

# PARECER SOBRE ARTIGO 1.361 DO CÓDIGO CIVIL

O Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, o Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro consultam-me sobre o alcance de alguns dos dispositivos do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) atinentes ao direito de empresa que dizem respeito ao registro das sociedades simples.

Como sabido, uma das significativas inovações do Código Reale se encontra na introdução, no direito brasileiro, da figura da "sociedade simples", disciplinada nos arts. 997 a 1.038 e em outros dispositivos do Livro II da Parte Especial. Trata-se de mudança de relevo, que tem despertado dúvidas que os consulentes desejam aclarar. Estas dúvidas centram-se, fundamentalmente, na sociedade que, embora venda bens e preste serviços, não o faz *empresarialmente*, nas sociedades holding puras que não adotam a forma de anônima e cooperativas.

Os consulentes submetem-me quesitos, que são apresentados e respondidos no final do Parecer. Para bem alicerçar as respostas dadas, convém sejam examinados alguns temas fundamentais do direito empresarial: a teoria da empresa, sua introdução no direito brasileiro e a distinção entre sociedades simples e empresárias.

## 1. A teoria da empresa

Até a Segunda Grande Guerra, o espírito de integração econômica e união política que viceja hoje na Europa era simplesmente impensável. Além de viverem em constante estado de beligerância, competindo por colônias fornecedoras de matéria prima e consumidoras de produtos industrializados, os principais povos europeus procuravam se distanciar uns dos outros no plano cultural, marcando ou acentuando características que reivindicavam como únicas. As leis e a doutrina jurídica de direito privado, nesse contexto, serviam de campo fértil para as manifestações de afirmação nacional. O Código Civil alemão, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1900, revestiu de uma estrutura peculiar, notavelmente diversa da do monumental Código Napoleão, de 1804. Naquele, ademais, um dos conceitos nucleares é o de "negócio jurídico" (*Rechtsgeschäft*), cuja diferença em relação ao de "ato jurídico" (*acte juridique*), construído pela doutrina francesa, é extremamente sutil (1). Não se trata, como querem alguns autores, de noções cientificamente evoluídas uma da outra, mas apenas de diferentes modos de cuidar do mesmo assunto, dando ênfase a aspectos distintos. Ainda hoje, aliás, ensina-se direito civil em França sem a menor referência ao conceito de "negócio jurídico" (2).

A Itália daquele tempo também buscou na lei e na teoria jurídica de direito privado elementos de afirmação da nacionalidade, em contraposição aos demais povos de maior presença econômica e cultural da Europa. Assim, ao reformular seu Código Civil em plena guerra, em 1942, produziu um diploma afastado tanto da estrutura francesa quanto da alemã, em que se apresenta como particular inovação a disciplina de matérias até então afetas, na cultura jurídica européia, ao direito comercial (e tratadas, por isto, em *códigos próprios*).

A teoria da empresa deve ser compreendida neste contexto de afirmação da nacionalidade italiana, num mundo em que a Europa ainda não tinha se deparado com a necessidade de um processo de integração econômica e progressiva unidade política. Esta teoria se contrapõe à dos atos de comércio – de origem francesa e parcialmente adotada pelo Código de Comércio do Reino da Itália de 1882 – como critério distintivo do âmbito de incidência do direito comercial (3).

Na Itália, a bipartição da disciplina privada das atividades econômicas começa a preocupar a doutrina jurídica ainda no final do século passado, sendo significativa a este respeito a defesa por Vivante, na aula inaugural de seu curso na Universidade de Bolonha, em 1892 (4), da tese do fim da autonomia do direito comercial. Suscitou, então, cinco argumentos em favor da superação da divisão básica no direito privado. De início, questionou a sujeição de não-comerciantes (os consumidores) a regras elaboradas a partir de práticas mercantis desenvolvidas pelos comerciantes e em seu próprio interesse. Como cidadão, deplorou o fato de o Código Comercial, considerado por ele lei de classe, perturbar a solidariedade social, que deveria ser o objetivo supremo do legislador. Em segundo lugar, lembrou que a autonomia do direito comercial importava desnecessária litigiosidade para a prévia discussão da natureza civil ou mercantil do foro, na definição de prazos, ritos processuais e regras de competência. Outra razão invocada para a superação da dicotomia foi a insegurança decorrente do caráter exemplificativo do elenco dos atos de comércio. Uma pessoa, que pensava exercer atividade civil, podia ser surpreendida com a declaração de sua falência, inclusive em função de inesperados desdobramentos penais. Também pretendia Vivante que a duplicidade de disciplinas sobre idênticos assuntos era fonte de dificuldades. Por fim, a autonomia do direito comercial atuava negativamente no progresso científico, na medida em que o estudioso da matéria comercial perdia a noção geral do direito das obrigações (5).

Em 1942, o Código Civil italiano passou a disciplinar, como afirmado, tanto a matéria civil como a comercial, criando, assim, uma estrutura única para o diploma básico do direito privado, que o diferenciava de seus congêneres francês e alemão (6). A teoria da empresa passou a ser vista como a consagração da tese da unificação do direito privado (7).

A teoria da empresa, contudo, bem examinada, apenas desloca a fronteira entre os regimes civil e comercial.

No sistema francês, excluem-se atividades de grande importância econômica – como a prestação de serviços, agricultura, pecuária, negociação imobiliária – do âmbito de incidência do direito mercantil, ao passo que, no italiano, reserva-se disciplina específica para algumas atividades de menor expressão econômica, tais as dos profissionais liberais ou dos pequenos comerciantes.

A teoria da empresa é, sem dúvida, um novo modelo de disciplina privada da economia, mais adequado à realidade do capitalismo superior. Mas através dela não se supera, totalmente, um certo tratamento diferenciado das atividades econômicas. O acento da diferenciação deixa de ser posto no *gênero* da atividade e passa para a medida de sua *importância econômica*. Por isso é mais apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica e não como expressão da unificação dos direitos comercial e civil.

O sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica, sintetizado pela teoria da empresa, acabou superando o francês, baseado na teoria dos atos de comércio; ou seja, legislações de direito privado, nos países de tradição românica, sobre matéria econômica, a partir de meados do século XX, não têm mais dividido os empreendimentos em duas categorias (civis e comerciais), para submetê-los a regimes distintos. A isso, têm preferido os legisladores criar um regime geral para a disciplina privada da economia, excepcionando algumas atividades de menor expressão econômica.

A teoria dos atos de comércio vê-se, então, substituída pela teoria da empresa, ainda que não se adotem, na lei ou na doutrina, exatamente estas designações para fazer referência, respectivamente, ao modelo francês de partição das atividades, ou ao italiano, de regime geral parcialmente excepcionado. Até mesmo em França, onde nasceu, o sistema de dupla disciplina privada das atividades econômicas se encontra hoje bastante descaracterizado, já que se submetem à jurisdição comercial, independentemente de seu objeto, as sociedades anônimas (desde 1893), de responsabilidade limitada (desde 1925) e as em nome coletivo e em comandita (desde 1966), o que, concretamente, aproxima a legislação francesa ao modelo italiano.

Para bem compreender o alcance da significativa mudança operada pela evolução da teoria francesa para a italiana, é imprescindível esclarecer o conceito de empresa, matéria ao qual se volta o item seguinte deste Parecer.

## 2. Conceito de empresa

Conceitua-se empresa como sendo *atividade*, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores (8). No passado, contudo, muito se discutiu sobre a unidade da noção jurídica da empresa, que era vista como resultante de diferentes fatores, objetivos e subjetivos (9). Certo entendimento bastante prestigiado considerava-a, em termos jurídicos, um conceito plurivalente.

Para um dos expoentes da doutrina italiana sobre a empresa, Alberto Asquini (10), não se deve pressupor que o fenômeno econômico poliédrico da empresa necessariamente ingresse no direito por um esquema unitário, tal como ocorre na ciência econômica. No amaranhado de teorias jurídicas na doutrina comercialista italiana da primeira metade do século passado, Asquini encontra o que parecia ser a chave para a questão: a consideração da empresa como um "fenômeno econômico poliédrico". Dizia o jurista italiano:

*O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado.* (11)

Baseando-se, então, no multifacetado fenômeno econômico da empresa, Asquini distinguia *quatro* perfis: subjetivo, funcional, patrimonial (ou objetivo) e corporativo.

