

ANÁLISE DA LEI DO ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO¹

Luiz Alberto Prazeres Filho²

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de analisar o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte a partir da Análise Econômica do Direito. Sob a perspectiva dessa teoria, este artigo busca averiguar se existe uma proteção da ME e EPP no ordenamento jurídico brasileiro de acordo com os seus princípios e fundamentos. Foi verificado que sob o enfoque da AED a lei não protege como deveria a microempresário e o empresário de pequeno porte. E que apesar de haver um tratamento diferenciado no ordenamento brasileiro para eles, as normas constitucionais e infraconstitucionais não conseguem obter efetividade, não refletindo a realidade substancial do mercado. De tal modo, o encaminhamento do problema requer uma análise a partir do movimento de “Law e Economics” para que a teoria sirva de instrumento de efetividade das normas jurídicas. A estrutura interna de uma organização é montada de acordo com o ambiente institucional (leis, conjunto de regras sociais e políticas), ou seja, as organizações são influenciadas pelo direito. O ramo do direito responsável pela regulação das atividades das empresas e dos empresários comerciais é o Direito Empresarial.

Palavras-chaves: Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Análise Econômica do Direito. Proteção. Direito Empresarial.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte; 1.1 Conceito de ME e EPP; 1.2 Enquadramento, restrições e desenquadramento; 1.3 Tratamento diferenciado previsto na lei 123/06; 1.3.1 Tributário; 1.3.2 Previdenciário e trabalhista; 1.3.3 Crédito; 2 Análise Econômica do Direito; 2.1 Conceito; 2.2 Princípios e Premissas; 2.3 Análise Econômica do Direito e das Organizações; 2.4 Teorias que embasam a AED; 3 Análise do Estatuto à luz da AED; 3.1 Princípios Constitucionais; 3.2 Eficiência da Lei Complementar 123/06; Conclusão; Referências.

¹ Artigo de Direito Empresarial elaborado sob a orientação da professora Roseli Rêgo.

² Graduando do Curso de Direito da Universidade Salvador- UNIFACS.

INTRODUÇÃO

São muitas as diferenças entre a economia e o direito, mas não podemos desconsiderar que eles se complementam.

Economia é uma ciência que tem três abordagens: a primeira é a tensão entre a necessidade e recursos; a segunda é a ênfase em compreender o comportamento humano e as formas de organização da sociedade para administrar a tensão básica entre fins e meios e a terceira os elementos de limitação de meios, multiplicidade de necessidades e mecanismos de alocação e distribuição de recursos.

A teoria econômica está dividida em microeconomia e macroeconomia. O objeto da primeira é o comportamento do consumidor e da empresa, a tecnologia de produção, o ambiente no qual a empresa está inserida e a sua concorrência. Já a macroeconomia analisa as consequências das políticas econômicas adotada pelo país, tendo como objetivo a análise da aplicação da política econômica e o crescimento econômico em relação ao nível de emprego, inflação, câmbio, sistema financeiro e balança comercial.

O direito é a ciência normativa que busca determinar o comportamento humano através de regras de conduta social para resolução de conflitos entre os homens com o objetivo de se obter a pacificação social. O poder estatal responsável pela solução das controvérsias e aplicação das leis é o Poder Judiciário.

O foco da economia está no sistema de trocas e de alocação dos recursos escassos. Neste processo de trocas existem as relações comerciais entre as unidades familiares, empresas e o governo, chamados de agentes econômicos, que são regulados pelo direito.

Assim, a análise econômica deve considerar o ambiente normativo que os agentes atuam. E o direito deve considerar os impactos na economia derivados das leis sobre os agentes econômicos, pois é através da lei que os agentes econômicos poderão receber incentivos e benefícios que possibilitarão o incremento dos seus resultados permitindo que os microempresários e empresários de pequeno porte possam competir de maneira igualitária com as médias e as já existentes no mercado.

O Estado tem o papel de garantir às empresas um ambiente próspero e seguro, criando condições para que novas instituições sejam criadas, inclusive com outros arranjos

institucionais, como os casos das microempresas e empresas pequeno porte, que necessitam que um tratamento específico seja dado a elas.

Vale dizer que o direito econômico relaciona-se com aspectos políticos econômicos do Estado. Ele se preocupa com a organização da economia e sua condução em prol do crescimento econômico.

A análise referente ao estatuto da micro e pequena empresa a partir da Análise Econômica do Direito é nova e sua discussão ganha espaço no mundo acadêmico. Assim, a proposta deste artigo é a análise dos princípios e métodos da teoria da Análise Econômica do Direito para a proposição de linhas mestras para a efetividade do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil.

1 ESTATUTO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Hodiernamente a Constituição Federal não abarca apenas as garantias e direitos fundamentais, nela também estão consagrados aspectos da ordem econômica e social na qual o Estado tem papel fundamental, regulando e incentivando a atividade econômica.

Há previsão no texto constitucional brasileiro de instrumentos de natureza econômica e social, entre eles, por exemplo, está o tratamento favorecido às micro e pequenas empresas.

O tratamento específico às microempresas e empresas de pequeno porte surgiu diante da necessidade de incrementação e desburocratização da atividade empresarial.

