

MICROATIVIDADES E PEQUENAS ATIVIDADES
ECONÔMICAS BENEFICIÁRIAS DA LEI COMPLEMENTAR
N. 123/2006: O ARTIGO 3º DO ESTATUTO
NACIONAL DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE
PEQUENO PORTE

Gladston Mamede*

1 Primeiras linhas. 2 Empresário. 2.1 Incapacidade do empresário. 2.2 Falecimento do empresário. 3 Sociedades. 3.1 Sociedades de pessoas e sociedades de capital. 4 Limites da receita bruta. 4.1 Outras rubricas contábeis. 4.2 Ano-calendário. 4.3 Ano de início de atividades. 4.4 Alterações de condição. 5 Restrições subjetivas. 5.1 Sócio pessoa jurídica. 5.2 Estabelecimento secundário de pessoa jurídica estrangeira. 5.3 Concomitância de benefícios. 5.4 Participação societária em empresa não beneficiária. 5.5 Administração de outra sociedade. 5.6 Cooperativas, salvo as de consumo. 5.7 Participação no capital de outra pessoa jurídica. 5.7.1 Centrais de compra. 5.7.2 Bolsas de subcontratação. 5.7.3 Sociedades de garantia solidária. 5.7.4 Cooperativas. 5.8 Instituições financeiras, mobiliárias e securitárias. 5.9 Cisão ou desmembramento. 5.10 Sociedades por ações. 6 Exclusão do regime. 7 Especialidade tributária.

RESUMO

O presente ensaio propugna-se à análise da Lei Complementar n. 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte –, mormente no que tange à conceituação das microatividades e das pequenas atividades econômicas, bem como do alcance do regime desta lei às microatividade negociais e atividades negociais de pequeno porte.

PALAVRAS-CHAVE: Empresário. Sociedades. Microatividade. Pequenas atividades econômicas.

*Bacharel e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Diretor do Instituto Pandectas. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Autor da coleção *Direito Empresarial Brasileiro* (4 volumes) e do *Manual de Direito Empresarial*, ambos pela Editora Atlas.

1 PRIMEIRAS LINHAS

O legislador constitucional percebeu que a ordem econômica e financeira, fundada nos valores sociais da livre iniciativa e do trabalho, deveria ser equilibrada com princípios que, assim, foram inscritos nos incisos do artigo 170 da Carta Política. Entre tais princípios encontra-se o artigo 170, IX, a garantir “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” Um pouco adiante, o artigo 179 emenda: “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.” Definiu-se, por tais disposições, uma opção constitucional pela valorização das micro e pequenas atividades negociais, compreendidas como forma preferencial para a realização dos objetivos fundamentais da República.

Para o atendimento dessa disposição constitucional, utilizou-se inicialmente de uma norma recepcionada pela novel Carta: a Lei n. 7.256/84, já denominada de Estatuto da Microempresa. Em 1996 editou-se a Lei n. 9.317, definindo benefícios tributários e fiscais para microempresas e empresas de pequeno porte, permitindo-lhes optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, conhecido como SIMPLES/Federal. Em 1999, editou-se a Lei n. 9.841, instituindo o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, do qual constavam simplificação de obrigações administrativas, previdenciárias e creditícias. Tais normas são agora substituídas pela Lei Complementar n. 123/06, sobre as quais versa o presente estudo.

Ao instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei n. 123/06 estabeleceu uma série de *normas gerais* que alcançam os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Portanto, é norma que se destina aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, mais do que isso, que se aplica aos três níveis político-administrativos da República: federal, estadual (ou distrital) e municipal. E isto, no que diz respeito (1) ao Direito Tributário (*apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*), incluindo um *regime único de arrecadação*, e alcançando as obrigações fiscais acessórias, (2) o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, com tratamento específico no que toca o *cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias*, incluindo as respectivas *obrigações acessórias*, (3) *tratamento diferenciado e favorecido no acesso ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, acesso a crédito e à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão*, entre outras áreas.

O estabelecimento de um *tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte* não rompe, absolutamente, com

o princípio da isonomia entre as pessoas. Em fato, é constatação vetusta que o princípio da isonomia expressa-se pelo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Normas como a presente concretizam tal máxima de forma fundamentada e justificada. Reconhece-se a importância para a economia dos microempreendimentos e empreendimentos de pequeno porte, reconhece-se as dificuldades enfrentadas por tais empreendimentos e busca-se, a partir de um lastro constitucional, atribuir-lhes condições mais propícias ao sucesso.

É o artigo 3º que define microempresa e de empresa de pequeno porte, como tal considerando a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário que atendam os requisitos objetivos e subjetivos inscritos em seus incisos e parágrafos, como aqui se estudará.

2 EMPRESÁRIO

Empresário, segundo o artigo 966 do Código Civil, é a pessoa natural (pessoa física) que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços; portanto, é a pessoa natural que titulariza e exerce a empresa, não havendo a pessoa e a atividade, nem o respectivo patrimônio especificado para o seu exercício. O *empresário* é aquele que, por sua atuação profissional e com intuito de obter vantagem econômica, torna a empresa possível.

Empresa e empresário não se confundem, como não se confundem empresa e estabelecimento, ou seja, o *complexo organizado de bens*, nos termos do artigo 1.142 do Código Civil. A empresa é a organização de meios materiais e imateriais (estabelecimento), pessoas e procedimentos, para a consecução de determinado objeto (o objeto social), com a finalidade genérica de produzir vantagem econômicas (lucro) que sejam apropriáveis por seu titular, remunerando o *capital empresarial* nela investido.¹

Para fruir os benefícios do Estatuto Nacional da Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte, é indispensável estar devidamente registrado no Registro de Empresas Mercantis; obviamente, não há falar em Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nem mesmo Registro Civil de Pessoas Naturais, o que não atende, em nada, à regra do artigo 3º. Justamente por isso, o profissional autônomo não se beneficiará desta Lei Complementar n. 123/06; só o empresário, isto é, o titular de empresa, devidamente e regularmente registrado na respectiva Junta Comercial.

2.1 Incapacidade do empresário

Para assumir a condição de empresário, registrando-se na Junta Comercial, a pessoa natural deverá ser capaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, aplicados os artigos 3º a 5º e 972 do Código Civil, incluindo aqui o menor de 18 anos, mas maior de 16 anos, que tenha sido emancipado. Particular atenção

merece a situação criada pelo artigo 974 do mesmo Código Civil. Com efeito, se a inscrição como empresário não é permitida aos incapazes, a manutenção da empresa pelo incapaz é, em situações específicas, aceita pelo Código Civil. Nesses casos, a exploração da empresa se fará em nome do empresário/incapaz, mas por meio de representante ou assistente, condicionado à autorização judicial. Tal situação não interfere na condição de microempresário ou empresário de pequeno porte, ou seja, ainda que a empresa seja transferida para incapaz ou haja incapacidade superveniente do empresário, manter-se-á o direito aos benefícios definidos na Lei Complementar n. 123/06, desde que atendidos os seus requisitos.

Lembre-se que, para a proteção do incapaz, o artigo 974, § 2º, do Código Civil instituiu uma limitação de responsabilidade do patrimônio pessoal do empresário incapaz pelas obrigações oriundas da empresa, em situação análoga ao *estabelecimento individual de responsabilidade individual*, já reconhecido pelo Direito Europeu: “não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização”. Justamente por isso, entendo e reafirmo, para preservar os direitos e interesses legítimos de terceiros, a condição de empresário *incapaz autorizado* deverá constar do registro da firma, dando publicidade ao limite patrimonial decorrente de tal situação. Se não constar, o terceiro prejudicado poderá pretender a responsabilização daquele (representante ou assistente, Judiciário ou Junta Comercial) diretamente responsável pela omissão, aplicado os artigos 186 e 927 do Código Civil.²

Ainda que o uso da firma – e com ela, a administração da empresa – caiba ao representante do incapaz ou ao próprio incapaz, devidamente assistido, como se afere do artigo 976, parágrafo único, do Código Civil, o microempresário ou empresário de pequeno porte será o incapaz, titular da empresa. Desta forma, as balizas instituídas pelo § 4º, III, do artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06 – e que serão estudadas abaixo – tomam-se em relação ao incapaz e não ao representante/assistente autorizado; vale dizer, se o incapaz não é sócio de outra pessoa jurídica *que receba tratamento jurídico diferenciado* nos termos do Estatuto, com receita bruta ultrapassando o limite de que trata o inciso II do *caput* do artigo 3º, o fato de o representante/assistente ser sócio de outra sociedade, nas condições acima listadas, não impede o benefício. Diga-se o mesmo do fato de (1) *participar, com mais de 10% do capital, de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo* (inciso IV do mesmo § 4º); e (2) *ser administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo* (inciso V).

2.2 Falecimento do empresário

Com o falecimento do empresário, aplicados os artigos 6º e 1.784 do Código Civil, abre-se sua sucessão, ou seja, a *herança transmite-se, desde logo, aos*

herdeiros legítimos e testamentários. Importa, portanto, examinar o que se passará quando, em face da sucessão, a microempresa ou empresa de pequeno porte, for transferida ao meeiro, herdeiro ou herdeiros. Havendo transferência da empresa ao meeiro ou a herdeiro universal, sua manutenção como microempresa ou empresa de pequeno porte dependerá do fato deste, o novo titular, preencher os requisitos subjetivos para a fruição do benefício, designadamente, as limitações inscritas no artigo 3º, § 4º, incisos III a V, da Lei n. 123/06. Se tal não ocorrer, a perda da condição – e dos respectivos benefícios – será contada a partir do mês seguinte da transferência da empresa (estabelecimento e atividades), aplicado o § 6º, deste artigo 3º.

Mais complicada é a hipótese de a empresa dever ser atribuída a mais de uma pessoa: mais de um herdeiro ou, até, meeiro e herdeiro(s). Destaca-se a impossibilidade de haver co-titularidade (*condomínio*) da empresa, ao contrário do que se passa com o *condomínio de quota* e o *condomínio de ação*, criando um desafio. Em fato, ou a empresa é titularizada por uma única pessoa natural (empresário natural) ou por uma coletividade institucionalizada de pessoas (uma pessoa jurídica). A Junta Comercial não se acatará a pretensão de que seja titularizada por uma coletividade não institucionalizada, ou seja, por uma sociedade sem personalidade jurídica. Daí, quatro hipóteses se colocam: (1) encerramento das atividades da empresa, com apuração de seus haveres e baixa da inscrição do empresário; (2) a transferência da empresa a terceiro pelo espólio; (3) a destinação da empresa, no inventário, a um único herdeiro que, portanto, manter-se-á como empresário individual, sucessor do *de cuius* na titularidade da atividade; e (4) a instituição de uma sociedade empresária entre os herdeiros, cada qual recebendo o número de quotas ou ações correspondente ao seu direito à herança (legal e/ou testamentariamente definido) e o que se ajustar no inventário. Se a empresa for destinada a apenas uma pessoa, terceiro, meeiro ou um dos herdeiros, ter-se-á a mesma solução estudada no parágrafo anterior. Se for instituída uma sociedade empresária, será necessário atender aos requisitos subjetivos próprios das sociedades, e que serão estudados na seqüência. Se não forem atendidos, haverá perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte e, destarte, perda dos respectivos benefícios, contando-se a partir do mês seguinte à transferência da empresa (estabelecimento e atividades), do espólio para a sociedade constituída, aplicado o § 6º, deste artigo 3º.

