

Fábio Ulhoa Coelho
Tiago Asfor Rocha Lima
Marcelo Guedes Nunes
coordenadores

Reflexões sobre o
PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL

2013



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César – São Paulo – SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro

Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Clara, 2-55/2-57 – Centro

Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro

Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha

Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro

Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPIRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda

Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

134.972.001.001

ISBN 978-85-02-20265-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Coelho, Fábio Ulhoa

Reflexões sobre o projeto de código comercial / Fábio
Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes
Nunes (coordenadores). – São Paulo : Saraiva, 2013.

Bibliografia.

I. Direito comercial - Legislação - Brasil I. Lima,
Tiago Asfor Rocha. II. Nunes, Marcelo Guedes. III.
Título.

13-01673

CDU-347.7(81) (094.4)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código comercial 347.7(81) (094.4)
2. Código comercial : Brasil 347.7(81) (094.4)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lúgia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia

Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan

Daniel Pavani Naveira

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Claudirene de Moura Santos Silva

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Juliana Bornio

Luciene Ruzzi Brocchi

Serviços editoriais Maria Cecília Coutinho Martins

Elaine Cristina da Silva

Capa Guilherme P. Pinto

Produção gráfica Marli Rampim

Impressão Ed. Loyola

Acabamento Ed. Loyola

Data de fechamento da edição: 13-3-2013

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida
por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da
Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na
Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Sociedades Simples e Empresárias: Necessidade de uma Revisão de Conceitos

SÉRGIO CAMPINHO*

1. O regime das sociedades anteriormente ao Código Civil de 2002

No regime anterior ao Código Civil de 2002, as sociedades que exploravam atividade econômica, com o fito de partilhar os resultados entre seus membros, eram divididas entre sociedades comerciais ou mercantis e sociedades civis com fins econômicos¹. As primeiras submetidas a uma regência própria e especial (o Direito Comercial) e as segundas, à disciplina do direito geral (o Direito Civil).

Por inexistirem fronteiras naturais a separar as matérias civil e comercial, cumpria à lei traçar esses limites. E, em função da sua especialidade, coube ao Direito Comercial definir o complexo das relações jurídicas que, subtraídas do império do direito comum, deviam ser regidas pelas normas intrinsecamente disciplinadoras dessa matéria especial². Surgia, assim, a denominada *matéria de comércio*, a partir, portanto, de normas delimitativas³ que separavam o conjunto de relações jurídicas afetas ao Direito Comercial daquelas regidas pelo Direito Civil. A questão, destarte, era de direito positivo, cumprindo indagar quais as relações que a lei considerava comerciais e, portanto, como constitutivas da matéria de comércio.

No âmbito societário, as sociedades mercantis eram aquelas constituídas para a prática do comércio. Formavam-se para a prática profissional da mercancia. Diferenciavam-se das sociedades civis de fins econômicos em razão do objeto

* Advogado. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Faculdade de Direito – Centro – da Universidade Cândido Mendes.

1 Com as sociedades civis de fins econômicos conviviam as sociedades civis sem fins econômicos, hoje substituídas, integralmente, pelas associações.

2 João Eunápio Borges, *Curso de direito comercial terrestre*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 95.

3 Alfredo Rocco, *Princípios de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1931, p. 43.

(exploração de atividade econômica compreendida na matéria de comércio) ou da forma (as sociedades por ações, por força de lei, adquiriam a qualidade mercantil em função exclusiva da forma, qualquer que fosse o seu objeto).

Dificuldades ocorriam quando a sociedade apresentava objeto misto, ou seja, reunindo concomitantemente atividades mercantil e civil. Mas, nessas situações, ganhava corpo a ideia de que a sociedade deveria ser enquadrada como comercial, pela especialidade do Direito Comercial⁴.

Essa separação de regimes jurídicos veio ao longo do tempo perdendo intensidade. Por exemplo, a jurisdição mercantil, exclusiva para os comerciantes, deixou de existir, havendo um único tribunal para julgar comerciantes e não comerciantes. Da mesma forma, a proteção do ponto comercial foi se estendendo para as locações em que as sociedades civis com fins econômicos, preenchidos os requisitos legais, exploravam, como locatárias, as suas atividades (a ação renovatória da locação deixou de ser exclusiva para as locações ditas comerciais).

