperatório. Exemplo dessa mudança paradigmática diz respeito à possibilidade de participação de empresas em recuperação de licitações para obras e serviços públicos. Enquanto a antiga concordata impedia essa contratação, a nova legislação (Lei 11.101/05) silencia quanto a esse aspecto, razão pela qual é entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a inaplicabilidade da previsão da legislação anterior em vista do princípio supramencionado, conforme se segue:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

[...]

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.

3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder

público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, *é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor*, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, *pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade*, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

(Agravamento em recurso especial Nº 309.867- ES - 2013/0064947-3, grifo nosso)

Tal entendimento pela não vedação se justifica quando analisada a conjuntura de grande parte das empresas brasileiras, que possuem como principal cliente o Estado. Se o *status* de empresa em recuperação judicial impedisse que essas empresas firmassem contratos com a administração pública, seriam ocasionadas dificuldades econômico-financeiras a elas que comprometeriam sua viabilidade e, conseqüentemente, a própria recuperação. Já estando em execução o contrato, caberá à Administração avaliar pela sua rescisão ou não conforme previsão do Art. 77, IX da Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

No mesmo diapasão em prol da preservação da empresa, entende o STJ que ficam impedidos de serem alienados ou retirados do estabelecimento do devedor os bens essenciais à sua atividade empresarial, também visando à permanência das ações desenvolvidas pela empresa e suas projeções no campo social.

Também nesse sentido, visando a facilitar a sucessão empresarial de estabelecimentos da empresa em recuperação, determina o §1º do art.

60 da Lei 11.101/05 que a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas não implica a sucessão das obrigações do devedor. Do contrário, a massa falida dificilmente atrairia adquirentes e, por consequência, a empresa não seria preservada, gerando os danos já mencionados.

Com efeito, os instrumentos mencionados caracterizam a visão majoritária do ordenamento jurídico brasileiro acerca da recuperação judicial no sentido de reconhecê-la como instrumento de preservação da atividade empresarial, dada a função social desempenhada pelas empresas segundo previsão constitucional e infranconstitucional. Se, então, o processo recuperacional tem como objetivo a manutenção do exercício da empresa, deve se adequar às particularidades de cada caso para que tal pretensão se mostre eficiente. É o caso especialmente das micro e pequenas empresas, objeto desse trabalho. O importante papel por elas desempenhado perante a sociedade brasileira e a sua condição de vulnerabilidade, aspectos tratados a seguir, atuam como causas ensejadoras de um tratamento especial legalmente previsto.

3. O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar, no seu Título VIII, dos princípios gerais da atividade econômica, elenca no seu rol o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte - constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil - como uma dessas diretrizes, visando à existência digna e de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, caput e inciso IX, da Constituição Federal de 1988). Ainda nesse diapasão, o artigo 179 ratifica essa previsão principiológica, estabelecendo que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela *simplificação de*

suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.
(grifo nosso)

Com efeito, os incentivos oferecidos a essas empresas não representam ofensa ao princípio da isonomia esculpida no texto constitucional brasileiro, mas representam, em verdade, a concretização desse princípio por ter como objetivo proporcionar a viabilidade da atividade desses pequenos empreendimentos e a sua concorrência paritária no mercado. Foi nesse sentido que foi também elaborada a Lei Complementar 123/2006, denominada Estatuto da Microempresa, como forma de regular essa diferenciação legal prevista na Constituição Federal. É o entendimento do ex-presidente do STF, Joaquim Barbosa:

O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.

De acordo com dados do Anuário de Trabalho nos pequenos negócios 2016 (Sebrae/DIEESE, 2018), as micro e pequenas empresas (MPEs) correspondem a cerca de 99% dos estabelecimentos empresariais do Brasil e ainda são responsáveis pela manutenção de 54,3% dos empregados formais nas empresas privadas não agrícolas do país. Apesar dos números suntuosos, a realidade das MPEs brasileiras é de vulnerabilidade e fragilidade. Porquanto dispõem de uma renda inferior e, por conseguinte, de um baixo capital de giro, são especialmente atingidas em situações de crise, posto que, diferentemente das grandes

empresas, que geralmente possuem negócios internacionais, não podem recorrer ao mercado externo diante da queda da economia interna.

