

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITO EMPRESARIAL I**

**ELOY P. LEMOS JUNIOR**

**MARIA DE FATIMA RIBEIRO**

**MARCELO ANDRADE FÉRES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito empresarial I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Maria De Fatima Ribeiro, Marcelo Andrade Féres – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-103-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **DIREITO EMPRESARIAL I**

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I, durante o XXIV CONGRESSO DO CONPEDI realizado em Belo Horizonte - MG, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade sede.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central - Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade. Referida temática foi pensada para se refletir sobre a pobreza e a forma como essa condição vulnera a luta e o usufruto de direitos.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e afim. Os temas apresentados do 9º GT foram agrupados por similitudes envolvendo o direito falimentar e recuperação judicial das empresas, Lei Anticorrupção, a Desconsideração da Personalidade Jurídica, assuntos relacionados à Responsabilidade Civil dos administradores, além da temática relacionada ao mercado de valores mobiliários. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Os 28 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Trabalho, na medida em que abordam itens ligados à responsabilidade de gestores, acionistas e controladores, de um lado, e da empresa propriamente de outro. Resgata, desta forma, os debates nos campos do direito e áreas específicas, entre elas a economia. Os debates deixaram em evidência que na

recuperação de empresas no Brasil há necessidade de maior discussão sobre o tratamento adequado dos débitos tributários. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

Todas as publicações reforçam ainda mais a concretude do Direito Empresarial, fortalecendo-o como nova disciplina no currículo do curso de graduação e as constantes ofertas de cursos de especialização e de *stricto sensu* em direito.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias, com vistas ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, considerando também a realidade econômica e financeira internacional que estamos vivenciando, com possibilidades abertas para discussões e ensaios futuros.

Espera-se, que com a presente publicação contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

Convidamos os leitores para a leitura e reflexão crítica sobre a temática desta Coletânea e seus valores agregados.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e ao mesmo tempo agradecemos os autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - Unimar

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior - Itaúna

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres - UFMG

Coordenadores

# FALÊNCIA DA PEQUENA EMPRESA

## SMALL BUSINESS BANKRUPTCY

**Ednelson Luiz Martins Minatti**

### **Resumo**

O conhecimento não nasce do consenso, para que se evolua, para que se avance é preciso a irritação, é necessária a existência de diferenças. O presente trabalho tem por objetivo fomentar o debate e nasce da percepção da necessidade da pequena empresa de falir no Brasil, trazendo a baila neste estudo a importância da falência para o Estado. Este trabalho não tem a pretensão de estar certo, tampouco concluído, se apresenta apenas um início de pesquisa que busca chamar a atenção para questões atuais e que necessitam de mais estudos e contraposição de ideias para que se chegue a conclusões mais sólidas.

**Palavras-chave:** Estado, Economia, Empresa, Falência, Micro-empresa

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Knowledge isn't born from consensus, in order to evolve, to move forward irritation is necessary, the existence of differences is required. This paper aims to stimulate debate and born of the perception of importance of small business bankruptcy in Brazil, bringing to the fore in this study the importance of bankruptcy to the state. This work does not claim to be right, either completed, presents only a start research that seeks to draw attention to current issues and who require more research and contrast of ideas in order to reach stronger conclusions.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** State, Economy, Company, Bankruptcy, Small business

## 1 - Introdução

O investidor pode ser responsável eternamente por um negócio que deu errado? Quando o Brasil, por meio da atual ordem constitucional, delegou para a iniciativa privada a exploração das atividades econômicas adotou por via de consequência um modelo econômico mais voltado aos ideais liberais.

No atual regime constitucional, não se mostra mais adequado o modelo clássico e de certa forma despótico de negócios em que seu único fim é o lucro, nossa constituição com aspirações sociais democratas não comporta um modelo liberal puro. Mais e mais ganha importância a função social dos negócios, o atingimento pela empresa de outros fins que não unicamente o lucro.