Mas a diferenciação de regime ainda se manifestava relevante para dar o tratamento ao estado de insolvabilidade das sociedades. As mercantis ficavam jungidas à falência e à concordata. E esse era um ponto efetivamente relevante.

Na evolução legislativa, detectava-se a chamada mercantilização do Direito Civil, marcada pela submissão, por força de lei, de certas sociedades, classicamente de natureza civil, ao regime do Direito Comercial ou, simplesmente, do Direito Falimentar. Eram exemplos desse fenômeno as sociedades de construção civil⁵, as sociedades de incorporação imobiliária⁶ e as denominadas “empresas de trabalho temporário”⁷.

A *vis attractiva* do Direito Comercial, como se via, era acentuada e crescente, de modo a desvelar a tênue linha divisória entre as sociedades exploradoras de atividade econômica.

Por outro lado, também se registravam deformações. Havia casos de sociedades que se apresentavam como civis (objeto formal afeto ao Direito Civil e com registro no Registro Civil de Pessoas Jurídicas), mas que, na realidade, exerciam atos habituais de comércio. Verificada a hipótese, decidia-se pela extensão da Lei de Falências a tais sociedades rotuladas como civis. Nesse sentido, por exemplo, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

4 Havia, entretanto, posições defendendo o critério de se determinar o enquadramento pela atividade preponderantemente contida no objeto. Nesse sentido, Rubens Requião, *Curso de direito falimentar*, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 47.

5 Lei n. 4.068/62, art. 1º. Esse art. 1º declarava comercial a “empresa” de construção.

6 Lei n. 4.591/64, art. 43, III. Era caso de sociedade civil, sujeita à falência.

7 Lei n. 6.019/74, art. 16. Também revelava caso de sociedade civil subordinada ao regime falencial.

FALÊNCIA – SOCIEDADE CIVIL – ATUAÇÃO EM ÂMBITO COMERCIAL. Empresas civis destinadas a fins civis mostram-se insuscetíveis de sujeitar-se à falência. Todavia, desde que, embora civis as bases estatutárias, operem em âmbito comercial, naturalmente com habitualidade, passibilizam-se dos efeitos falimentares, visto que esse labor, genuinamente comercial, acaba inserindo-se na própria finalística daquela sociedade⁸.

2. O sistema do Código Civil de 2002

O clássico Direito Comercial não se limitou a disciplinar a mera intermediação de bens e produtos. Contemplou outras atividades conexas, para impor o seu campo de incidência a alcançar atividades industriais, de transporte, de espetáculo público, securitárias, de banco, dentre outras relações de cunho econômico que viessem a integrar a intitulada matéria de comércio, isto é, definidas como comerciais pela lei.

A doutrina, modernamente, já vinha pregando pela consideração do Direito Comercial como Direito de Empresa, o que, com o substrato legal do Código Civil de 2002, passou a ser realidade consolidada. Definitivamente, incorporou-se à legislação codificada a teoria da empresa que já se desenhava em algumas legislações esparsas, como a Lei n. 8.245/91 (Lei de Locações), na parte relativa à renovação compulsória da locação, e na Lei n. 8.934/94 (Lei de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins).

O modelo do Código Civil brasileiro de 2002 inspira-se no perfil do Código Civil italiano de 1942, reunindo numa única lei as regras de direito privado (regras civis e mercantis), como reforço à superação da ideia do Direito Comercial como direito dos comerciantes e dos atos de comércio, passando o seu núcleo a ser a empresa. O que releva é disciplinar as relações decorrentes das atividades privadas, implementadas com o escopo de produção ou circulação de bens ou serviços destinados ao mercado. A regulamentação da atividade econômica sintetiza-se na teoria da empresa.

O que se teve foi um alargamento do campo do clássico Direito Comercial, que, dentro de uma nova ótica, com novo núcleo na teoria da empresa, propõe uma hodierna leitura das relações de direito privado.

O impacto desse cenário, no Direito Societário, foi o de classificar as sociedades em duas espécies: empresárias e simples. O fato, com efeito, tornou mais intrínca e complexa a qualificação do agente econômico para a definição de seu re-

8 2ª Câmara Cível, de 11-9-1984, Agravo de Instrumento n. 46.886-1, apud Sérgio Campinho e Amaury Campinho, *Jurisprudência falimentar*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 277.

gime jurídico. Mas, apesar de, em termos gerais, ser cada vez mais dispensável discernir a natureza civil da empresarial do exercente da atividade econômica, o certo é que ela ainda se impõe no âmbito da crise da empresa: a submissão dos empresários aos institutos da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial⁹.