Ao conduzir a atividade econômica, o Estado se relaciona com os agentes econômicos que são o motor do desenvolvimento do capitalismo. Atento a isto, o Estado brasileiro conferiu um tratamento diferenciado ao ordenamento pátrio a elas.

Além disso, a microempresa e empresa de pequeno porte têm uma relevância muito grande na economia e a política econômica tem um papel fundamental no desenvolvimento destas empresas. Daí o surgimento de um tratamento diferenciado para estas organizações.

Atualmente, o Brasil tem mais de 6,1 milhões de micro e pequenas empresas, que totalizam 99% dos negócios do país, segundo a quarta edição do Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2010-2011 (publicação feita pelo Sebrae, em parceria com o Dieese com o

objetivo de reunir um conjunto de dados sobre o perfil e dinâmica do segmento das micro e pequenas empresas).

1.1 CONCEITO DE ME E EPP

A lei 123/2006 considera como microempresa e empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o microempreendedor individual desde que respeitados os limites da receita anual bruta³ por ela estabelecido e devidamente registrada no órgão competente.

O conceito de microempresa e empresa de pequeno porte tem como fator objetivo a renda auferida durante o exercício financeiro. Segundo André Ramos Tavares, “o que a lei deve e pode concretizar, em termos numéricos preciosos, é o critério discriminador (que é necessariamente o da renda bruta) para fins de implementar a distinção entre as empresas que se beneficiarão do privilégio constitucionalmente elaborado”⁴.

1.2 ENQUADRAMENTO, RESTRIÇÕES E DESENQUADRAMENTO

O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte é mais do que uma lei em vigor no ordenamento brasileiro, ela representa o início da implantação de políticas públicas voltadas ao apoio e incentivo a estas empresas. O Estatuto parece ser um marco inicial no desenvolvimento de leis que são formuladas com a preocupação na eficiência econômica e os seus custos de transação.

O que se espera com o Estatuto é que com os incentivos e benefícios concedido a produção aumente e estimule a economia com a criação de novos empregos, aumento de renda, maior consumo dentre outras fatores fundamentais para o desenvolvimento econômico.

O critério para uma empresa ser caracterizada como micro ou de pequeno porte é a sua receita bruta e elas devem estar registradas no registro de empresas mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

³ A lei prevê para as microempresas que o seu faturamento anual bruto possua o limite máximo de R\$ 360.000,00. Já para as empresas de pequeno porte o valor deve ficar entre R\$ 360.000,00 e R\$ 3.600.000,00.

⁴ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 217.

O extenso rol de restrições está previsto no artigo 17 da lei 123/2006 e apresenta um grande número de atividades econômicas que não podem se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado (benefício tributário).

Quanto ao desenquadramento, a ME ou EPP perderá os benefícios caso incida sobre ela alguma hipótese do artigo citado acima ou se não obedecer às peculiaridades para que a Pessoa Jurídica possa gozar dos benefícios da lei previstas no artigo 3º, § 4, da lei 123/2006.

A empresa de pequeno porte será excluída se ultrapassar o valor máximo, assim, terá como consequência a perda dos benefícios da lei.

Caso a microempresa ultrapasse o limite da renda bruta anual, o valor de R\$ 360.000,00, durante o exercício financeiro, ela passará à condição de empresa de pequeno porte no ano calendário seguinte. O mesmo vale para a empresa de pequeno porte que aufera rendimentos brutos menores do que o seu limite mínimo – ela passará no ano calendário seguinte para a condição de microempresa e se ultrapassar será excluída do regime especial.

1.3 TRATAMENTO DIFERENCIADO PREVISTO NA LEI 123/06

O mercado no qual os microempresários e empresários de pequeno porte exercem suas atividades empresárias se caracteriza por uma contínua mobilidade, daí a necessidade de uma evolução legislativa por parte do Estado, equilibrando os seus interesses e os das empresas.

As microempresas e empresas de pequeno porte possuem um tratamento jurídico diferenciado específico. Este tratamento visa o estímulo do crescimento econômico, através de incentivos mediante a simplificação nas suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias, creditícias e outros como a criação de programas de inovação técnica da operação destas empresas.

Assim, o micro e pequeno empresário se beneficiam do tratamento favorecido concedido a suas empresas, pois possuirão menos encargos, ônus e obrigações, e mais auxílio, suporte e apoio para desempenho da sua atividade econômica, desde que a atividade exercida não esteja vedada na lei.

Este tratamento diferenciado constitucional posto pelo legislador reconhece sua importância, hipossuficiência e se coaduna com o princípio da igualdade.

1.3.1 TRIBUTÁRIO

“O mecanismo tributário do Supersimples unificou o recolhimento de oito impostos, além das contribuições Federais, Estaduais e Municipais. O seu recolhimento é único, ou seja, num único documento ou formulário, reduzindo a burocracia”⁵.

O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional (conforme o artigo 13 da lei) – abrange um sistema de desoneração tributária e simplificação de procedimento de várias ordens. Ela se traduz, em síntese e no campo tributário, na concentração num único recolhimento mensal do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), imposto sobre produtos industrializados (IPI), contribuição social sobre lucro líquido (CSLL), contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), contribuição para PIS/Paseb, contribuição patronal previdenciária CPP – prevista no artigo 22 da lei 8.212/91 salvo nos casos do artigo 18, § 5, alínea C, em nova redação dada a lei 123/06 (obras de engenharia civil em geral, serviços de paisagismo e decoração de interiores e serviços de vigilância limpeza ou conservação) – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação (ICMS) e imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS).