Pelo primeiro perfil, a empresa é vista como *empresário*, isto é, como o exercente de atividade autônoma, de caráter organizativo e com assunção de risco. Neste caso, a pessoa (física ou jurídica) que organiza a produção ou circulação de bens ou serviços é identificada com a própria empresa. Corresponde este perfil subjetivo a certo uso coloquial da palavra ("a empresa faliu", "a empresa está contratando pessoal" etc). Segundo Asquini:

*Na economia de troca o caráter profissional da atividade do empresário é um elemento natural da empresa. O princípio da divisão do trabalho e a necessidade de repartir no tempo as despesas da organização inicial, de fato, orientam naturalmente o empresário, para especializar sua função através de uma atividade em série, dando lugar a uma organização duradoura, normalmente, com escopo de ganho.* (12)

Pelo perfil funcional, identifica-se a empresa à própria atividade. Neste caso, o conceito é sinônimo de *empreendimento* e denota uma abstração (13), um conjunto de atos racionais e seriais organizados pelo empresário com vistas à produção ou circulação de bens ou serviços. É este perfil da empresa que a evolução doutrinária da teoria irá prestigiar. Para Asquini, porém, ele é apenas um dos conceitos jurídicos atribuíveis ao fenômeno:

*Em razão da empresa econômica ser uma organização produtiva que opera por definição, no tempo, guiada pela atividade do empresário, é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo. (14 )*

Pelo terceiro perfil, a empresa corresponde ao patrimônio azidental ou estabelecimento. É o conceito objetivo, muitas vezes correspondente ao uso coloquial do termo ("vou à empresa", "a empresa fica em São Paulo", etc), que a identifica com o local em que a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços é explorada. Neste sentido, Asquini pondera:

*O fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimônio do empresário (exceto se o empresário é pessoa jurídica, constituída para o exercício de uma determinada atividade empresarial, caso em que o patrimônio integral da pessoa jurídica serve àquele escopo). (15 )*

*E, por fim, pelo perfil corporativo, a empresa é considerada, na formulação asquiniana, uma instituição, na medida em que reúne pessoas — empresário e seus empregados — com propósitos comuns. Asquini reputava que:*

*O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção. (16 )*

A visão multifacetária da empresa proposta por Asquini, sem dúvida, recebeu apoio entusiasmado da doutrina. Para Sylvio Marcondes, por exemplo:

*Estes perfis jurídicos do conceito econômico de empresa são obra do grande comercialista italiano Alberto Asquini, que resolveu uma pendência na doutrina italiana, dividida em inúmeras correntes, cada qual pretendendo que a sua fosse a verdadeira conceituação de empresa, em termos jurídicos. A tese de Asquini, hoje generalizadamente acolhida, é de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico, porque a lei ora a trata como uma, ora, como outra. (17 )*

É certo que a teoria asquiniana da empresa como conceito multifacetado ainda repercute na doutrina produzida atualmente nos países de tradição românica (18 ). Mas dos quatro perfis delineados por Asquini, a rigor, apenas o funcional realmente corresponde a um conceito jurídico próprio. A evolução da teoria da empresa, porém, implicou a paulatina desconsideração dos perfis subjetivo, objetivo e corporativo. Concentraram-se, com efeito, os autores no perfil funcional como sendo o conceito jurídico mais apropriado para a empresa.

Os perfis subjetivo e objetivo não são mais que uma outra denominação para os conhecidos institutos de *sujeito de direito* (empresário) e *estabelecimento*. O perfil corporativo, por sua vez, sequer corresponde a algum dado de realidade, pois a idéia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletários e capitalista apenas existe em ideologias populistas de direita, ou totalitárias (como a fascista).

Segundo Francisco Ferrara:

*O problema [do conceito de empresa] foi analisado deste modo por Asquini, que fez uma cuidadosa investigação sobre o assunto, chegando ao resultado de que a palavra empresa tem no Código diferentes significados, usados em acepções diversas: umas vezes para indicar o sujeito que exercita a atividade organizada; outras, o conjunto de bens organizados; outras, ainda, o exercício da atividade organizada e, finalmente, a organização de pessoas que exercitam em colaboração a atividade econômica. Todavia, (...) nenhuma norma se pode encontrar, com segurança, em que a palavra empresa possa ser utilizada no último sentido, de organização de pessoal, porque, na realidade, os quatro sentidos do termo — os quatro perfis de que falou Asquini — se reduzem a três. Pode-se observar, porém, que, fora dos casos em que a palavra se emprega em sentido impróprio e figurado de empresário ou de estabelecimento, e que deve o intérprete retificar, a única significação que resta é a da atividade econômica organizada (...). (19 )*

De fato, como destaca Waldírio Bulgarelli:

*Não há dúvida (...) de que o perfil que ganhou mais relevo foi o da atividade econômica organizada, que veio merecendo os favores da doutrina, inclusive da mais atual e não só na Itália (...), que decididamente nela assenta a construção da teoria jurídica da empresa, deduzida do conceito de empresário e vinculada à do estabelecimento. (20 )*

Na verdade, no direito brasileiro "empresa" deve forçosamente ser definida como *atividade*, uma vez que há conceitos legais próprios para *empresário* (CC, art. 966) e *estabelecimento* (CC, art. 1.142) (21 ). Estas faces do poliédrico fenômeno descrito por Asquini, entre nós, devem ser adequadamente referidas pelos termos que o legislador a elas reservou. Ademais, como deflui do conceito legal de empresário, "empresa" só pode ser

entendida mesmo como uma atividade revestida de duas características singulares: é econômica e é organizada. O significado destas características será objeto do próximo item deste Parecer.

### 3. A teoria da empresa no direito brasileiro

O legislador brasileiro, a exemplo do italiano que o inspirou em muitos aspectos, não define *empresa*, mas sim *empresário*. Segundo o art. 966, *caput*, do Código Civil:

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

É possível extrair-se, deste conceito legal de empresário, o de empresa. Se empresário é definido como o profissional exercente de "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", a empresa somente pode ser a atividade com estas características.

Destacam-se da definição de empresa as noções de *atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços*. Convém examinar com mais vagar cada uma delas.

Começo por aclarar o que a empresa *não é*; isto se faz necessário porque, na linguagem cotidiana, mesmo nos meios jurídicos e até na lei, usa-se freqüentemente a expressão "empresa" com significados diferentes de atividade.

Se se afirma, por exemplo, que "a empresa faliu" ou que "adquiriu estoque", a expressão é empregada erradamente, de forma não-técnica. A empresa, sendo *atividade*, não pode ser confundida com o *sujeito de direito* que a explora, o empresário. É esta pessoa (física ou jurídica) que pode ter a falência decretada ou realizar negócio jurídico de compra de mercadorias. Como destacado no item anterior, "empresa" não é o conceito jurídico apropriado para se referir ao seu perfil subjetivo. Quando se pretende fazer referência ao sujeito de direito que organiza a empresa, deve-se usar, quando explorada a atividade individualmente, "*empresário individual*"; e, quando explorada por pessoa jurídica, "*sociedade empresária*".

Similarmente, se alguém exclama "a empresa está pegando fogo!" ou constata "a empresa foi reformada, ficou mais bonita", está também se valendo do termo "empresa" equivocadamente. A empresa, sendo atividade, não se confunde com o *local* em que é exercida. Já se deu ênfase à impropriedade de se chamar de "empresa" o que Asquini considerava ser o seu aspecto objetivo. O conceito correto, neste caso, é o de "*estabelecimento empresarial*".

Por fim – e aqui trato de equívoco bastante usual nos meios jurídicos que, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, convém descartar –, também é inapropriado o uso da expressão "empresa" como sinônimo de "*sociedade*". Tecnicamente, não se deve dizer "separam-se os bens da empresa e os dos sócios em patrimônios distintos", mas "separam-se os bens sociais e os dos sócios"; não é correto falar "fulano e beltrano abriram uma empresa", mas "eles contrataram uma sociedade" (22 ).

Quanto a este uso não-técnico da expressão, convém, aliás, atentar-se às lições de Rubens Requião:

*A principal distinção, e mais didática, entre empresa e sociedade comercial é a que vê na sociedade o sujeito de direito, e na empresa, mesmo como exercício de atividade, o objeto de direito. Com efeito, a sociedade comercial, desde que esteja constituída nos termos da lei, adquire categoria de pessoa jurídica. Torna-se capaz de direitos e obrigações. A sociedade comercial, assim, é empresário, jamais empresa. É a sociedade comercial, como empresário, que irá exercitar a atividade produtiva. (23 )*

Feitas estas distinções (quer dizer, lembrando o que a empresa *não é*) e retomando o conceito de empresa que se pode concluir do art. 966 do Código Civil, destaco que ele se refere à *atividade econômica organizada*.