O art. 982 do Código Civil assim se refere às sociedades empresárias:

Art. 982. 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.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

O preceito direciona o intérprete ao entendimento do conceito de empresário (“atividade própria de empresário”) e, dessa forma, nos leva à leitura do art. 966, assim enunciado:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. 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.

Pela falta de maior precisão dos textos legais, surge o dissenso no enquadramento de uma sociedade como simples ou como empresária. Este deve orientar-se em razão da forma e do objeto? Ou deve ser conduzido em função da forma e do modo pelo qual se explora a atividade¹⁰ ou, ainda, conforme o grau de organização que apresente?¹¹

Nossa exegese do Código Civil de 2002 não nos conduz à conclusão outra senão a de distinguir as sociedades empresárias das simples em função do objeto ou da forma. A distinção em decorrência do objeto reside no tipo, na modalidade da atividade econômica desenvolvida pela pessoa jurídica, uma vez que a exploração da atividade econômica e a partilha de lucros são a essência do conceito de sociedade, trazido pela nova ordem (Código Civil, art. 981). Mas a atividade econômica é um gênero que comporta várias espécies, diversas ramificações, as quais,

9 Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, p. 26, e Sérgio Campinho, op. cit., p. 51-52.

10 Jorge Lobo, *Sociedades limitadas*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 20.

11 Tavares Borba, *Direito societário*, 13. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 22.

estas sim, são a fonte de diferenciação do objeto das sociedades empresária e simples. E isto também, como se viu, se verificava no direito anterior ao atual Código, quando conviviam as sociedades mercantis e as civis com fim econômico ou lucrativo. Ambas as espécies também desempenhavam atividade econômica (as sociedades civis é que se dividiam em sociedades civis sem fim lucrativo e com fim lucrativo ou econômico), as quais se distinguíam, igualmente, em razão do objeto. Por outro lado, em abono à nossa tese, como seria qualificar as espécies societárias em razão da forma de exploração da atividade? Seria afirmar que a sociedade simples explora atividade econômica de forma não organizada? Ou seria o maior ou menor grau de organização da exploração da atividade econômica que serviria para a diferenciação? Neste caso, qual seria o limite, a fronteira para qualificar as sociedades como empresária ou como simples? O critério não seria por demais discricionário e subjetivo? Não estaria aí violando o princípio da segurança jurídica? Em razão da inexistência de elementos capazes de apresentar segura resposta a tais indagações e, mormente, em função dos conceitos que se extraem dos arts. 966 e 982 do Código Civil de 2002, antes reproduzidos, é que afastamos qualquer outra ideia senão a de distinguir as sociedades em razão da forma ou do objeto. Nos termos do primeiro preceito, empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”; pelo segundo, tirante expressas exceções, “considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário”. Na definição do objeto da atividade própria de empresário se verifica incontestável amplitude no conceito legal, visto que a atividade econômica organizada para a produção de bens traduz atividade industrial; a organizada para a circulação retrata a atividade comercial em sentido estrito; e a produção ou intermediação de serviços diz respeito ao prestador de serviços em amplo sentido (aqui também incluídas as atividades financeiras). Em sendo assim, seguindo a própria dicção do art. 982 mencionado, simples serão as demais, isto é, aquelas que residualmente desempenham atividades econômicas não enquadradas juridicamente como empresárias, como as de empresário rural (art. 984) ou as intelectuais de natureza científica, literária ou artística, desde que o exercício da profissão intelectual não constitua elemento de empresa (parágrafo único do art. 966). Qualquer distinção que não se pautem em critérios objetivos de objeto e forma, para nós, enfatize-se, é despida de alicerce legal, prejudicando a segurança jurídica necessária ao ambiente societário e de negócios no País¹².

Em outros termos, em nossa visão, a sociedade empresária é aquela que tem por objeto a exploração habitual de atividade econômica organizada para a pro-

12 Sérgio Campinho, *O direito de empresa à luz do Código Civil*, 12. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 39-41.

dução ou a circulação de bens ou de serviços, sempre com o escopo de lucro. Explora, pois, de forma profissional a empresa.