Este recolhimento será pago mensalmente, em documento único, pela ME e EPP segundo tabela anexa à lei. Trata-se de um percentual que incide sobre o valor do faturamento bruto delas.

A ME e EPP estão dispensadas do pagamento das demais contribuições para entidades de serviço social autônomo e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Assim, o tratamento tributário concedido a elas, o SIMPLES, permite que a arrecadação de impostos e contribuições no âmbito da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal seja feito através de regime único. Se por um lado isto facilita o maior controle pelo poder público, por outro busca diminuir a burocracia e onerosidade dos micros e pequenos empresários, de forma a torná-los mais competitivos na sua atividade empresária.

⁵ GUERRA, Luiz Antônio. Temas de direito empresarial. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 26.

1.3.2 PREVIDENCIÁRIO E TRABALHISTA

A lei, em seu artigo 51 dispensa a ME e EPP de: afixação de quadro de trabalho em suas dependências, da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro, de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem, da posse do livro de Inspeção do Trabalho e de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

No artigo 52 da lei há previsão que a ME e EPP devem: fazer anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; arquivar documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações; apresentar Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social e apresentar as Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais.

O artigo 54 da lei faculta ao empregador da microempresa ou da empresa de pequeno porte ser representado perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário.

1.3.3 CREDITÍCIO

Muitos dispositivos de leis e programas de governo têm buscado garantir a ME e EPP condições mais favoráveis de crédito e encargos financeiros menos onerosos com maiores prazos através de entidades de fomento e desenvolvimento como o BNDES, por exemplo.

Na lei 123/06 há previsão no seu artigo 57 que: “o Poder Executivo federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais garantindo seu estímulo e apoio à inovação”.

Para Luiz Antônio Guerra “quanto ao estímulo ao crédito e à capitalização, o Poder Público Federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso dos micros e pequenos empresários aos mercados de créditos e de capitais, objetivando o custo de

transação, elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente de concorrência e a qualidade do conjunto informacional”⁶.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O termo em inglês é *Law and Economics*. Sua tradução mais literal para o português é “Direito e Economia”, que é utilizada por alguns autores. Contudo para a elaboração do artigo será utilizada a expressão “Análise Econômica do Direito” (AED) que denota o mesmo sentido das outras duas.

Em que pese o tema ser contemporâneo, a sua origem está no Direito Romano, pois a partir deste período houve uma evolução da consciência social e das circunstâncias de fato que originaram a atividade jurisdicional voltada para a interpretação das normas de direito, desenvolvendo e adaptando o direito existente às necessidades sociais.

No Brasil, o tema entre Direito e Economia é recente, para Ronaldo Vasconcelos, “por muitos anos os operadores do direito, no Brasil, enxergaram o sistema jurídico como um mero sistema de punição e coação, sem compreender todo o arsenal de subsídios que a teoria econômica poderia fornecer ao conjunto de normas”⁷.

O debate sobre o tema no país se desenvolveu na década de 1980, com o fracasso de inúmeros planos econômicos e a alta inflação na época. A Constituição de 1988 foi promulgada num ambiente econômico incerto e por isso o poder constituinte inseriu nos seus dispositivos legais vários conceitos abertos possibilitando diferentes interpretações ao Poder Judiciário, e posterior complementação através de leis pelo Poder Legislativo. Para Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, “alguns dispositivos legais abertos no sentido de sua vagueza e abrangência, não raros no Direito, foram celebrados na nova carta, tornando sua interpretação cada vez mais ampla”⁸.

⁶ GUERRA, Luiz Antônio. Temas de direito empresarial. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 27.

⁷ VASCONCELOS, Ronaldo. Nova Disciplina Jurídica das Empresas em Crise: Análise do Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas à luz de “Law & Economics”. //: PEREIRA, Guilherme Teixeira. (Coord.). Direito Societário e Empresarial: reflexões jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 257.

⁸ PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercado. 4. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 4.

Atualmente, a Constituição Federal do Brasil apresenta inúmeros dispositivos e princípios de ordem econômica e social o que efetivamente demonstra a preocupação e importância destes temas para o desenvolvimento sustentável do país e bem estar da sua população.

2.1 CONCEITO DE AED

O termo Direito e Economia “se refere a métodos de economia para resolver problemas legais e, inversamente, como o direito e as regras legais exercem impactos sobre a economia e seu desenvolvimento”⁹.

Vasco Rodrigues afirma que a AED tem dado atenção a duas questões: “quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico e qual o enquadramento jurídico que deveria existir”¹⁰. Para a primeira questão ele considera que as pessoas são influenciadas pelos incentivos na medida em que elas farão as suas escolhas de modo racional, com um maior benefício a baixo custo. A segunda questão decorre da preocupação dos economistas com a eficiência das normas.

Compreende-se, portanto, que a Análise Econômica do Direito considera o Direito um sistema aberto que influi e é influenciado pela economia e os seus fatos sociais existentes, sendo que os fatores econômicos deverão estar envolvidos no processo de criação de normas.