Nesta visão mais atual a respeito das funções da empresa no Estado, seu desenvolvimento está cada vez mais casado com o desenvolvimento do Estado e sua importância cresce ainda mais.

Neste contexto é que a criação de condições saudáveis para o desenvolvimento da atividade econômica são questões de Estado. E a preservação da empresa privada uma questão vital para a saúde econômica do país. Se parte do modelo constitucional atual e não há como conceber o país sem empresa nesta ordem constitucional.

Em uma lógica simples os objetivos do Estado em relação às empresas deve de ser: 1 – Criar ambientes saudáveis para a exploração da atividade econômica pelos particulares; 2 – Criar ambiente mais favorável para o desenvolvimento de empresas com maior função social em detrimento de empresas mais predatórias.

Talvez o primeiro passo para um ambiente saudável para o desenvolvimento de atividades econômicas pelos particulares, por entidades privadas, seja o desejo de empreender, o fomento ao empreendedor.

Desta necessidade em se fomentar é que desde as grandes navegações a limitação do risco sempre foi ponto crucial na decisão do empreendedor. O lucro o motor propulsor, porém a limitação do risco é que solta os freios e permite que o empreendedor arrisque parte de seu patrimônio.

Enveredando neste pequeno trabalho não se trará respostas a quaisquer problemas, apenas se objetiva instigar o leitor a pensar, o desejo é de implantar uma pequena semente de dúvida buscando analisar os limites das responsabilidades do pequeno empreendedor nos casos de encerramento das suas atividades e a importância da falência.

## **2 – A constituição Econômica de 1988 - Eros Roberto Grau**

A obra a constituição Econômica de 1988 escrita por Eros Roberto Grau é notória, independente de posição ideológica, ou mesmo da discordância de alguns pontos do texto é um trabalho o qual deve de ser respeitado, ao menos para ser criticado.

Não é foco deste trabalho o estudo das questões constitucionais ligadas a economia, tais questões são o pano de fundo. No entanto é de extrema importância tomar conhecimento do ambiente jurídico em que nos encontramos.

Com o fim de situar o leitor, sem menosprezo a todos os outros autores que concordam ou não com o autor, neste artigo se elegeu trabalho de Grau para balizar a idéia geral da relação entre o Estado e a empresa, entre o público e o privado, de modo que é salutar uma breve compreensão do conteúdo da obra.

No primeiro capítulo desta obra, Estado e Economia é feita uma contextualização do Estado sob o modelo econômico capitalista. Já se nota no primeiro capítulo da obra uma crítica aos direitos fundamentais e aos direitos do homem, ao apontar que são “autonomias individuais dos que podem tê-las, ou seja, dos proprietários burgueses” (GRAU, p. 37). Aponta também que em sua concepção o Estado existe para “permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar “domesticar” os determinismos econômicos” (GRAU, p. 34) e concluí dizendo que “No desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.” (GRAU, p. 44-45).

No segundo capítulo o autor deixa claro que com o advento da constituição de 1988 “A ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista” (GRAU, p. 72).

Adiante, no terceiro capítulo da obra é abordado o conceito de intervenção estatal. Antes de se atingir o conceito e demonstrar as formas em que se pode dar tal intervenção, o autor começa por explicar o que vem a ser atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito.

Em estreita síntese, atividade econômica em sentido amplo abarca serviço público e atividade econômica em sentido estrito, a primeira sujeita ao regime jurídico público e a segunda ao privado.

Para o autor serviço público não é um conceito, mas sim uma noção, e em sua classificação, o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*.

O autor destaca também que o uso do termo intervenção como sendo a atuação em área de outrem, ou seja, “intervenção Estatal”, viria a ser a atuação do Estado na Esfera do privado.

Ainda de acordo com o texto, o Estado pode intervir de quatro maneiras, por absorção, participação, direção ou indução. Na absorção o estado assume o monopólio de determinada atividade econômica em sentido estrito. Por participação o Estado assume o controle de parcela de determinado setor da atividade econômica em sentido estrito e atua em regime de competição. Por direção o Estado exerce pressão e estabelece normas de comportamento para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito e por Indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção de conformidade com as leis de mercado.

