

**A FALÊNCIA, AS SOCIEDADES SIMPLES E O ESTATUTO GERAL  
DA MICRO E PEQUENA EMPRESA – LC Nº 123/2006**

**João Francisco da Mota Júnior<sup>1</sup>**

**RESUMO**

Este trabalho tem como objetivo tecer algumas considerações a respeito da Lei Complementar nº 123/2006 que instituiu o Estatuto Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MPE), que representam grande importância para a economia do país. Buscando-se utilizar critérios e conceitos interdisciplinares, por meio de uma metodologia de pesquisa fulcrada principalmente na doutrina, nesta sustentado que as sociedades simples, embora possam ser enquadradas na nova definição de MPE, não lhes é permitido ser sujeito passivo de falência. A LC nº 123/2006, em que pese ter concedido tratamento diferenciado e favorecido a determinadas pessoas, em nada revogou nem alterou normas relativas à insolvência ou à falência, nem pretendeu alterar institutos ou definições no âmbito civil.

**Palavra-Chave.** Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Sociedades Simples. Falência

**INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos, profundas modificações vêm sofrendo o ordenamento jurídico

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela UFBA, Especialista em Direito Empresarial pela UCAM, Especialista em Direito Processual Civil pela UFBA, possui Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Jurídicas pela EMAB/UCSAL. Atualmente é Assessor da Casa Civil - PR, Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União – CGU e pertence ao corpo docente do Centro Universitário Unieuro.

pátrio, seja no âmbito do direito material seja no direito processual. Sem dúvida alguns aspectos sociais, econômicos e políticos influenciam estas mudanças, e, assim, não poderia ser diferente considerando ser o Direito uma ciência dinâmica e não estática.

Nesse particular, uma destas primeiras grandes alterações foi a introdução do Código Civil de 2002, revogando o antigo e arcaico Código de 1916, em que pese este ter sido de notável saber e importância para conceituação e estruturação de muitos dos conceitos e institutos do direito privado atual. Pode-se afirmar que antes do Código de 2002 havia uma nítida separação entre o direito privado e o direito comercial.

Alicerçado no direito italiano, houve então a unificação – parcial – entre estes ramos do direito, que numa visão ampla gerou a adoção da Teoria da Empresa, restando superada a Teoria da Atividade Mercantil. Com efeito, a atividade mercantil, adotada no revogado Código Comercial, foi a base de sustentação de todo o sistema, considerando-se que, à época da construção e formulação do Código Comercial, sob forte influência do direito francês, a ordem econômica mundial vigente era mercantilista.

O campo restrito da atividade mercantil não mais condizia com a realidade de uma industrialização cada vez mais crescente, onde as relações econômicas e sociais imprimiam a necessidade em abranger a atividade econômica. A unificação trouxe, ao adotar a teoria da empresa, em suma, o desaparecimento da figura do comerciante e surgimento da figura do empresário; um tratamento uno em relação aos contratos e obrigações, o que fazia eliminar a distinção até então existente entre os direitos de crédito civis e mercantis, e em especial, uma nova estruturação de uma Teoria Geral das Sociedades.

O novo Código Civil, portanto, ao dividir o exercício habitual de operações econômicas em empresárias e não empresárias, classificou as sociedades, especificamente quanto a sua natureza, em empresárias e simples (art. 982 do NCC). Outrossim, a legislação, até então existente, também precisava se adaptar às inovações trazidas, e à adoção da Teoria da Empresa.

Destaca-se, assim, o advento da Lei nº 11.101/2005, disciplinando com novos regramentos o instituto da Falência, com a revogação do antigo Decreto nº 7.661/45.

O presente trabalho busca, então, tecer algumas considerações a respeito da sociedade simples, da falência e da Lei Complementar referida, tendo em vista a expressa possibilidade de sociedade simples ser constituída como microempresa ou empresa de pequeno porte. A indagação persiste na afirmação de poder ou não falir a sociedade simples, com a novel legislação.

### **1. A SOCIEDADE SIMPLES E O NOVO CÓDIGO CIVIL**

Com a unificação entre o direito civil e o direito comercial, houve a substituição da teoria clássica do ato de comércio, originária do direito francês, pela teoria da empresa, própria do direito italiano, consubstanciada, em especial, pelo advento do Direito da Empresa, no Código Civil de 2002 (CC/02).

O Direito Empresarial, hoje, consiste em sua concepção ampla, por abranger toda e qualquer atividade econômica, seja no que tange à formação da empresa, seja quanto aos aspectos do direito societário, ou na criação e circulação de riquezas provenientes dos títulos de crédito e do direito cambiário, seja, ainda, no que diz respeito à propriedade industrial ou à unificação das obrigações e celebração de contratos, ou, ainda, quanto às dificuldades econômico-financeiras e a preservação da empresa face ao novo direito falimentar.

Na opção do legislador, demonstrada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ao instituir o Novo Código Civil, substituindo o anterior de 1916, são visivelmente perceptíveis as dicotomias introduzidas no ordenamento jurídico, talvez com o intuito de padronizar ou justamente unificar conceitos ou definições.

A primeira grande dicotomia, no âmbito do Direito de Empresa, foi classificar as sociedades em personificadas - aquelas dotadas de personalidade própria, distinta da personalidade dos sócios, e prevista na lei – e as despersonificadas, aquelas em que não se fala em autonomia patrimonial entre sócio e sociedade – o caso das sociedades em comum e das sociedades em conta de participação.

Além disso, também há a classificação das sociedades como sociedade de pessoas (contratual) e sociedade de capital (institucional), utilizando-se a estrutura econômica como critério diferenciador. Com efeito, em alguns tipos societários, a pessoa jurídica está intimamente ligada e dependente da pessoa do sócio, sendo certo que, em caso de morte ou retirada, pode haver até mesmo a dissolução da sociedade. Já em outras sociedades, seja por incapacidade, morte ou retirada de um dos sócios, em nada estaria afetada a pessoa jurídica, que continua a existir.

A segunda grande diferenciação feita pelo CC/02 foi em relação às associações e sociedades. As primeiras se dedicam a atividades não-econômicas, desenvolvem atividades científicas, filantrópicas, artísticas, culturais, etc, não voltadas, portanto, para o lucro ou à exploração de qualquer atividade de índole econômica. As segundas, e aqui se incluem todos os tipos societários, exploram atividade econômica consideradas como aquelas atividades ligadas ou consistentes na produção ou circulação de bens ou serviços.

As sociedades, portanto, tidas como um contrato celebrado entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, e a partilha, entre os sócios, dos resultados, são estruturadas e constituídas para o exercício de atividade econômica. Vê-se que a lei não restringe a abrangência desta atividade econômica, pois, permite o desempenho de toda e qualquer atividade, seja de produção de bens e mercadorias, seja voltada para sua circulação e comercialização, ou ainda, limitadas à prestação de serviços profissionais ou técnicos.

A terceira grande dicotomia trazida pelo Código Civil de 2002 foi diferenciar as sociedades empresariais, das não-empresariais, a partir da introdução em nosso ordenamento jurídico da figura das sociedades simples. Embora se possa afirmar que as sociedades simples foram assim denominadas pelo direito helvético (Código das Obrigações Suíço), foi o Código Italiano de 1942 que melhor a delineou e a instituiu, o que deu base para a definição no direito pátrio brasileiro. Desde o trâmite do AnteProjeto do atual Código Civil, a sociedade simples já sofria críticas, em especial, do mestre Rubens Requião.<sup>2</sup>

Contudo, como cediço, as críticas aventadas não tiveram o condão de afastar pelo

---

<sup>2</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 369.

legislador este novo tipo societário, que, à luz dos artigos 981 e 982 do CC/02, em que pese a sociedade simples ter a conceituação geral, consistente numa constituição de pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir “com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados,” não tendo por objeto, portanto, o exercício de atividade própria de empresário.