2.2 PRINCÍPIOS E PREMISSAS

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi consideram que a AED tem algumas premissas, quais sejam:

- a) O ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz – se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade.
- b) No processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem aos incentivos que recebem no ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços.

⁹ PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercado. 4 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 98.

¹⁰ RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 34.

c) As regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc...¹¹

Através da primeira premissa entende-se que os agentes econômicos são racionais e que buscam sempre maximizar o seu bem, de acordo com o benefício auferido. “Os agentes econômicos para realizar suas escolhas sempre se basearão na adequação racional e eficiente dos fins aos meios”¹².

A segunda premissa é consequência da primeira já que os consumidores maximizam seus resultados reagindo aos preços do mercado e incentivos. Afirma Ronaldo Vasconcelos. “Se os indivíduos maximizam suas satisfações racionalmente, há sempre uma resposta ao sistema de incentivos de preços”¹³.

A terceira premissa consiste em analisar a eficiência econômica das normas jurídicas, como preceitua Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, “neste sentido, a eficiência se torna um critério básico para analisar a qualidade das normas legais e da sua aplicação”¹⁴.

Reporta-se à mesma ideia Rachel Sztajn, “comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torna-las cada vez mais eficientes”¹⁵.

Tratando do assunto Vasco Rodrigues¹⁶, define que a AED tem três princípios econômicos, o da escolha racional, equilíbrio e eficiência.

No princípio da escolha racional admite-se que os agentes econômicos têm um conjunto de preferências estáveis e pré-determinadas. Cada escolha será determinada pela maximização da utilidade que lhe proporcionam de acordo com as expectativas relacionadas aos benefícios esperados paralelamente aos custos.

O princípio do equilíbrio diz que se os interessados em adquirir um determinado produto puderem negociar livremente com os seus detentores, na defesa dos seus interesses individuais, o mercado tenderá a gerar um preço para o qual a quantidade que os primeiros

¹¹ PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercado. 4 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89.

¹² *Ibidem, loc. cit.*

¹³ VASCONCELOS, Ronaldo. Nova Disciplina Jurídica das Empresas em Crise: Análise do Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas à luz de “Law & Economics”. In: PEREIRA, Guilherme Teixeira. (Coord.). Direito Societário e Empresarial: reflexões jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 258.

¹⁴ PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁵ STZAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus, 2005, p. 75.

¹⁶ RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 12.

querem comprar é igual a que os segundos querem vender. Consequentemente o preço é o incentivo que leva o agente a adotar determinada postura.

O princípio da eficiência é quando a livre negociação entre os indivíduos, na defesa dos seus interesses individuais, gera resultados eficientes. Considera uma situação mais eficiente que a outra quando a passagem da primeira para segunda aumenta a utilidade de alguém sem diminuir a de ninguém.

Apesar de apresentarem diferentes conotações nota-se que os princípios e premissas apresentados pelos teóricos acima tem os mesmos pilares que sustentam e embasam a AED, são eles: que as pessoas reagem a estímulos e incentivos de acordo com a análise de custo-benefício para maximizar seus resultados de forma racional, que elas são orientadas pela política de preços existentes e que a eficiência econômica é influenciada pela qualidade e aplicação das normas.

2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DAS ORGANIZAÇÕES

O principal trabalho a respeito do assunto é de Oliver Williamson que inseriu na AED as Organizações por considerá-las importantes na compreensão do assunto. Ele partiu do trabalho de Ronald Coase que contribuiu para a aproximação das organizações com a AED e utilizou o ferramental teórico da Nova Economia Institucional.

Para Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn.

A Análise Econômica do Direito e das Organizações vem evoluindo em ritmo acelerado, criando-se núcleos em diferentes universidades. Verifica-se, por isso, que existem várias correntes de *Law and Economics* que adotam postulados metodológicos diversos para a explicação entre Direito e Economia. Destacam-se entre eles, a *New Institutional Law and Economics*, o estudo do Direito, Economia e Organizações, que inclui a análise do papel desempenhado pelas instituições e organizações sociais, propondo a interação contínua entre normas, Direito positivado ou não, isto é, regras formais e informais¹⁷.

O trabalho de Oliver Williamson “ressalta o papel das Organizações como forma de coordenar e minimizar os custos de transação, definidos com os custos de desenhar, monitorar e exigir o cumprimento de contratos”, (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN¹⁸).

¹⁷ STZAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus, 2005. p. 2.

¹⁸ *Ibidem*, p. 9.

Para Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, “Oliver Williamson afirma que a teoria neoclássica da firma vista como função de produção é um construto tecnológico segundo o qual o funcionamento interno da firma (e de outros modos de organização) é negligenciado”¹⁹.

As organizações são reguladas pelo Direito Empresarial que abrange temas como: sociedades empresariais, títulos de crédito, contratos mercantis, propriedade intelectual, relação jurídica de consumo, relação concorrencial, locação empresarial, falência e recuperação de empresas. Segundo Fran Martins, “Direito Comercial é o conjunto de regras jurídicas que regulam as atividades das empresas e dos empresários comerciais, bem como os atos considerados comerciais, mesmo que esses atos não se relacionem com as atividades das empresas”²⁰.