3 SOCIEDADES

A leitura do *caput* do artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte revela que o legislador não se preocupou muito com os institutos jurídicos por ele mesmo criados. Refiro-me especificamente ao conceito de empresa que, entre nós, foi estabelecido pelos artigos 966 e seguintes da Lei n. 10.406/02 (Código Civil de 2002), abandonando a Teoria do Ato de Comércio que dava sustentação do Código Comercial de 1850, em proveito da Teoria da Empresa. Essa alteração teórica teve

reflexo direto no rol das pessoas jurídicas de Direito Privado. No regime anterior, tinha-se a fundação e a sociedade, dividindo-se esta última em cível e comercial (regrada pelo Código Comercial). No regime vigente, tem-se a fundação, a associação e a sociedade, esta última dividindo-se em simples ou empresária (artigo 982 do Código Civil). Ambas, sociedades simples e empresárias, dedicam-se à exploração de atividades econômicas (artigo 44, II, do Código Civil), mas, respeitado o artigo 1.150 do Código Civil, somente a sociedade empresária, vinculada ao Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), é titular de empresa; à sociedade simples, vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não corresponde empresa: sua atividade negocial e, mesmo, os bens que foram organizados para o respectivo exercício, não se caracterizam como empresa. Portanto, com a adoção da Teoria da Empresa faz-se necessário reconhecer que nem toda atividade negocial caracteriza empresa.³

Diante desta base teórica, devidamente positivada no Código Civil brasileiro, fica claro ser no mínimo estranha a afirmação, pelo *caput* do artigo 3º da Lei Complementar n.123/06, que a sociedade simples, devidamente registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, pode enquadrar-se como microempresa e da empresa de pequeno porte. Opõem-se, assim, o Código Civil e o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Essa antinomia, no entanto, não conduz a qualquer efeito prático; não houve derrogação da norma civil e, com ela, o enfraquecimento, entre nós, do Direito da Empresa. O legislador foi apenas – e mais uma vez, entre incontáveis outras – atécnico. A confusão de se falar numa empresa (micro ou pequena) titularizada e exercida por uma sociedade simples é fruto, simplesmente, do desejo de estender a tal tipo societário o tratamento diferenciado e favorecido desta lei complementar. O legislador simplesmente não se deu ao trabalho de distinguir entre atividade negocial e empresa, reconhecendo ser esta (a empresa) uma espécie – com características próprias, trabalhadas pela Teoria da Empresa – daquela (a atividade negocial).

Sendo certo que, respeitado o artigo 1.150 do Código Civil, somente a sociedade empresária, vinculada ao Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), é titular de empresa, e que à sociedade simples, vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não corresponde empresa, deve-se reconhecer que o Estatuto abrange as *microatividades negociais* e as *atividades negociais de pequeno porte* desempenhadas por sociedades simples e empresárias. Por isso, onde no estatuto lê-se microempresa e empresa de pequeno porte, deve-se ler, respectivamente, *microatividade negocial* e *atividade negocial de pequeno porte*, lembrando-se, uma vez mais, que tal ampliação beneficia apenas às pessoas jurídicas (sociedades simples) e não às pessoas naturais (profissionais autônomos): somente o empresário, devidamente registrado na Junta Comercial, beneficia-se do tratamento diferenciado e favorecido definido pela Lei Complementar n. 123/06.

3.1 Sociedades de pessoas e sociedades de capital

Tradicionalmente, o Direito Empresarial divide as sociedades empresárias em dois tipos: constituídas em função das pessoas (*intuitu personae*) e constituídas em função do capital (*intuitu pecuniae*); obviamente, a constituição de uma sociedade contratual (ou sociedade por quotas) implica a consideração de ambos os elementos: as pessoas e o capital. No entanto, a distinção leva em conta a intenção maior, o enfoque prioritário, sendo certo haver grupos cuja afinidade maior é justamente a identidade de seus membros, fazendo questão de firmar tal afinidade no contrato social; são as sociedades *intuitu personae*. No outro extremo, há grupos cuja maior preocupação é o aporte de capital, colocando em segundo plano a identidade dos quotistas (os titulares de frações do capital social); são as sociedades *intuitu pecuniae*.

No Código Civil, tal classificação não é explicitada, mas é reconhecida, já que há normas que garantem proteção à sociedade *intuitu personae*, vale dizer, normas que garantem os sócios contra o ingresso na sociedade de pessoas estranhas, indesejadas. Assim, o artigo 1.002 prevê que o sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do contrato social; emenda o artigo 1.003, limitando a eficácia da cessão total ou parcial de quota sem o consentimento dos demais sócios e a correspondente modificação do contrato social. Somese, bem adiante, o artigo 1.026, não permitindo que as quotas da sociedade *intuitu personae* sejam transferidas ao credor do sócio, facultando-lhe apenas fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. A proteção à sociedade de pessoas também está no artigo 1.028, regulando a sucessão na titularidade da quota ou quotas do sócio falecido.⁴

O vigente Direito Empresarial parte do pressuposto de que as *sociedades contratuais* ou *sociedades por quotas* são constituídas *intuitu personae*, o que é atestado justamente pelas normas transcritas. Todavia, em relação à sociedade limitada, embora seja pensada sob tal ângulo, vigem normas menos rígidas: o artigo 1.057 do Código Civil prevê que o sócio tem o direito de ceder sua quota a estranho se não houver oposição de titulares de *mais de um quarto do capital social*. Como se não bastasse, é lícito às partes (os sócios), como resultado de seu ajuste de vontades, preverem no contrato social a ampla liberdade para a cessão de quotas a quem quer que seja, com ou sem preferência, nas mesmas condições, para os demais sócios. Vale dizer, é lícito e válido contratar e constituir uma sociedade por quotas *intuitu pecuniae*.

Essa regra geral não é, em nada, excepcionada pela Lei Complementar n.123/06. Portanto, é lícito e válido que a sociedade qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte se constituirá em função do capital e que suas quotas podem ser livremente cedidas a quem quer que seja, com ou sem preferência, nas mesmas condições, para os demais sócios. Todavia, a condição de beneficiário do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às

microempresas e empresas de pequeno porte não pode ser, em nada, desconsiderada. A cessão da quota ou quotas, nesse contexto, deve fazer-se respeitando o intuito coletivo de se beneficiar de tal vantagem; isso implica uma limitação do universo de cessionário àqueles que, por suas características subjetivas, permitam a manutenção da qualificação e dos respectivos benefícios. Entender o contrário seria atribuir ao quotista/cessionário um poder de criar danos a outrem, por dolo (artigo 186) ou por abuso de Direito (artigo 187), o que o próprio Código Civil considera ato ilícito, nos destacados dispositivos. Nem se diga que a regra para o ato ilícito danoso é, na forma do artigo 927 do Código, a indenização. A reparação é a solução para o dano já verificado; não constitui licença para determinar o dano no patrimônio alheio, ainda que sob o pretexto de que, os prejudicados, se quiserem, busquem a reparação. É direito, sim, do titular de um direito evitar seja ele objeto de dano ou de perda.

De qualquer sorte, não se pode deixar de compreender a possibilidade de os sócios estipularem cláusula expressa em contrário, por mais absurdo que isso seja. Tal estipulação seria afirmada no âmbito do amplo poder de disposição de vantagens econômicas, já que não se trata de direito indisponível. Mas exige, para sua validade, a adesão de 100% do capital social, ou seja, o voto favorável de todos os sócios, incluindo os minoritários.

4 LIMITES DE RECEITA BRUTA

Segundo o artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, enquadram-se nestas definições (1) o empresário e (2) a sociedade empresária, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis, e (3) a sociedade simples, devidamente registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que seu *receita bruta* igual ou inferior a R\$ 240.000,00 em cada *ano-calendário*, e, no caso das empresas de pequeno porte, superior a R\$ 240.000,00, mas igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00.

O próprio artigo 3º do Estatuto define, em seu § 1º, o que considera *receita bruta*: (1) o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria e (2) o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia. Em ambos os casos, excluem-se as *operações* canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Em primeiro lugar, portanto, lista-se o produto da venda de bens e da prestação de serviços nas *operações de conta própria*, ou seja, operações realizadas pela própria empresa, em seu nome, interesse e às suas custas, para seus clientes. Trata-se da hipótese mais simples, por certo. O valor apurado com a venda de bens, locação, cessão de direitos, juros, prestação de serviços, etc. Isso, independentemente do lucro de cada operação.

Também compõem a *receita bruta*, segundo o § 1º do artigo 3º, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia. Têm-se aqui duas possibilidades de um único fenômeno: a *operação em conta alheia*. Há operação por conta alheia quando o seu executor realiza-a para outrem, no nome

e no interesse daquele, bem como às custas dele. O agente, nesta situação, atua como mero intermediário, agindo a bem da realização de negócio de terceiro. É o que se passa, por definição, no contrato de agência e, como espécie deste, no contrato de representação comercial. Também na corretagem de imóveis há uma operação em conta alheia, já que o corretor apenas busca encontrar um comprador (ou, conforme a situação, um vendedor) para o seu cliente. O negócio será efetivamente realizado por esse cliente, em nome próprio, em conta própria. Portanto, na *operação em conta alheia* o agente não está efetivamente negociando – no sentido de estabelecendo a relação jurídica principal –, mas apenas assumindo as tratativas ou a execução de negócio que está sendo, juridicamente, estabelecido por outrem. É o que se passa, por exemplo, nas operações de venda de jornais e periódicos que, segundo a Divisão de Tributação da Receita Federal, por meio da Solução de Consulta n. 12, de 24 de janeiro de 2005, também seria operação em conta alheia.