Pode-se afirmar que a sociedade simples constitui a forma mais elementar de sociedade, e que de sua definição extrai-se que, conforme sua tipologia, não é e nem deve conter em sua formação elemento de empresa, ou seja, “exercício de atividade própria de empresário”. Por certo, o Código Civil de 2002 não conceituou a Empresa, porém, definiu a figura do Empresário, em seu Art. 966, ao rezar que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”.

Pela Exposição de Motivos do Código referido distingue-se 03 condições para a caracterização deste empresário:

- a) Exercício de atividade econômica e, por isso, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços ou pela circulação de bens ou serviços produzidos;
- b) Atividade organizada, através da coordenação dos fatores da produção - trabalho, natureza e capital - em medida e proporções variáveis, conforme a natureza e objeto da empresa;
- c) Exercício praticado de modo habitual e sistemático, ou seja, profissionalmente, o que implica dizer em nome próprio e com ânimo de lucro.

Ou seja, a inexistência de qualquer desses elementos descaracteriza a atividade empresarial. Outrossim, por força de lei, não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966 parágrafo único do CC).

Ricardo Negrão resume tais condições em apenas 03 palavras: economicidade, organização e profissionalidade.<sup>3</sup> Entende-se, portanto, como empresário, a pessoa, física ou

---

<sup>3</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa – Volume 1*. 3ª. ed. ref. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 38.

jurídica, sujeito de direitos que organiza e estrutura a empresa, assumindo o risco do empreendimento, desde que atue com profissionalidade. É necessário, pois, o exercício de uma organização dos fatores de produção, quais sejam, a natureza, o capital e o trabalho, no exercício da atividade econômica, a fim de promover a produção e a circulação de bens ou de serviços, com a finalidade lucrativa.

A atividade empresarial, por seu turno, ainda que se trate de uma conjugação de fatores, não deve ser afastada da sua função social. Muitas vezes, na prática, há dificuldades em classificar uma sociedade em simples ou empresária. Contudo, o elemento empresa é essencial para tal definição. O próprio Código Civil acentuou a dicotomia ao excluir, de forma negativa, a sociedade empresarial, do conceito de sociedade simples, justamente pela presença ou não de atividade empresarial, pois, “salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.” (art. 982, CC/02).

O Código Civil previu, ainda, que a sociedade simples pudesse ser constituída de acordo com as regras pertinentes às sociedades empresariais, sendo que, nesse caso, deveriam ser aplicadas as regras próprias da respectiva sociedade empresarial. Daí então, a classificação de alguns autores em sociedade simples pura, quando subordinadas às normas que lhe são próprias, e as sociedades simples “impuras”, quando constituídas em conformidade com os tipos societários regulados nos seus arts. 1.039 a 1.092.

Para Sergio Campinho, a sociedade simples é dotada de dupla natureza, considerando que tanto serve de substrato às sociedades de natureza civil, não enquadráveis como sociedades empresariais, bem como funciona como fonte supletiva para as sociedades empresárias, sendo aplicáveis a estas nos casos de omissão da lei.<sup>4</sup>

Tendo em vista que a sociedade simples “impura” ou constituída como outra sociedade permitida em lei, terá regramento específico, conforme a constituição correlata, inclusive para efeitos de dissolução, necessário se faz destacar as principais características das sociedades simples puras, ou as regras gerais destas sociedades.

---

<sup>4</sup>CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do novo Código Civil*. 3ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 86.

O art. 997 do CC/02 descreve os elementos essenciais pertencentes, que devem constar no contrato social, o que não exclui outros estipulados, desde que lícitos e possíveis.

Houve também uma imposição legal no que diz respeito às cooperativas, se seriam ou não consideradas como sociedade simples.

Além disso, pode haver, ainda, sociedades simples em razão da profissão regulamentada, desde que, todos os sócios exerçam na empresa atividades de profissões legalmente regulamentadas, e que não se enquadrem como atividade empresarial.

## 2. A FALÊNCIA E O SISTEMA FALIMENTAR BRASILEIRO

Em um breve passeio histórico pela origem da falência<sup>5</sup>, verifica-se que o instituto a muito veio se modificando no tempo, acompanhando, muitas vezes, as mudanças políticas, econômicas e sociais. De fato, na Antiguidade, o inadimplemento era tido como fato tão grave que a dívida não paga concedia ao credor o direito de transformar o devedor em escravo ou mesmo de ceifar sua vida.<sup>6</sup>

Do direito romano, por seu turno, que se remonta a origem do direito falimentar, ao preconizar a *Lex Julia* a criação da *cessio bonorum*, por meio do qual os credores teriam o direito de dispor de todos os bens do devedor e instituição do princípio da *par conditio creditorum*.<sup>7</sup> Neste contexto, a arrecadação dos bens, a fim de que ocorresse o posterior rateio entre os credores, faz surgir, posteriormente, a idéia da massa falida.

Com a Idade Média, não houve grandes mudanças, principalmente no aspecto social, considerando-se que o ato de dever a alguém era tido como pecado, e

---

<sup>5</sup> Excelente estudo histórico sobre o direito falimentar mundial e brasileiro encontra-se na obra: OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 25-38.

<sup>6</sup> Neste sentido, a *Lex Poetelia Papiria* (428 a.C) utilizava de 2 instrumentos: a morte civil, permitindo aos credores que tomassem o devedor como escravo para a eles servir, ou a morte física do devedor e a conseqüente repartição de seus membros entre os credores - *manus injectio* -, instrumento de concepção nitidamente intimidatória.

<sup>7</sup> Cita-se, ainda, institutos romanos como a *missio in bona, venditio bonorum* (*Lex Aebutia* que previa o desapossamento dos bens do devedor), *concursum creditorum*.

consequentemente, considerado crime, independentemente da causa ou da culpabilidade – *punitur quia peccatum est*.

Com o advento da revolução francesa e ascensão da burguesia, o Direito Falimentar começou a ter novos contornos, em especial com o Código Comercial Francês (*Code de Commerce* de 1808), pois, já rezava tal diploma uma espécie de intervenção na empresa, a fim de recuperá-la, e saldar as dívidas existentes. Cediço que o Brasil sofreu com as determinações e regências das Ordenações Afonsina, Filipina e Manuelina.

Após a Independência, com a promulgação do Código Comercial de 1850, com a sua Terceira Parte dedicada às Quebras, a falência foi caracterizada como cessação de pagamentos, além de que, uma vez comprovada a insolvência e, em sendo esta sem culpa, era facultado ao devedor pedir a suspensão do processo de falência, a fim de que saldasse suas dívidas. Outrossim, era prevista a moratória, como uma espécie de concordata preventiva, tendo em vista que o comerciante tinha até 03 anos para saldar o débito.