Este conjunto de normas jurídicas existe para preservar as empresas e criar um ambiente adequado para que elas possam desempenhar adequadamente sua atividade empresária.

As microempresas e as empresas de pequeno porte possuem um tratamento diferenciado previsto na Constituição Federal de 1988, no estatuto que as regulam e em outras leis esparsas justamente para que elas alcancem bons resultados, seja eficiente na alocação dos seus recursos e que possam prosperar no mercado.

2.4 TEORIAS QUE EMBASAM A AED

Análise Econômica do Direito possui algumas teorias que serviram para sua construção e desenvolvimento contribuindo para seu embasamento e sustentação teórica. São elas: a teoria do custo de transação, teoria econômica da propriedade, teoria econômica do contrato e teoria dos jogos.

Para Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi:

Os custos de transação compreendem a realização de cinco etapas que deverão ser cumpridas para ocorrer uma transação. A primeira etapa é a informação sobre o preço, distribuição e a busca por eventuais vendedores e compradores. A segunda etapa é a negociação e o acerto das condições do negócio. A terceira é a formalização dos contratos, com o registro nos órgãos competentes. O quarto é o monitoramento dos parceiros contratuais para verificação se o pactuado está sendo

¹⁹ STZAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus, 2005. p. 10.

²⁰ MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais e fundo de comércio, Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

cumprido. E a quinta e última etapa é a aplicação do contrato ou recuperar os direitos de propriedade violados²¹.

O custo de transação surge quando os agentes do mercado estão efetuando transações, trocas, compras, celebrando contrato, comercializando direitos entre si, dentre inúmeros outros exemplos. Este custo é relevante para o Direito, pois se ele estiver elevado demais haverá a necessidade de uma intervenção jurídica para equilibrar a relação das partes envolvidas.

O objetivo da análise econômica do direito sobre a propriedade é analisar como os direitos de propriedade afetam a conduta dos agentes econômicos e como os custos decorrente dela podem ser controlados e minimizados pelo Estado, seja pela elaboração de leis eficientes ou por decisões judiciais que apliquem o princípio da eficiência da AED. A postura do judiciário para a AED deve compreender as consequências que as suas decisões vão criar.

Quando os custos de transação são baixos a análise do direito recomenda que a lei seja estruturada removendo os obstáculos à negociação privada. Porém quando estes custos forem altos a postura do Estado deve ser seguir a teoria, conferir incentivos aos agentes para que eles possam prosperar.

Ronald Coase foi o primeiro que tratou dos custos envolvendo a tradição entre os indivíduos, em 1937, com o artigo *The Nature of the Firm*. Neste artigo, Coase analisou os custos entre as transações que ocorriam dentro da empresa e aquelas no mercado entre empresas e as medidas que podem ser tomadas para que a existência dos custos de transação não prejudicassem a economia e sua eficiência.

Para Vinicius Kleim, o Teorema de Coase pode ser entendido como “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade desse bem”²².

Sobre a teoria dos contratos Maurício Vaz Lobo Bittencourt afirma que:

Foi desenvolvida a partir dos anos de 1980, e que conta com uma análise dinâmica de como os contratos de compra e venda de bens e serviços ocorrem e são normatizados, a partir do princípio da eficiência econômica. Neste tipo de análise são considerados elementos bastante complexos, tais como a incerteza e o risco, assimetria de informação, o tempo, comportamento dos agentes, tipos de contratos-

²¹ PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercado. 4 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

²² KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. // RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71.

se incompletos, passíveis de serem renegociados, etc.- permitindo inclusive, analisar questões de direito de propriedade e controle²³.

A Teoria dos jogos foi desenvolvida por matemáticos e economistas, surgiu em 1930 para entender o comportamento da economia. Durante os anos de 1950 e 1960 foi utilizada pelas grandes potências para montar seus arsenais nucleares. Hoje, ela é utilizada por outras ciências, como Administração, Computação, Biologia, Direito, dentre outras.

A Teoria estuda situações estratégicas e a análise comportamental dos agentes envolvidos numa relação racional ou negocial. Ela permite através de suposições e montagem de eventual cenário a análise do processo de decisão das pessoas envolvidas. Assim, acredita-se que elas possam melhorar seus desempenhos em uma eventual disputa. Resumido, os cenários podem ser previstos se pensados e montados estrategicamente. Uma pessoa só consegue tomar as melhores decisões caso conheça bem os interesses dos agentes envolvidos na disputa. Quem conhece o jogo consegue maximizar as chances de ganho.

3 ANÁLISE DO ESTATUTO À LUZ DA AED

Conforme apresentação dos dados relativos à quantidade, empregabilidade e participação no PIB referente às microempresas e empresas de pequeno porte constata-se a sua importância e a necessidade de um tratamento diferenciado para o desenvolvimento delas.

Porém, concorre com estes dados o fato de que o número de empresas destes portes que pedem recuperação judicial e falência ou encerram suas atividades de maneira pré-matura é alto. Foi visto, por exemplo, que a taxa de mortalidade dessas empresas é de 27% até elas completarem dois anos de fundação.

A Análise que será feita a seguir refere-se à eficiência da norma protetora da ME e EPP à luz da AED diante dos resultados encontrados.