Grau ainda destaca que a indução pode ser negativa, como por exemplo o aumento significativo do tributo sobre determinada mercadoria a ponto de deixá-la menos atrativa, ou proibitiva economicamente.



Por derradeiro o autor deixa claro que em seu entendimento, obras e serviços públicos de infra-estrutura, o planejamento, ainda que otimize o exercício da atividade econômica em alguns setores e regiões, não se trata de intervenção.

No quarto capítulo que trata dos princípios e da interpretação da constituição duas ideias são recorrentes e se mostram importantes, a primeira diz respeito a interpretação, o autor afirma que “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços” (GRAU, p.164), não se pode isolar um artigo da constituição para interpreta-lo. Cada dispositivo constitucional faz parte de um todo, de um sistema que tem de ser levado em conta na hora da interpretação.

A segunda ideia que merece destaque neste capítulo diz respeito ao dinamismo, a necessidade de se levar em conta o contexto histórico, cabendo aqui transcrever o que disse o autor: “[...]Como a interpretação / aplicação se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto.” (GRAU, p. 166)

No quinto e último capítulo que trata da interpretação e crítica da ordem econômica de 1988 se tem o trabalho mais árduo da obra. O autor aborda a constituição ponto a ponto Inicia declarando ser a constituição brasileira uma constituição dirigente e começa a desfolhar a constituição tratando de vários pontos, como a ideia da ordem econômica estar fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, do desenvolvimento como processo que leva a um salto qualitativo de uma estrutura social para outra, repartição do produto econômico, a função social da propriedade. Tece duras críticas a revogação do Art. 171 e seus parágrafos, trata do desenvolvimento científico que dispõe o art. 218, da pinceladas no assunto privatização, passa pelos planos nacionais e regionais de desenvolvimento, trata do ativismo judiciário, do mandado de injunção e concluí dizendo que "existe um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar." (GRAU, p. 315-316).

Para se compreender o Estado brasileiro bastaria a leitura do preâmbulo e dos três primeiros artigos da constituição federal de 1988 de forma repetida e reflexiva por uma hora, aliás recomenda-se o exercício. Feita esta estreita síntese da obra de Grau se pôde visualizar a importância da livre iniciativa que é um dos fundamentos do nosso Estado, porém quem é a livre iniciativa?

### **3 – O Empresário e a responsabilidade limitada**

Em 1936 Keynes escreveu “Os homens de negócio fazem um jogo que é uma mescla de habilidade e de sorte, cujos resultados médios são desconhecidos pelos jogadores que dele participam. Se a natureza humana não sentisse a tentação de arriscar a sorte, nem de sentir a satisfação (excluindo-se o lucro) de construir uma fábrica, uma estrada de ferro, de explorar uma mina ou uma fazenda, provavelmente não haveria muitos investimentos como mero resultado de cálculos frios. (KEYNES, p. 161).

Avançando no tempo e no espaço, em 2012 Fabio Ulhoa Coelho escreveu “O ambiente institucional marcado pela previsibilidade das decisões judiciais é uma das condições para a atração de investimentos e realização de negócios. O empresário, ao fazer os cálculos destinados à definição do preço dos produtos ou serviços que oferecerá ao mercado, adota como premissa a efetividade da lei e dos contratos. Mais que isto, parte do pressuposto de que lei será aplicada tal como resulta de seu sentido imediato e que, se o contratante não honrar o contratado, o Poder Judiciário garantirá, firme e prontamente, o resultado equivalente ao adimplemento. As decisões judiciais são, para o empresário, imprevisíveis quando o juiz interpreta a lei de forma não assimilável diretamente por ele ou libera o contratante do cumprimento de obrigação assumida em contrato. (COELHO, p. 16-17).