Com a República, houve alteração da Terceira Parte do Código Comercial, realizada pelo Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890. Porém, em face da deficiente disciplina da matéria, o que contribuía para fraudes e procrastinações processuais<sup>8</sup>, foi promulgada a Lei nº 2.024, de 1908, trazendo significativas alterações. O Estado Novo, por seu turno, exigia que a legislação pátria contribuísse para sua manutenção e fortalecimento, fazendo por fim, surgir o Decreto-Lei nº 7.661/45, vigente até 2005.<sup>9</sup>

Em que pese o Decreto-Lei nº 7.661/45 ter sido constituído logo após a 2ª Guerra Mundial, com toda a nova ordem mundial estabelecida e as novas tendências, como a adoção da Teoria da Empresa, manteve o decreto a prevalência da Teoria dos Atos de Comércio, colocando o direito falimentar em posição mais formalista e processual, visão não econômica, além do caráter eminentemente repressivo.<sup>10</sup> O Decreto-Lei nº 7.661/45, entretanto, ao tempo,

---

<sup>8</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948, vol. I, p. 17.

<sup>9</sup> Verifica-se que várias outras normas advieram, promovendo alterações pontuais, a exemplo: Lei nº 4.839/65, que dispunha sobre a preferência dos créditos trabalhistas; o CPC e posteriores alterações; Leis nº 7.274/84, nº 8.131/90 e nº 8.639/95 que dispunham sobre várias alterações na concordata.

<sup>10</sup> ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar, nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: RT, 1985, p. 163.



começou a ganhar muitas críticas e não condizer mais com a realidade, apresentando muitos aspectos negativos.

Dentre tais aspectos, destacava-se: a) o exíguo prazo de defesa contra o pedido de falência (antes era de apenas 24 horas; hoje, o prazo é de 10 dias - art. 98 da Lei nº 11.101/05); b) a não distinção entre a figura da empresa e a do empresário, além de levar em conta apenas o pequeno empresário e o comerciante individual; c) o não privilégio da manutenção da atividade econômica e das relações de emprego; d) fazia do maior credor, o comissário, e atribuía a este a indicação do perito, além da possibilidade de o administrador continuar à frente da empresa, mesmo tendo agido com fraude ou demonstrado incapacidade administrativa.

O Direito Falimentar precisava ter novos rumos. Muitos países já promoviam mudanças substanciais, como Alemanha, Espanha, Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália e Portugal. Ao tempo da promulgação da antiga lei falimentar, o Brasil praticamente desconhecia a inflação, inexistia a correção monetária nos moldes hodiernos, as variáveis da taxa de juros ou a taxa Selic, a influência das instituições financeiras, os grandes conglomerados econômicos e a forma de tributação atual.

Com efeito, o advento da Constituição de 1988 introduziu no ordenamento pátrio, novos princípios a serem seguidos pelo direito concursal, como o da igualdade (art. 5º, da CF), da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), da propriedade privada (art. 170, II, da CF), da função social da propriedade e da empresa (art. 170, III, da CF), da busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF), do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (art. 170, IX, da CF), além do devido processo legal, da aplicação da solidariedade e fraternidade, da proporcionalidade, da garantia da ordem política e econômica, da proteção ao crédito e ao trabalhador.

Após discussões e longo tempo, adveio a Lei nº 11.101/2005.

Da nítida adoção da Teoria da Empresa foi possível extrair os seguintes princípios: da viabilidade da empresa; da prevalência dos interesses dos credores; da publicidade do procedimento; do *par conditio creditorum*; e da conservação e manutenção

dos ativos.

Com o novo instituto da Recuperação da Empresa, a nova Lei de Falências concede a possibilidade de reestruturação às empresas economicamente viáveis, a fim de que vençam as dificuldades, o que faz manter as relações empregatícias e laborais e os pagamentos aos credores.

Com a adoção da recuperação judicial e extrajudicial, resta permitida a flexibilização do processo de insolvência, diferentemente da concordata, tendo em vista que cria novos meios<sup>11</sup> de contornar as dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora. Antes mesmo do envolvimento direto do Judiciário, é prevista uma tentativa de negociação informal entre devedor e credores, por meio de uma proposta de recuperação apresentada pelo devedor a uma assembléia de credores, o que a norma define como negociação extrajudicial.

Outras reformas são observadas, como: a) extinção da figura da concordata; b) fim do depósito elisivo; c) os créditos trabalhistas obrigatoriamente deverão ser pagos dentro de um ano do pedido de recuperação, e os créditos fiscais deverão ser alvo de parcelamento específico, a ser criado para empresas em recuperação; d) implantação do comitê de empresa; e) regulação das pequenas e microempresas; f) pluralidade de formas, sob o manto da flexibilização, cuidando da recuperação da atividade produtiva; inserção de técnicos e profissionais auxiliando o juízo; f) simplificação dos procedimentos, com redução dos incidentes processuais e prazos; g) inovação quanto ao depósito elisivo.

Não se olvida que as mudanças aqui tecidas não esgotam o tema, e outras foram e serão tratadas neste trabalho.

### 2.2. A falência e a sociedade simples

---

<sup>11</sup> O rol de meios de recuperação previsto no art. 50 da LF é meramente exemplificativo, de modo que poderão ser aprovados outros meios de recuperação.

Já no século retrasado, o mestre J. X. Carvalho de MENDONÇA afirmou que, "uma lei sobre falência é trabalho de grande magnitude. Para convencer-mo-nos desse acerto bastará atentar ao fim que ela visa: a garantia e proteção ao crédito."<sup>12</sup>

A antiga Lei Falimentar somente permitia ao devedor comerciante ser sujeito à falência, a teor da expressa disposição do seu art. 1º. Conseqüentemente, não se sujeitavam à falência a antiga sociedade civil e as cooperativas, espécie daquelas.

A nova Lei de Falências e Recuperação, contudo, baseada na Teoria da Empresa, anteriormente já preconizada no Livro II, da Parte Especial, do Código Civil de 2002, praticamente, adotou a dicotomia existente para inclusão, qual seja, empresarial e não-empresarial.<sup>13</sup>

Extinguindo com o instituto da concordata, surgiram a recuperação judicial e a extrajudicial, de modo a evitar, sempre que possível, a declaração da falência, pois, visa manter a atividade empresarial e a preservação da fonte produtora de bens e serviços, atestando sua função social. A falência, portanto, é dirigida ao empresário individual ou à sociedade empresária.<sup>14</sup>

Como anteriormente dito, as sociedades simples foram introduzidas pelo novo Código Civil em substituição às sociedades civis – não em termos absolutos, como já discutido -, o que abrange as sociedades que não exercem atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 982,CC/02), ou melhor, a atividade desenvolvida pela sociedade (existência ou não de elemento de empresa) é que irá definir por tratar-se de sociedade simples ou empresária.

Nota-se que a principal diferença entre tais sociedades não se restringe ao aspecto lucrativo. De fato, ainda que o lucro seja da própria essência da sociedade empresária, ele não

---

<sup>12</sup> In *Das falências e dos meios preventivos de sua declaração*, Vol. I, São Paulo: Carlos Gerke, 1899, p. 11.

<sup>13</sup> Também neste entendimento, sobre a linha da dicotomia anterior existente entre ato de comércio e o ato civil: NEGÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3 ed., v.1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 235.

<sup>14</sup> Em que pese a sujeição ao concurso de credores da sociedade empresária e não do sócio, o art. 81 da Lei de falências admite a falência da pessoa física em dois casos: a) quando referir-se a firma individual, por não haver clara distinção entre o patrimônio pessoal e o patrimônio da empresa; b) quando a sociedade for de responsabilidade ilimitada, pois sendo a responsabilidade ilimitada não há divisão entre o patrimônio da sociedade empresária e do sócio, que desta forma também poderá ser declarado falido.