Não se incluem no cálculo da receita bruta as operações que tenham sido canceladas, bem como os *descontos incondicionais* concedidos. Com efeito, com o cancelamento da operação não há efetivamente receita, já que não houve encaixe de valores, isto é, não houve ingresso de numerário na contabilidade do empresário ou sociedade. Note-se que o legislador usou a expressão *venda cancelada*, no que não andou bem. O termo venda alude apenas às empresas que trabalhem com a mercancia de bens, alienando-os. Mas o cancelamento – e seus efeitos sobre a receita bruta – pode também ocorrer em operações outras que não o contrato de compra e venda.

A exceção legal das operações canceladas é absoluta, não se alterando mesmo quando, por disposição contratual ou por disposição normativa geral, o fornecedor venha a ser indenizado pelos prejuízos experimentados com o cancelamento do negócio, a exemplo do que se dá com a retenção das arras (sinal), a retenção de parte do valor pago pelo bem ou serviço ou, mesmo, pelo pagamento de multa ou verba que, sob qualquer outra rubrica, tenha por finalidade reparar as perdas e os danos experimentados com a frustração do negócio. Com efeito, verbas indenizatórias – reitero, tenham qualquer rubrica – não constituem acréscimo patrimonial, mas mera reposição; neste sentido, não constituem receita, sequer para a aferição dos limites inscritos no artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06.

Também não se incluem no cálculo da receita bruta os *descontos incondicionais*, expressão que se refere a abatimentos definitivos, vale dizer, que não podem ser, por qualquer forma, revertidos, sendo indiferente expressarem-se em valor certo ou percentual sobre o valor da operação. Incluem-se, também, os reembolsos, embora esses, por definição, só devam ser considerados como contabilizados. Assim, se a operação ocorreu num ano-calendário, com o encaixe (entrada de dinheiro no caixa), e o reembolso ocorreu em outro *ano-calendário*, sob a forma de descaixe (saída de dinheiro do caixa) ou sob a forma de desconto, seu efeito se apurará nesse último *ano-calendário* e, jamais, no anterior.

4.1 Outras rubricas contábeis

A leitura do artigo 3º, seus parágrafos e incisos, deixa claro que o legislador buscou caracterizar as *microatividades negociais e as atividades negociais de pequeno porte* por aspectos subjetivos e objetivos, considerando-se a relação de titularidade havida entre empreendedor (*sujeito*: empresário ou sociedade simples ou empresária) e empreendimento (objeto: atividade negocial, simples ou empresária). No plano dos *aspectos subjetivos*, examinaram-se, acima, aspectos relativos à pessoa do empresário, da sociedade empresária e da sociedade simples. Em acréscimo a esses, serão examinadas outras restrições abaixo. No plano dos aspectos objetivos, limitou-se o legislador a eleger, como critério para a caracterização como *microatividade negocial* ou *atividade negocial de pequeno porte*, a receita bruta em cada ano calendário, nos moldes acima estudados. A enumeração de outros *aspectos objetivos* pelo artigo 17 do Estatuto diz respeito especificamente ao ingresso no Simples Nacional.

Somente importa a receita bruta em cada ano-calendário. É indiferente a margem de lucro, percentual ou real, em cada operação realizada e, igualmente, ao longo de todo o exercício contábil e/ou ano-calendário. A atividade negocial que teve R\$ 2,41 milhões de *receita bruta* no *ano-calendário*, registrando prejuízo de R\$ 0,5 milhão não será uma empresa de pequeno porte e, portanto, não se beneficiará do tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06; *mutatis mutandis*, a atividade negocial que registre receita bruta de R\$ 2,399 milhões e espantoso lucro líquido de R\$ 2 milhões, estará enquadrada como empresa de pequeno porte, beneficiando-se do respectivo regime tratamento diferenciado e favorecido. A referência lucro (percentual maior ou menor) é simplesmente alheia à lei, assim como o é o prejuízo, sua referência complementar. Por isso o adjetivo *bruta* qualificando o substantivo *receita*, dando ao sintagma uma conotação própria.

Não é só. Também é indiferente o patrimônio da *azienda*, incluindo o seu patrimônio bruto, o valor de seu passivo e seu patrimônio líquido. Uma sociedade empresária que tenha um patrimônio bruto de R\$ 40.000,00 e receita bruta anual de R\$ 2,399 milhões será uma empresa de pequeno porte, ao passo que uma que tenha patrimônio bruto de R\$ 500 mil e R\$ 2,41 milhões de *receita bruta* no *ano-calendário*, não o será. Igualmente indiferentes são os valores anotados nas rubricas ativo imobilizado, ativo circulante e, mesmo, caixa e investimentos, por mais elevados que sejam.

Por fim, atente-se para o fato de que a conceituação de receita bruta afugenta qualquer investigação sobre custos. Portanto, não se pode pretender estornar do valor das operações o que é devido aos insumos (fornecedores), mão de obra (folha de pagamento, obrigações sociais sobre a folha, comissões), despesas tributárias, despesas gerais do empreendimento (energia elétrica, água, telefonia, seguros, depreciações, manutenção de maquinário e ferramentaria), despesas financeiras, etc.

4.2 Ano-calendário

A receita bruta apura-se, segundo o Estatuto, em cada *ano-calendário*, expressão que é reiterada na lei e que se traduz por *ano civil*, ou seja, pelo período iniciado em 1º de janeiro e findo em 31 de dezembro do mesmo ano. Importa observar que, embora seja comum adotar-se o ano civil como exercício contábil das entidades (*aziendas*), nada impede que outros termos de início e término sejam adotados. Nessa senda, deve-se ter o artigo 175 da Lei n. 6.404/76 em atenção, vez prever que o começo e o término do exercício são fixados no ato constitutivo da pessoa jurídica. Assim, por exemplo, pode-se estabelecer que o exercício inicia-se em 1º de abril e termina em 31 de março, quando se fará o inventário e o balanço patrimonial.⁵ Portanto, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte simplesmente despreza os exercícios contábeis e se atém ao *ano civil*, a quem denomina *ano-calendário*. Via de conseqüência, independentemente do exercício contábil estabelecido pelo contrato social, para os efeitos da Lei Complementar n. 123/06, atentar-se-á para o período entre 1º de janeiro a 31 de dezembro (*ano-calendário*). A medida certamente colocará dificuldades para empresários e sociedades simples ou empresárias que tenham exercício contábil diverso, na proporção inversa que facilitará o trabalho do Estado: Fazendas Públicas (federal, estaduais e municipais), fiscalizações (previdenciária, trabalhista etc), entre outros órgãos.

Receita não é sinônimo de ingresso ou encaixe. Portanto, a receita bruta não se apura pelo que foi efetivamente encaixado, ou seja, pelo que efetivamente ingressou no caixa do empresário ou da sociedade simples ou empresária. Não se olvide aqui, bem a propósito desta discussão, do *princípio contábil da competência*, segundo o qual os lançamentos escriturais são feitos no período a que digam respeito, isto é, no que se verificam, independentemente do seu pagamento ou recebimento. Dessa forma, o registro contábil compete ao momento da ocorrência do fato jurídico, ao momento em que se concretiza a relação jurídica correspondente, por exemplo, a compra e venda ou a prestação de serviço, e não no momento de sua solução (o momento de pagamento ou de recebimento). A conseqüência imediata disso é o estabelecimento de um *sistema de reflexo negocial*, em detrimento de um *sistema de resultabilidade*.⁶ Portanto, mesmo para os efeitos do cálculo da receita bruta de determinado ano-calendário, o valor de uma operação será computado no momento em que é realizada e não no momento do adimplemento. Destarte, se a venda realizou-se em dezembro ou novembro e o pagamento, no todo ou em parte, houver de ser feito em janeiro ou fevereiro, o valor global da operação comporá o cálculo do ano-calendário em que o fato se passou e não aquele em que o pagamento se efetuou. Assim, perderá a condição de atividade de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário seja de R\$ 2,41 milhões, ainda que R\$ 250 mil desse total tenham o seu pagamento ajustado para o ano-calendário seguinte.

Corolário do *princípio da competência*, sob um *sistema de reflexo negocial*, está a ampliação dos efeitos nefastos do inadimplemento. Em fato, o valor devido pelos pagamentos futuros (total ou parcelas) é imediatamente lançado

como um ativo, compondo no balanço patrimonial a rubrica *contas a receber*, que compõe o *ativo circulante*. Já na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), embora não tenha havido encaixe (entrada do dinheiro correspondente no caixa, a caracterizar *receita à vista*), contabilmente o crédito será computado como *receita à prazo*.⁷ Neste contexto, o inadimplemento cria uma situação terrível, na medida em que o respectivo valor foi considerado na apuração da receita bruta de determinado ano-calendário, podendo, mesmo, implicar a descaracterização da microempresa e da empresa de pequeno porte. Tal solução não é apenas injusta; é também paradoxal. Explico-me: o próprio § 1º do artigo 3º, ora estudado, excepciona as *operações canceladas* do cálculo da *receita bruta*; na operação cancelada, com efeito, não houve ingresso de valor, da mesma forma que não houve despesa (não se assumiu o custo da operação). No inadimplemento, a situação é ainda pior, na medida em que houve despesa, embora não tenha havido ingresso do valor correspondente à operação. O resultado do inadimplemento é, destarte, mais grave do que o resultado do cancelamento: seu resultado não é zero, como no cancelamento, é negativo (custo que não se pagou).

4.3 Ano de início de atividades

Se a atividade comercial iniciou-se ao longo de um ano-calendário, o cálculo da receita bruta se fará por cálculo proporcional, levando-se em conta o número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses, por força do § 2º do artigo 3º. Assim, para as microempresas, multiplicar-se-á os meses de existência, entre a constituição e o fim do primeiro exercício, por R\$ 20.000,00; já as frações de meses (ou seja, os dias que não se completam num mês) serão multiplicadas por R\$ 666,67. Para as empresas de pequeno porte, por seu turno, R\$ 200.000,00 por mês e R\$ 6.666,67 por dia.

Obviamente, no ano de inscrição do empresário ou registro da sociedade, simples ou empresária, a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte decorrerá de declaração firmada pelo empreendedor ou sócio-administrador da sociedade, constituída a partir de uma estimativa de receita bruta. Assim, quem estima que não terá receita bruta de R\$ 240 mil, declarará sua condição de microempresa, desde que preenchidos os requisitos subjetivos para tanto, como se estudará na seqüência. *Mutatis mutandis*, quem estima que terá receita bruta superior a R\$ 240 mil, mas inferior a R\$ 2,4 milhões, declarará sua condição de empresa de pequeno porte, desde que também preencha os requisitos subjetivos para tanto. Dessa forma, a condição inicial (isto é, no ano de inscrição ou registro) é tomada apenas a partir de uma estimativa sobre qual, aliás, o legislador foi silencioso. Excessivamente silencioso, o que aponta para um amplo direito de declarar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, fruindo os benefícios iniciais do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a tais atividades comerciais.