A sociedade simples, ao revés do que afoitamente se possa pensar, também executa atividade econômica e seus integrantes partilham, entre si, os resultados que venham a ser auferidos. Se assim não o fosse, não seria sociedade. A exploração de atividade econômica e a partilha dos lucros são próprias do conceito de sociedade.

A sociedade simples, segundo o perfil legislativo que lhe foi destinado, empreende atividades econômicas específicas. O ordenamento jurídico positivo é quem lhe reserva o objeto.

Assim, algumas das antigas sociedades civis com fins econômicos se enquadram como sociedades simples, por força, repita-se, de reserva expressa do ordenamento jurídico positivo.

São exemplos de sociedades simples: as cooperativas (Código Civil, art. 982, parágrafo único), certas sociedades dedicadas à atividade agrícola ou pastoril (não se enquadrando aqui as indústrias agrícolas, porquanto a atividade de transformação, própria da indústria, já lhes confere a condição de sociedade empresária), e as sociedades de advogados (parágrafo único do art. 966 do Código Civil c/c art. 15 da Lei n. 8.906/94).

As sociedades empresárias abrigam as antigas sociedades comerciais e inúmeras das antigas sociedades civis de fim econômico.

Nesse sentido, por exemplo, enquadram-se como sociedades empresárias as agências de viagens, os hospitais, as casas de saúde, as administradoras de imóveis e condomínios que no direito anterior, majoritariamente, enquadravam-se como sociedades civis.

Em resumo, enfatizando o nosso ponto de vista, simples serão as sociedades que adotem forma de cooperativa ou que exerçam objeto atinente à atividade própria de empresário rural ou executem atividades definidas por lei como não empresariais, como as localizadas no parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002.

Mas daí emerge mais um problema: o que se deve entender por elemento de empresa, que descaracteriza a prestação de serviços intelectuais como atividade própria da sociedade simples e a desloca para o regime da sociedade empresária?

Com efeito, o art. 966 do Código Civil de 2002, pautado no exercício individual da empresa, define em seu *caput* a figura do empresário. Entretanto, no seu parágrafo único, elencou certas atividades cujo exercício, ainda que com fim econômico, não qualificaria o seu agente como empresário. Desse modo, não considera o Código empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa, como já ressaltado neste trabalho.

Os médicos, advogados, arquitetos, engenheiros, químicos, farmacêuticos (profissão intelectual de natureza científica), escritores (natureza literária), músicos, profissionais dedicados ao desenho artístico ou de modas, fotógrafos (natureza artística), por exemplo, não são considerados empresários.

No âmbito das sociedades, aquelas de caráter uniprofissional também estariam, como regra geral, à margem da qualidade de empresárias, sendo, pois, simples. Os seus sócios são os operadores diretos da atividade intelectual em que se limita o seu fim.

Mas tanto o profissional pessoa física, quanto a sociedade – e aí a questão ganha maior concretude – que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística poderão vir a se qualificar, como se disse, como empresários, caso o exercício da profissão venha a constituir elemento de empresa.

O exercício da profissão intelectual será, dentro do contexto, em nosso entendimento, elemento de empresa, se nele não se encerrar a própria atividade. Os serviços profissionais se constituem, assim, em instrumento de execução da empresa. Os serviços profissionais são um elemento de uma atividade.

Um exemplo da hipótese seria a situação das casas de saúde e hospitais em que a execução da profissão intelectual se apresenta como um dos elementos do exercício da empresa. Nessas sociedades não há um mero e exclusivo realizar da profissão intelectual, a qual vai consistir em um dos elementos da atividade econômica, que será explorada de forma organizada.

Há o ordenamento da atividade, de forma a melhor realizar a sua exploração econômica, com o concurso de elementos materiais e imateriais sendo dispostos e implementados para a busca de desejada perfeição organizacional. O trabalho intelectual se insere nesse contexto como um simples componente daquilo que é fornecido pela sociedade.

Nessa ordenação de fatores se verifica a conjugação desses elementos adotados como estratégicos: investimentos em *marketing*; desenvolvimento de uma marca que lhe distinga os serviços; utilização da figura do título de estabelecimento, que consiste na identificação do estabelecimento físico onde se desenvolve a atividade, sendo a forma pela qual o empresário acaba por ser conhecido perante os seus clientes e público; desenvolvimento de técnicas de administração, com contratação de profissionais que ajudem a pensar e a executar a empresa, não sendo assim simples “auxiliares ou colaboradores” na dicção que o Código conferiu a esses vocábulos; avaliação, investimento e desenvolvimento do ponto em que se estabelecerá etc.