A primeira característica da empresa (ser uma atividade "econômica") não costuma despertar dificuldades: a atividade empresarial é econômica no sentido de que é apta a gerar lucro para quem a explora (24 ). Ou, nos termos propugnados por Sylvio Marcondes (redator do Livro II do projeto do Código Civil):

*Este conceito [do Projeto de 1965] conjuga, ou nele se conjugam, três elementos que formam a noção de empresário. Em primeiro lugar, trata-se de atividade econômica, isto é, atividade referente à criação de riquezas, bens ou serviços. A economicidade da atividade está na criação de riquezas; de modo que aquele que profissionalmente exerce qualquer atividade que não seja econômica ou não seja atividade de produção de riquezas, não é empresário. (25 )*

Já a delimitação dos contornos da segunda característica da empresa (ser uma atividade "organizada") é um tanto mais complexa.

A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário (que a organiza), os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia.

Waldírio Bulgarelli adverte:

*O que caracteriza, em termos pragmáticos, a empresa, não é a própria organização em si, mas a forma de produzir organizadamente, o que não é o mesmo que organização da atividade de produção. Em termos históricos, por exemplo, é incontestável que a perspectiva pela qual se deve ver a empresa é justamente a da evolução das técnicas de produção, portanto, forma de produzir que de rudimentar familiar e artesanal, passou a ser mecanizada ou maquinizada, com mão de obra alheia e com maior grau de organização, já que esta última sempre existiu e existe em qualquer tipo de trabalho. (26 )*

A noção de organização, ínsita à idéia de empresa, envolve, portanto, um certo grau de sofisticação da produção ou circulação de bens ou serviços. Sylvio Marcondes é claro ao definir esta característica da atividade empresarial, em prosseguimento à lição acima transcrita:

*Em segundo lugar, esta atividade deve ser organizada, isto é, atividade em que se coordenam e se organizam os fatores da produção: trabalho, natureza, capital. É a conjugação desses fatores, para a produção de bens ou de serviços, que constitui a atividade considerada organizada, nos termos do preceito do Projeto. (27 )*

Rubens Requião, por sua vez, sintetiza:

*O empresário assim organiza a sua atividade, coordenando os seus bens (capital) com o trabalho aliciado de outrem. Eis a organização. Mas essa organização, em si, o que é? Constitui apenas um complexo de bens e um conjunto de pessoal inativo. Esses elementos – bens e pessoal – não se juntam por si; é necessário que sobre eles, devidamente organizados, atue o empresário, dinamizando a organização, imprimindo-lhes atividade que levará à produção. Tanto o capital do empresário como o pessoal que irá trabalhar nada mais são isoladamente do que bens e pessoas. A empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário. Dessa explicação surge nítida a idéia de que a empresa é essa organização dos fatores de produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, ipso facto, a empresa. (28 )*

Assim, não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores de produção. O comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, *mas não é empresário*, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão-de-obra. O feirante que desenvolve seu negócio valendo-se apenas das forças de seu próprio trabalho e de familiares (esposa, filhos, irmãos) e alguns poucos empregados, *também não é empresário* porque não organiza uma unidade impessoal de desenvolvimento de atividade econômica. O técnico em informática que instala programas e provê a manutenção de *hardware* atendendo aos clientes em seus próprios escritórios ou casa, o professor de inglês que traduz documentos para o português contratado por alguns alunos ou conhecidos deste, a massagista que atende a domicílio e milhares de outros prestadores de serviço – que, de telefone celular em punho, rodam a cidade – não podem ser considerados empresários, embora desenvolvam atividade econômica. Eles não são empresários porque não desenvolvem suas atividades *empresarialmente*, não o fazem mediante a organização dos fatores de produção.

Por fim, apenas para finalizar os elementos componentes do conceito de empresa extraível da definição legal de empresário, anote-se que *produção de bens* é a fabricação de produtos ou mercadorias em massa (toda grande indústria é, por definição, empresarial), *produção de serviços* é a prestação de serviços (banco, seguradora, hospital, escola, estacionamento, provedor de acesso à *internet*, etc); *circulação de bens* é a atividade de intermediação típica do comércio em sua manifestação originária (ir buscar o bem no produtor para trazê-lo ao consumidor); e *circulação de serviços* é a intermediação da prestação de serviços (a agência de turismo não presta os serviços de transporte aéreo, traslados e hospedagem, mas, ao montar um *pacote de viagem*, os intermedeia, pondo-os em circulação).

O conceito legal de empresário não recobre todas as atividades econômicas. Permanece, no interior da teoria da empresa, a classificação destas em empresariais ou não-empresariais. No item subsequente, serão delimitados os contornos de cada uma delas.

#### **4. Atividades econômicas empresariais e atividades econômicas não-empresariais**

A adoção da teoria da empresa não implica a superação da bipartição do direito privado, que o legado jurídico de Napoleão tornou clássica nos países de tradição romana. Altera o critério de delimitação do objeto do Direito Comercial — que deixa de ser os *atos de comércio* e passa a ser a *empresarialidade* —, mas não suprime a dicotomia entre o regime jurídico civil e comercial.

A partir da teoria da empresa, o Direito Comercial (empresarial, de empresa, dos negócios – é indiferente a denominação que se lhe dê) **deixa de ser o ramo jurídico aplicável à exploração de certas atividades** (as listadas como atos de comércio) **e passa a ser o direito aplicável quando a atividade é explorada de uma determinada forma** (qual seja, a forma empresarial) (29 ).

Assim, de acordo com o Código Civil de 2002, continuam excluídas da disciplina do direito comercial algumas atividades econômicas. São as atividades *não-empresariais*, cujos exercentes não são empresário e não podem,

por exemplo, impetrar concordata, nem falir. São quatro as hipóteses de atividades econômicas *não-empresariais* que o direito positivo brasileiro contempla.

A primeira atividade econômica não-empresarial a considerar é a explorada por quem *não* se enquadra no conceito legal de empresário. Se alguém presta serviços diretamente, mas não organiza uma empresa, mesmo que o faça profissionalmente (com intuito lucrativo e habitualidade), ele *não* é empresário e o seu regime não será o de Direito Comercial. Aliás, com o desenvolvimento dos meios de transmissão eletrônica de dados, estão surgindo atividades econômicas de relevo exploradas sem empresa, em que o prestador dos serviços trabalha sozinho em casa.

As demais atividades econômicas não-empresariais que existem no direito brasileiro são as dos profissionais intelectuais, dos empresários rurais não registrados na Junta Comercial e as das cooperativas.

Quanto aos exercentes de profissão intelectual, importa destacar que eles *não* se consideram empresários por força do parágrafo único do art. 966 do Código Civil:

*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.*

Vale a pena atentar, desde logo, para a locução "ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores". Por que teria o legislador se preocupado em fazer tal esclarecimento? A resposta é simples: a caracterização da empresa como atividade econômica *organizada* pressupõe, como assinalado, a articulação dos fatores de produção, entre os quais, a mão-de-obra. Quis o legislador deixar bem claro, no parágrafo único do art. 966, que os profissionais intelectuais não são empresários mesmo que organizassem o trabalho de empregados, porque seria apenas neste caso que a possibilidade de confusão existiria. O profissional intelectual que não conta com o concurso de auxiliares ou colaboradores nunca poderia ser considerado empresário porque não se enquadraria no conceito legal estabelecido pelo *caput* do mesmo dispositivo. Uma vez mais, confirma-se que a lei não quer atribuir a qualidade jurídica de empresário a quem não articula os fatores de produção.

Os profissionais intelectuais exploram, portanto, atividades econômicas não sujeitas ao Direito Comercial. Entre eles se encontram os profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto etc.), cujo serviço é intrinsecamente ligado à própria pessoa do prestador e independe da estrutura organizada para dar-lhe suporte. Para Jorge Manuel Coutinho de Abreu, parece ser:

*mais ajustado sustentar que, em regra, os escritórios, consultórios, estúdios dos profissionais liberais não constituem empresas. O que aí avulta é a pessoa dos profissionais (com específica capacidade técnico-científica para a prestação de serviços), não um objectivo complexo produtivo; o conjunto dos instrumentos de trabalho não têm autonomia funcional nem identidade própria, não mantêm idêntica 'eficiência' ou 'produtividade' na titularidade de terceiro (profissional da mesma especialidade); a actividade do sujeito exaure praticamente o processo produtivo (de prestação de serviços). (30 )*

Também se consideram exercentes de profissão intelectual os escritores e artistas de qualquer expressão (plásticos, músicos, atores etc.) bem assim os técnicos com alguma formação profissional específica (técnicos em contabilidade, em eletrônica, em informática, corretor de seguros, de imóveis, etc.).