é o suficiente para distingui-las, pois, a lei prevê a possibilidade de sociedades não empresárias com finalidade lucrativa.

Frise-se que nas sociedades simples, enquanto os sócios são aqueles que atuam diretamente na produção e circulação de bens ou serviços, com utilização de mão-de-obra pessoal, na sociedade empresária, os sócios são aqueles que coordenam, dirigem e supervisionam a produção e circulação de bens e serviços, realizada por meio de uma estrutura e organização.

A impossibilidade de falência no que tange à sociedade simples foi reforçada com o Código Civil de 2002 ao preceituar no art. 1.044 do CC, que “a sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência” e no artigo 2.037, que “salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei, não revogadas por este código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.” Ou seja, com o advento do novo diploma civil, aplicar-se-iam as disposições do Decreto-Lei nº 7.661/45.

No que toca à nova lei falimentar, o projeto originário que resultou a Lei nº 11.101/2005 previa expressamente que o instituto da recuperação seria também aplicável às sociedades simples, conforme art. 1.º da redação final do Projeto nº 4.376-E, de 1993; transformado no Projeto nº 71, de 2003 na Câmara dos Deputados, *in verbis*:

Art. 1º. Esta Lei institui e regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência da sociedade empresária, da **sociedade simples** e do empresário que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, que doravante serão denominados simplesmente “devedor”

Parágrafo único. O disposto deste artigo não se aplica:

I - à sociedade cooperativa;

II – ao agricultor que explore propriedade rural

para fins de subsistência familiar;

III – ao ar tesão, ao que presta serviços ou ao

que exerce atividade profissional organizada preponderantemente com o trabalho próprio ou dos membros da família, para fins de subsistência familiar;

IV – ao profissional liberal e à sua sociedade civil de trabalho;

V – à empresa pública e à sociedade de economia mista.(grifou-se) <sup>15</sup>

De plano, percebe-se que o Projeto de lei inicial, embora tivesse incluído as sociedades simples, exclui o agricultor titular de exploração rural de subsistência, sem fazer contudo, a distinção apregoada pelo Código Civil para aquele que preferir o seu registro como empresário (Código Civil art. 971). Outrossim, ficaram, ainda, excluídos do pólo passivo da falência e recuperação a cooperativa, o artesão, o profissional e a sua sociedade de trabalho.

Contudo, após discutido na Câmara dos Deputados, a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado da República, ao analisar o referido projeto, entendeu que inexistia clareza e precisão técnico-jurídica na redação de alguns dispositivos originários, o que afastou a sociedade simples sob o fundamento de que não havia uniformidade terminológica em alguns pontos da lei, dispondo que "parece mais adequado, a fim de evitar interpretações equivocadas, aproveitar a definição do Código Civil, que é mais precisa, para restringir os regimes disciplinados na lei aos empresários e às sociedades empresárias".

De acordo, ainda, com a Comissão, o parágrafo único do art. 1º do projeto originário da Câmara Federal excluía a grande maioria das sociedades simples, especialmente quando mencionava os profissionais liberais e suas sociedades.<sup>16</sup> Se há de convir que a definição da abrangência da lei falimentar foi precedida de debates e audiências públicas, bem ressaltado pela Comissão aludida.<sup>17</sup>

Doutrinariamente, muitos são aqueles que defendem a não-aplicação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência à sociedade simples<sup>18</sup>, citando-se apenas José da Silva

---

<sup>15</sup> Diário do Senado Federal, 29/10/2003, p. 33866.

<sup>16</sup> Diário do Senado Federal, 10/06/2004, p. 17867.

<sup>17</sup> Diário do Senado Federal, 10/06/2004, p. 17862.

<sup>18</sup> Estaria, portanto, sujeita à insolvência civil. Neste sentido: ROQUE, Sebastião José. *Direito de Recuperação de Empresa*. São Paulo: Ícone, 2005, p. 349 e NEGÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva 2004, v.2, p. 251.

Pacheco<sup>19</sup>, Amador Paes de Almeida<sup>20</sup>, Andréia Martins Spinelli<sup>21</sup>, Fábio Ulhoa Coelho,<sup>22</sup> Vera Helena Franco<sup>23</sup>, Newton de Lucca<sup>24</sup>, Celso de Oliveira.<sup>25</sup>

Acrescenta-se que a dissolução da sociedade simples foi disciplinada pelo Código Civil, sem fazer referência ao processo falimentar.<sup>26</sup> Em face da Teoria da Empresa, atualmente adotada, os impactos de insolvência civil, no âmbito de mercado, da produção e circulação de bens e serviços, não demonstram aqueles efeitos decorrentes da insolvência empresarial, inclusive em respeito a sua função social, sem desmerecer a importância da sociedade simples na economia brasileira.

Não se procura questionar violação ao princípio da isonomia ao fazer a lei distinção entre a insolvência da sociedade empresarial e da sociedade simples, ou mesmo necessidade de alteração da insolvência civil prevista no CPC de 1973. Afirma-se, apenas, que a Lei nº 11.101/2005 foi direcionada à atividade empresarial por toda sua principiologia e disposições. Nos termos em que se encontra a lei falimentar, a sua aplicação à sociedade simples poderia, sim, gerar indagações sobre violação ao princípio da isonomia, considerando que aspectos particulares de tais sociedades não foram devidamente observados pelo legislador.

A Lei de Recuperação e Falência, por fim, excluiu de sua aplicação as empresas pública e as sociedades de economia mista; e as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcio, entidades de previdência complementar, sociedades

---

<sup>19</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 14.

<sup>20</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005, 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

<sup>21</sup> SPINELLI, Andréia Martins Ramos; MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Quartier Latin, 2005, p. 187.

<sup>22</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*: Lei n. 11.101, de 9-2-2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15-16. e *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 247.

<sup>23</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Manual de Direito Comercial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 p. 194.

<sup>24</sup> LUCCA, Newton de. *Comentários à Nova Lei de Recuperação de empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 74.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 103.

<sup>26</sup> Art. 1044, do CC/02: “A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.”

operadora de plano de assistência à saúde, sociedades seguradora, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores, por terem legislação específica quanto ao assunto e características particulares no que tange a sua insolvência.<sup>27</sup>

### 2.4. A falência e a micro e pequena empresa

Desde o nascedouro das microempresas no ordenamento pátrio, ainda que conferindo-as tratamento simplificado e diferenciado, não resta dúvida de que elas convivem com muitos problemas no âmbito da economia capitalista, a exemplo de encontrarem como produtores marginais, onde as condições de competição são insipientes, o que dificulta a produção; montante de capital circulante muito pequeno e inexistência de condições de agregar em seus quadros pessoas melhores orientações; além, por não dizer, necessidade de mais auxílio governamental visando uma aplicação melhor do insumo capital, além das instabilidade.

Em que pese a matéria ser correlata até mesmo com a atividade comercial ou empresarial, os avanços trazidos com a Lei nº 7.256/84, e posteriormente, com a Lei 9.841/99, as microempresas não tiveram regramento próprio, condizente ao tratamento favorecido, diferenciado e simplificado já preconizado pela Carta Magna, na esfera falimentar ou concursal. Seja pelo Decreto-lei nº 7.661/45, seja pelas leis específicas, nenhuma regra foi trazida para o terreno das falências, ou mesmo concordatas.