As diferenças entre pequenas e grandes empresas não se resumem a aspectos quantitativos, que são até mais fortemente presentes nos aspectos qualitativos, e uma pequena empresa não deve ser encarada como uma miniatura de uma grande empresa.

(KORKEAMAKI; RUTHEFORD, 2006 apud PEÑALOZA e FIGUEIREDO, 2011)

Nesse sentido, cumpre-nos apontar a teoria schumpeteriana, que atribui preponderância ao papel do crédito no desenvolvimento das empresas. Com efeito, nesses momentos de crise em que são atingidas pela falta de capital, especialmente, demonstrar-se-ia mais latente essa necessidade, cuja análise precisa compreender as peculiaridades desse modelo de negócios, conforme pontuam Madi e Gonçalves (2012):

Na realidade das MPEs, [...] Há uma tendência de fusão do dinheiro pessoal do empregador/proprietário com o dinheiro institucional que revela limites para a sobrevivência e expansão das empresas de pequeno porte. Nesse sentido, as possibilidades de geração de vantagens competitivas das MPEs podem estar vinculadas ao crédito.

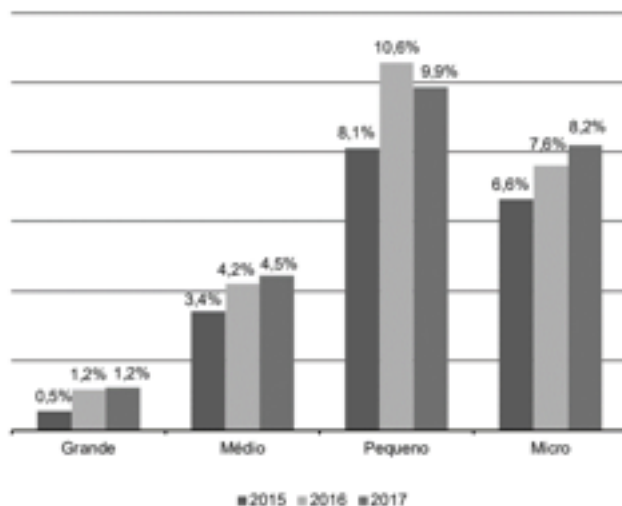
Com efeito, as características e objetivos do empresário, principalmente no que tange à sobreposição de propriedade e gestão, devem ser levadas em consideração, tendo em mente que, nesses empreendimentos, comumente a figura do administrador se confunde com a do proprietário, inexistindo um administrador profissional que possa gerir a empresa e promover uma saudável gestão da estrutura de

capital. Desse modo, acaba havendo confusão entre o capital da empresa e os recursos do proprietário (PEÑALOZA e FIGUEIREDO, 2011)

A má gestão da estrutura de capital, especialmente em momentos de crise tem como consequência direta a perda de competitividade por parte das empresas, que, com dificuldades de competir com grandes concorrentes, acabam vendo aprofundada sua crise, conforme afirma Cunha (2012):

Nesse contexto, as pequenas, principalmente, e as médias empresas encontram-se perante uma situação desafiadora, pois nelas há uma fusão de fatores que dificultam a administração do negócio, envolvendo a falta de profissionalização dos tomadores de decisão e das pessoas nelas inseridas, a limitação do capital e da estrutura administrativa, comparadas às grandes empresas com as quais concorrem numa economia aberta de mercado.

Com efeito, tem-se que as peculiaridades inerentes à condição de micro e pequena empresa as colocam, naturalmente, em situação de vulnerabilidade diante do mercado. Não é interessante para a ordem econômica do país, todavia, diante da larga participação dessas empresas na dinâmica nacional e da sua importância na geração de empregos, que elas venham a ter dificuldades financeiras que, podem, inclusive, induzir à sua falência.