Há uma exceção, prevista no mesmo dispositivo legal (parágrafo único do art. 966), em que o profissional intelectual se enquadra no conceito de empresário. Trata-se da hipótese em que o exercício da profissão constitui *elemento de empresa*, ou seja, sempre que o exercente de profissão intelectual dedicar-se mais à atividade típica de empresário (organização dos fatores de produção) do que propriamente à função científica, literária ou artística (31 ).

Atividade econômica rural, por sua vez, é a explorada normalmente fora da cidade. Certas atividades produtivas não são costumeiramente desenvolvidas em meio urbano, por razões de diversas ordens (materiais, culturais, econômicas ou jurídicas). São rurais, por exemplo, as atividades econômicas de plantação de vegetais destinadas a alimentos, fonte energética ou matéria-prima (agricultura, reflorestamento), a criação de animais para abate, reprodução, competição ou lazer (pecuária, suinocultura, granja, equinocultura) e o extrativismo vegetal (corte de árvores), animal (caça e pesca) e mineral (mineradoras, garimpo).

As atividades rurais, no Brasil, são exploradas em dois tipos radicalmente diferentes de organizações econômicas. Tomando-se a produção de alimentos por exemplo, encontra-se na economia brasileira, de um lado, a agroindústria (ou agronegócio) e, de outro, a agricultura familiar. Naquela, emprega-se tecnologia avançada, mão-de-obra assalariada (sempre numerosa, por vezes permanente ou temporária), especialização de culturas, grandes áreas de cultivo; na familiar, trabalham o dono da terra e seus parentes, um ou outro empregado, e são relativamente menores as áreas de cultivo (32 ).

Atento a esta realidade, o Código Civil de 2002 reservou para o exercente de atividade rural um tratamento específico. Dispõe o art. 971:

*Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.*

Deste modo, se o exercente de atividade econômica rural requerer a inscrição no registro das empresas (Junta Comercial), será considerado empresário e submeter-se-á às normas de Direito Comercial. Esta é, normalmente, a opção adotada pelo agronegócio. Caso, porém, o exercente de atividade econômica rural não requeira a inscrição neste registro, não se considera empresário e seu regime será o do Direito Civil. Esta última deverá ser a opção predominante entre os titulares de negócios rurais familiares. Neste caso, se os exercentes de atividade rural se unirem numa sociedade, ela terá a natureza de simples.

Finalmente, em relação às cooperativas, convém registrar que, desde o tempo em que a delimitação do objeto do Direito Comercial era feita pela teoria dos atos de comércio, sempre houve duas exceções a assinalar no contexto do critério identificador desse ramo jurídico. De um lado, a *sociedade por ações*, que sempre se reputou comercial, independentemente da atividade explorada. De outro, as *cooperativas*, que são necessariamente sociedades exercentes de atividades civis (integram a categoria das "sociedades simples"), independentemente da atividade que exploram. A este respeito preceitua o art. 982 e seu parágrafo único do Código Civil:

*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, as cooperativas.*

As cooperativas, normalmente, dedicam-se às mesmas atividades dos empresários e costumam atender aos requisitos legais de caracterização destes (*profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços*), mas, por expressa disposição do legislador, que data de 1971, não se submetem ao regime jurídico-empresarial. Quer dizer, não estão sujeitas à falência e não podem impetrar concordata. Ela é, sempre, uma sociedade simples e nunca, empresária.

Cabe, agora, para encerrar as considerações gerais deste Parecer, distinguir uma de outra daquelas categorias de sociedade. No próximo item, em suma, tratarei das sociedades simples e das empresárias.

## **5. Sociedades empresárias e sociedades simples**

A sociedade simples é uma das mais significativas novidades do Código Reale (33). Cuida-se de figura de larga importância porque cumpre três diferentes funções.

Em primeiro lugar, a sociedade simples é um dos vários tipos societários que a lei põe à disposição dos que pretendem explorar atividade econômica conjuntamente. Presta-se bem, por sua simplicidade e agilidade (34), às atividades de menor envergadura. É o tipo societário adequado, por exemplo, aos pequenos negócios, comércios ou prestadores de serviços não-empresários (isto é, que não exploram suas atividades empresarialmente), aos profissionais liberais (à exceção dos advogados, cuja sociedade tem disciplina própria na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994), aos artesãos, artistas etc.

A segunda função que o Código Reale reservou para a sociedade simples foi a de servir de modelo genérico para os demais tipos societários contratuais. A disciplina da sociedade simples, que se encontra nos arts. 997 a 1.044 (Capítulo I do Subtítulo II do Título II do Livro II da Parte Especial), aplica-se também, em caráter subsidiário, à sociedade em nome coletivo (art. 1.040), em comandita simples (arts. 1.040 e 1.046) e, em regra, à sociedade limitada (art. 1.053, *caput*). É também a disciplina supletiva das sociedades cooperativas (art. 1.096).

Mas, é a terceira função da sociedade simples que interessa a este Parecer. Além de tipo societário e de modelo geral, ela é, finalmente, uma categoria de sociedades. Pelo art. 982 do Código Civil, transcrito acima, as sociedades se consideram simples se não tiverem "por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro". As sociedades desta categoria podem adotar, como autoriza o art. 983 do Código Civil, qualquer um dos tipos das sociedades empresárias (exceto os de sociedades por ações: anônima e comandita por ações) e, se não o fizer, subordinar-se-á às regras que lhe são próprias.

Então, a expressão "sociedade simples" é, em decorrência da primeira e última funções assinaladas, *ambígua*. Em sentido estrito designa um tipo de sociedade (ombreia-se, neste caso, à limitada, anônima, comandita por ações etc.); em sentido lato, designa a categoria das sociedades não-empresárias.

Quer dizer, de acordo com o sistema adotado pelo Código Reale, as sociedades personificadas se classificam, inicialmente, em *empresárias* e *simples* (não-empresárias). As empresárias podem adotar um de 5 tipos: nome coletivo, comandita simples, limitada, anônima e comandita por ações. As simples (em sentido lato), por sua

vez, também podem adotar um de 5 tipos (em parte, diferentes): nome coletivo, comandita simples, limitada, cooperativa e simples (em sentido estrito).

Enquanto designação de categoria de sociedades, as sociedades simples são definidas legalmente por exclusão. São aquelas que não têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. Será, portanto, a partir dos contornos da definição de empresário que se delimitarão, por exclusão, as sociedades *em regra* enquadradas nesta categoria (35 ).

Como examinado anteriormente, a atividade típica de empresário não se define por sua natureza, mas pela *forma* com que é explorada. Quando a atividade econômica é explorada de forma organizada (ou seja, mediante a articulação dos fatores de produção), então tem-se uma empresa; quem a exerce é empresário; e, se pessoa jurídica, uma sociedade empresária.

Tome-se por exemplo o comércio de algum bem qualquer: peixe. Tanto o supermercado como o feirante adquirem peixe para o revender ao consumidor. A atividade econômica tem, nos dois casos, a mesma natureza. O supermercado, porém, será, via de regra, uma empresa, porque se trata de comerciante que não consegue operar a não ser através da organização de trabalho alheio em estabelecimento adequado, de porte, com o emprego de controles e tecnologias apuradas. O feirante, por sua vez, *pode* explorar a mesma atividade sem dotar necessariamente desta organização. É claro que se for um feirante bem sucedido, titular de concessão em feira de grande movimento localizada em bairro de alto poder aquisitivo, é possível que seu movimento justifique organizar uma empresa. Não se verificando tais pressupostos, entretanto, aquela atividade comercial poderá ser adequada e inteiramente explorada sem a organização dos fatores de produção; ou seja, com o trabalho pessoal e da família, sem sofisticados controles operacionais, de estoque e de caixa, sem estabelecimento complexo.

Não é, deste modo, a natureza da atividade que define o empresário, mas, em regra, a forma pela qual é explorada.