Numa interpretação analógica, admitia-se a falência da pequena e microempresa, à luz do Decreto-lei nº 7.661/45, haja vista que o sujeito passivo era a figura do comerciante, o que fazia incluir aquelas em tal conceito. Nesse sentido, o STJ, não apenas admitia esta falência ao microempresário, como também diferenciou, ao entender que não poderia ser punido pelo art. 186, VI da Lei Falimentar anterior, por dispensar a lei especial a escrituração

---

<sup>27</sup> Veja-se, na visão de Fabio Ulhoa Coelho, a lei fez exclusão, quanto a falência, de pessoas ainda exercentes de atividade econômica empresarial, cuja exclusão pode ser parcial ou total. In *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 7 ed., rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 247-248.

contábil.<sup>28 29</sup>

Países como México, em reformas recentes nos seus regimes falimentares e concursais, expressamente incluíram os microempresários como sujeitos do concurso falimentar, já os italianos preferiram excluir não a totalidade dos microempresários ou pequena sociedade empresária (*forma individuale o collettiva*), mas, também, estipularam critérios quantitativos (capital igual ou superior a 300.000, 00 euros ou renda anual - média em 3 anos - igual ou superior a 200.000,00 euros) para que pudessem ser sujeitos da falência, redefinindo seu conceito de pequeno empresário para efeitos da lei falimentar.

A nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, com o intuito de facilitar a recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte, destinou a uma Seção específica - Seção V, artigos 70 a 72 -, dentro do Capítulo referente à recuperação judicial para tratar sobre o “Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”.

A Lei Falimentar confere ao devedor dois procedimentos de recuperação judicial, a fim de superar sua crise financeira e continuar sua atividade. O primeiro é chamado de ordinário ou comum, e o segundo, de procedimento especial. O procedimento comum destina-se às grandes empresas; caso deferido o pedido pelo juiz, será apresentado um plano de composição das dívidas, que poderá sofrer objeção por parte dos credores que não concordarem com ele. Em face de tal constatação, será designada uma assembléia de credores para analisá-lo e, sendo ele rejeitado por aquela, decretar-se-á a falência do devedor.

Já o procedimento especial é aquele destinado aos microempresários e empresários de pequeno porte, os quais podem optar por requerer sua recuperação por meio de um procedimento mais simplificado.<sup>30</sup> Neste procedimento, não existirá a necessidade de convocação de uma assembléia de credores, caso haja alguma objeção ao seu plano de

---

<sup>28</sup> “Art. 186. Será punido o devedor com detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos: (...) VI - inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa;”

<sup>29</sup> STJ, Resp 23.018-8/RJ, Rel Min. Costa Lima, DJ 26/10/92. Hoje expressamente prevê a LF em seu art. 51, §3º.

<sup>30</sup> JULIO KAHAN MANDEL faz constar sua indagação em admitir somente às ME ou EPP, “infelizmente,” o modelo simplificado de recuperação. In *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 144.



pagamentos. Ressalta-se que este procedimento envolve apenas os credores quirografários, diferentemente do procedimento comum, o qual deveria abranger - ao menos em tese - todas as categorias de credores, salvo as exceções legalmente previstas. O procedimento especial trata-se de uma faculdade, e não de uma obrigação. Afirmada a intenção, deverá “fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51”<sup>31</sup> da LF.

Por uma lógica e sistemática da lei, além do plano especial ser optativo para a micro e pequena empresa, na medida em que elas poderão utilizar o procedimento ordinário previsto no art. 47 e seguintes da LF, de igual modo, poderão utilizar os instrumentos e meios de recuperação previstos no art. 50.

Não se olvida que as disposições do plano especial encontram-se dentro do Capítulo III – Da Recuperação Judicial, fazendo o art. 70 a expressa submissão das micro e pequenas empresas ao Capítulo correlato.

Tendo em vista que as microempresas e empresas de pequeno porte estão abrangidas pela definição de empresário ou sociedade empresarial, também poderão ser passíveis de falência. Vê-se, v.g., se a proposta não tiver cumprimento conforme o prometido, o juiz pode operar a convocação da recuperação em falência,<sup>32</sup> ou na hipótese, ainda, em que caberá a decretação da falência quando determinada a retificação do plano especial, foi desobedecido ou não atendida aquela determinação.<sup>33</sup>

No que toca a recuperação extrajudicial, cabe às micro e pequenas empresas, utilizando-se os argumentos acima expostos, desde que atenda aos requisitos do art. 48 da LF.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 315.

<sup>32</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 2. ed., São Paulo Atlas, 2005, p. 68.

<sup>33</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários a nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresas*. 2. ed., São Paulo Saraiva, 2005, p. 185-186.

<sup>34</sup> Neste sentido, se pode também se ter a interpretação de Manoel Justino, da leitura de sua obra citada, pp. 139 e 359. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

### **3. A SOCIEDADE SIMPLES E O NOVO ESTATUTO GERAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

Não existe uma padronização nos ordenamentos jurídicos, em regra, para definir a pequena e média empresa. Por certo, muitos fatores podem influenciar nesta conceituação, o que incluem aspectos sociais, econômicos, políticos e sociais. O que para o Brasil seja uma empresa de porte médio, para os EUA pode ser apenas uma pequena.

Com efeito, a primeira definição oficial de pequena empresa foi nos EUA, por meio do *Selective Service Act*, de 1948.<sup>35</sup> Normalmente são utilizados critérios quantitativos ou qualitativos, ou mesmo a junção entre eles. Para DIESTE, o critério quantitativo seria aquele de ordem econômica e/ou contábil, e por meio de indicadores como: número de funcionários (como o critério utilizado pela OIT), valor de faturamento, valor de imobilizados, patrimônio líquido, lucro, etc, determinaria a classificação e porte da empresa. Já pelo critério qualitativo, seria aquele de ordem gerencial e social, e embora mais complexo, teria por base visão mais realista do porte da empresa. Desta forma, haveria outros indicadores, como a dificuldade na obtenção financeira, participação e domínio do mercado em termos concorrências, produtos comercializados, nível tecnológico, organização e administração, etc.<sup>36</sup>

Outrossim, pelo critério qualitativo seriam observadas a gestão e as atividades de direção, prevenção, organização, seleção, coordenação e controle da empresa, as quais se concentrariam na própria empresa ou no proprietário. A dificuldade e imprecisão que o conceito requer fez nascer o Regulamento MERCOSUL/GMC/RES Nº 59/98, atendendo ao Tratado de Assunção, ao Protocolo de Ouro Preto, à Resolução Nº 90/93 do Grupo Mercado Comum e a Recomendação Nº 5/98 do SGT Nº 7 – “Indústria”. Por conseguinte, foi aprovado o documento "Políticas de Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas do MERCOSUL - Etapa II", estipulando que os critérios quantitativos e qualitativos deveriam ser utilizados na

---

<sup>35</sup> FILION, L.J. *Norman m. essentials of small business management*. New York, Macmillan College, 1994 apud MOTTA, F.G. *Fatores condicionantes na adoção de métodos de custeio em pequenas empresas*. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

<sup>36</sup> Cfr. DIESTE, Juan Francisco. *Relações de trabalho nas pequenas e médias empresas*. São Paulo: LTR, 1997.

definição de Micro, Pequenas e Médias empresas.

Verifica-se, assim, que muitos são os padrões para classificar a empresa como micro, pequena ou média, pois, além de variarem de acordo com os diferentes propósitos existentes, também serão observados outros fatores como o número de empregados, total do faturamento, localização, entre outros. Ainda que o critério de número de empregados seja o mais utilizado, a *Small Business Administration* (SBA) adota também como referência o faturamento anual, aliada ao setor de atividade a que pertence e exerce a empresa.