Fonte: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf

O gráfico acima, do Relatório de Economia Bancária 2017 do Banco Central do Brasil, já apresenta os altos índices de inadimplência das micro e pequenas empresas no país, com tendência de crescimento nos últimos anos, diante do momento de crise vivenciado. É nessa seara que se introduz, portanto, a necessidade da oferta de condições especiais que visem a garantir a viabilidade dessas empresas e a sua competitividade no mercado financeiro. Para tanto, como já exposto, a previsão principiológica contida nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal se materializou na ordenança infraconstitucional por meio da Lei Complementar 123/2006, que estabelece normas gerais inerentes ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Esse tratamento diferenciado, que se manifesta na existência de um regime simplificado de arrecadação tributária (Simples nacional) e na dispensa de algumas obrigações trabalhistas, também se faz presente nas ações voltadas à inserção dessas empresas no mercado. Com efeito,

o inciso I do art. 48 da Lei 123/2006 indica que a Administração Pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. A medida busca evitar que as licitações públicas sejam tomadas exclusivamente por empresas que, por serem mais desenvolvidas economicamente, possuem condições mercadológicas que impossibilitam uma justa concorrência.

Dessarte, é fincado no compromisso constitucional de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte e em harmonia, ainda, com os preceitos basilares do Estatuto da Microempresa demonstrados até então, que a lei 11.101/2005 (Lei de Falências) estabelece tratamento especial às microempresas e empresas de pequeno porte no processo de recuperação judicial, que será desenvolvido no capítulo subsequente.

4. O TRATAMENTO ESPECIAL PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A previsão da oferta de tratamento especial para as micro e pequenas empresas (MPEs) consta nos artigos 70 a 72 da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial) e visam a adequar o princípio da preservação da empresa às necessidades impostas pelas particularidades dessas formas empresariais. Materializam, desse modo, as previsões constantes no artigos 170 e 179 da Constituição Federal, que, ao tratar da Ordem Econômica, impuseram a concessão de um tratamento diferenciado às MPEs.

Tal previsão legal, já presente no texto original da lei, sofreu alterações com a Lei Complementar nº 147 de 2014, visando à maior adequação desse instituto à realidade das MPEs. A adoção do plano especial de recuperação, convém afirmar, trata-se de uma faculdade do empresário, que, de acordo com o art. 70, §1º, deve demonstrar essa opção já na petição inicial. Uma das maiores diferenças desse modelo para o convencional é a inexistência da Assembleia de Credores, órgão que

tem como responsabilidade, dentre outras, deliberar sobre a aprovação ou a rejeição do plano de recuperação no procedimento convencional. No caso da recuperação judicial de microempresas que adotem o plano especial, o juiz analisará, para a concessão da recuperação judicial, apenas o atendimento às demais exigências legais. Acerca da importância desse plano especial, afirma Coelho (2011):

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

A inexistência da Assembleia de Credores, além de facilitar a aprovação do plano de recuperação, ainda tem o importante papel de garantir celeridade ao procedimento recuperacional, o qual pode se estender por muitos anos. Dada a realidade de muitos pequenos empresários no Brasil, em boa parte dos casos uma demora demasiada para a concessão resultaria na inviabilidade da manutenção da atividade empresarial. Trata-se, portanto, da efetivação também do princípio da viabilidade da atividade empresarial, decorrência direta da função social da empresa.

Apesar disso, não se pode afirmar que os credores não podem intervir no processo. Aplica-se também a esse caso a previsão do art. 55 da LRF, que impõe um prazo de 30 dias contados a partir da publicação da relação de credores para a sua manifestação. De acordo com o art. 72, parágrafo único, a objeção por parte de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes será causa de decretação da falência.

Outrossim, o art. 71, I, afirma que serão abrangidos pelo plano especial todos os créditos existentes na data do pedido, “com exceção dos decorrentes de repasses de recursos oficiais, os fiscais e os previstos

nos §§3º e 4º do art. 49”. A redação desse inciso, todavia, foi dada por alteração recente promovida pela Lei Complementar nº 147 de 2014. Até então, apenas os créditos quirografários eram abrangidos por esse plano. Tal alteração se mostra importante no sentido de adequar o instituto à realidade das empresas-alvo, visto que, na redação original, créditos com garantia real – categoria em que se incluem boa parte das dívidas de empréstimos bancários – não estavam inclusos no plano.