Somente quando vencidos, efetivamente, os limites de receita bruta definidos nos incisos I e II do *caput* do artigo 3º do Estatuto, a declaração da condição estimada de microempresa ou de empresa de pequeno porte perderá sua validade e sua eficácia. É o que esclarece o § 10 do artigo 3º do Estatuto. Essa norma merece um exame mais acurado por suas diversas implicações. Inicialmente, é preciso atentar para a frase *no decurso do ano-calendário de início de atividade*, percebendo que a perda da condição de microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte pode ocorrer a qualquer tempo ao longo do primeiro ano-calendário de atividade, não sendo necessário esperar-se o decurso de todo o ano-calendário, isto é, não sendo necessário esperar o dia 31 de dezembro, fim do ano civil, para que tal se passe. Uma sociedade registrada ao final de fevereiro como microempresa, poderá ter uma receita bruta máxima, neste ano inicial, de R\$ 2 milhões (R\$ 200.000,00 multiplicados por 10 meses); se, em abril ou maio, já tenha uma receita bruta de R\$ 2,1 milhões, estará excluída do regime da Lei Complementar n.123/06, com efeitos retroativos ao início de suas atividades. Somente quando o limite máximo não seja vencido ao longo do *ano-calendário de início de atividade* se fará necessário, ao fim deste, recorrer à operação de multiplicar o *número de meses de funcionamento* no ano inaugural por R\$ 200.000,00 para, então, aferir-se se foi vencido o limite proporcional de receita bruta máxima.

Não se pode deixar de chamar atenção para a existência de uma antinomia entre o § 2º e o § 10, ambos deste artigo 3º. Em fato, embora a primeira parte do § 2º concorde com a disposição anotada no § 10, a última parte supera-o, já que inclui no cálculo as *frações de meses*. Pode parecer pouco, mas não é. Afinal, uma sociedade registrada em 15 de abril, por essa lógica, terá seu teto elevado em R\$ 100 mil, pela fração de ½ mês: de R\$ 1,6 milhão (R\$ 200.000,00 multiplicados por 8 meses) para R\$ 1,7 milhão. Essa antinomia resolve-se, em primeiro lugar, pela regra da equidade: não se pode pretender o mesmo tratamento e limite para períodos diversos de funcionamento, sob pena de chegar-se ao absurdo do *bom dia para o registro e do mau dia para o registro* e todos os cálculos, brigas e chantagens que podem daí decorrer. Como se só não bastasse, como a Lei Complementar n. 123/06 define um benefício de ordem pública, sua interpretação não pode se concretizar de forma mesquinha, regateando com a vantagem. Parece-me prevalecer o cálculo conforme o § 2º, incluindo as *frações de meses*. Se assim não for, o mês de início das atividades deverá ser contado por inteiro no cálculo do § 10, mesmo se o começo se deu no dia 25 ou depois.

De outra face, atente-se ainda para os sujeitos listados no início do comentado § 10 do artigo 3º: *a microempresa e a empresa de pequeno porte*. Em ambos os casos, a investigação se faz tendo em vista o limite de faturamento para a empresa de pequeno porte, isto é, R\$ 2,4 milhões em cada ano calendário e, proporcionalmente, R\$ 200 mil por mês de funcionamento *ano-calendário de início de atividade*. De forma sábia, para evitar legislar picuinhas, o legislador não cuidou da hipótese de a microempresa superar, *no decurso do ano-calendário de início de atividade*, o limite máximo de R\$ 240 mil, total ou proporcional,

o que implicaria a obrigação de, ao longo do ano, migrar da condição de microempresa para a de empresa de pequeno porte, com alteração de nome (de ME para EPP). Portanto, embora a exclusão do regime da Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades, possa dar-se ao longo do ano, a alteração da condição de microempresa para a condição de empresa de pequeno porte só se faz ao final de cada ano-calendário, incluindo aquele de início da atividade.

Diferente é a hipótese constante do § 11 do artigo. Ali não se tem uma exclusão do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do Estatuto, mas mera exclusão do regime tributário previsto na Lei Complementar, limitada ao pagamento dos tributos estaduais e municipais, também com efeitos retroativos ao início de suas atividades. Em ambas as hipóteses, anotadas no § 10 e no § 11 do artigo 3º, a exclusão tem efeitos retroativos ao início de suas atividades, minimizando, portanto, os efeitos do erro de estimativa na declaração da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, na mesma toada em que se evitam comportamentos de má-fé: quem, sabendo não atender aos requisitos objetivos para a qualificação como beneficiário do Estatuto poderia fazer declaração com estimativa a menor da que efetivamente espera e, assim, buscar ganhar qualquer vantagem, ainda que provisória, isto é, por alguns meses. O legislador, porém, premiou a boa-fé no § 12 do artigo 3º, na medida em que compreendeu a possibilidade de se experimentar um efetivo erro de estimativa. Por isso, previu que não haveria tal retroação quando o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites aludidos pelos §§ 10 e 11. Neste caso, os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano-calendário subsequente, preservando a fruição das vantagens experimentadas no ano de início das atividades, incluindo as vantagens tributárias, trabalhistas e administrativas, não apenas em relação ao Estado (ao Fisco), mas em relação a terceiros.

4.4 Alterações de condição

Os requisitos objetivos dividem-se em duas categorias: microempresa e empresa de pequeno porte, embora em ambos os casos se tenha acesso ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado, por força do Estatuto, pelos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dessa forma, sempre que sejam vencidos aqueles limites máximos de receita bruta no ano-calendário, haverá uma alteração na condição do beneficiário. O § 7º ocupa-se especificamente da microempresa no caso de início de atividades, prevendo sua migração à condição de empresa de pequeno porte, no ano-calendário seguinte, quando superado o limite proporcional de receita bruta, calculado na forma do § 2º do mesmo artigo 3º: multiplicados os meses de existência, entre a constituição e o fim do primeiro ano calendário, por R\$ 20.000,00; já as frações de meses (ou seja, os dias que não se completarem num mês) serão multiplicadas por R\$ 666,67.

Reitero, aqui, o que disse acima: o § 10 do artigo 3º não se aplica à migração da microempresa à condição de empresa de pequeno porte ao longo do primeiro ano calendário. O legislador preocupou-se exclusivamente com a superação do limite máximo para a fruição dos benefícios do Estatuto, ou seja, R\$ 2,4 milhões em cada ano calendário e, proporcionalmente, R\$ 200 mil por mês de funcionamento *ano-calendário de início de atividade*, incluindo, por força do § 2º, *as frações de meses*. Indistintamente para microempresa ou empresa de pequeno porte, evitando uma burocratização excessiva, forçando que a migração se desse ao longo do primeiro ano e, depois, ao longo de qualquer ano-calendário. O § 7º do artigo 3º lhe é harmônico: somente ao final de cada ano-calendário, incluindo aquele de início da atividade faz-se a alteração da condição de microempresa para a condição de empresa de pequeno porte.

Mutatis mutandis, servatis servandis, tendo havido uma declaração estimativa de empresa de pequeno porte e, no ano-calendário de início de atividades, não houver sido ultrapassado o limite de receita bruta anual, calculado proporcionalmente, na forma do § 2º do artigo 3º, o empresário ou sociedade, simples ou empresária passará, *no ano-calendário seguinte*, à condição de microempresa. Também aqui, é cálculo que se faz ao final de cada ano-calendário, com migração válida para o *ano-calendário seguinte*.

Por fim, tem-se a possibilidade de ser superado o limite máximo de proteção do Estatuto, ou seja, de se ultrapassar o limite de receita bruta anual de R\$ 2,4 milhões. Quando isso ocorrer, a empresa fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, para todos os efeitos legais.

5 RESTRIÇÕES SUBJETIVAS

Há hipóteses nas quais a pessoa jurídica (sociedade simples ou sociedade empresária), mesmo se enquadrando nos limites legais de receita bruta anual, não se inclui, para nenhum efeito legal, no regime diferenciado e favorecido previsto no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Tais casos estão listados pelo artigo 3º, § 4º, constituindo *restrições subjetivas* ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Nas próximas seções, estudaremos tais hipóteses, uma a uma.

5.1 Sócio pessoa jurídica

Em primeiro lugar, veda-se a qualificação como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte da sociedade, simples ou empresária, de cujo capital participe outra pessoa jurídica, ou seja, que tenha por sócio uma outra pessoa jurídica. Somente se beneficiará tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06 a sociedade que tenha exclusivamente sócios pessoas naturais (pessoas físicas), sendo indiferente tratar-se de nacional

ou estrangeiro, e, quanto a esses últimos, de ter ou não registro de estrangeiro. Também é indiferente o domicílio do sócio ou dos sócios. Nos termos do artigo 17, II, do Estatuto, veda-se o ingresso no *Simples Nacional* à sociedade que tenha sócio domiciliado no exterior. Mas cuida-se de vedação meramente tributária: impede o ingresso no *Simples Nacional*, mas não a qualificação como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte da sociedade.

Para os efeitos do artigo 3º, § 4º, I, da Lei Complementar n. 123/06 basta a existência de pessoa jurídica como sócio para que a sociedade não se inclua no regime diferenciado e favorecido nela previsto. É indiferente a natureza jurídica dessa pessoa jurídica: associação, sociedade (simples ou empresária), fundação ou, mesmo, pessoa jurídica de Direito Público.

5.2 Estabelecimento secundário de pessoa jurídica estrangeira

Os artigos 1.126 e seguintes do Código Civil fazem uma distinção entre sociedade nacional e sociedade estrangeira. É considerada sociedade nacional, segundo o texto do artigo 1.126 do Código Civil, a sociedade que é organizada respeitando a legislação brasileira, sendo registrada no Brasil e mantendo aqui a sede de sua administração, sendo indiferente a origem de seu capital (nacional ou estrangeira), a nacionalidade e o domicílio de seus sócios. Portanto, será estrangeira a sociedade organizada segundo legislação estrangeira, sendo registrada no exterior e lá mantendo a sede de sua administração, ainda que tenha sócios e capital brasileiro. Se a sede está no exterior, para funcionar no Brasil a sociedade estrangeira deverá abrir aqui uma filial, sucursal ou agência; poderá, ainda, abrir um escritório de representação. Em todos os casos, deverá obrigatoriamente ter autorização do Poder Executivo, não importa qual seja o seu objeto, na forma dos artigos 1.134 e seguintes do Código Civil.⁸ Compreende-se assim a limitação inscrita no artigo 3º, § 4º, II, do Estatuto. Estes estabelecimentos secundários estabelecidos no Brasil por sociedades estrangeiras não são admitidos na qualificação de microempresa e empresa de pequeno porte.