Nesse particular, parece ter sido adotado pelo Brasil uma conjugação de critérios, pois, conjuga o aspecto da renda bruta/faturamento, com exclusão de empresa em face da finalidade, constituição e atividade desenvolvida.<sup>37</sup>

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, ao instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado tanto às microempresas como às empresas de pequeno porte. Pela nova LC nº 123/2006 restou mantida a definição legal com base na renda bruta realizada, conforme dispunha a legislação anterior.

A LC nº 123/2006 considerou, ainda, para definição e enquadramento legal, as atividades desenvolvidas pela entidade. Aliado ao critério de aferição da renda bruta, considerou, também, como microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

De igual forma, trouxe a inovação das sociedades simples poderem ser consideradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, desde que observados os demais critérios legais, já estudados. *In verbis*:

Art. 3º. **Para os efeitos desta Lei Complementar**, consideram-se microempresas ou

---

<sup>37</sup> LONGENECKER, J. *Administração de pequenas empresas*. São Paulo: Makron Books, 1997.

empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a **sociedade simples** e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, (...) (*destacou-se*)

Significa dizer que, as sociedades simples, reguladas pelas disposições do Código Civil de 2002, inclusive com a possibilidade de constituição como qualquer dos tipos societários previstos nos arts. 1.039 a 1.092<sup>38</sup> desse diploma, poderão ser consideradas como micro ou pequenas empresas, o que as permite utilizar o sistema tributário diferenciado, a facilitação no cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, bem como outros benefícios preconizados pela da Lei Complementar aludida.<sup>39</sup>

Cabe lembrar que o fato da sociedade simples adotar uma das formas societárias previstas, não a torna ou a transmuta para caracterização de sociedade empresária, em face da ausência do exercício de atividade própria de empresário, à luz do art. 982 do CC, bem assim a sujeição ao processo falimentar.

De plano, pela simples leitura da norma, não importa que a sociedade simples esteja inscrita no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou no Registro de Empresas Mercantis para que se enquadre no tratamento diferenciado. Todavia, não se deve esquecer que as normas da lei civil precisam ser observadas.

O questionamento pertinente e um dos pontos cruciais deste trabalho consistem em aventar sobre a possibilidade de a sociedade simples, uma vez caracterizada como microempresa e empresa de pequeno porte, sujeitar-se-á às disposições da Lei de Falência e Recuperação de Empresas - Lei nº 11.101/2005-, e conseqüentemente a possibilidade de concessão da recuperação judicial ou mesmo decretação de falência.

Considerando-se tratar de tema recente da doutrina, extrai-se a posição de Manuel

---

<sup>38</sup> Permite a constituição da sociedade simples em nome coletivo, comandita simples e limitada, pois, a teor do parágrafo único do art. 982 do CC, as sociedades por ações são consideradas sempre como empresariais, o que incluem a sociedade anônima e a comandita por ações.

<sup>39</sup> No Projeto da Lei Complementar originário sob nº 123/04, de autoria do Deputado Jutahy Junior, e com aprovação da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, não havia menção à sociedade simples, tendo sido incluída posteriormente, nas discussões.

Justino Bezerra Filho que defende a aplicação integral dos institutos da falência e recuperação judicial às sociedades simples, uma vez enquadradas como microempresárias ou empresárias de pequeno porte, pois, o rigor da lei falimentar foi quebrado com o art. 3º da LC 123/2006.<sup>40</sup>

Cinira Gomes Lima Melo assevera que:

Como já explicitado, se seguirmos a interpretação literal do art. 3º da LC n. 123/2006, opta-se pela não-aplicação da Lei n. 11.101/2005 às sociedades simples microempresárias ou empresárias de pequeno porte, em razão da expressão *para os efeitos desta Lei* ali contida. Essa seria uma primeira conclusão obtida com base na leitura do dispositivo em análise.

Por outro lado, levando em consideração o conteúdo do art. 179 da Constituição Federal, que determina tratamento diferenciado aos microempresários e empresários de pequeno porte, e, ainda, a intenção do legislador de ampliar o rol e, assim, sujeitar a sociedade simples aos benefícios gozados pela categoria dos microempresários e empresários de pequeno porte, parece-nos que a interpretação literal não seria a melhor para o presente caso.

[...]

Seguindo tal critério, a sociedade simples microempresária ou empresária de pequeno porte estaria sujeita aos benefícios ou vantagens oferecidas à sua categoria pela Lei n. 11.101/2005.<sup>41</sup>

Contudo, finaliza sua argumentação, utilizando-se uma interpretação intermediária, nestes termos:

Diante disso, pelas razões expostas, defendemos a aplicação da Lei n. 11.101/2005 às sociedades simples enquadradas como microempresária e empresária de pequeno porte somente no que se refere ao procedimento de recuperação judicial, excluindo-

---

<sup>40</sup> BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52-53.

<sup>41</sup> *In* A possibilidade de falência e recuperação judicial de sociedade simples com base no novo Estatuto da ME e EPP. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=916>> Acesso em 16 de julho de 2007.

as do procedimento de recuperação extrajudicial e falência.<sup>42</sup>

Saliente-se que, os critérios utilizados pelo Estatuto Geral das ME's ou EPP's também foram observadas tipos de atividades, o que faz excluir, total ou parcialmente, o regramento da nova lei a determinadas pessoas.

Impende, assim, afirmar que certas atividades ou tipos de sociedades simples estão vedados no enquadramento legal da Lei Complementar em testilha. A exemplo, têm-se as sociedade cooperativas, salvo as de consumo (art. 3º, § 4º, VI), cuja vedação é plena, e aquelas pessoas que tenham por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios<sup>43</sup> (art. 17, XI).

Quanto das argumentações tecidas no que tange aos sujeitos que se submetem à falência, restou afirmado que a lei falimentar restringiu sua aplicação apenas ao empresário individual e à sociedade empresária, fazendo excluir as sociedades simples.

Por lógica, tendo em vista que a sociedade simples é não-empresarial, desnecessário seria o legislador excluí-la do rol daqueles que não estão sujeito à falência, em que pese ter havido a expressa exclusão da cooperativa de crédito. A inovação trazida pela Lei Complementar nº 123/2006, ao permitir que uma sociedade simples seja ME ou EPP, em nada alterou as disposições previstas no Código Civil quanto a sua constituição ou natureza jurídica, distinta da sociedade empresária.

Em que pese se tratar de lei complementar, não há que se falar em derrogação da lei civil. Além de nada dispor a referida lei, a norma complementar, por imposição constitucional, apenas consistiu em traçar regras sobre o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas. Daí, o preceito do art. 3º ao dispor: “Para efeito desta lei...”. Houve apenas uma equiparação ou enquadramento legal para determinadas pessoas que, ainda que não exerçam a atividade empresarial, fossem beneficiadas ao preencherem requisitos na

---

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Nota-se a semelhança do parágrafo único do art. 966 do CC/02 ao dispor que: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

definição de micro ou pequena empresa.

Com as novas alterações, pode-se afirmar que no ordenamento pátrio há possibilidade de sociedades simples puras, sociedades simples impuras, quando adotadas uma das formas de outros tipos societários, e as sociedades simples ME ou EPP. Em quaisquer das hipóteses a natureza jurídica será sempre a mesma, ou melhor, não há exercício da atividade empresarial.