Ademais, o art. 71, em seus incisos II e III, traz o tratamento que deve ser oferecido às dívidas, com a previsão de parcelamento em até 36 parcelas mensais e sucessivas, a serem pagas com carência máxima de 180 dias a partir da distribuição do pedido para o pagamento da primeira parcela. Sobre as parcelas mencionadas, é ainda prevista a aplicação de juros equivalentes à taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia). Pode ainda conter proposta de abatimento do valor das dívidas. No que tange à taxa de juros aplicável, a redação anterior à Lei Complementar 147 impunha, em vez da SELIC, uma taxa de juros de 12% ao ano. Nova proposta de alteração circula no Congresso Nacional, conforme será abordado em capítulo específico.

Com efeito, evidencia-se que as condições especiais para a recuperação de microempresas apontadas são essenciais para a adequação desse instituto à realidade de empresas que, conforme apresentado em capítulo anterior, possuem peculiaridades que a distinguem das médias e grandes empresas e as tornam mais suscetíveis à incidência de crises.

Em nome do atendimento ao princípio da isonomia e tendo como objetivo garantir a viabilidade da recuperação judicial dessas empresas sem que isso incorra em um tratamento injusto, impõe-se, portanto, além de benefícios, algumas limitações à utilização do instituto. Conforme menciona Tomazette (2018):

Em contrapartida à simplificação do procedimento, o uso da recuperação especial será mais restrito, pois não poderá ser usada por um devedor qualquer, não

abrangerá credores quaisquer e seu plano de recuperação não poderá ter medidas quaisquer.

Trata-se, portanto, de medida claramente constitucional, visto que não fere o princípio da isonomia, mas lhe confere materialidade, garantindo, ainda, a efetivação dos princípios gerais da atividade econômica, que visam a assegurar a existência digna e os ditames da justiça social, por mais que encontre falhas em sua execução e, por vezes, não tenha a devida eficácia no que se refere à garantia da preservação da atividade empresarial das micro e pequenas empresas. Ademais, as regras que impõem esse tratamento especial, constantes na Lei de Falência e Recuperação Judicial, são objeto de proposta de lei que visa a alterar algumas de suas disposições a fim de torná-las mais adequadas à situação das empresas de pequeno porte e fomentar o uso desse instituto. Tal proposta será analisada a seguir.

5. ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA PLP 477/2018 E SUAS REPERCUSSÕES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

O Projeto de Lei Complementar 285/2011 do Senado Federal, atualmente sob apreciação da Câmara Legislativa com a nomenclatura PLP 477/2018, insere uma série de alterações no que diz respeito ao processo de recuperação empresarial das microempresas e empresas de pequeno porte. Considerando que o princípio da preservação da empresa é assumido como pressuposto do processo de recuperação empresarial, e considerando a previsão principiológica do tratamento constitucional diferenciado às MPEs, torna-se pertinente avaliar quais as repercussões diretas dessas alterações no cotidiano da atividade dessas empresas.

A princípio, a proposta de lei complementar ora em análise intenciona, por meio de seu art. 1º, estender ao processo de recuperação

judicial das MPEs a previsão do art. 67 da Lei 11.101/2005, que concede aos créditos decorrentes de obrigações contraídas durante o processo de recuperação judicial o caráter de créditos extraconcursais, inclusive os créditos inerentes às despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, nos casos de decretação da falência. Como descreve Ramos (2016) os créditos extraconcursais são aqueles “que devem ser pagos antes de qualquer outro crédito concursal, por maior que seja a sua preferência na ordem de classificação”.

Embora em um primeiro momento aparente remeter somente ao processo de falência, uma análise pormenorizada esclarece quais seriam as implicações desse dispositivo normativo no processo de recuperação empresarial. Na medida em que permite que os créditos das obrigações contraídas durante o processo de recuperação sejam considerados extraconcursais, o dispositivo possibilita, por consequência, que empresas em processo de recuperação continuem firmando novas obrigações necessárias à permanência de suas atividades, já que garantem que essas empresas continuem dotadas de confiabilidade perante os credores. Do contrário, se os créditos firmados nesse período não gozassem do caráter extraconcursal, isto é, se não lhes fosse garantida a quitação antes de qualquer outro crédito concursal, a empresa enfrentaria dificuldades em encontrar, por exemplo, credores dispostos a continuar fornecendo material necessário ao desempenho da atividade empresarial.