Não se pode deixar de confessar que, apesar de tentarmos traduzir nos parágrafos acima um cenário de maior racionalidade e segurança na definição do que vem a ser sociedade simples e sociedade empresária, o certo é que deve ser sempre

iluminada a polêmica que nutre a questão, mormente consideradas as diversas situações concretas que podem aparecer no mercado de negócios¹³.

Além dos dissensos doutrinários que afloram na delimitação dessa classificação, no âmbito judicial, a interpretação da matéria tem se mostrado tormentosa na jurisprudência de nossos tribunais, com os efeitos ganhando concretude e inegável gravidade, no âmbito da crise da empresa.

Exemplo disso é a decisão unânime proferida pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação n. 0106837-38.2004.8.19.001, cuja ementa já é bastante esclarecedora:

Apelação Cível. Pedido de falência. Prestação de serviço médico. Atividade empresarial. Reconhecimento. Sociedade irregular. Falta de registro na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Reforma da decisão. Decretação da falência com reconhecimento da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios. Recurso provido.

Reformando, pois, a decisão de primeiro grau, que entendeu não ser a sociedade em questão uma sociedade empresária, tendo em conta “não possuir os requisitos para a sua caracterização presentes no art. 966 do Código Civil”, o Tribunal vislumbrou seu enquadramento de modo diverso. Nas razões de decidir, o Colegiado deixou assentado:

[...]

No entanto, analisando os atos constitutivos, verifica-se presente a organização de administração, retirada de *pro-labore*, distribuição de lucros e rateio das despesas, além de evidente exercício de atividade econômica de forma organizada para a produção de serviços na área da saúde.

A atividade exercida pela apelada não se enquadra na exceção prevista no parágrafo único do art. 966 do Código Civil. O fato de ser formada exclusivamente por profissionais da área da saúde, não afasta a caracterização do “elemento de empresa”.

[...]

13 Um caso emblemático é o das *holdings* puras, sociedades de participação com o fim imediato de titularizar o controle de outra ou de outras sociedades. No âmbito registral, encontram-se as *holdings* puras registradas tanto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, como nas Juntas Comerciais. Ambos os Registros as aceitam. Para não nos furtarmos de emitir nossa opinião, temos sustentado que a titularização de cotas e ações, com ânimo de controle, constitui, em si, o fim da *holding*, revelando a sua atividade profissional. São elas, assim, empresárias. Os sócios não são operadores diretos de uma atividade intelectual de natureza científica, artística ou literária (op. cit., p. 44-46).

Dessa forma, reconhecendo o caráter empresarial da atividade, analisando não a atividade exercida e sim a forma que é realizada, conclui-se com a aplicação da legislação falimentar.

A partir de uma análise do contrato social (método, no mínimo, controvertido), o Tribunal firmou convencimento de que a estruturação da sociedade conduzia à sua configuração como sociedade empresária, apesar de esse mesmo contrato ter sido aceito a registro, sob a rubrica de sociedade simples, pelo Registro Civil de Pessoas Jurídicas. A consequência foi a decretação da falência, com a caracterização da sociedade como irregular, pela ausência de registro na Junta Comercial, e o reconhecimento da responsabilidade solidária e ilimitada de seus sócios.

Note-se que esse exemplo é inteiramente diverso daquele trazido à baila ao final do item I deste trabalho, em que o Tribunal paulista, no sistema anterior ao do Código Civil de 2002, decidiu pela decretação da falência de sociedade civil. O quadro fático demonstrava que, apesar de civis as suas bases contratuais, operava ela em âmbito comercial. O objeto formal não traduzia o objeto real. Praticava ela atos de mercancia com habitualidade e escopo de lucro. Havia, pois, deformação da atividade declarada no contrato como objeto social.

No regime atual, é factível que o Tribunal venha a enquadrar uma sociedade como empresária, decretando sua falência, com as citadas consequências para seus integrantes, apesar de eles, em total boa-fé, sem intencionarem travestir qualquer situação, terem contratado uma sociedade que, nas suas convicções, fosse simples e, assim, devidamente registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. E isso é possível em face do grau de insegurança jurídica que se tem experimentado com essa bipartição das sociedades em empresárias e simples.