Lembre-se, de qualquer sorte, que o Código Civil cuida da *nacionalização da sociedade estrangeira*, com a transferência de sua sede para o Brasil, procedimento que, segundo o artigo 1.141, deverá ser autorizado pelo Poder Executivo, mediante apresentação do ato de deliberação da nacionalização, prova da realização do capital, pela forma declarada no contrato ou estatuto social, além dos documentos exigidos no artigo 1.134. Se uma sociedade estrangeira torna-se sociedade nacional, poderá, sim, ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Para tanto será preciso que atenda aos demais requisitos objetivos e subjetivos aqui estudados.

5.3 Concomitância de benefícios

Preocupou-se o legislador em evitar que alguém recorresse a estratégias para fugir aos limites de receita bruta definidos nos incisos I e II do *caput*

do artigo 3º do Estatuto. Isso seria possível simplesmente mantendo parte da atividade negocial sob firma individual e, simultaneamente, mantendo outra parte sob a titularidade de uma sociedade simples ou empresária. João da Silva registraria na Junta Comercial uma firma individual (p. ex.: João da Silva Enxovais EPP), titularizando e exercendo uma empresa com receita bruta anual de R\$ 2,3 milhões; com o irmão, José da Silva, constituiria a sociedade JJ Enxovais EPP Ltda, à qual corresponderia a titularidade e o exercício de uma empresa com receita bruta de R\$ 2,2 milhões. O resultado seria permitir que, de forma indireta, o tratamento diferenciado e favorecido aqui estudado fosse aplicado sobre uma receita bruta que superaria o limite de R\$ 2,4 milhões.

Essa manobra está vedada. Um empresário pode, sim, ter sua atividade negocial qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte e, simultaneamente, pode ser sócio de uma sociedade simples ou empresária (conferir, todavia, o inciso IV, abaixo); se essa sociedade também for qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, ambas as atividades negociais deverão ter uma receita bruta máxima de R\$ 2,4 milhões. Se esse patamar for superado, a sociedade – e não o empresário – perderá o direito ao tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar n. 123/06. A sociedade, reitero, e não o empresário, certo que o § 4º refere-se expressamente à pessoa jurídica, deixando claro a proteção preferencial à pessoa natural (pessoa física).

Esteja-se atento para o fato de que, no âmbito do inciso III, ora estudado, não há falar em aplicação do limite máximo de 10%, que é específico do inciso IV, a ser analisado abaixo. O empresário cuja atividade negocial seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte pode ser titular de mais de 10% do capital social de uma sociedade simples ou empresária cuja atividade negocial também seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Atente-se também para o fato de que não há limitação no número de sociedades em que pode participar, como sócio, um empresário cuja atividade negocial seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Parece-me claro, portanto, que pode ser uma ou mais. Apenas se exige que o montante global de receita bruta de todas essas pessoas jurídicas, mais a empresa titularizada e exercida sob firma individual, contenham-se no limite de R\$ 2,4 milhões.

A somatória das receitas globais só serve para efeitos de desqualificação, como microempresa ou empresa de pequeno porte, da sociedade, nos moldes acima vistos. Não tem outra implicação; designadamente, não serve para o enquadramento de ambos, empresário e sociedade, entre as hipóteses dos incisos I e II do *caput* do artigo 3º. Destarte, se o empresário tem uma receita bruta de R\$ 230 mil e a sociedade da qual é sócio tem uma receita bruta de iguais R\$ 230 mil, ambos se conservarão na qualidade de microempresa (ME); o fato de o somatório das receitas brutas totalizar R\$ 460 mil não é suficiente para transformar ambos – ou mesmo apenas um deles – em empresa de pequeno porte (EPP).

5.4 Participação societária em empresa não beneficiária

A norma inscrita no artigo 3º, § 4º, IV, da Lei Complementar n. 123/06 desafia o intérprete mais acurado. Já na abertura, refere-se a *titular ou sócio*, o que é estranho: *titular da pessoa jurídica*? De forma atécnica, a expressão *titular da pessoa jurídica* é usada para referir-se ao *sócio controlador*. Mas todos os sócios, majoritários ou minoritários, já estão incluídos no termo genérico *sócio*; quem, então, seria o *titular* referido pela norma? Trata-se, mais uma vez, de um lamentável erro de técnica legislativa. Ao inscrever o inciso IV no parágrafo 4º, o legislador esqueceu-se que, na cabeça do parágrafo, referira-se à pessoa jurídica. Isso mesmo. *Titular*, no dispositivo, é o *titular da empresa* e não da pessoa jurídica, creio. A norma, portanto, dirige-se não apenas à sociedade (simples ou empresária) e seus sócios (majoritários e minoritários), mas também ao empresário, isto é, ao titular de uma empresa individual. Não me parece que a expressão *titular* possa ser interpretada como o *administrador societário*. Em primeiro lugar, pois o administrador comumente é sócio; para quando não é, tem-se a regra do inciso V, que lhe é específica. Como se só não bastasse, parece-me que as relações sistêmicas mantidas entre os incisos III e IV são suficientes para permitir a identificação do *titular* como o *empresário*: o *titular da empresa*. Por fim, examinando o escopo da norma, não haveria razão para incluir a pessoa jurídica e deixar de fora o empresário, o que acabaria por se tornar numa alternativa tentadora para a prática de fraudes.

Assim, a atividade comercial não será qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, beneficiando-se do tratamento jurídico diferenciado inscrito no Estatuto, quando o empresário (o *titular da empresa*) ou o sócio da sociedade simples ou empresária participar com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo. Obviamente, a expressão *10% do capital de outra empresa* é um grande equívoco. Não há um capital da empresa, mas capital do empresário (artigo 968, III, do Código Civil) e capital da sociedade (artigo 997, III, do Código Civil); claramente se percebe que o legislador está se referindo ao capital de uma sociedade.

Outro desafio da norma vem do contraste das frases (1) *não beneficiada por esta Lei* e (2) *desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo*. Em fato, o segundo item destacado, principalmente a expressão inaugural desde que, pode distrair o intérprete e, mesmo, confundi-lo. Essencialmente, o problema essencial é participar, com mais de 10% do capital, do capital social de outra sociedade, simples ou empresária, não beneficiada pelo Estatuto. Isso pode ocorrer tanto pelo fato de haver receita bruta superior a R\$ 2,4 milhões (o que, por si só, já satisfaz a segunda condição: *ultrapassar o limite do inciso II do caput do artigo*), quanto pela desatenção a qualquer requisito subjetivo, entre esses que aqui estão sendo estudados. Atenção: *a frase não beneficiada por esta Lei* interpreta-se em sentido estrito, angusto: está-se referindo às atividades comerciais que não se qualificam como microempresa ou empresa de pequeno porte; não se está, de forma alguma, referindo-se às vedações ao ingresso no Simples Nacional.

Havendo (1) participação em mais de 10% do capital, do capital social de outra sociedade, (2) sociedade esta *não beneficiada* que pelo Estatuto, torna-se necessário investigar o último pressuposto para a exclusão do *empresário* ou da *sociedade*, simples ou empresária, do tratamento jurídico diferenciado inscrito no Estatuto: (3) *ultrapassar, a receita bruta global, o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo*, isto é, R\$ 2,4 milhões. *Receita bruta global*, obviamente, é o somatório da receita de ambas as sociedades, na hipótese de *sócio*, ou da receita bruta da sociedade e do empresário, na hipótese de *titular*. Como já dito, se o motivo de não enquadramento é justamente a superação deste limite, a exclusão é direta. Mas pode ocorrer de a sociedade ter sido excluída por outro motivo; por exemplo, por ter sócio pessoa jurídica. Neste caso, passa-se ao cálculo da *receita bruta global*.

Por fim, destaque-se a exceção anotada no § 5º do mesmo artigo 3º, segundo o qual essa regra não se aplica à *participação no capital de cooperativas de crédito, centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio* previsto pelo Estatuto, e *associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária* e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte. Essa regra, como se aplica igualmente à vedação de participação no capital de outra pessoa jurídica, inscrita no artigo 3º, § 4º, VII, do Estatuto, será estudada adiante.

5.5 Administração de outra sociedade

Também no inciso V do § 4º do artigo 3º do Estatuto enfrenta-se o problema da extensão da previsão normativa a *sócio ou titular*; nos termos examinados na abertura da seção anterior, aos quais remeto o leitor, parece-me que o termo *titular* alude ao *titular da empresa* e não *titular* da pessoa jurídica. Assim, como acontece com o inciso anterior, a norma dirige-se não só à sociedade (simples ou empresária) e seus sócios (majoritários e minoritários), mas também ao empresário, compreendido como o *titular* de uma empresa individual. Aliás, também aqui não haveria motivo para incluir a pessoa jurídica e deixar de fora o empresário, o que criaria uma via fácil para a prática de fraudes à lei.

Exclui-se do regime diferenciado e favorecido da Lei n. 123/06 a atividade comercial cujo *titular* (o empresário) *seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos*, bem como a sociedade simples ou empresária que tenha sócio nessas mesmas condições, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 2,4 milhões. Aqui também, *receita bruta global* é, por óbvio, o somatório da receita de ambas as sociedades, na hipótese de *sócio*, ou da receita bruta da sociedade e do empresário, na hipótese de *titular*. Note-se que, aqui, é indiferente que a outra sociedade seja, ou não, qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte; também não se exige que o titular ou sócio tenha participação em determinada percentual do capital social. Apenas se deve investigar se a receita bruta global ultrapassa o limite de que trata o inciso II do *caput* do artigo, isto é, R\$ 2,4 milhões, como visto.

Note-se que, na hipótese do inciso V, ora examinado, a verificação da hipótese nele inscrita prejudica a empresa individual do administrador ou a sociedade, simples ou empresária, da qual ele é sócio. Se a sociedade da qual ele é administrador ou equiparado está qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a superação do limite global de receita bruta não prejudicará a esta, a sociedade administrada, mas à atividade comercial da qual o administrador é titular ou sócio.