Cumpre-nos apontar, ademais, que essa aplicação estendida do artigo 67 – que certamente atende aos mandamentos da preservação da empresa – já é usualmente utilizada por meio de construção jurisprudencial, já abrangendo, inclusive, as micro e pequenas empresas. O projeto de lei, portanto, teria o condão de uniformizar os entendimentos e, assim, atuar como garantidor de segurança jurídica.

Ademais, a alteração trazida pelo art. 2 da proposta altera o inciso II do art. 71 da Lei 11.101/2005, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

II – preverá parcelamento em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros

equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) ou de 12% a.a. (doze por cento ao ano), o que for mais vantajoso, e poderá conter a proposta de abatimento do valor das dívidas.

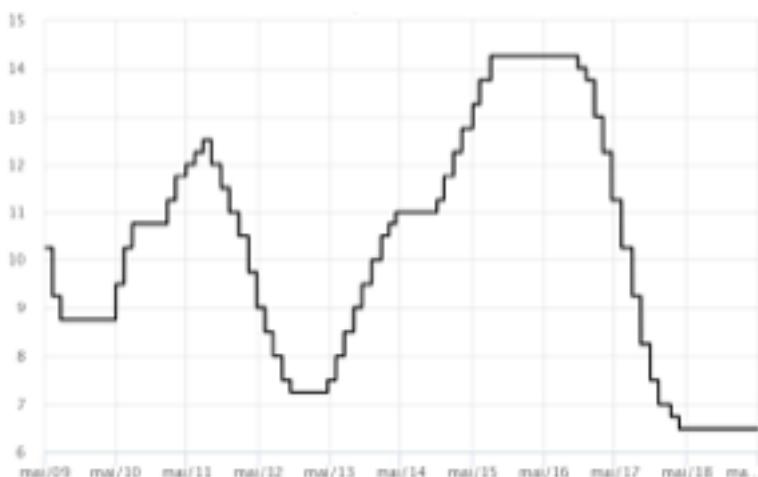
Trata-se efetivamente de duas mudanças que substituirão a redação do inciso II, tal qual ela é atualmente (“Preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas”), para passar a adotar a redação supramencionada: 1) o *quantum* inerente à possibilidade de parcelamento passaria de 36 (trinta e seis) parcelas mensais para 48 (quarenta e oito) parcelas mensais, iguais e sucessivas; 2) haveria a possibilidade de escolha entre o acréscimo da taxa de juros do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) ou da taxa de 12% a.a. (doze por cento ao ano). Analisaremos cada uma a seguir.

Em que pese não ser medida suficiente para garantir sozinha o sucesso da recuperação empresarial, é inegável a força estratégica que um maior parcelamento do crédito pode ter, especialmente para empresas de baixo capital como as MPEs, desde que devidamente acompanhado de outros meios como os descritos no art. 50 da Lei 11.101/2005, para que a empresa consiga se manter nos momentos de crise. Dessarte, por acreditar que um período maior pode ser fundamental para a adequada reorganização da empresa, entendemos que a concessão de um novo prazo preza pelo princípio da preservação da empresa, podendo ser um diferencial ao sucesso da operação. O prazo de 48 meses, portanto, configura-se como uma proteção que obedece ao mandamento constitucional do tratamento diferenciado. Ademais, sendo facultativa a adoção do plano especial de recuperação pelas MPEs, cabe às empresas analisar o caminho mais benéfico, em nada obstando a redação do inciso II do art. 71 da Lei 11.101/ 2005.

Ademais, a alteração que objetiva a possibilidade de escolha entre a taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) e a taxa

de 12% a.a. (doze por cento ao ano) é fruto de uma evolução legislativa. Até o ano de 2014, quando foi alterado pela Lei Complementar nº 147, o inciso II do art. 71 da Lei 11.101 previa tão somente a possibilidade do acréscimo da taxa de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano); após a referida alteração, passou-se a ser possível apenas a aplicação da taxa Selic. A proposta da PLP 477/2018 pretende, então, unir ambos os entendimentos que a lei já assumiu, possibilitando tanto o acréscimo da taxa Selic quanto a incidência da taxa de 12% ao ano, ficando a escolha por uma ou outra à conveniência da empresa. É importante ressaltar que a possibilidade de escolha entre as taxas é resultado de uma das várias emendas sofridas durante a tramitação da PLP 477/2018, que advém do Projeto de Lei do Senado nº 285/2011.