3. A demanda por uma estabilização

Uma fórmula simplificada para se alcançar desejada segurança no ambiente de negócios poderia passar pela reformulação do art. 1º da Lei n. 11.101/2005, para estender a falência, a recuperação judicial e a extrajudicial às sociedades simples, rompendo-se com o sistema restritivo, marco de nosso Direito Falimentar.

Outra alternativa, mais coerente até, revela-se pelo término, ou ao menos pela máxima redução, dessa dicotomia existente entre as sociedades que exercem atividade econômica, visando à partilha dos resultados entre seus membros. Qual a razão econômica ou jurídica que a justifique nos dias atuais? Nenhuma, é a nossa resposta.

Sensível ao problema que a situação cria para os empreendedores, o Projeto de Lei n. 1.572, de 2011, da Câmara dos Deputados, que visa a instituir o Código Comercial, apresenta uma solução, exclusivamente formal, para tentar reduzir os pontos de incertezas. Define como empresário aquele que, sendo pessoa física ou

sociedade, está inscrito como tal no Registro Público de Empresas, a cargo das Juntas Comerciais (art. 9º). Exclui, entretanto, desse regime, a pessoa natural ou jurídica que explore atividade de prestação de serviços própria de profissão liberal, assim entendida a regulamentada por lei para cujo exercício seja exigida formação superior, a qual não se considera empresa (arts. 13 e 3º).

Embora na normatização apresentada se possa reconhecer um avanço na busca da segurança jurídica demandada, o certo é que o critério não se apresenta ainda adequado. Sempre foi a tradição de nosso Direito Comercial a regra segundo a qual o registro é meramente declaratório da condição de comerciante, hoje, simplesmente declaratório da condição de empresário. O Projeto de Lei em questão envereda por um registro constitutivo, atributivo dessa condição. Por suas disposições, é uma opção do exercente da atividade econômica. Apenas não podem fazer essa opção aqueles cuja atividade não se considera empresa. Essa liberdade de escolha, com efeito, não guarda adequada cientificidade. Pode traduzir inúmeras situações em que as sociedades que explorem a mesma atividade econômica optem por regimes jurídicos diversos: de empresário e de não empresário, o que se nos afigura anacrônico. Essa variação de regime jurídico orientada por uma escolha unilateral do agente executor da atividade não deve ser regra, jamais. Com ela pode-se até conviver em situações raras e especiais, como a do empresário rural, em virtude da tradição e dos costumes que norteiam e inspiram a atividade ruralista no País.

O critério material, fundado na efetiva exploração da atividade empresarial, apesar de, por vezes, ser menos preciso, é a regra que deve orientar e dirigir o ordenamento jurídico. Não se devem abstrair as características da atividade realizada pelo sujeito de direito para defini-lo como empresário pelo só fato de se encontrar registrado no Registro Público de Empresas. Não se pode ter como regra um sistema que confira ao próprio sujeito de direito a prerrogativa de, mediante simples escolha de registro, definir o regime jurídico a que ficará subordinado.

Diante dessas premissas, a Comissão de Juristas, instituída no âmbito da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 1.572/2011, elaborou “Recomendação Técnica”, com vistas a adotar-se no conceito geral de empresário o critério material, fundado no efetivo exercício da atividade empresarial e não na existência do registro na Junta Comercial. Para tal, apresentou as seguintes redações para dispositivos do Projeto:

Art. 3º Não se considera empresa a atividade econômica explorada por pessoa natural sem organização empresarial.

[...]

Art. 9º Considera-se empresário:

I – a pessoa natural que explora profissionalmente uma empresa; e

II – a sociedade, independentemente de seu objeto.

Art. 10. A pessoa natural exercente de atividade rural não é empresária, a menos que inscrita no Registro Público de Empresas.

Art. 11. A sociedade cooperativa não é empresária.

Art. 12. A pessoa, natural ou jurídica, dedicada a atividade de prestação de serviços típicos de profissão regulamentada sujeita-se à lei específica.

Parágrafo único. Nas omissões da lei específica, aplicam-se as normas deste Código.