O fato de uma sociedade simples ser “micro ou pequena empresa”, embora tais termos denotem um caráter empresarial, tal sociedade não exerce circulação e produção de bens e serviços, utilizando-os como elemento de empresa.

Portanto, nem toda sociedade simples poderá ser ME ou EPP, pois, há aquelas que não têm finalidade lucrativa, outras não possuem a renda bruta exigida pela lei ou mesmo outros requisitos.

O tratamento diferenciado estipulado pelo Estatuto Geral das Micro e Pequena Empresas não pretendeu diferenciar – numa visão ampla – as atividades empresariais ou não, mas apenas a concessão de benefícios para aqueles que se enquadrassem na definição legal de ME ou EPP.

Por seu turno, a Lei Falimentar bem diferenciou esta atividade empresarial, pois, somente permitiu sua aplicação ao empresário e à sociedade empresarial, pois tem como finalidade primordial exercer os elementos da empresa.

ULHOA, com a maestria peculiar de sempre, é categórico em afirmar que:

Para se sujeitar-se à falência e necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Disso resulta que não se submete a execução concursal, de um lado, quem explora atividade econômica nenhuma, e, de outro, quem o faz sem empresarialidade. Quem não produz nem circula bens ou serviços, assim, nunca terá sua falência decretada, nem poderá beneficiar-se de qualquer tipo de recuperação judicial ou extrajudicial. [...] Também não terá nunca sua falência decretada o exercente de atividade econômica civil, não empresarial, como as sociedades

simples, as cooperativas, o agricultor familiar cuja atividade rural não tenha cunho empresarial, o artesão e o prestador de serviços que exercem suas atividades preponderantemente com o trabalho próprio e de familiares, o profissional liberal e as sociedades de profissionais liberais. Nessas hipóteses, o devedor insolvente submete-se ao regime da insolvência civil, tal como ocorre com os não exercentes de atividade econômica.<sup>44</sup>

Bem salientou Celso Oliveira que, para “evitar interpretações equivocadas” deve ser utilizado o Código Civil em relação à sociedade simples.”<sup>45</sup> Nesse contexto, não se pode dizer que, com a nova LC, às sociedades simples se sujeitarão às regras da Lei nº 11.101/2005.

A interpretação de que, com a LC nº 123/2006, as sociedades simples se sujeitariam à Lei nº 11.101/2005, ou mesmo para aqueles que permitam esta aplicação somente para as sociedades simples ME ou EPP, ou ainda, a aplicação para tão-somente quanto à recuperação judicial ofenderia o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia deve ser visto na concepção clássica, consistente em promover tratamento igual aos iguais; desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Entendendo, assim, seria crível aplicar a Lei nº 11.101/2005, somente às sociedades simples que se enquadrassem como ME ou EPP?

Nessa interpretação, poderia gerar que muitas sociedades simples reduzissem suas atividades para que fossem tidas com micro ou pequenas empresas para alcançarem a aplicação da lei falimentar.

Não se esquece que a principal fundamentação da recuperação da empresa é atender a sua função social. Seria um contra-senso admitir que a sociedade simples ME ou EPP fosse abarcada pela Lei nº 11.101/2005 e aquelas sociedades simples, com renda bruta muito além dos limites fixados pelo Estatuto das Micro e Pequenas Empresas e de importância significativa na economia, não pudessem utilizar da “recuperação judicial”, a exemplo.

---

<sup>44</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa: direito de empresa*. 7 ed., rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 247.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 82.



Retoma-se mais uma vez a afirmativa que o Brasil adotou a Teoria da Empresa. Não se pretende neste trabalho discutir que há falhas ou lacunas, quanto a esta adoção. Busca-se apenas interpretar a legislação vigente, em face desta teoria, à luz da função social da empresa, da principiologia que rege o processo falimentar brasileiro moderno, e a finalidade do legislador, em separar e distinguir o tratamento diferenciado concedido às micro e pequenas empresas e aspectos falimentares.

Cediço que o conceito da função social da empresa teve influência marcante nas distinções realizadas pelo CC/02, em particular, nas atividades empresariais e não-empresariais. Estas distinções também influenciaram a Lei nº 11.101/2005, que por seu turno, sempre foi pautada na função social da empresa.

No Parecer nº 534, de 2004, o Senador Ramez Tebet, que funcionou como Relator PL 71/03 (proveniente da Câmara dos Deputados, em relação ao PL nº 4.376/93), o que geraria a nova Lei Falimentar, estabeleceu a base do novo diploma legal, destacando-se:

1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros. 2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes. 3) **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:** sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial (...).<sup>46</sup>

Verifica-se, assim, que a função social da empresa está intimamente ligada com o

---

<sup>46</sup> Diário do Senado Federal em 10.06.2004 – p. 17.856 a 17.941.

princípio de sua preservação. Aduz MAMEDE:

*O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.*<sup>47</sup>

A importância da empresa no mundo moderno e o cumprimento da função social foram, com bastante propriedade, descritas pelo Prof<sup>o</sup> Fabio Konder Comparato.<sup>48</sup> Não se quer dizer que as sociedades simples também não tenham sua relevância ou que exerçam função social. Todavia, não podem ocultar atividades típicas empresariais, sem ocorrer a sua devida transformação ou conversão, nos termos da lei, ou mesmo desvirtuar totalmente dos princípios específicos que as estabelecem.

A sociedade simples, desde seu nascedouro, gerou controvérsias em sua formação. Neste aspecto, Carlos Henrique Abrão já escrevia que:

A definição de sociedade simples deve ser buscada pela análise conjunta dos dispositivos do Projeto de Código Civil. Diante do quadro bosquejado, chegamos à conclusão, de *lege ferenda*, que a sociedade simples ficaria reservada:

I-aos profissionais intelectuais, não organizados em empresa;

II-aos pequenos empresários, enquanto tais;

III-às sociedades cooperativas, por força do disposto no art. 1096 do Projeto

---

<sup>47</sup> MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 417.

<sup>48</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

de Lei n. 634-B, de 1975. (*destacou-se*)<sup>49</sup>

Observa-se que a idéia de possibilitar o pequeno empresário constituir-se como sociedade simples não é nova, porém, não restou retirada a finalidade e elementos básicos que constituem as sociedades simples.

Acentua Celso Oliveira que:

A sociedade simples deve se limitar à atividade específica para o qual foi criada, ou seja, a prestação de serviços vinculado à habilidade técnica e intelectual dos sócios, não devendo conter serviços estranhos, caso em que poderá configurar o elemento de empresa que nessa situação, se transformará em uma sociedade empresária.<sup>50</sup>

Acrescentando o quanto já levantado neste trabalho entre as várias distinções de institutos e sua abrangência, verifica-se que a sociedade simples possui um procedimento de liquidação próprio, previsto no Código Civil (artigos 1.033/1.038 e artigos 1.102/1.112), o que, por si só, não exclui as disposições da insolvência civil estabelecidas pelo CPC (art. 748 e ss), quando compatíveis, até porque nesta, obrigatoriamente, deve conter o requisito da insolvência.<sup>51</sup>

Observa-se que, mesmo a sociedade simples adotando um dos tipos societários possíveis, não acarreta a alteração de sua natureza não-empresarial, sendo que, a falência apenas foi prevista para as sociedades empresariais, a teor do art. 1.044 do CC, haja vista que “a sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.”