Se fosse o objetivo estudar o direito de empresa seria necessário uma retrospectiva que inicia no direito romano com o *ius civile* e a origem da falência, avança para a idade média com as corporações de ofício e o surgimento de um direito consuetudinário, salta na era dos descobrimentos, com o surgimento da sociedade anônima como forma de financiamento das grandes navegações,

realiza um novo salto com o código napoleônico de 1807 e a teoria dos atos de comércio e depois com o código civil italiano de 1942 com a atual teoria da empresa (Bertoldi e Ribeiro, p. 27-37).

Nos basta o conceito legal de Empresa trazido pelo código civil brasileiro de 2002 que em seu artigo 966 dispõe “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

O Risco da atividade empresária é via de mão dupla, significa a chance do empresário obter um êxito (lucro) ou um fracasso (prejuízo) e é condição intrínseca da exploração de qualquer atividade econômica.

Para Simão (2004, p; 4), a sociedade limitada nasceu com dupla finalidade, sendo elas: a) Fomentar a atividade mercantil por meio de atração dos interessados para que estes operassem suas atividades em um novo tipo social mais adequado e menos complexo do que as sociedades por ações no tocante a sua estruturação orgânica e de gestão; e b) Limitar indistintamente a integralização do capital social a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais contraídas.

É de se concordar com o supra citado autor, a limitação do risco no caso de fracasso (prejuízos) sem sombra de dúvidas é meio de fomento da atividade mercantil.

Este modelo de sociedade surge pela primeira vez no Brasil em 10 de janeiro de 1919 com o decreto 3.708. Tal decreto possuía apenas dezenove artigos, inspirado no modelo alemão, que formalizou a primeira lei de sociedade de responsabilidade limitada, de 20 de abril de 1892, mesclando alguns princípios das sociedades por ações com características de sociedade de pessoas.

No Brasil atual a sociedade por responsabilidade limitada encontra-se de forma geral regulada no capítulo IV do Livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002 e seu núcleo está no comando do Artigo 1.052 que determina “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas[...]”.

Se tem a partir deste comando a personificação da empresa e uma distinção entre o patrimônio dos sócios (investidores) e o patrimônio da empresa, cedido pelos investidores e posto a risco.

Embora o comando seja a autonomia patrimonial, a limitação de risco, se observam no ordenamento inúmeras exceções onde a limitação transcende a personalidade jurídica e avança para o patrimônio dos sócios, a título de exemplo se pode citar os Artigos 50, 1009, 1016 e 1080 do Código Civil, o Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, os Artigos 3º e 4º da Lei nº 9.695/1998 que trata da proteção do meio ambiente, Artigo 134 e 135 do Código Tributário Nacional, entre outros dispositivos no emaranhado normativo que forma o direito brasileiro.

Em todos os dispositivos acima citados a responsabilidade pelas obrigações da Empresa transcendem a sua personalidade e autonomia e avançam sobre o patrimônio dos sócios.

Neste ponto se cometerá dois crimes, o primeiro de citar a terceira lei de Newton “A toda ação há sempre uma reação oposta e de igual intensidade” e o segundo crime é o de fazer alusão apressada a teoria dos jogos neste artigo que seguramente é uma impropriedade e até um desrespeito a dissertação de vinte e sete páginas apresentada por John Nash para obtenção de seu doutorado na Universidade de Princeton em 1950.

Muito se escreveu sobre a teoria dos jogos, o importante a ser recordado, ainda que com uma superficialidade perigosa, é que o jogo econômico se mostra mais perfeito quanto maior for o conhecimento dos movimentos dos outros jogadores.

Na relação empresarial, o judiciário, o legislativo, o executivo, os trabalhadores, as demais empresas, o Estado como um todo, são jogadores e o empresário no papel de um dos jogadores, decide seus movimentos a partir do conhecimento dos movimentos dos demais jogadores e de acordo com suas próprias cartas.