²³ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. // RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (coords.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 33.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Todos os ramos do direito derivam da Constituição Federal, que não pretende ser política, mas também social e econômica. Antes, a Constituição era vista apenas como instrumento político, que visava basicamente a proteção dos direitos fundamentais. Com o desenvolvimento industrial a preocupação foi ampliando e passou a incorporar aspectos econômicos e sociais.

No Brasil, os instrumentos da ordem econômica e social foram bastante discutidos pelo poder constituinte originário, que para o presente estudo tem importância o título VII – Da ordem econômica financeira da Constituição Federal, mais especificamente o capítulo I referente aos princípios gerais da atividade econômica.

Os princípios da ordem econômica e financeira estão elencados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

A maioria da doutrina entende que existem outros princípios, além destes elencados, que afetam a atividade econômica, confirmando o caráter econômico da constituição brasileira que adota uma economia de livre mercado.

Além dessas razões acima e pela importância das microempresas e empresas de pequeno porte no cenário nacional (geração de riqueza para economia), o Estado brasileiro aplica o princípio da igualdade, tratando os desiguais de forma desigual, já que os micros e pequenos empresários são considerados hipossuficientes.

A Constituição Federal traz nos artigos 170, inciso IX e no artigo 179 a previsão do princípio do tratamento diferenciado às Micro e Pequenas Empresas no Brasil.

Sobre o alcance das normas constitucionais citadas no parágrafo anterior, André Ramos Tavares interpreta que “enquanto o inciso IX do artigo 170 menciona as empresas de pequeno porte, o artigo 179 menciona as microempresas e empresas de pequeno porte. A interpretação mais adequada pressupõe a verificação do objetivo de cada uma das normas”²⁴.

Enquanto o artigo 170 fala-se de tratamento favorecido, no artigo 179 fala em tratamento diferenciado, no sentido de favorecido (o que fica claro pelas referências posteriores

²⁴ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-214.

constantes do mesmo artigo 179). E já que a renda das empresas é o fator determinante para auferir as benesses, seria incongruente admitir esse tratamento para as empresas de pequeno porte (únicas referidas no artigo 170), mas recusá-lo para microempresas, que do ponto de vista do critério constitucional seriam as primeiras a necessitar do tratamento favorecido.

Portanto, quando a Constituição, no artigo 170, elencou apenas empresas de pequeno porte, devem-se considerar aí incluídas também as microempresas. Perante o critério constitucional utilizado para identificar essas empresas, se as empresas de pequeno porte devem fazer jus ao tratamento, com muito maior razão também devem fazer jus a ele as microempresas.

O princípio do tratamento favorecido pode ser traduzido como aquele que tem como objetivo corrigir as discrepâncias entre as grandes empresas e as ME e EPP. O objetivo é incentiva-las através de tratamento mais benéfico por meio de simplificações já vistas para que elas possam competir no mercado que atuam, sobretudo devido a sua vulnerabilidade.

Este princípio revela conexão com outros, conforme leciona André Ramos Tavares:

Qual seja, o princípio do desenvolvimento nacional, é que por meio do regime simplificado permite-se que determinado segmento de empresas se desenvolva, gerando empregos e riqueza para nação. Também se nota, pois, a ligação com o princípio da livre iniciativa e concorrência, pois de outra forma seria inviável que esse segmento pudesse manter-se na economia nacional. Acaba sendo tutelado indiretamente o consumidor (além do mercado propriamente dito), já que esta tutela acaba por gerar um mercado aberto a novos agentes, dificultando a formação de grandes empresas que dominem todo o segmento econômico, impondo preços abusivos²⁵.

O Brasil adota o sistema econômico capitalista norteado por uma economia liberal. Num primeiro plano permite-se afirmar que o Estado garante que os agentes econômicos atuem livremente no mercado. E num segundo momento para funcionalização deste direito, ele intervém na economia para proteção dos interesses coletivos.

Cabe, portanto, ao Estado, as leis e às Organizações propiciarem um ambiente seguro capaz de assegurar que seus agentes atuem de maneira eficiente, maximizando as escolhas a um baixo custo de transação.

Por estas razões, do ponto de vista econômico, houve uma preocupação do legislador com a real finalidade da ordem econômica que é assegurar a existência digna e igualitária dos indivíduos com os preceitos da justiça social.

²⁵ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 215.

3.2 EFICIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 123/06

Conforme visto há previsão na Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar 123/06 que as microempresas e a empresas de pequeno porte possuirão um tratamento diferenciado com mais apoio e incentivo e menos encargos e obrigações. Assim, o legislador conferiu a ME e EPP um tratamento mais benéfico na área tributária, trabalhista previdenciária, creditícia dentre outras que objetivam facilitar a atividade dessas empresas (como a desburocratização). Foi tratado em tópico específico que a AED tem duas abordagens: a positiva e a normativa.

Sob o enfoque positivo da Análise Econômica do Direito (o que é) a lei 123/2006 busca estimular a conduta dos micro e pequenos empresários oferecendo-lhes benefícios que servem de incentivo à continuidade da atividade empresarial que eles exercem. Sem dúvida, o estatuto tem um impacto e uma consequência positiva para os agentes econômicos (diminuição dos custos de transação), mas o seu impacto poderia ser maior.