Art. 13. Quando a lei ou este Código estabelecer norma acerca do empresário, ela é aplicável tanto ao empresário individual como à sociedade empresária, salvo disposição em contrário.

Apesar de a sugestão ainda estar passível de crítica pela ausência de ideal precisão, se é que ela pode ser inquestionavelmente alcançada, o certo é que evolui em relação ao direito posto e contribui, efetivamente, para garantir maior segurança.

No âmbito das sociedades, seriam elas consideradas empresárias, independentemente de seu objeto. Portanto, a regra para as sociedades seria a qualidade de empresária, ficando, assim, subordinadas a um regime jurídico único: o estatuto comercial. Residualmente, conviveriam com as sociedades empresárias as sociedades cooperativas e as de prestação de serviços típicos de profissão regulamentada, mas, estas, se assim dispuser a lei específica. Destarte, as cooperativas, expressamente excluídas pelo art. 11 da “Recomendação Técnica”, continuariam a ser reguladas pelo Capítulo que lhes é reservado pelo Código Civil (arts. 1.093 a 1.096), ressalvada a legislação especial, e, no que esta for omissa, pelas regras de forma da sociedade simples, às cooperativas aplicáveis por força do disposto no art. 1.096 do mesmo Código Civil. Já as sociedades de prestação de serviços típicos de profissão regulamentada, se a lei específica nada dispuser, ficam sob o estatuto jurídico do empresário; dispondo explicitamente sobre o tema, com a exclusão desse regime, e optando pelo estatuto civil, ficariam sob a regência das regras genéricas de forma da sociedade simples, que a elas poderão ser integralmente aplicáveis ou, tão somente, para suplementar o que a lei específica não disciplinar¹⁴. O Código Civil disciplinaria, assim, a sociedade cooperativa e a sociedade simples, mas esta apenas como tipo genérico para as sociedades de profissionais liberais, quando a lei específica desse modo definir, e como regramento supletivo da cooperativa.

O ponto de sensibilidade ainda persistiria, com bem menos intensidade, em relação à pessoa natural. Seria ela empresária quando explorasse profissionalmente uma empresa (art. 9º, I, da “Recomendação Técnica”), não se considerando empresa a atividade econômica explorada por pessoa natural sem organização empresarial (art. 3º da “Recomendação Técnica”). Esses conceitos continuariam a demandar do intérprete esforço para a definição da norma. Por isso, afigura-se-nos adequado direcionar esse trabalho exegético, trazendo maiores elementos para a configuração da organização empresarial. Seria o caso, em nosso sentir, de inserir

14 Como é o caso das sociedades de advogados.

um parágrafo único no art. 3º da aludida “Recomendação Técnica”, preceituando considerar-se organizada a atividade exercida por meio do estabelecimento. O estabelecimento é, reconhecidamente, o instrumento para o exercício da empresa. Nasce ele da conjugação de diversos bens materiais e imateriais, assim organizados pelo empresário para a realização da sua empresa. Seria um caminho facilitador de definição e enquadramento. É o que nos parece.

4. Conclusão

De tudo se conclui que o estágio atual de nosso ordenamento é irradiador de insegurança na distribuição dos regimes jurídicos entre empresários e não empresários, fator esse que intensamente se agrava na exploração da atividade econômica por sociedade.

Cada vez é mais acentuada a ideia da necessidade de uma revisão de conceitos, notadamente no que concerne ao regime societário. A adoção da sociedade simples como espécie¹⁵ societária não se mostrou acertada, pela notória ineficiência em garantir um ambiente de negócios mais seguro e atrativo.

O Projeto de um Código Comercial é oportunidade efetiva para se desenhar um novo sistema, que ao menos reduza esse campo de incertezas abordado neste trabalho. Essa pode ser uma contribuição relevante para o mercado. Não se deve deixar impavidamente passar essa oportunidade que se abre no foro do Poder Legislativo brasileiro. A continuada busca de um ordenamento ideal, embora se saiba impossível de alcançar, deve ser o vetor a animar e a congregar os esforços dos estudiosos do Direito Comercial. Somente assim se poderá melhorar e aprimorar o sistema que, mesmo não se conseguindo construir como ideal, pode ser bem mais simples, racional, seguro e eficiente que o ora vigente.

15 No sistema do Código Civil de 2002 a sociedade simples desempenha triplo papel: espécie societária, forma societária e regramento geral em matéria de direito societário.