Quando não houver exploração empresarial de certa atividade – isto é, quando a atividade econômica não for *organizada* – e o exercente for uma sociedade, não se encontram os pressupostos que o art. 982 do Código Civil estabeleceu para lhe atribuir a classificação de *sociedade empresária*. Se não há empresa, a sociedade que se dedica à atividade econômica em questão, pertence à categoria das simples (sentido lato).

Apenas dois tipos societários não se submetem à regra assinalada: de um lado, *as sociedades por ações*, que serão sempre empresárias, ainda que não explorem seu objeto empresarialmente; de outro, *as cooperativas*, que serão sempre simples, ainda que organizem de forma empresarial seu negócio.

As sociedades simples são registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e não no Registro de Empresas (Juntas Comerciais), segundo o preceituado no art. 1.150 do Código Civil:

*Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.*

Esta disposição aplica-se a qualquer um dos tipos da sociedade simples, em especial ao tipo que é necessariamente simples, a cooperativa.

Em relação ao registro apropriado para as sociedades cooperativas, dúvidas poderiam surgir em razão de dois preceitos: o art. 1.093 do Código Civil, que "ressalvou a legislação especial" e o art. 18 da Lei nº 5.764/71, que menciona a intervenção da Junta Comercial no processo de autorização de funcionamento das cooperativas. Com efeito, uma leitura superficial destes dois dispositivos poderia levar o intérprete menos atento à conclusão de que as cooperativas, apesar de sua classificação como sociedades simples, deveria ser registrada na Junta Comercial, contrariamente ao que dispõe o art. 1.150 do Código Civil.

Não se pode, porém, esquecer que o citado dispositivo da lei das cooperativas *não* vigora mais desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º), o constituinte assegura que:

*XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.*

Em razão deste preceito constitucional, os arts. 17 a 20 da Lei nº 5.764/71 não foram recepcionados pela ordem inaugurada em 1988. Como o constituinte estabeleceu que a criação de cooperativas independe de autorização e vedou a interferência do estado em seu funcionamento, as normas de lei ordinária pré-dispostas a operacionalizarem a autorização e controle do funcionamento das cooperativas simplesmente perderam sua validade. Não foram, em suma, recepcionadas pela Constituição Federal.

Modesto Carvalhosa, em recentíssima obra de comentários ao novo Código Civil, ensina acerca da trajetória evolutiva da disciplina legal sobre cooperativismo no Brasil:

*Com o advento da atual Lei de Cooperativas (Lei n. 5.764, de 16-12-1971) iniciou-se um período de renovação, tendente à mitigação da intervenção estatal no setor. Diz-se 'mitigação' da presença estatal, pois, em diversos pontos da lei, percebe-se que a intenção foi a de flexibilizar gradativamente as estruturas do cooperativismo, e não a de romper em definitivo com o controle estatal. Nesse sentido, merece destaque negativo a persistência da autorização prévia de funcionamento, antecedida por um procedimento lento e demasiadamente complexo, que continuava a obstar a constituição de novas cooperativas. Esse período de renovação gradativa desaguou na atual fase de liberalização das cooperativas, iniciada com a Constituição Federal de 1988, que, em seus arts. 5º, XVIII, e 174, §§ 2º, 3º e 4º, claramente estimula o desenvolvimento de um cooperativismo independente, isentando-as, por conseguinte, da autorização prévia e do controle estatal, uniformizando seu tratamento tributário e dispondo de forma mais específica sobre certas espécies de cooperativa, tais como aquelas voltadas às atividades de garimpo. Com isso, alguns dos dispositivos da ainda vigente Lei n. 5.764/71 claramente não foram recepcionados pela Constituição Federal, tais como os arts. 17 a 20, por exemplo, que dispõem sobre a referida autorização prévia de funcionamento. (36 )*

Em 1988, verificou-se a não-recepção pela Constituição Federal do art. 18 da Lei nº 5.764/71. Em princípio, teria sido eliminada, naquela oportunidade, a anacrônica sistemática, desprovida de sentido, de uma sociedade civil ser registrada na Junta Comercial. Sucessivas normas do registro comercial, contudo, mantiveram a previsão (por exemplo, o art. 32, II, *a*, da Lei nº 8.934/94). Com novo Código Civil, entram em vigor dispositivos de lei expressos e claros, que qualificam as cooperativas como sociedades simples e indicam-lhe o Registro Civil das Pessoas Jurídicas para o registro de seus atos constitutivos e societários. As normas do registro comercial incompatíveis com o novo Código Civil não são específicas da cooperativa e, por isto, não se encontram ressalvadas pelo art. 1.093.

Assim, não sobram dúvidas de que as sociedades simples, qualquer que seja o tipo adotado (limitada, cooperativa, simples, etc.), são sempre registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e não na Junta Comercial.

## **6. Respostas aos quesitos**

### **1. Com a entrada em vigor do novo Código Civil, desapareceram as sociedades civis e comerciais e, conseqüentemente, a necessidade de distingui-las através do objeto social (civil ou comercial)?**

O novo Código Civil introduziu, no direito positivo brasileiro, a teoria da empresa. Como referido ao longo do Parecer, diferentemente da teoria dos atos de comércio, a teoria da empresa não lista um conjunto de atividades econômicas para qualificá-las e submetê-las ao direito comercial. Na verdade, a teoria da empresa qualifica a atividade econômica em função da *forma* como é explorada.

Desde a entrada em vigor do novo Código Civil, portanto, as atividades econômicas são classificadas em empresariais ou não-empresariais.

Empresariais são as atividades econômicas *organizadas* como empresas. Sempre que ao produzir ou circular bens ou serviços, alguém combina os quatro fatores de produção do capitalismo superior (mão-de-obra, insumos, tecnologia e capital), confere à sua atividade uma organização específica. O nome desta organização é *empresa*.

Não-empresariais, por sua vez, são as atividades econômicas exploradas independentemente da articulação dos fatores de produção. Quando quem produz ou circula bens ou serviços não contrata senão alguns poucos empregados, não adquire nem desenvolve sofisticadas tecnologias, não faz circular insumos ou não tem relevante capital, falta-lhe empresarialidade.

Em vista disto, pode-se afirmar que o direito brasileiro não mais distingue sociedades comerciais de civis pelo seu objeto, mas sim distingue sociedades empresárias e simples pela *forma* com que exploram a atividade econômica.

### **2. A distinção entre as sociedades simples e empresária se dá tão somente pela forma com que se exerce a atividade econômica?**

O art. 982 do Código Civil considera "empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro".

Como visto ao longo do Parecer, é a *organização empresarial da atividade econômica* que define a atividade própria do empresário, e não a *natureza* desta atividade.

Uma mesma atividade econômica pode ser explorada empresarialmente ou não-empresarialmente. Esta é uma noção que não se aplica a apenas alguns poucos ramos da economia. Um banco só se explora empresarialmente; assim também uma seguradora ou operadora de plano privado de assistência à saúde, além

de exercentes de outras atividades cuja complexidade exige uma empresa. Na maioria dos casos, contudo, tanto o comércio como a prestação de serviços podem ser explorados empresarialmente ou não.

Quando se está diante desta hipótese – atividades econômicas que podem ou não ser exploradas de forma empresarial – se os exercentes se unem numa sociedade, ela poderá ser empresária ou simples.

Será empresária se o objeto for explorado com a organização típica da empresa; será simples, se for explorado sem tal organização.

A distinção entre sociedade simples e empresária dá-se, portanto, exclusivamente em função da forma com que se exerce a atividade econômica. É esta a regra. Estabelece a lei que, independentemente da forma do exercício da atividade econômica, os dedicados às atividades intelectuais, de artesanato ou artísticas, bem como as cooperativas *sempre* se consideram sociedades simples.

### **3. As sociedades simples são apenas aquelas cuja atividade venha a corresponder ao exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, com fundamento no parágrafo único do art. 966 do Código Civil?**

Não. Os exercentes de profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, quando unidos em sociedade que não adote a forma por ações, contratam necessariamente uma sociedade simples. Isto porque a lei ressaltou expressamente, no dispositivo citado no quesito, a hipótese. Eles exercem, assim, atividades não-empresariais.

De se anotar que não precisa ser uniprofissional a sociedade de exercentes de profissão intelectual para caracterizar-se como simples. Se um arquiteto e um engenheiro se unem em sociedade para prestar os serviços que são comuns às duas atividades intelectuais, simples será a sociedade.

Mas não se esgotam nesta hipótese os casos de sociedades simples.