Por fim, há algumas outras expressões inscritas na norma que precisam ser exploradas e aclaradas; são elas: (1) *pessoa jurídica com fins lucrativos* e (2) *administrador ou equiparado*. Em primeiro lugar, é preciso distinguir *fins lucrativos* de *fins econômicos*. Lucro, em sentido estrito, é a remuneração do capital investido, constituindo um tipo de fruto civil (acessório) desse capital (principal). O lucro guarda correspondência direta com a idéia de investimento; numa sociedade anônima, por exemplo, os investidores são os acionistas, titulares de ações que correspondem a capital investido na empresa; diante de resultados positivos, distribuem-se lucros aos acionistas, na proporção conforme a previsão estatutária. Haverá *fim econômico* mesmo que não haja capital investido e, destarte, não haja distribuição de lucros, sendo o grande exemplo as sociedades cooperativas, nas quais se remunera o trabalho de cada cooperado e não o investimento, não havendo, em sentido estrito e jurídico, distribuição de lucros; mas há, efetivamente, uma finalidade econômica, razão pela qual está caracterizada a sociedade, no gênero das pessoas jurídicas. Ora, somente as sociedades – excluída a cooperativa – são pessoas jurídicas *com fins lucrativos*; via de conseqüência, as cooperativas devem ser excluídas na interpretação/aplicação do inciso V do § 4º do artigo 3º do Estatuto, ora examinado.

Também é preciso muita cautela com a expressão *administrador ou equiparado*. O problema está justamente no alcance que se poderia dar ao termo *equiparado*, que é absolutamente impreciso. Para garantir segurança jurídica, é preciso, portanto, dar interpretação angusta ao termo; assim, estarão incluídos os administradores societários em sentido estrito, quais sejam o administrador societário, nas sociedades contratuais, seja ou não sócio, bem como os membros da diretoria nas sociedades estatutárias. Por equiparados, deve-se incluir qualquer sócio, quando a sociedade tenha administração coletiva (que compete a todos os sócios), bem como os membros do conselho de administração, nas sociedades por ações que os tenham. O *gerente* não se encaixa no conceito de *administrador ou equiparado*. Afinal, nos termos do artigo 1.172 do Código Civil, cuida-se de um preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência. O empresário administra a empresa, fazendo uso da firma; nas sociedades, o contrato social ou o estatuto indicará a administração – uma ou mais pessoas – regulando sua competência e poderes; essas pessoas são chamadas de *administradores* da sociedade. A gerência está num nível inferior, qual seja a gestão profissional do dia-a-dia da atividade comercial na empresa ou no estabelecimento. É, portanto, um mandatário específico.⁹

Por fim, embora o legislador não tenha se referido, no § 5º do mesmo artigo 3º, ao inciso V do seu § 4º, é forçoso reconhecer que aquela norma excepcionaladora tem, sim, aplicação analógica na hipótese versada. Em fato, assim como se permite a participação excepcional no capital de alguns tipos de pessoas jurídicas, deve-se também permitir a participação na direção/administração de tais entes. Conseqüentemente, não me parece que a vedação inscrita no dispositivo ora estudado aplique-se à administração *de cooperativas de crédito, centrais de compras e bolsas de subcontratação*, quando se lhe deu forma de pessoa jurídica, *associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária* e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte. Trata-se de interpretação extensiva que tem escopos teleológicos, isto é, interpretação que leva em conta o fim visado pelo legislador. Se permitiu participar do capital social, deve permitir igualmente integrar a administração, certo que tais entes comumente não tem administração coletiva, pelo contrário, são administrados por seus membros ou por representantes (sócios) de seus membros.

5.6 Cooperativas, salvo as de consumo

O artigo 3º, § 4º, VI, vedou que cooperativas se enquadrem como microempresas e empresas de pequeno porte. Uma única exceção é listada pelo dispositivo: as cooperativas de consumo. As cooperativas de consumo são constituídas como forma de coordenar esforços para a aquisição, em melhores condições, de bens e serviços para seus cooperados. São supermercados, livrarias e outras atividades negociais que, ao vender bens ou prestar serviços aos cooperados, não se movem pela lógica do lucro, mas da cooperação mútua.

Destaco que a vedação é a qualificação das sociedades cooperativas, salvo as de consumo, como microempresas ou empresas de pequeno porte. Não se veda, por meio do artigo 3º, § 4º, VI, a participação de empresários ou sociedades qualificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte em cooperativas. A norma aplicável a tal hipótese é o inciso seguinte, VII, com suas particularidades específicas, razão pela qual chamo a atenção do leitor para as considerações que farei abaixo.

5.7 Participação no capital de outra pessoa jurídica

O artigo 3º, § 4º, VII, da Lei Complementar n. 123/06, veda a inclusão no regime diferenciado de sociedade (simples ou empresária) que *participe do capital de outra pessoa jurídica*. A norma tem por finalidade clara impedir a utilização do regime das microempresas e empresas de pequeno porte a bem de planejamento societário. Essa vedação é excepcionada em algumas situações pelo § 5º do mesmo artigo 3º. Em primeiro lugar, não se aplica a cooperativas de crédito, que são sociedades simples constituídas sob o regime da Lei n. 5.764/71, com atuação no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, estando submetidas

ao Banco Central do Brasil. Sua atuação constitui uma vistosa alternativa para a otimização de operações de crédito, comumente marcadas por altos custos (tarifas bancárias) e juros. Excepcionam-se também as *centrais de compra*, que serão estudadas na seção 5.7.1, abaixo, as *bolsas de subcontratação*, analisadas na seção seguinte, 5.7.2, o *consórcio simples*, disposto no artigo 56 da lei, e as *sociedades de garantia solidária*, estudadas adiante, na seção 5.7.3.

Por fim, o legislador incluiu, no dispositivo, algumas expressões *abertas*, que se amoldam a uma infinidade de situações. São elas (1) *associações assemelhadas*, (2) *sociedades de interesse econômico* e (3) *outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte*. Justamente por serem abertas, tais expressões acabam remetendo para um sem número de situações, entre as quais associações comerciais e/ou industriais, clubes de diretores lojistas, sindicatos e afins. Mas permitem, igualmente, alcançar outras figuras, como é o caso de cooperativas, como demonstrarei na seção 5.7.4.

Aqui, é preciso destacar que as três expressões abertas não criam limitações entre si, ou seja, têm características próprias que não *contaminam* as demais. Assim, somente na terceira hipótese *objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte*; não se exige tal qualificação das *sociedades de interesse econômico*. Destarte, em nada prejudicará a condição de microempresário a participação na associação de lojistas de um *shopping center*, ainda que da mesma associação participe, na qualidade de loja âncora, uma grande magazine organizada sob a forma de companhia aberta (sociedade anônima com ações negociadas em bolsa).

5.7.1 Centrais de compra

Entre as exceções às vedações de participação do titular ou sócio em mais de 10% do capital de outra pessoa jurídica, bem como da participação da própria sociedade, qualificada como microatividade comercial ou atividade comercial de pequeno porte, no capital de outra pessoa jurídica, expressamente não se aplica às centrais de compra, segundo o artigo 3º, § 5º, do Estatuto. O legislador silenciou-se sobre a natureza jurídica de tais centrais de compra; sabe-se pelo contexto da norma, apenas, que não seriam contratos de sociedade despersonalizados, já que os incisos IV e VII do § 4º, que são excepcionados pela previsão do § 5º, referem-se à pessoa jurídica. Portanto, parece-me, tais centrais de compras poderão ter qualquer forma: associações, fundação (ainda que de difícil verificação) e, mesmo, sociedades. Mais do que isso, não há igualmente limitação tipológica em relação às sociedades; assim, no plano dos gêneros, podem ser sociedades simples ou empresárias, no plano das espécies (tipos societários) podem, creio, ser contratuais ou, mesmo, estatutárias, incluindo sociedades por ações e sociedade cooperativa. Com efeito, no plano das sociedades cooperativas, registram-se comumente cooperativas de compras que, sim, atendem à qualificação genérica de *central de compra*, inscrita no dispositivo comentado. Essencialmente, é preciso que se trate

de *central de compra*, ou seja, que o objeto social seja a aquisição comunitária de bens para os seus associados (se associação) ou beneficiários (se fundação) ou sócios (se sociedade). Mais não exigiu o legislador. Mais não disciplinou. Mais não vedou. E, recorrendo-se a uma interpretação teleológica ou sistemática, também não se encontram elementos que apontem para uma vedação.

Note-se, ademais, que nada exige que tais centrais de compra sejam compostas exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte, podendo, sim, ter membros (associados, beneficiários ou sócios, quotistas ou acionistas) que não se qualifiquem como tal. Não se invoque, em sentido contrário, a parte final do parágrafo, que se refere a ter como *objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte*. Essa qualidade diz respeito apenas a *outros tipos de sociedade, e não às centrais de compra*. Basta recordar que, logo após falar em *centrais de compra*, o dispositivo alude às *bolsas de subcontratação*, dispositivos que podem congregam grandes empresas, na qualidade de *subcontratantes*, além das micro e pequenas, na qualidade de *subcontratadas*. Não é só. Também se fala em *sociedades de garantia solidária*; essas companhias são compostas também por *sócios investidores* que, como se sabe, não precisam ser microempresas e empresas de pequeno porte.

5.7.2 Bolsas de subcontratação

Somam-se ao rol das exceções às vedações inscritas nos incisos IV e VII do § 4º, sempre do artigo 3º do Estatuto, as *bolsas de subcontratação*, que são espaços interempresariais, ou seja, praças para a oferta e a procura por bens e serviços entre empresas. A referência à *subcontratação* está diretamente ligada a um tipo específico de oportunidade e negociação: empresas contratadas para determinada finalidade (fornecimento de bens ou prestação de serviços) buscam parceiros para subcontratar parte desta demanda. Por exemplo, uma empresa contratada para a produção de determinada peça automotiva complexa, subcontrata a produção de determinada parte com outra ou outras peças, funcionando a subcontratante, ela mesma, como uma pequena montadora das partes menores, fornecidas pelas subcontratadas. Não se trata apenas de uma oportunidade valiosa de negócios entre microempresas e empresas de pequeno porte, mas igualmente de um mecanismo de racionalidade industrial. Comumente, tais bolsas são associações, ou seja, pessoas jurídicas sem fins lucrativos, inscritas no Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas; sua quotas, por consequência, dão apenas o direito à participação nos trabalhos sociais (ou associativos), não gerando lucro, ao contrário do que se passa com as sociedades, simples ou empresárias, nem mesmo distribuição de vantagens econômicas, como ocorre com as cooperativas. É o que se passa com a *Bolsa de Negócios e Subcontratação*, cuja organização remonta a meados da década de 70, ainda no século passado.