Através do enfoque normativo (o que deveria ser) da teoria percebe-se que a lei complementar utilizou alguns princípios econômicos (como uma melhor alocação dos recursos, ganho de produtividade, racionalidade e eficiência) para estabelecer regras legais baseadas nas consequências econômicas que elas poderiam causar quando elas fossem aplicadas.

A Análise Econômica do Direito traz alguns de seus princípios como a racionalidade, a maximização dos resultados (utilidade) e a eficiência para o ordenamento jurídico.

A seguir será analisada a eficiência econômica da norma jurídica (eficiência do Direito) aplicada às microempresas e às empresas de pequeno porte para a averiguação da existência de uma proteção a estas empresas à luz da Análise Econômica do Direito.

O princípio da eficiência é que serve de instrumento para a análise da existência ou não do núcleo do presente trabalho. Ou seja, se as regras legais que regulam as microempresas e as empresas de pequeno porte são eficientes, qual o impacto delas na atividade empresarial, qual a reação do micro e pequeno empresário ao incentivo e se as normas jurídicas de fato reduzem o custo de transação.

No aspecto tributário é de conhecimento geral que carga tributária no Brasil é bastante elevada. Em 2011, ela terminou o ano em 36% do Produto Interno Bruto Ou seja, para cada R\$ 100 de faturamento uma empresa pagou R\$ 36,00 de tributo.

Neste aspecto o legislador buscou através do SIMPLES NACIONAL diminuir os custos de transação já que essas empresas recolhem através de um único documento os impostos e contribuições federais, estaduais e municipais. Elas contribuem de acordo com a tabela vigente e sua alíquota varia de acordo com a atividade e o seu faturamento (entre 4,50% 16,85% da receita bruta).

Ocorre que, o SIMPLES abarca apenas alguns impostos e contribuições e existem outras fontes de arrecadação Federal, Estadual e Municipal que não estão inseridos e fazem parte da realidade da ME e EPP. Os micros e pequenos empresários devem se preocupar com mais 27 legislações que normatizam os tributos estaduais, além de cada município possuir uma própria que dificulta a aplicação e o entendimento do SIMPLES.

Verifica-se com isto que sob o enfoque normativo da AED a lei não protege os micros e pequenos empresários, pois ela foi criada com o objetivo de propiciar um ambiente mais favorável ao empreendedorismo o que não ocorre atualmente.

No campo trabalhista e previdenciário os benefícios não foram tão extensos quanto deveriam ser para os micros e pequenos empresários. No campo trabalhista, as micros e pequenas empresas têm que atender ao mesmo regime jurídico aplicável às grandes empresas. Deve-se buscar um meio para que se estabeleça um regime especial trabalhista e previdenciário para estas companhias.

Elas devem fazer anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; arquivar documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias enquanto não prescreverem essas obrigações, apresentar Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; dar informações à Previdência Social e apresentar as Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais. Ou seja, elas têm praticamente as mesmas obrigações das empresas de maior porte conforme o artigo 52 da lei.

Entrou em vigor em 2012 a exigência da Certidão Negativa de Débitos trabalhistas (CNDT) para as empresas, ela servirá para comprovar a inexistência de débitos da empresa com a Justiça do Trabalho. Essa certidão passou a ser exigida a partir desse ano para organizações que participem de licitações públicas. Ou seja, não houve um tratamento diferenciado para a ME e EPP, na verdade, isto representa mais burocracia às suas atividades.

A Lei complementar 123/2006 previu um tratamento diferenciado de acesso ao crédito, contudo, há uma série de exigências e obstáculos para sua obtenção. Assim, a tentativa legal de assegurar o crédito a essas companhias não corresponde à realidade. Pelo princípio da

racionalidade e maximização da utilidade da teoria da AED os micros e pequenos empresários irão analisar o custo benefício caso optem por um empréstimo (taxa de juros).

Pela teoria da assimetria verifica-se que as empresas que possuem maiores informações têm acesso primeiro ao crédito oferecido pelas instituições governamentais.

Essas instituições muitas vezes não observam a intenção do legislador que é facilitar o acesso ao crédito a ME e EPP. Na realidade elas facilitam a obtenção de créditos para as empresas possuidoras de grandes capitais que se escondem atrás de interesses capitalistas ou pessoais. Para Fran Martins “critica-se o propalado acesso ao crédito e as condições de mercado, em tese, não são consolidadas, haja vista as exigências e dificuldades do sistema financeiro na concessão de recursos ou no repasse daqueles empenhados pelo BNDES”²⁶.

Através de incentivo ao crédito e a linhas especiais com taxas de juros diferenciadas, estas empresas seriam beneficiadas o que possibilitaria a redução dos custos de transação e a sua manutenção no mercado em condições de igual concorrência com empresas de médio ou grande porte e as já existentes.

Outros aspectos em relação aos incentivos e benefícios foram inseridos na lei, como, por exemplo, uma maior simplificação para o processo de abertura e fechamento delas.

Mas sob o ponto de vista positivo da abordagem da AED isto não se verifica, pois a abertura de uma empresa no Brasil é extremamente desgastante e demora no mínimo 180 dias. O entendimento de Fran Martins é que “a série de exigências que se oferece ao pequeno empreendedor, consoante dados das entidades representativas e do próprio Sebrae, não comungam do pensamento da ordem constitucional, mostrando-se refratário ao dinamismo e ao espírito criativo do empresário”²⁷.