No caso de grandes empresas, ante o conhecimento de todas as possibilidades legais que ensejam a responsabilização dos sócios, estas possuem os meios necessários (técnicos e financeiros) para a criação e o

desenvolvimento de estruturas para minorar o risco suportado pelo sócio, podendo inclusive planejar a própria morte da Empresa.

Para cada ato do legislativo, executivo ou judiciário a grande empresa possui meios para reagir. Para cada jurisprudência firmada no sentido de responsabilizar o investidor, há uma reação oposta da grande empresa visando a neutralização da medida e a preservação do que em minha humilde opinião sequer deveria ser discutido, a limitação do risco do negócio.

Ocorre que a previsibilidade dos movimentos e a capacidade de reação da grande empresa não socorre o sócio da pequena empresa que não possui igual sorte, o que leva ao próximo ponto.

#### **4 – A Pequena Empresa e a dificuldade de falir**

Para fins deste trabalho se considera pequena empresa aquela com faturamento até três milhões e seiscentos mil reais anuais, tal como conceituado pelo Estatuto Geral da Micro Empresa – Lei Complementar nº 123/2006.

Embora a conceituação legal faça taboa rasa e se mostre até certo ponto inadequada para o problema denunciado neste trabalho, ela é útil para delimitação do tema, o que leva ao próximo ponto, porque haveria diferença entre a responsabilidade o empreendedor sócio/acionista de uma grande empresa e de uma pequena?

O começo da resposta já foi iniciado no tópico anterior, a grande empresa possui recursos financeiros e meios técnicos para sua defesa, inclusive no que diz respeito a planejar sua eventual falência, é inerente ao grande empreendedor uma capacidade de reação superior ao pequeno.

Um outro ponto pode ser extraído do procedimento e exigências estabelecidas pela lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, que embora - com as alterações promovidas pela lei complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014 - tenha se atentado para a questão das micro e pequenas empresas, reduzindo os honorários do administrador judicial (Art. 24,§5º) e exigindo declarações contábeis simplificadas (Art. 51, §2º) por exemplo, está longe de ser suficiente para assegurar o direito da pequena empresa de falir.

Por mais ilógico que possa parecer no Brasil para requerer a recuperação judicial ou a falência a empresa precisa ter recursos financeiros, é preciso planejar a falência ou a recuperação judicial!

A primeira consequência do pedido de recuperação judicial é na maioria das vezes o corte de todas as linhas de financiamento normalmente cedidos por instituições financeiras e assemelhadas. Ora uma empresa em dificuldade financeira assim o está sempre que não possui fluxo de caixa, as obrigações, as dívidas são superiores aos recursos disponíveis.

Se note a distorção, a empresa que não possui fluxo de caixa precisa pedir recuperação judicial, pedindo recuperação judicial ela terá um corte maior ainda no financiamento de sua atividade. Como para toda ação há uma reação, a grande empresa planeja o pedido de recuperação, reserva recursos financeiros antes do pedido, realiza um “calote programado”. Já a pequena, por não possuir essa capacidade de manobra, em regra não pede recuperação judicial.

Cria formalmente uma nova empresa, em nome de familiares, amigos ou funcionários, para que essa nova empresa ainda sem obrigações assumidas consiga financiar a operação daquela endividada.

O que move o empreendedor em regra não é a maldade, o *animus* de ser devedor, de realizar um calote. É até ilógico o porquê de alguém desejar algo que lhe faz mal. O que move é o instinto de sobrevivência, da sobrevivência de seu negócio.

Não raro se pode encontrar pequenas empresas saudáveis, rentáveis com suas obrigações em dia cujos sócios de fato não correspondem aos de direito e caso se investigue provavelmente se encontrará um primeiro negócio falido e um indivíduo com inúmeras obrigações redirecionadas da pessoa jurídica para si.

Mas então porque tais indivíduos não requerem falência? No Brasil não é admitida a falência da pessoa física, então aquela dívida redirecionada quando não houver capacidade de pagamento será eterna. E a falência da pessoa jurídica além de desgastante, é um processo que custa caro.