Note-se, porém, que o legislador nada falou sobre a natureza jurídica das bolsas de subcontratação que, a exemplo do que se passa com as centrais de compra, poderão adotar qualquer forma jurídica. Comumente, todavia, são associações.

5.7.3 Sociedades de garantia solidária

O § 5º do artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06 refere-se às sociedades de garantia solidária, no que cria um desafio jurídico curioso. Em fato, a Lei n. 9.841/99, em seu artigo 25, autorizou a constituição de Sociedade de Garantia Solidária, constituída sob a forma de sociedade anônima, para a concessão de garantia a seus sócios participantes, mediante a celebração de contratos. Segundo o parágrafo único do já citado artigo 25, tal sociedade seria constituída de sócios participantes e sócios investidores; os sócios participantes seriam, exclusivamente, microempresas e empresas de pequeno porte com, no mínimo, dez participantes e participação máxima individual de dez por cento do capital social; os sócios investidores seriam pessoas físicas ou jurídicas, que efetuarão aporte de capital na sociedade, com o objetivo exclusivo de auferir rendimentos, não podendo sua participação, em conjunto, exceder a quarenta e nove por cento do capital social. Segundo seu artigo 31, a função de registro, acompanhamento e fiscalização das sociedades de garantia solidária, sem prejuízo das autoridades governamentais competentes, poderá ser exercida pelas entidades vinculadas às microempresas e às empresas de pequeno porte, em especial o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae, mediante convênio a ser firmado com o Executivo.

O problema é que o artigo 89 da Lei Complementar n. 123/06 revogou, expressamente, Lei n. 9.841/99, a partir de 1º de julho de 2007. Cria-se, destarte, um imbróglio hermenêutico. Note-se que o projeto de Estatuto aprovado pelo Congresso Nacional previa, em seu artigo 60, a instituição do Sistema Nacional de Garantias de Crédito com o objetivo de facilitar o acesso das micro e pequenas empresas ao crédito e a demais serviços nas instituições financeiras, sistema esse cuja regulamentação fora delegada ao Poder Executivo, de forma a proporcionar tratamento diferenciado, favorecido e simplificado aos micro e pequenos negócios. No entanto, como se verá adiante, tal artigo foi vetado.

A meu ver, a simples revogação da Lei n. 9.841/99 não impede que se criem sociedades de garantia solidária. Mas retira-lhes o regulamento legal, como as restrições acima listadas para os sócios participantes e investidores, bem como outras normas sobre tipo societário obrigatório (sociedade anônima), elementos obrigatórios do estatuto, condições etc. Poder-se-ia argumentar que a simples referência às sociedades de garantia solidária pelo artigo 3º, § 5º, da Lei n. 123/06 excepcionalmente a revogação dos artigos 25 a 31 da Lei n. 9.841/99; tal argumento é excessivamente heterodoxo, ultrapassando as raias do equívoco, dando ao intérprete um poder desmesurado, em face da disposição expressa do citado artigo 89 da Lei Complementar n.123/06: “Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei n.9.841, de 5 de outubro de 1999.” Basta dizer que diferente solução adviria de uma revogação das *disposições em contrário*, o que não houve.

Portanto, os artigos 25 a 31 da Lei n. 9.841/99 podem servir, quando muito, como referência hermenêutica complementar, ajudando a resolver conflitos que eventualmente surjam sobre a matéria. Mas deixam de ser lei vigente e, portanto,

válida e eficaz, o que tem diversas implicações. Por exemplo, o artigo 26 trazia elementos mínimos que deveriam constar do estatuto social da sociedade de garantia solidária, ao passo que o artigo 27 listava condições a que estavam sujeitas, entre as quais (1) proibição de concessão a um mesmo sócio participante de garantia superior a dez por cento do capital social ou do total garantido pela sociedade, o que for maior; (2) proibição de concessão de crédito a seus sócios ou a terceiros; (3) alocação obrigatória de 5% dos resultados líquidos para reserva legal, até o limite de vinte por cento do capital social; e (4) alocação obrigatória de 50% da parte correspondente aos sócios participantes para o fundo de risco, que seria constituído também por aporte dos sócios investidores e de outras receitas aprovadas pela Assembléia-Geral da sociedade.

Também fica sem regulamentação específica o *contrato de garantia solidária*, então tratado pelo artigo 28 daquela lei. Segundo a definição legal, ora revogada, tratava-se de negócio cuja finalidade seria regular a concessão da garantia pela sociedade ao sócio participante, mediante o recebimento da taxa de remuneração pelo serviço prestado, devendo fixar as cláusulas necessárias ao cumprimento das obrigações do sócio beneficiário perante a sociedade. O parágrafo único deste dispositivo permitia que a sociedade de garantia solidária exigisse *contragarantia* por parte do sócio participante beneficiário para a concessão da garantia. Esse contrato, agora, torna-se atípico, submetendo-se às normas gerais do Código Civil, nos termos de seu artigo 425.

Nalguns casos, porém, as normas autorizadoras pouco sofrem com a revogação, já que a possibilidade negocial por elas referidas acaba sendo albergada pelo princípio da ampla atipicidade contratual, inscrito no já aludido artigo 425 do Código Civil. É o que se passa com a possibilidade de oferecer as contas e valores a receber das microempresas e as empresas de pequeno porte, para serem utilizadas como lastro para a emissão de valores mobiliários (*securitização*) a serem colocados junto aos investidores no mercado de capitais. Disposta nos artigos 29 e 30 da Lei n. 9.841/99, essa modalidade de atuação econômica ainda é viável. A sociedade de garantia solidária pode, sim, conceder garantia sobre o montante de recebíveis de seus sócios participantes, objeto de securitização, podendo também prestar o serviço de colocação de recebíveis junto à empresa de securitização especializada na emissão dos títulos e valores mobiliários transacionáveis no mercado de capitais. Discutível, porém, é a previsão, constante no artigo 30, de que o agente fiduciário de tal operação não tem direito de regresso contra as empresas titulares dos valores e contas a receber, objeto de securitização; afinal, tal excludente de responsabilidade tirava sua validade e eficácia de norma legal expressa que, agora, está simplesmente revogada, servindo-se apenas para os atos jurídicos que se aperfeiçoaram na vigência da Lei n. 9.841/99.

5.7.4 Cooperativas

A pesquisa sobre o sentido das expressões *associações assemelhadas*, *sociedades de interesse econômico*, *sociedades de garantia solidária* e outros tipos de

sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte pode levar o intérprete, sim, para o âmbito das cooperativas. Os artigos 6º, I, e 7º, da Lei n. 5.764/71 expressamente licenciam a participação, como sócio cooperado, de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas; assim, tanto empresários como sociedades, simples ou empresárias, podem tomar parte em cooperativas que tenham por objetivo a comunhão de esforços a bem de todos os seus membros e suas atividades negociais.

Um amplo leque de alternativas coloca-se; não apenas a cooperativa de compras ou a cooperativa de crédito, estudadas acima. É possível a constituição de cooperativas para armazenamento (central de armazenamento), o que é muito comum entre empresas agropecuárias. Somem-se as cooperativas de beneficiamento de produtos e cooperativas de distribuição de bens (central de distribuição). São apenas exemplos. Pessoas naturais e jurídicas podem se unir, em cooperativa, para colaboração mútua em diversos tipos de atividades econômicas. Mais do que isso, o artigo 10, § 2º, da Lei n. 5.764/71 permite a constituição de cooperativas mistas, que apresentem mais de um objeto de atividades.

Neste contexto, destacam-se, como ratificação de tal posição exegética, as características essenciais que devem ser apresentadas por todas as sociedades cooperativas, preservando-lhe não apenas o gênero, mas a própria filosofia do cooperativismo mundial, estando devidamente inscritas no artigo 4º da Lei n. 5.764/71 e artigo 1.094 do Código Civil. Refiro-me à liberdade de adesão, variabilidade ou dispensa do capital social, limitação do número de quotas-partes do capital para cada cooperado, cessão limitada de quota, administração democrática, resultados em função das operações, indivisibilidade dos fundos, neutralidade política, religiosa, racial e social, além de assistência a cooperados e empregados, bem como limitação da área de admissão.¹⁰ O estudo de tais princípios deixa claro, com facilidade, amoldarem-se precisamente a *mens legis* do artigo 3º, § 5º, da Lei Complementar n. 123/06, devendo ser consideradas vias lícitas para microempreendedores e empreendedores de pequeno porte.

5.8 Instituições financeiras, mobiliárias e securitárias

Não se incluem no regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, sociedades que exerçam atividades no Sistema Financeiro Nacional, nomeadamente as atividades de banco comercial, banco de investimentos e banco de desenvolvimento, além de caixa econômica, sociedade de crédito, e sociedade de financiamento e investimento ou de crédito imobiliário. Fora do ramo financeiro, também estão excluídas sociedades que trabalhem no mercado de capitais, designadamente as que atuam como corretoras ou distribuidoras de títulos, valores mobiliários e câmbio. Somem-se as empresas de arrendamento mercantil e sociedades de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar.

Não há muito o que comentar sobre a norma. Fica claro que o legislador entendeu haver uma incompatibilidade visceral entre, de um lado, os conceitos de microatividade econômica e atividade econômica de pequeno porte e, de outro lado, tais objetos sociais.

5.9 Cisão ou desmembramento

De acordo com o artigo 3º, § 4º, IX, do Estatuto, não poderá qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte a pessoa jurídica *resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores*. Na cisão, uma sociedade se divide, se cinde, implicando a separação de corpo social – patrimônio e sócios.

A cisão de uma sociedade terá por efeito jurídico acessório a vedação de sua qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte a vedação de a sociedade ou sociedades resultantes desta operação serem incluídas no regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, para nenhum efeito legal. Para tanto, é indiferente investigar se a sociedade cindida era, ou não, beneficiária da lei e, portanto, qualificada como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte. Indiferente, também, a investigação dos motivos que levaram à cisão. Infelizmente, basta a ocorrência de tal evento social para que se aplique a vedação legal aos benefícios legais, em todos os seus efeitos. Por fim, indiferente tratar-se da sociedade *resultante* da cisão ou da sociedade *remanescente* da cisão: ambas estão submetidas à previsão; e mesmo mais, se da cisão resultarem três ou mais sociedades. Também alcançadas aquelas que, eventualmente, tenham incorporado parcela *resultante ou remanescente* da cisão, bem como a que tenha se fundido com parcela *resultante ou remanescente* da cisão.