Qualquer exercente de atividade econômica que não a organiza empresarialmente, sendo pessoa jurídica, será uma sociedade simples.

Deste modo, as sociedades simples *não* são apenas aquelas cujo objeto se encontra referido no parágrafo único do art. 966 do Código Civil.

### **4. As sociedades simples, já que se destinam ao exercício de atividade econômica (com bens e serviços), podem ter por objeto a prestação de serviços em geral e o pequeno comércio, pequena indústria e artesãos, de um modo geral?**

As sociedades simples podem ter por objeto prestação de serviços, artesanato e comércio.

Como visto, não é a natureza da atividade econômica que define se a sociedade que a explora deve ser simples ou empresária, mas sim a forma como a atividade é explorada.

Desde que no ato constitutivo ou em instrumento apartado, o interessado declare que a sociedade é simples (porque não explora a atividade econômica pertinente ao seu objeto de forma empresarial), é esta sua classificação jurídica.

Não tem importância, note-se, a dimensão do negócio. Normalmente, não se consegue explorar atividade econômica de vulto sem a organização empresarial. Mas não há relação necessária entre um e outro vetor. Tanto assim que pequenos negócios podem ser explorados empresarialmente. O decisivo é a *forma* com que se explora a atividade: com ou sem empresarialidade.

### **5. Há alguma vedação que impeça as sociedades simples de exercer essas atividades de bens e serviços referidas no quesito anterior?**

Não há vedação nenhuma que impeça a sociedade simples de ter por objeto atividade econômica de prestação de serviços, artesanato ou comércio.

Para ser classificada como simples, basta que a sociedade não explore seu objeto empresarialmente. Se assim o fizer, e não se constituir regularmente como sociedade empresária, estará exposta às consequências da irregularidade, como, por exemplo, a perda da personalidade jurídica. É a mesma consequência que se manifesta, aliás, se a sociedade simples (de tipo limitada, por exemplo) levar a registro seus atos constitutivos na Junta Comercial.

Esta, porém, é uma outra questão. Enquanto a sociedade simples explora seu objeto de forma não-empresarial, ela será regular, exatamente por inexistir qualquer vedação que a impeça de ter, como objeto, o artesanato, comércio e prestação de serviços.

Há somente algumas poucas atividades que a sociedade simples não pode ter por objeto. São, em geral, as atividades para cuja exploração a lei exige a forma de sociedade anônima. É o caso de bancos e seguradoras, que apenas se podem constituir por sociedades empresárias.

**6. Seria imprescindível que do ato constitutivo da sociedade constasse referência expressa à natureza simples ou empresária da sociedade?**

Não exige a lei que conste do ato constitutivo da sociedade uma referência expressa à sua natureza simples ou empresária.

Na verdade, a exata classificação de qualquer sociedade personificada é uma *questão de fato*.

Se a sociedade explora empresarialmente a atividade própria de seu objeto, mas não se organiza como sociedade empresária, ela está em situação irregular e sofrerá as consequências disto (perda da personalidade jurídica, impossibilidade de impetrar concordata, etc.). Estará, em outros termos, na mesma condição em que se encontraria uma sociedade simples que inadvertidamente se registrasse na Junta Comercial.

Uma referência, no instrumento constitutivo, da classificação da sociedade como simples não teria valor apenas se ela, *de fato*, for empresária. Não havendo, contudo, discrepância entre o declarado no ato societário levado a registro e a realidade de fato da sociedade, a declaração terá plena validade e eficácia.

Mas a declaração do interessado (no ato constitutivo ou em instrumento apartado) no sentido de ser simples a sociedade levada a registro representa cautela altamente recomendável para os consulentes admitirem registrarem o contrato de uma sociedade simples (seja ela do tipo limitada ou do tipo simples).

**7. Para efeito de admissão no órgão de registro competente (os Registros Cíveis das Pessoas Jurídicas e os Registros de Empresas), qual o critério a ser adotado para classificar a natureza jurídica de uma sociedade e a consequente competência registral?**

A exata classificação de uma sociedade personificada (simples ou empresária) é, como acentuado na resposta ao quesito anterior, uma questão de fato. Quer dizer, se a atividade econômica correspondente ao objeto social está sendo explorada com a organização típica dos empresários, a sociedade é empresária; caso contrário, é simples.

O Registro Cível das Pessoas Jurídicas, evidentemente, não é responsável pela certificação deste fato. Se a sociedade simples efetivamente explora seu objeto social organizada como empresa ou não é circunstância que o registro não afirma, nem nega.

Deste modo, cabe ao interessado na constituição de uma sociedade simples fazer, perante o órgão de registro, a declaração correspondente a este tipo societário. A vista desta declaração, o registro pode ser feito, a menos que outras circunstâncias (valor do capital social, elevada quantidade de sócios etc.) recomendem encaminhar o interessado à Junta Comercial.

**8. É correto afirmar que as sociedades cooperativas serão registradas no Registro Cível das Pessoas Jurídicas?**

Como mencionado no item 4 deste Parecer, o registro das cooperativas nas Juntas Comerciais, na data da entrada em vigor do Código Civil, estava previsto no art. 18 da Lei nº 5.764/71 (lei do cooperativismo) e no art. 32, II, *a*, da Lei nº 8.934/94 (lei do registro de empresas).

O Código Civil contempla dispositivo que ressalva a vigência da legislação especial das cooperativas (art. 1.093, *in fine*).

Esta ressalva, porém, não alcançou nem o art. 18 da lei do cooperativismo, nem o art. 32, II, *a*, da lei do registro de empresas.

O art. 18 da lei do cooperativismo, embora abrigado em legislação especial das cooperativas, não tem mais vigência desde 1988, porque não foi recepcionado pela Constituição Federal. O Texto Fundamental, no art. 5º, XVIII, veda a lei exigir da cooperativa a autorização prévia do estado para funcionar. O dispositivo em foco trata, na verdade, dos procedimentos de autorização e menciona a participação da Junta Comercial nestes procedimentos. Sendo, com a ordem fundamental inaugurada em 1988, inconstitucional qualquer previsão de autorização governamental para o funcionamento da cooperativa, deixaram de ser recebidos os preceitos abrigados nos arts. 17 a 20 da lei do cooperativismo.

O Código Civil não poderia ressaltar a vigência de norma inconstitucional, ou melhor, de norma não recepcionada pela Constituição de 1988.

Já o art. 32, II, *a*, da lei do registro de empresas não é, obviamente, norma específica das cooperativas. E por esta razão não se encontra ao abrigo da ressalva do art. 1.093 do Código Civil.

As Juntas Comerciais apenas continuariam a ser o órgão competente para o registro das cooperativas se o Código Civil não trouxesse, claramente, a classificação destas sociedades no conjunto das simples e a vinculação deste ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. O art. 32, II, *a*, da lei do registro de empresas (assim como todas as normas esparsas não específicas das cooperativas) está revogado pela nova sistemática introduzida pelo Código Civil.

As sociedades cooperativas, portanto, devem ser registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e não nas Juntas Comerciais.

**9. A autoridade de registro está obrigada a fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato? Quais as consequências jurídicas do registro de uma sociedade em registro incompetente, para a sociedade e para o órgão de registro, respectivamente? Os atos registrados em registro incompetente são nulos, anuláveis ou inexistentes?**

O Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou a Junta Comercial têm o dever de não aceitar para registro atos constitutivos de sociedades que não se refiram à respectiva competência.

Se, por exemplo, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas registrar uma sociedade anônima ou se a Junta Comercial registrar uma sociedade cooperativa, elas estão descumprindo o dever prescrito no dispositivo legal lembrado pelo quesito e terão, evidentemente, responsabilidade por terem extrapolado os limites legais de suas competências.

As consequências jurídicas do registro de uma sociedade por órgão incompetente, para a sociedade, são as da irregularidade. Uma sociedade registrada em órgão incompetente encontra-se na mesma situação de uma sociedade sem registro.

A sociedade que funciona sem o registro exigido em lei tem sua disciplina, hoje, centrada na figura da "sociedade em comum".

Deste modo, uma sociedade empresária registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas deve ser tratada como uma sociedade irregular. Concretamente falando, ela não tem personalidade jurídica própria distinta da de seus sócios e estes respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (CC, art. 990). Outras consequências: elas não podem impetrar concordata (LF, art. 140) e, se tiverem sua falência decretada, ela será reputada ilícita (LF, art. 186, VI). Além do mais, ela não poderá usar em juízo seus livros e fichas contábeis para fazer prova em seu favor, porque faltará um dos requisitos extrínsecos que é a autenticação pelo órgão competente (CC, art. 226).