Entre custas judiciais, honorários de advogados, honorários de peritos, honorários de síndicos ou de administradores a soma necessária para custear o processo é elevada.

Assim, a falência precisa ser planejada. No afã de salvar o negócio não raro a pequena empresa entra em um ciclo vicioso de inadimplemento de obrigações, abertura de novas empresas, quer por situações externas quer por má gestão também entram em crise, até chegar ao ponto de não existir mais recursos financeiros para sequer pagar folha de salários, quanto mais para custear um processo falimentar.

E neste ponto a questão chave, o que acontece com a empresa que não possui recursos financeiros para falir? Nada. Em regra fecham-se as portas e é realizada o que a jurisprudência chama de “dissolução irregular da empresa”. O que os tribunais deixam de destacar são os motivos desta dissolução irregular.

E a consequência para o pequeno investidor é nefasta. Se pode chegar a pretensão de afirmar que é quase impossível um pequeno investidor falir duas vezes no Brasil.

Em relação ao adimplemento das obrigações, a lógica de administração e de sobrevivência do negócio difere da lógica legal e de interesse dos sócios/investidores. Por uma lógica administrativa a ordem de adimplemento das obrigações inicia pelo pagamento dos funcionários, na sequência fornecedores, depois bancos e por último tributos.

Para sobrevivência do negócio é preciso garantir mão de obra e matéria prima antes das demais obrigações. O processo de recuperação judicial, nos moldes da lei nº 11.101 de 2005 exclui justamente os tributos e os créditos fiduciários (bancos) do procedimento dizendo nas entrelinhas que o negócio em crise não pode negociar justamente aquelas obrigações não essenciais a sua sobrevivência.

O resultado é óbvio, aquelas empresas que possuem capacidade de planejamento e reação (em regra as grandes) ao antever a crise financeira podem programar a recuperação antes mesmo da crise. Já aquela que não

possui a mesma capacidade, é dissolvida irregularmente e faz nascer ao menos que formalmente uma nova empresa.

### **5 – A responsabilidade pelas obrigações.**

Avançando no estudo, alguns dos porquês foram apresentados. Se criam novas empresas sem o fechamento das antigas por simples impossibilidade de recuperar a antiga e não se procede a falência por que em regra se tenta salvar o negócio, podendo implicar inclusive a criação e derrocada de várias empresas formais, até o ponto em que para o negócio e para o investidor não é possível custear o próprio processo falimentar. Uma questão que remanesce é o destino destas obrigações não cumpridas por parte das empresas dissolvidas irregularmente.

No caso de inadimplemento de obrigações consumeristas o Art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor é cristalino no sentido da extensão da responsabilidade pelo adimplemento das obrigações para além da empresa. Na justiça trabalhista – e não no direito do trabalho – à revelia da existência de legislação, é aplicada a regra consumerista com um agravante, em desobediência a Súmula 327 do Supremo Tribunal Federal, não se conhece a prescrição intercorrente o que torna as dívidas imprescritíveis.

Já no âmbito tributário esta previsão encontra-se no Art. 134 e 135 do Código tributário nacional e tem seu limite circunscrito nas hipóteses de ato realizado com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto.

O Superior Tribunal de Justiça por meio da modalidade de julgamento dos Recursos Repetitivos em 2012 proferiu decisão nos autos do Recurso Especial nº 1.101.728 – SP onde ficou consignado que simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

O único detalhe é que o fechamento das portas, a dissolução irregular, é considerada uma infração a lei e o mesmo tribunal no ano de 2010 editou a



Súmula 435 cujo teor é o seguinte “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”

Deste modo na seara tributária após o encerramento da atividade econômica e ante a impossibilidade de se manejar um regular processo de falência, a dívida tributária é redirecionada aos sócios, cuja única solução é aguardar por décadas até a conclusão do processo com a declaração da prescrição intercorrente prevista no Art. 40 da Lei de Execuções Fiscais.