Tal vedação, todavia, não é perpétua. Segundo o texto legal, para que se aplique a vedação, a cisão ou desmembramento deverá ter *ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores*. A interpretação da frase demanda cuidado, já que não se trata dos *5 (cinco) anos anteriores*; se assim fosse, o aplicador usaria do artigo 132, § 3º, do Código Civil para a seguinte operação: tomaria o dia da cisão (e não o dia de seu arquivamento, se providenciada atempadamente) e assinalaria a validade e a eficácia da proibição em igual dia do quinto ano seguinte: cisão no dia 1º de abril de 2007, vedação de qualificar-se como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte até 1º de abril de 2012. Mas não é isso que consta da norma, que não se preocupa com o dia da cisão, mas com o ano-calendário em que essa ocorreu. Esse ano calendário será o primeiro dos cinco em que terá validade a vedação. Assim, tenha ocorrido a cisão em 1º de abril de 2007 ou em 31 de dezembro do mesmo ano, a sociedade ou sociedades *resultantes ou remanescentes* deste desmembramento não poderão se beneficiar do regime especial do Estatuto até 31 de dezembro de 2011; mas, já em 1º de janeiro de 2012, não se terá cisão *ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores*, sendo lícita a qualificação e os benefícios dela resultante, se preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos inscrito na norma então vigente.

5.10 Sociedades por ações

Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, para qualquer efeito legal, a sociedade constituída sob a forma de sociedade por ações. Não há muito o que comentar sobre a norma. Fica claro que o legislador entendeu haver uma incompatibilidade visceral entre tal tipo societário e os conceitos de microatividade econômica e atividade econômica de pequeno porte. Note-se que a norma refere-se às sociedades por ações e não apenas às sociedades anônimas, razão pela qual a vedação inclui, por certo, as sociedades em comandita por ações. De outra face, é preciso deixar claro que o legislador não fez qualquer distinção sobre estar o capital aberto, ou não, incluindo-se ambas as situações na vedação legal.

6 EXCLUSÃO DO REGIME

Como visto anteriormente, ao final de cada ano-calendário, microempresas que superaram a receita bruta de R\$ 240 mil devem tornar-se empresas de pequeno porte e, *mutatis mutandis*, empresas de pequeno porte que não tiveram tal faturamento devem tornar-se microempresas. Mais grave será a hipótese de se vencer o limite de R\$ 2,4 milhões de receita bruta num ano-calendário, caso em que se aplica o § 9º do artigo 3º do Estatuto: o empresário ou a sociedade, simples ou empresária, será excluído, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar n. 123/06, *para todos os efeitos legais*. O dispositivo comete, logo de abertura, um deslize, pois se refere apenas à *empresa de pequeno porte*; todavia, tal menção não é suficiente para afastar o fato de que, mesmo a microempresa, superando o limite inscrito no inciso II do *caput* do artigo 3º, será excluída do regime beneficiado; o simples fato de ser uma microempresa não lhe concede o direito a estourar o limite de receita bruta anual máximo, ainda que este tenha sido pensado para as empresas de pequeno porte. Não há, portanto, um direito a estágios: (1) microempresa, (2) empresa de pequeno porte e (3) exclusão.

Não só a perda dos requisitos objetivos conduz à exclusão do regime diferenciado e favorecido previsto no Estatuto. Se o empresário ou a sociedade, simples ou empresária, incorrer em qualquer das situações previstas nos incisos do § 4º do mesmo artigo 3º, acima estudadas, será igualmente excluído do regime de que trata a Lei Complementar n. 123/06, como, aliás, estatui o § 6º, ainda do artigo 3º. Note-se, porém, que a exclusão em face da perda do requisito objetivo (superação do limite máximo de R\$ 2,4 milhões de receita bruta anual) se fará *no ano-calendário seguinte*, como se afere do já citado § 9º. Em oposição, a perda da qualidade de microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte em face do desatendimento aos requisitos subjetivos, inscritos no § 4º do artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06, tem seus efeitos *a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva*, segundo o § 6º do reiterado artigo 3º.

Note-se que há, sim, um benefício inscrito nas regras dispostas nos §§ 6º e 9º do artigo 3º, ainda que seu escopo seja a desqualificação do empresário ou

da sociedade, simples ou empresária, da condição de microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte. Com efeito, o legislador poderia ter disposto que o vencimento dos limites objetivos ou o desatendimento às condições subjetivas implicassem o pronto desenquadramento, ou seja, tivessem efeitos imediatos. Assim, porém, não fez. Diante da incursão em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º do artigo 3º, a fruição dos benefícios concedidos pelo Estatuto se fará até o final daquele mês; os efeitos da exclusão, por norma expressa, se concretiza apenas *a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva*. Ainda mais remarcável e relevante é a vantagem concedida pelo § 6º, pois concede a extensão do regime diferenciado e favorecido até o ano-calendário seguinte, não importando quando se deu a superação do limite de R\$ 2,4 milhões de receita bruta. Ainda que pouco provável, esse limite pode ter sido alcançado no primeiro ou primeiros meses de um ano; ainda assim, a exclusão só se dará, em face do que estabeleceu o legislador, no ano-calendário seguinte. E, para tanto, é absolutamente indiferente o valor final da receita bruta naquele ano-calendário, certo que o legislador nada disse a respeito. Ainda que se tenha alcançado um faturamento de R\$ 240 milhões, por exemplo, em face da capitalização da empresa, da alteração de seu perfil negocial ou qualquer outro motivo, a exclusão só se dará no ano-calendário seguinte.

É preciso atenção, no entanto, para as fraudes. Em fato, não se pode esquecer aqui da Parte Geral do Código Civil, a prever serem nulos, entre outros, aquele que tem por motivo determinante, comum a ambas as partes, um ato ilícito (artigo 166, III), aquele que tiver por objetivo fraudar lei imperativa (artigo 166, VI) e o ato jurídico simulado (artigo 167). Dessa forma, conforme o que se tenha verificado no caso em concreto, pode-se afirmar a nulidade do enquadramento em si, a determinar, em face de sua declaração, a perda *ex tunc* (desde então) da fruição dos benefícios do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

6.1 Efeitos do enquadramento e desenquadramento

Como visto nos comentários acima, os efeitos do desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte afirma-se para o futuro: a partir do primeiro dia do ano-calendário seguinte, se vencidos os requisitos objetivos, a partir do primeiro dia do mês seguinte, se desatendidos os impedimentos que constituem os requisitos subjetivos do regime especial. Não há, falar, portanto, em efeitos que retroajam, exceto se há declaração da nulidade do próprio enquadramento ou da manutenção do enquadramento, em face da prática de qualquer dos atos listados nos artigos 166 e 167 do Código Civil.

Justamente por isso, o § 3º do artigo 3º do Estatuto destaca que esse *desenquadramento* não implicará alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados. Aliás, o dispositivo é perfeito por constituir uma via de mão dupla, reconhecendo que mesmo o *enquadramento* do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou

empresa de pequeno porte. Portanto, a fruição dos benefícios do tratamento diferenciado e favorecido faz-se apenas durante o período de enquadramento, não havendo retroação nem da aquisição das vantagens, nem de sua perda. A condição de beneficiário ou de não-beneficiário marca os atos jurídicos em cada tempo de realização, aperfeiçoando-se assim.

7 ESPECIALIDADE TRIBUTÁRIA

Esteja-se atento, sempre, para o fato de que uma coisa é a qualificação como microempresa e como empresa de pequeno porte; outra coisa, distinta da primeira, é a qualificação para o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. A primeira qualificação dá direito ao tratamento diferenciado e favorecido, em sentido largo; a segunda, dá direito ao recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos impostos e contribuições listados no artigo 13 da Lei Complementar n. 123/06. Dessa maneira, embora somente pessoas enquadradas na condição de microempresa e empresa de pequeno porte possam fazer a opção pelo Simples Nacional, atendidos os requisitos específicos deste regime tributário, incluindo a forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, como se afere do artigo 16 do Estatuto, a recíproca não é verdadeira. Portanto, não é preciso ser beneficiário do Simples Nacional para enquadrar-se como microempresa e empresa de pequeno porte.

Ainda que óbvia, essa observação precisa ser feita e ressaltada. Atendidos os requisitos inscritos no artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06, o empresário ou a sociedade, simples ou empresária, qualifica-se como microatividade econômica ou atividade econômica de pequeno porte, fazendo jus ao tratamento diferenciado e favorecido estabelecido por este Estatuto, como, por exemplo, facilidades de acesso aos mercados, inclusive aquisições públicas, simplificação das relações de trabalho, estímulo ao crédito e à capitalização, entre outros. Isso, ainda que seja alcançada pelas vedações ao ingresso no Simples Nacional, previstas no artigo 17 do Estatuto. Dessa forma, pode, sim, existir microempresa ou empresa de pequeno porte que *não está e não pode estar* inscrita no Simples Nacional, face às referidas vedações, e, ainda assim, aproveitando-se dos demais benefícios do tratamento diferenciado e favorecido estabelecido por este Estatuto.

REFERÊNCIAS

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2.

¹ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 2, 3 e 5, passim.

² Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 5, passim.

³ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, cap. 1, passim.

⁴ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, cap. 3, passim.

⁵ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 8-10, passim.

⁶ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 8, passim.

⁷ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 9-10, passim.

⁸ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2, cap. 2, passim.

⁹ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, cap. 17, passim.

¹⁰ Cf. MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2, cap. 26, passim.

MICRO AND SMALL ENTERPRISES BENEFITING FROM DECLARATORY STATUTE 123/2006: ARTICLE 3 OF NATIONAL STATUTE FOR MICRO AND SMALL ENTERPRISES

ABSTRACT

This paper engages in the analysis of Declaratory Statute 123/2006 – The National Statute of Micro and Small Enterprises –, notably regarding the notion of micro and small economic activities, as well as the extent of the abovementioned law to micro and small business activities.

KEYWORDS: Businessperson. Societies. Micro-enterprise. Small business company.

MICROACTIVITÉS ET PETITES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES QUI BÉNÉFICIENT DU STATUT PRÉVU PAR LA LOI COMPLÉMENTAIRE N. 123/2006: LA QUESTION DE L'ARTICLE 3 DU STATUT NATIONAL DE LA MICROENTREPRISE ET DE L'ENTREPRISE DE COURTE FACTURATION

RÉSUMÉ

Le présent essai se prête à l'analyse de la Loi Complémentaire n.123/2006 – Statut national de la microentreprise et de l'entreprise de courte facturation–, surtout en ce qui concerne la conceptualisation des microactivités et des petites activités économiques, ainsi que la portée du régime de cette loi aux microactivités et des activités commerciales de courte facturation.

MOTS-CLÉS: Entrepreneur. Sociétés. Microactivité. Petites activités économiques.