Em relação ao órgão de registro que extravasou sua competência, as consequências serão de ordem civil e administrativa. No plano civil, o órgão pode ser responsabilizado por eventuais danos que venham a ser suportados pelos particulares, provada, evidentemente, sua culpa ou dolo no evento. No plano administrativo, caberão as sanções correccionais próprias.

Convém assinalar, porém, que os atos societários registrados em registro incompetente não são nulos, nem anuláveis, nem inexistentes. Possuem inegavelmente um vício, mas este não é de monta a lhes retirar a validade. O ato continuará válido, a despeito da incompetência do registro. Continuará, outrossim, existente.

Para que a incompetência do registro implicasse a nulidade ou anulabilidade do ato seria necessário que a lei tivesse condicionado sua validade ao registro. Não é este o caso. Uma sociedade sem contrato social registrado no órgão competente não é inválida (é "em comum").

Por outro lado, para que a ausência do registro no órgão competente subtraísse a existência do ato seria necessário que a lei a condicionasse à formalidade. E também não é este o caso. Uma sociedade sem contrato social registrado no órgão competente existe (é disciplinada, em lei, pelas regras da "sociedade em comum").

O ato societário objeto de registro por órgão incompetente é, sem dúvida, viciado, irregular. Mas por não condicionar o direito brasileiro nem a existência nem a validade do ato societário ao registro no órgão competente, segue-se que o vício compromete apenas a *eficácia* do registro.

Uma sociedade empresária registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou uma sociedade simples registrada na Junta Comercial estão, como afirmado, na mesma situação de uma sociedade sem registro; são, no linguajar do novo Código Civil, uma *sociedade em comum*. Os seus atos constitutivos, por não terem sido

levados a registro no órgão competente, não produziram os efeitos que deles se esperava, isto é, os de gerar uma sociedade regular; apenas isto.

São Paulo, 6 de agosto de 2003

**Fábio**

**Ulhoa**

**Coelho**

*Advogado especialista em Direito Empresarial em São Paulo e Professor titular de Direito Comercial da PUC-SP, Mestre, Doutor, Livre Docente em Direito, autor de diversas obras jurídicas, membro da Société de Législation Comparée, de Paris, do Instituto de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Túlio Ascarelli, da USP.*

## **Notas**

**1** O que o negócio jurídico tem de específico em relação ao ato jurídico é a intencionalidade do sujeito. O negócio jurídico é o ato jurídico em que o sujeito quer produzir a consequência prevista na norma. Em outros termos, o ato jurídico é sempre voluntário, isto é, algo que o sujeito de direito faz por sua vontade. Produz, ademais, sempre efeitos previstos em lei, já que a ação voluntária irrelevante para o direito (espreguiçar-se antes de levantar da cama, por exemplo) não se a considera sequer fato jurídico. Pois bem, se o efeito pré-disposto na norma jurídica é querido pelo sujeito, denomina-se negócio jurídico o ato. Neste caso, o resultado jurídico previsto na norma só se operou porque o sujeito de direito o quis, enquanto que nos atos não negociais, os efeitos são simples consequências que a norma jurídica liga a determinados fatos, independentemente da intenção dos sujeitos envolvidos. As diferenças entre a teoria francesa dos atos jurídicos e a alemã dos negócios jurídicos são tão sutis que escaparam a Clóvis Bevilacqua. Após noticiar que a sistemática alemã distinguia *atos jurídicos* de *declarações de vontade*, deu por encerrado o assunto, anotando que "geralmente as duas expressões se consideram equipolentes". Aproveitou-se, então, de lições sobre negócio jurídico para discorrer sobre atos jurídicos (*Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, 2ª edição, pág. 213). A sutileza das diferenças possibilitou, também, a alguns doutrinadores brasileiros, como Caio Mário da Silva Pereira, entre outros, sustentarem que a proximidade entre o nosso conceito legal de ato jurídico (o do Código de 1916) e as lições da doutrina alemã sobre negócio jurídico era tão expressiva, que cabia dar-se preferência a esta no desenvolver das lições de direito civil (*Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, vol. 1, 5ª edição, pág. 414).

**2** Conferir nos manuais mais utilizados pelas faculdades francesas: Jean Carbonnier, *Droit Civil – introduction*, Paris, PUF, 1999, 26ª edição; Christian Larroumet, *Droit Civil*, Paris, Economica, 1998, 3ª edição; Michel Juglart et al, *Cours de Droit Civil - manuel*, Paris, Montchrestien, 1999, vol. 1, 15ª edição; Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, Paris, LGDJ, sem ano, 20ª edição.

**3** Deve-se destacar que também a ideologia fascista contribuiu para o surgimento de uma teoria como a da empresa. Como proponho em meu *Manual de Direito Comercial*, deve-se atentar "para o local e ano em que a teoria da empresa se expressou pela primeira vez no ordenamento positivo. O mundo estava em guerra e, na Itália, governava o ditador fascista Mussolini. A ideologia fascista não é tão sofisticada como a comunista, mas um pequeno paralelo entre ela e o marxismo ajuda a entender a ambientação política do surgimento da teoria da empresa. Para essas duas concepções ideológicas, burguesia e proletariado estão em luta; elas divergem sobre como a luta terminará. Para o marxismo, o proletariado tomará o poder do estado, expropriará das mãos da burguesia os bens de produção e porá fim às classes sociais (e, em seguida, ao próprio estado), reorganizando-se as relações de produção. Já para o fascismo, a luta de classes termina em harmonização patrocinada pelo estado nacional. Burguesia e proletariado superam seus antagonismos na medida em que se unem em torno dos superiores objetivos da nação, seguindo o líder (*duce*), que é intérprete e guardião destes objetivos. A empresa, no ideário fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam as classes em conflito" (São Paulo, Saraiva, 2003, 14ª edição, págs. 8/9).

**4** Waldírio Bulgarelli, *Direito Comercial*. São Paulo, Atlas, 1991, 8ª edição, pág. 59.

**5** *Trattato di diritto commerciale*. Milão, Francesco Valardii, 1922, vol. 1, 5ª edição, págs. 1 a 25. Vivante, no entanto, não insistiu nessas críticas à autonomia do direito comercial; em 1919, após ser nomeado presidente da comissão de reforma da legislação comercial na Itália, abandonou a tese da unificação e elaborou um projeto de Código Comercial específico.

**6** Noto que a uniformização legislativa do direito privado já existia em parte na Suíça, desde 1881, com a edição de código único sobre obrigações, mas será o texto italiano que servirá de referência doutrinária porque, embora posterior, é acompanhado por uma teoria substitutiva à dos atos de comércio. Com certeza, não basta a reunião da disciplina privada das atividades econômicas num mesmo diploma legal, para que se eliminem as diferenças de tratamento entre as comerciais e as civis. É necessária ainda uma noção teórica capaz de se constituir o modelo para esta disciplina, um sistema que se contraponha ao francês e o supere. Se a legislação suíça já não apresenta diferenças entre as atividades dos comerciantes e a dos não-comerciantes, sob o ponto de vista da disciplina das obrigações, não veio a inovação acompanhada de uma reflexão doutrinária mais abrangente, que projetasse seus efeitos no mundo jurídico de tradição românica.

**7** Para Ascarelli, "à unificação do direito das obrigações corresponde, assim, a figura geral do empresário, não como fundamento de uma nova autonomia do direito mercantil (...), mas como característica geral de quem exerça uma atividade econômica (...)" (*Corso de Diritto Commerciale – introduzione e teoria dell'impresa*. Traduzido da versão espanhola publicada em Barcelona, 1964, pág. 127).

**8** Sobre as imprecisões conceituais de empresa, ver Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo, 1985, RT, págs. 113 e seguintes. Sobre o acento no aspecto da "atividade", este autor anota: "a falta de um especial relevo quanto [à atividade] é explicável pela quase inexistência então de estudos específicos da doutrina jurídica a seu respeito, o que só seria feito a seguir, até com certo pioneirismo, por Tullio Ascarelli" (pág. 124).

**9** Confrontar com Giuseppe Fanelli, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*. Milão, Giuffrè, 1950, págs. 73/75.

**10** *Perfis da Empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato publicada na Revista de Direito Mercantil vol. 104, outubro-dezembro de 1996, págs. 109/126.