O impacto social e os efeitos nocivos da responsabilização do investidor demandam um estudo próprio, apenas para aguçar a curiosidade, com a existência dos sistemas de bloqueio judicial automáticos o sócio da empresa falida fica impossibilitado de possuir bens ou mesmo de abrir uma conta bancária em seu nome, lhe é tolhido o direito de recomeçar. Imagine uma vida, nos moldes contemporâneos, onde o indivíduo é impossibilitado de possuir cartão de débito e crédito e impossibilitado de financiar a compra de bens.

## **6 – Os Números**

Em 2012 segundo dados de pesquisa realizada pela DIEESE e publicadas pelo SEBRAE no Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2013 “as micro e pequenas empresas foram responsáveis por 99% dos estabelecimentos, 51,7% dos empregos privados não agrícolas formais no país e quase 40% da massa de salários” (SEBRAE, 2013, 29).

Segundo pesquisa realizada pelo IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário - utilizando a data base de 30/09/2012 “as empresas brasileiras são em sua maior parte de micro e pequeno porte, representando 85% do total. As empresas de médio e grande porte representam somente 15% do total.” (IPBT, 2012, 17).

Das pesquisas apontadas, embora utilizem métodos e bases de dados diferentes uma conclusão é uníssona, a grande massa de empresas no Brasil é formada por Micro e Pequenas Empresas.

Neste contexto um outro dado é interessante, segundo os indicadores da SERASA Experian no ano de 2012 foram requeridas um total de 12.672 falências e destas 55% foram requeridas por micro empresas e os demais 45% por médias e grandes empresas.

No caso de recuperação judicial no ano de 2012, segundo a mesma fonte, foram realizados 4.077 dos quais 47% trataram se de pedidos realizados por pequenas empresas e 53% por médias e grandes empresas.

Se mais de cinquenta por cento das ações falimentares no Brasil são de Micro Empresas, parece contraditório com o defendido até aqui. Não o é.

Em primeiro, imaginemos em um universo de seis milhões de empresas, 85% são pequenas empresas. Seriam então 5.100.00 micro empresas e 900.000 médias e grandes empresas. Ou seja, não há proporcionalidade.

Em segundo os dados não conseguem mostrar quantas dessas micro empresas em que foi requerida falência os empreendedores são de fato pequenos empreendedores e não braços de grandes empresas. Empresas satélites, mantidas, geridas e administradas por uma grande empresa.

Em terceiro porque se consegue obter apenas o número de falências regulares e que é percentualmente muito pequeno comparado com o universo de empresas. Pelos números se pode dizer que uma pequena empresa tem menos chances de falir do que uma grande, afinal em percentuais aproximadamente 7 mil falências de um universo de 5,1 milhões pequenas empresas é menor do que 5 mil falências de um universo de 900 mil empresas médias e grandes.

A dissolução irregular ou mesmo a recuperação irregular (mediante a abertura de novas empresas sob os escombros de antigas) é um número complexo de ser mensurado. O fato é que pequenas empresas são dissolvidas irregularmente, as cortes federais são fartas em exemplos e o efeito é prejudicial ao Estado.

## **7 – Conclusão - O interesse do Estado na falência, o porquê de falir?**

Da mesma forma que com vistas ao interesse social o Estado tem de buscar a recuperação da empresa em crise, este mesmo Estado tem de retirar do mercado aquelas empresas não passíveis de recuperação. De um lado se tem o interesse social do Estado, mas de outro não menos importante a propriedade privada e a liberdade de concorrência.

A impossibilidade de recuperação judicial é um problema, a impossibilidade de falir um problema mais grave, porém não menos importante e digno de estudo é a possibilidade de abertura formal de diversas empresas sob os escombros de um negócio deixando para trás um rastro de obrigações inadimplidas.