Houve, portanto, uma separação da dissolução de pleno direito, de forma topográfica, das “outras hipóteses assim intituladas (art. 1.033), como também dos casos de dissolução judicial (art. 1.034).”<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. *Penhora das quotas de sociedade de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 35.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 93.

<sup>51</sup> Nota-se que Celso Oliveira, em sua obra que bem descreve sobre a sociedade simples, indica a hipótese em haver decretação de falência de um de seus sócios que se dará a dissolução parcial. Idem, p. 156.

<sup>52</sup> NEGÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3 ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.

Sem querer aprofundar na temática, se o procedimento da insolvência civil, ou ainda, o procedimento de liquidação, previsto no CC/02, encontram-se anacrônicos e não atendem a uma função precípua ou realidade social-econômica, não implica em admitir que as disposições específicas e finais da Lei Falimentar, como ora existem, possam ser aplicadas às sociedades simples. Daí também concluir sua inviável aplicação à microempresa ou à empresa de pequeno porte, sociedade simples, muito mais vulnerável às oscilações do mercado e à livre concorrência, em face das médias e grandes empresas.

Retomando-se novamente à função social, a finalidade da Lei Complementar nº 123/2006 é justamente promover estes fins desenvolvidos pela micro e pequena empresa, por meio de um tratamento diferenciado e favorecido, de índole constitucional. O Estatuto Geral da ME e EPP em nenhum momento trouxe normas relativas à insolvência ou à falência. Embora considerando-se um tratamento diferencial e favorecido, assim não o fez. A intenção do legislador foi simplificar, proteger, padronizar nacionalmente, desburocratizar e estimular, mas não alterar – e aqui dizer substancialmente – a legislação civil. Tanto o foi que, nas disposições das regras civis e na própria definição dos sujeitos albergados pela norma, houve menção expressa ao Código Civil, além de reforçar a idéia de que os efeitos por ela decorridos apenas gerariam em seu âmbito.

Portanto, com o advento da LC nº 123/2006, possibilitando que sociedade simples seja enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, não houve alteração da legislação civil quanto aos seus elementos constitutivos caracterizadores e aos procedimento falimentar. Implica, assim, dizer que a sociedade simples, mesmo considerada como micro ou pequena empresa, não se sujeita à falência.

### CONCLUSÃO

A nova Lei Complementar nº 123/2006 que instituiu o Estatuto Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, de fato, representa a importância deste setor na

economia brasileira, com o fim de desburocratizar sua constituição e simplificar o sistema de tributação, utilizando-se um tratamento diferenciado e favorecido, para atender a função social destas empresas.

Em que pesem as críticas já surgidas a seu respeito, em especial o complexo sistema de alíquotas, se há de considerar o relevante papel em aperfeiçoar e proteger as micro e pequenas empresas, atendendo a uma realidade social e globalizada, além de cumprimento de exigência constitucional.

Quanto ao conceito de ME ou EPP, verifica-se que a Lei Geral das Micro e Pequena Empresas manteve a definição legal com base na renda bruta realizada, conforme dispunha a legislação anterior. Contudo, tal definição não restou simples, pois concomitantemente, a própria LC nº 123/2006 demonstra certa complexidade nestes conceitos, considerando que o critério da renda bruta poderá depender de disposições dos Estados e DF, em razão do percentual do PIB destes, além da complexa sistemática de exclusão, vedação absoluta ou parcial, e privilégios a algumas entidades ou atividades desenvolvidas, sem possuir um padrão linear. Frisa-se, agora, ser possível, que uma sociedade simples se enquadre neste conceito, por expressa disposição da lei.

A novidade surge tendo em vista a opção do legislador em considerar uma sociedade, mesmo não sendo empresarial, constituir-se como ME ou EPP, cuja nomenclatura sempre denotou o exercício da atividade empresarial. A Teoria da Empresa, adotada hodiernamente pelo ordenamento jurídico pátrio, distingue sociedades simples e sociedades empresariais, ocasionando muitas consequências. Dentre elas, foi a distinção do legislador em admitir que somente as sociedades empresariais estariam sujeitas à falência, e, conseqüentemente, a exclusão das sociedades simples da aplicação da Lei nº 11.101/2005, a serem regidas pelo instituindo da insolvência civil, à luz do Código de Processo Civil.

O fato de a sociedade simples poder ser qualificada ou classificada como ME ou EPP nos termos do referido Estatuto, não houve alteração quanto às disposições relativas à lei falimentar. Em nenhum momento trouxe normas relativas à insolvência ou à falência. A LC nº 123/2006 nada revogou quanto a esta matéria, quando poderia ter sido feito. Além disso, não buscou alterar os institutos ou definições no âmbito civil, pois, expressamente estipulou

“para efeitos desta lei”, os benefícios, tratamento e conceitos introduzidos.

Conclui-se, assim, que a não alteração da legislação civil quanto aos seus elementos constitutivos caracterizadores e ao procedimento falimentar, implica dizer que a sociedade simples, mesmo considerada como micro ou pequena empresa, não se sujeita à falência.

Esse entendimento sustenta-se na prevalência da finalidade do Estatuto, da adoção da Teoria da Empresa e suas conseqüências, bem como na opção do legislador em não ter unificado os procedimentos concursais da falência e da insolvência civil.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005*. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Aloísio; LUNDBERG, Eduardo. *A nova Lei de Falências: uma avaliação*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Pec/SeminarioEcoBanCre/Port/V%20-%20Lei%20de%20Fal%C3%AAncias%20-%204JSB.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2005.

ARAÚJO, José Francelino de. *Manual de falências e concordatas*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1996.

ARNOLDI, PAULO ROBERTO. *Direito Comercial. Falências e Concordatas*. 2. ed. São Paulo. 1999.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Direito Falimentar brasileiro e o exemplo da nova Lei Peruana de reestruturação empresarial - LRE*. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, p. 21-33.

\_\_\_\_\_. *A reforma da empresa e a sua função social na sociedade contemporânea*, Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, v. 17, p. 56-59, maio 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho. *O Processo da Recuperação Judicial*. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de Paiva (Coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência da Nova Lei De Recuperação De Empresas e Falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar 2004.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.376 de 1993. Publicado no Diário Oficial do Congresso Nacional em 22 de fevereiro de 1994. Seção I. Brasília: pp. 1974-1988.

CAMPINHO, Amaury. *Manual de Falência e Concordata*, 8.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa – O novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei n. 11.101, de 9-2-2005*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15-16.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 247

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. In: \_\_\_\_\_ *Direito Empresarial*, São Paulo, Editora Saraiva, 1995. cap. 1, p. 3-26.

\_\_\_\_\_. *Estado, empresa e função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 732, p. 38-46, out.1996.

\_\_\_\_\_. *Fatores condicionantes e taxa de mortalidade de empresas*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2002.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

FALCÃO, Guilherme Jurema. *A recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte: a nova lei aprovada na Câmara dos Deputados*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 211, 2 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4786>>. Acesso em: 7 mar. 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Manual de Direito Comercial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Roteiro das falências e concordatas*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 7. ed. melh. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1972.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil. Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. Revista e atualizada pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, 2000.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA, Jorge Rubens Folena de. *A possibilidade jurídica da declaração de falência das*



*sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 762, p. 67, Maio. 1999.

OLIVEIRA, Marcos Antônio Lima de. *Qualidade: O Desafio da Pequena e Média Empresa*. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 1994.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 26. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

TEBET, Ramez. Parecer nº 534, de 2004, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003 (n. 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Publicado no Diário do Senado Federal em 10.06.2004, p. 17.856-17.941.