No que se refere às obrigações elas têm que prestar as mesmas informações e declarações das médias e grandes empresas, não houve neste aspecto uma proteção adequada às empresas hipossuficientes.

Sobre o aspecto licitatório essas organizações tem benefícios que garantem a elas uma proteção em relação às demais empresas concorrentes, pois elas poderão concorrer no processo licitatório mesmo havendo restrições tributárias bem como havendo empate, o

²⁶ MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais e fundo de comércio. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 151.

²⁷ *Ibidem*, p. 149.

critério de desempate é a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Compreende-se que a Análise Econômica do Direito procura analisar como as normas e as legislações afetam a conduta dos agentes econômicos e sugere que para a formulação destas haja a inter-relação com os princípios e métodos econômicos, buscando a eficiência e qualidade delas.

Assim, as normas e legislações podem evoluir de acordo com sua interação com os fatores econômicos. A teoria de *Law & Economics* se detém nas relações legais que regem a sociedade. A combinação da alteração legislativa com o impacto dos incentivos tem efeito determinante sobre a economia, conferindo uma maior eficiência nas relações entre os agentes.

CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito surgiu a partir de 1960 e só começou a ser tratada no Brasil em 2004. É uma teoria nova que possui alguns princípios e premissas que servem para sua fundamentação teórica. Nela as leis devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas de maneira eficiente. A teoria se utiliza de princípios econômicos para o auxílio na elaboração e análise das leis, servindo para que os juristas as apliquem de maneira adequada considerando aspectos econômicos e sociais.

Não há como pensar no Direito e Economia sem uma análise Organizacional já que as empresas são organismos vivos em constante mutação e que possui uma grande relevância social.

Sob o enfoque da AED confirma-se a hipótese que o papel do estado é incentivar o comportamento das pessoas propiciando um equilíbrio entre os agentes econômicos e para isso deve tratar os desiguais de forma desigual.

O objetivo da Lei Complementar 123/06 é estimular a conduta dos micros e pequenos empresários oferecendo-lhes incentivos e benefícios para o desempenho da sua atividade empresária no campo tributário, trabalhista, previdenciário, creditício e outros. O estatuto

trouxe, sem dúvidas, consequências positivas para os agentes econômicos diminuindo seus custos de transação (sobretudo no aspecto licitatório).

Contudo, foi verificado no presente trabalho que sob o enfoque da AED a lei não protege como deveria a microempresário e o empresário de pequeno porte. E que apesar de haver um tratamento diferenciado no ordenamento brasileiro para eles, as normas constitucionais e infraconstitucionais não conseguem obter efetividade, não refletindo a realidade substancial do mercado.

No aspecto tributário não foram contemplados todos os tributos. No campo trabalhista e as obrigações contábeis a ME e EPP tem as mesmas obrigações das empresas de maior porte. Quanto ao crédito, em que pese haver previsão de facilitação o que se tem na prática são obstáculos de acesso a este. Sobre a desburocratização e simplificação para o processo de abertura e fechamento, o que se verifica é um prazo elevado para abertura e um alto custo de transação para o fechamento de uma empresa.

O Estado para a teoria deverá minimizar os custos de transação para aumentar a eficiência econômica e incentivar o indivíduo a agir de determinado modo. E o Direito serve como meio para que ele alcance seus objetivos. Assim, as regras legais devem ser baseadas nas consequências econômicas e os impactos que elas causarão, pois toda norma tem aspectos econômicos O que de fato foi observado timidamente pela lei 123/06.

O tratamento diferenciado previsto não foi observado. A lei não tratou de modo diferenciado a ME e EPP conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988, ao contrário tratou de modo discriminatório algumas profissões, vedando-lhes o acesso ao SIMPLES NACIONAL. Não restando dúvidas que o inciso XI do artigo 17 da lei 123/2006 é inconstitucional.

Um dos aspectos centrais da AED é coordenar e minimizar os custos de transação, definidos com os custos de desenhar, monitorar e exigir o cumprimento de contratos e do direito à propriedade de modo eficiente e isso não foi observado pelo legislador nos dois artigos previstos nesta lei.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: **direito de empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Luiz Antônio. Temas de direito empresarial. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

KLEIN, Vinicius, Teorema de Coase. //:RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (coords.). O que é análise econômica do direito: **uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71-77.

MARTINS, Fran, Curso de Direito Comercial: **empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais e fundo de comércio**, Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Elias Rodrigues; REIS, João Emílio de Assis. //: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro. (coords.). Revista semestral de Direito Empresarial. Curitiba: Juruá, n.15, jan/jun. 2011, p. 135-152.

PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercado. 4 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: **uma introdução**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

STZAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Direito & economia: **análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Campus, 2005.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VASCONCELOS, Ronaldo. Nova Disciplina Jurídica das Empresas em Crise: Análise do Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas à luz de “Law & Economics”. //:

PEREIRA, Guilherme Teixeira. (Coord.). Direito Societário e Empresarial: **reflexões jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 249-277.