Para Coelho a “o princípio constitucional da liberdade de concorrência implica, em primeiro lugar, a coibição de determinadas práticas empresariais, incompatíveis com sua afirmação. Tais práticas são as de concorrência ilícita e classificam-se em duas categorias: de um lado, há as que implicam risco ao regular funcionamento da economia de livre mercado, e são coibidas como infração da ordem econômica; de outro, as que não implicam tal risco, restringindo-se os efeitos da prática anticoncorrencial à lesão dos interesses individuais dos empresários diretamente envolvidos, e configuram concorrência desleal.” (COELHO, p. 34-35).

Carlos Roberto Claro em sua dissertação de mestrado sobre recuperação judicial, a sustentabilidade e função social da empresa também contribui para a discussão quando escreve “Efetivamente, necessário que a empresa em dificuldades insanáveis seja retirada de forma compulsória ou voluntária do mercado, imediatamente, até mesmo para evitar que seus problemas sejam transferidos, por assim dizer, para aqueles com os quais pratica atos negociais, ou para os demais concorrentes do setor. Evita-se, com isso, o efeito dominó (ou cascata), que até mesmo poderá criar problemas ao mercado e até mesma as demais empresas competidoras.” (Claro, p. 204).

Para o Autor Roberto Claro, a retirada compulsória seria medida muito extremada. Este autor ousa discordar ante aos fatos apresentados até aqui. A dificuldade ou impossibilidade de falir seja por instinto de sobrevivência, desejo

de manter vivo um negócio não sustentável, seja por falta de recursos financeiros para manejar o processo falimentar aponta para uma solução compulsória.

Embora se trate de medida dura, talvez fosse interessante a intervenção Estatal no sentido de avaliar a viabilidade do negócio, a geração de lucro e o manejo de ofício do processo falimentar se não de todas, ao menos das pequenas empresas. Por óbvio, tal proposição merece uma centena de críticas e pressupõe inovações legislativas.

O ponto crucial está no debate do interesse social da retirada de empresa insustentáveis do mercado como sendo tão importante quanto o interesse na manutenção das atividades econômicas.

No caso de pequenas empresas, por meio das premissas apontadas poderia se dizer que por um lado ela está impossibilitada de se retirar do mercado regularmente (pelas vias legais próprias) e sua saída concreta, pela inexistência de condições de manutenção da atividade econômica, causa por via de consequência a responsabilização do sócio, entre outros, pelo inadimplemento das obrigações entre outros para com a fazenda pública por exemplo, o que impossibilita o estabelecimento de um marco, de uma certidão de óbito daquele negócio e tolhe o direito ao recomeço.

Talvez e só talvez a retirada compulsória do pequeno empreendedor do mercado mediante ação falimentar manejada pelo Estado, lhe fizesse bem. O assunto merece maiores reflexões.

## **Referências**

BERTOLDI, Macelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: Sustentabilidade e Função Social da Empresa**. Curitiba, 2008. 304 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial e Cidadania – Centro Universitário Curitiba, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Coleção Os Economistas. Tradução de Mário R. da Cruz São Paulo: Nova Cultural, 1995.

SEBRAE (Org.). **Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2013**. 6. ed. / Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas; Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos [responsável pela elaboração da pesquisa, dos textos, tabelas, gráficos e mapas]. – Brasília, DF; DIEESE, 2013. 284 p. ISSN 1983-2095 1.Estatística. 2. Indicadores Sociais. 3. Microempresa. 4. Pequena Empresa. 5. Indicadores Econômicos. I. DIEESE II. SEBRAE III. Título

SIMÃO, Adalberto Filho. **A Nova Sociedade Limitada**, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2004.

SITE [http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias\\_concor\\_datas.htm](http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concor_datas.htm)

SITE [http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/372/CENSODASEM\\_PRESA\\_SEENTIDADE\\_SOUTUBRO2012V9FINAL.pdf](http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/372/CENSODASEM_PRESA_SEENTIDADE_SOUTUBRO2012V9FINAL.pdf)