**11** *Obra citada*, págs. 109/110.

**12** *Obra citada*, pág. 111.

**13** Para Rubens Requião, "o conceito de empresa se firma na idéia de que é ela o *exercício de atividade produtiva*. E do *exercício* de uma atividade não se tem senão uma idéia abstrata" (*Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1991, vol. 1, 20ª edição, pág. 57).

**14** *Obra citada*, pág. 116.

**15** *Obra citada*, pág. 118.

**16** *Obra citada*, pág. 122.

**17** *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo, Saraiva, 1977, págs. 7/8.

**18** Jorge Manuel Coutinho de Abreu, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, leciona em obra publicada em 1999: "penso ser legítima a utilização sinonímica dos dois vocábulos [empresa e estabelecimento] – e tomando em conta quer o espaço jurídico-mercantil quer outros domínios. Com efeito, as leis não se opõem a tal equipolência. É certo: 'empresa' denota preferencialmente o 'perfil subjectivo' do fenómeno e o 'institucional'; por sua vez, 'estabelecimento' anda tradicionalmente ligado ao 'perfil objectivo'. Não obstante, 'estabelecimento' pode também ligar-se, uma vez ou outra, àqueles dois perfis, tal como 'empresa' serve muito bem para significar ainda a dimensão objectiva do fenómeno – a empresa como instrumento ou estrutura produtiva de um sujeito, e objecto (...) de relações jurídicas" (*Da Empresarialidade – as empresas no direito*. Coimbra, Almedina, 1999, págs. 4/5).

**19** Confrontar com Francisco Ferrara, *la teoria giuridica dell'azienda*. Firenze, Il Castellaccio, 1945, págs. 90/91. Transcrevo a tradução de Rubens Requião, *obra citada*, págs. 53/54.

**20** *A Teoria .... obra citada*, pág. 142.

**21** Oscar Barreto Filho, com clareza, assinala: "ao conceito básico de *empresário* se ligam as noções, também fundamentais, de *empresa* e de *estabelecimento*. São três noções distintas, mas que na realidade se acham estreitamente correlacionadas. O *empresário*, como vimos, é um sujeito de direito, e a *empresa* é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através do instrumento adequado que é o *estabelecimento*. A figura do empresário é determinada pela natureza da atividade por ele organizada e dirigida; sob este aspecto, a noção de empresário é, logicamente, um corolário da noção de empresa" (*Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1988, 2ª edição, pág. 115).

**22** "Somente se emprega de modo tecnicamente adequado o conceito de 'empresa' quando tiver o sentido de '*empreendimento*'. Se alguém reputa 'muito arriscada a empresa', está certa a forma de se expressar: o empreendimento em questão enfrenta consideráveis riscos de insucesso, na avaliação desta pessoa. Como ela se está referindo à atividade, é adequado falar em 'empresa'. Outro exemplo: no princípio da *preservação da empresa*, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; assim os interesses de empregados quanto aos seus postos de trabalho, de consumidores em relação aos bens ou serviços de que necessitam, do fisco voltado à arrecadação e outros" (meu *Manual de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2003, 14ª edição, pág. 13).

**23** *Obra citada*, pág. 58.

**24** O lucro pode ser o objetivo da produção ou circulação de bens ou serviços (*finalidade*), ou apenas o instrumento para alcançar outros objetivos (*meio*). "Religiosos podem prestar serviços educacionais (numa escola ou universidade) sem visar especificamente o lucro. É evidente que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade e, por isso, o valor total das mensalidades deve superar o das despesas também nesses estabelecimentos. Mas a escola ou universidade religiosas podem ter objetivos não lucrativos, como a difusão de valores ou criação de postos de emprego para os seus sacerdotes. Neste caso, o lucro é *meio* e não *fim* da atividade econômica" (meu *Manual* .... *obra citada*, pág. 13).

**25** *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 10. Os conceitos de empresário do Projeto de Código das Obrigações de 1965, do Projeto de Código Civil de 1975 e da lei em vigor são idênticos.

**26** *Teoria*.... *obra citada*, pág. 149.

**27** *Obra citada*, págs. 10/11.

**28** *Obra citada*, pág. 57.

**29** Waldemar Ferreira ensina que "a empresa constitui, atualmente, o verdadeiro critério da comercialidade. O Direito Comercial deve ser o das empresas. Essa idéia o unifica. Restitui-lhe seu caráter profissional, sem que se regresse ao direito de casta e de formalismo antigo. Ligam-se-lhes as noções de atos de comércio e de comerciante. O Comerciante é o chefe da empresa, indivíduo ou sociedade, conforme o caso. Quanto aos atos de comércio, eles se reputam mercantis pela teoria do acessório, salvo alguns, verdadeiramente objetivos" (*Tratado de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1960, vol. 1, pág. 212).

**30** *Obra citada*, pág. 102.

**31** "Para compreender este conceito, convém partir de um exemplo. Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais: não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, porém, que, passando o tempo, este profissional amplie seu consultório, contratando, além de mais pessoal de apoio (secretária, atendente, copeira etc.), também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de *clínica*. Nesta fase de transição, os clientes ainda procuram aqueles serviços de medicina pediátrica, em razão da confiança que depositam no trabalho daquele médico, titular da clínica. Mas a clientela se amplia e já há, entre os pacientes, quem nunca foi atendido diretamente pelo titular, nem o conhece. Numa fase seguinte, cresce mais ainda aquela unidade de serviços. Não se chama mais clínica, e sim *hospital pediátrico*. Entre os muitos funcionários, além dos médicos, enfermeiros e atendentes, há contador, advogado, nutricionista, administrador hospitalar, seguranças, motoristas e outros. Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa. Mesmo que continue clinicando, sua maior contribuição para a prestação dos serviços naquele hospital pediátrico é a de organizador dos fatores de produção. Foge, então, da condição geral dos profissionais intelectuais e deve ser considerado, juridicamente, empresário" (meu *Manual*... *obra citada*, págs. 16/17).

**32** Consultar, a respeito: *Agricultura familiar – realidades e perspectivas* (João Carlos Tedesco, organizador, Passo Fundo, UPF, 2001, 3ª edição), *Gestão Agroindustrial* (Mário Otávio Batalha, coordenador, São Paulo, Atlas, 2001, 2ª edição) e *Economia e Gestão dos Negócios Agroalimentares* (Décio Zylbersztajn e Marcos Fava Neves, organizadores, São Paulo, Pioneira, 2000).

**33** Infelizmente, as normas do Código Civil italiano sobre *società semplice* não podem servir de subsídios ao estudo das sociedades simples do direito brasileiro. Lá, os empresários são classificados em comerciais e não-comerciais e as sociedades simples são as reservadas a estes últimos empresários. Não existe, portanto, no direito italiano, como claramente dispôs o legislador brasileiro, a contraposição entre sociedades simples e empresárias. Sobre a matéria, consultar Francisco Ferrara Jr., *Gli Impreditori e le Società*, Milão, 1994, Giuffrè, 9ª edição, especialmente os capítulos II e IX.

**34** A simplicidade e agilidade das sociedades simples, em especial quando adotada o tipo societário simples, são características facilmente identificáveis. Em primeiro lugar, embora possam, por cláusula inserida no contrato social, *limitar* validamente a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade (CC, art. 997, VIII), não estão obrigadas às formalidades societárias periódicas, previstas, por exemplo, para as sociedades limitadas. Tais formalidades, que exigem, por exemplo, a realização de assembléia ou reunião de sócios anual para simplesmente registrar a aprovação das contas, não precisam ser observadas pelas sociedades simples. Além disso, admitem a figura do sócio que integraliza sua participação societária com serviços (CC, art. 997, V), espécie de contribuição inadmissível nas sociedades limitadas (CC, art. 1.055, § 2º). Em terceiro lugar, não se submete à restrição que o art. 977 do CC estabeleceu para os sócios casados em regime de comunhão universal ou separação obrigatória. Aliás, é bastante provável que, em vista do significativo aumento da

complexidade das sociedades limitadas, estas acabem sendo a opção de negócios de algum porte econômico, tendendo a sociedade simples a ser a escolha dos micro, pequenos e médios negócios.

**35** Disse "em regra" porque as sociedades dedicadas a atividades intelectuais, por exemplo, são sempre enquadradas na categoria de sociedades simples (CC, art. 966, parágrafo único).

**36** *Comentários ao Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 13, págs. 395/396.