Dessarte, entendemos que a alteração em análise também é carregada de aspectos positivos às MPEs. Conforme estabelece o Comitê de Política Monetária (Copom) do Banco Central do Brasil (BCB), a taxa Selic até 08 de maio de 2019 é de 6,50% ao ano, o que verifica grande vantagem – quase metade – quando comparada à possibilidade de incidência de juros com a taxa de 12% ao ano. Contudo, nem sempre essa vantagem se verifica na prática. Isso porque, conforme expresso no Gráfico 02, nem sempre a taxa Selic se faz menor que 12% ao ano, como já ocorreu, por exemplo, no período entre o início de 2015 e o início de 2017. É interessante às MPEs, portanto, a possibilidade de poder optar por uma ou outra taxa a depender da conjuntura a qual se submete. Abaixo, gráfico do BCB (2019):



Fonte: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf

Outro ponto em apreciação se refere à proposta de revogação dos artigos 191-A do Código Tributário Nacional (CTN) e 57 da Lei 11.101/2005. Ambos versam sobre a necessidade de apresentação de certidão negativa de débitos tributários como condição para a concessão da recuperação judicial. Embora não se trate de mudança que atinja tão somente as MPEs, essas empresas costumam sentir em maior grau os entraves gerados pela necessidade de comprovar a regularidade fiscal. Com a proposta, portanto, as dívidas deixam de ser um entrave ao gozo do benefício da recuperação judicial. Pretende-se, portanto, atingir um número maior de empresas em situação que requeira a incidência da recuperação judicial.

Conforme se apresentaram alguns dos principais aspectos que caracterizam as dificuldades particulares das micro e pequenas empresas, compreende-se que, ao conferir maior celeridade ao processo de recuperação e eliminar determinadas barreiras, atenuam-se os danos causados às microempresas. Ademais, o aumento do prazo de pagamento dos débitos de 36 para 48 meses, diante das dificuldades

apontadas, certamente ainda proporcionariam uma maior possibilidade de execução do plano de recuperação judicial para as MPEs.

6. CONCLUSÕES

Considerando a relevância social e econômica que as micro e pequenas empresas exercem sobre a sociedade como um todo, revela-se o dever do Poder Público no tratamento diferenciado a essas empresas na medida em que possibilite viabilidade, preservação e desenvolvimento das atividades empresariais protagonizadas por elas. Com efeito, a função social da empresa, enquanto interesse supraindividual, é um pressuposto fundante do Direito Empresarial que implica a concepção de que as empresas devem exercer suas atividades fincadas também em interesses coletivos, como, por exemplo, a produção e fornecimento de produtos à comunidade, a oferta de trabalho e a prestação de serviços. Em razão disso, a preservação da atividade empresarial figura como interesse precípua do ordenamento jurídico empresarial, devendo-se executar o possível para que a recuperação das empresas em crise se efetive. Trata-se de assumir a relevância do papel desempenhado.

Em se tratando de microempresas e empresas de pequeno porte, o intuito de recuperá-las e, conseqüentemente, o interesse pela preservação dependem de um tratamento especial, tendo em vista a vulnerabilidade que elas possuem quando comparadas às grandes empresas e seus conglomerados. Trata-se de tratar os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade. É essa a razão de existir do mandamento constitucional que determina a possibilidade de tratamento diferenciado às MPEs, materializando-se em um processo de recuperação especial, com condições que visam atentar às particularidades dessas empresas. Não se trata, portanto, de um procedimento ideal ou que resolva com plenitude o problema da vulnerabilidade econômica de micro e pequenas empresas. Atende, todavia, a importante comando principiológico e já representa um importante passo para a concretização dos demais

princípios e fundamentos da ordem econômica esculpidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Com efeito, a oferta de um tratamento diferenciado não caracteriza violação ao princípio da isonomia, mas, em verdade, representa uma tentativa de materialização, prevista expressamente nos artigos 170, VI, e 179 da Constituição Federal, que tornam latente a constitucionalidade do tratamento em comento.

A partir das considerações apresentadas ao longo do presente trabalho, provou-se não somente necessária como também benéfica às microempresas e empresas de pequeno porte as alterações propostas pela PLP 477/2018. Essas alterações justificam-se pela confluência entre o princípio da preservação da empresa e o mandamento constitucional de tratamento diferenciado às MPEs, que preconizam, conjuntamente, a necessidade de lançar mão de artifícios jurídicos normativos que facilitem a recuperação judicial dessas formas de empresa. A razão de existir da PLP decorre, então, da necessidade de tratamento especial aliada à insuficiência do tratamento que hoje lhes é dado.

Não resta dúvidas, nesse sentido, acerca da justeza social e constitucional das alterações preconizadas pela PLP 477/2018, que se mostram bem intencionadas e planejadas com o intuito de pragmaticamente possibilitar a recuperação empresarial da MPEs, atacando os principais gargalos que hoje se fazem presentes na solução das crises que incidem sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, sobremaneira, por intermédio da garantia de maior celeridade e confiabilidade para a obtenção de novos créditos.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Tabela 1: meta para taxa SELIC.** Disponível em: < <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>>. Acesso em 30 de Abril de 2019.

_____. **Relatório de Economia Bancária 2017.** Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf>. Acesso em 29 de Abril de 2019.

_____. Congresso Nacional. **Projeto de Lei Complementar nº 477/2018,** inteiro teor. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1642701&filename=PLP+477/2018>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, F.U. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, M.A.N. **O perfil da administração financeira de pequenas e médias empresas.** 2012. Dissertação (Mestrado Executivo em Administração). Escola brasileira de administração pública e de empresas. FGV. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8061/000317971.pdf>>. Acesso em 23 de Abril de 2019.

FACHIN, L.E. **A Função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural).** 1a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

KORKEAMAKI, T., RUTHEFORD, M. Industry Effects and Banking Relationship as Determinants of Small Firms Capital Structure

Decisions. Spokane: Gonzaga University, 2006.

MADI, M.A.C.; GONÇALVES, J.R.B. Produtividade, financiamento e trabalho: aspectos da dinâmica das micro e pequenas empresas (MPEs) no Brasil. In: SANTOS, A.L.dos. et al. (orgs.). Micro e Pequenas Empresas Mercado de Trabalho e Implicação para o Desenvolvimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2012

MAMEDE, G. **Falência e Recuperação de Empresas - Direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, C. M. de. Principais mudanças na legislação falimentar. Migalhas. 2005. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11874,91041-Principais+mudancas+na+legislacao+falimantar>>. Acesso em 17 de Abril de 2019.

PEÑALOZA, V; FIGUEIREDO, F de C. Fatores que influenciam a estrutura de capital em micro e pequenas empresas. **Pretexto**. Belo Horizonte, v.12, n.1, jan/mar. 2011. p 9-28. Disponível em: < <http://www.fumec.br/revistas/pretexto/article/view/658/565>>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

SEBRAE. Anuário do trabalho nos pequenos negócios: 2016. São Paulo: DIEESE, 2018. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20nos%20Pequenos%20Neg%C3%B3cios%202016_.pdf>. Acesso em 16 de Abril de 2019.

TOMAZETTE, M. **Caderno FGV Projetos: Recuperação de empresas**. Rio de Janeiro, ano 13, n. 13. Set. 2018, p. 136-145. Disponível em: <http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernos_

recuperacaojudicial-final-site.pdf.>. Acesso em 22 de Abril de 2019.

THE CONSTITUCIONAL PRINCIPLE OF THE MICRO AND SMALL BUSINESSES DIFERENTIAL TREATMENT: THE COMPANY PRESERVATION AND THE BILL 477/2018

ABSTRACT

The current work aims to analyze, under the constitutional perspective, the differential treatment offered to micro and small businesses in the judicial recovery process, seeing that as corollary of the principle of company preservation. Therefore, shall be observed the particularities of micro and small companies that justifies the need of that differential treatment in Brazilian legal order, whit emphasis in the judicial recovery process. Lastly, shall be yet analyzed the 285/2011 Bill from House Senate (PLP 477/2018 in the chamber of deputies) and the effect of its changes in the recovery process of micro and small businesses.

Keywords: Microbusiness. Small business. Differential treatment. Company preservation

