

Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil

MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Comercial

Com a publicação no **Diário do Congresso Nacional**, do dia 17 de maio de 1984, da redação final do Projeto de Lei nº 634-B, do ano de 1975 (no Senado, PLC 118, de 1984), que institui o **novo Código Civil brasileiro**, profundas e substanciais modificações ocorrerão — pasmem! — nos campos do Direito Comercial e do Direito Falimentar brasileiros.

É que, a partir do início da vigência do futuro Código Civil, a **matéria das Obrigações e dos Contratos** estará unificada no direito pátrio (tratamento comum para o Direito Civil e para o Direito Comercial), e criado um novo Livro no Código Civil, abrangendo a chamada “atividade negocial ou empresarial”, que é a “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 969 do Projeto).

Muito mais que o surgimento de um novo Livro no Código Civil, o tratamento do “direito da empresa” na lei codificada significa para o Direito Comercial e Falimentar pátrios um novo e moderno enfoque para a compreensão dos chamados **atos de comércio**, e, em consequência, para a definição das atividades que estarão sujeitas à falência, doravante.

Como sabemos, o conceito de “comerciante”, que é quem pode ser declarado falido, no Brasil, deriva da idéia de “atos de comércio praticados com habitualidade”.

Nosso Código Comercial, que é de 1850, e nossa Lei de Falências, que é de 1945, estão impregnados da idéia antiga de “comerciante”, tomada quase que no sentido do “proprietário da loja ou do armazém da esquina”, e esse entendimento, com a revolução industrial, com o aperfeiçoamento notável da tecnologia, e o surgimento da “Era de Serviços”, não tem mais qualquer significação nos dias atuais!

Armou-se, pois, um contraste e uma batalha feroz entre os fatos, que aí estão, da “Era Tecnológica”, e a mentalidade, cheirando a mofo, da legislação em vigor...

Seria este antigo “comerciante”, o mesmo que o atual “empresário”, da vida moderna, a pessoa jurídica titular da “empresa”?

Os autores assim o entendem, mas com as naturais ressalvas, exprimindo que a noção de “empresário” (o titular da “empresa”) tem conotação mais moderna e mais ampla, sobretudo, enquanto “comerciante” está impregnada de um “profundo ressaibo exclusivista, egocêntrico, resultante do individualismo que marcou historicamente o direito comercial” (RUBENS REQUIÃO, **Curso de Direito Comercial**, Saraiva).

Além do que, sob a forma individual, sem a união de esforços para a consecução de um objetivo comum, era como se praticava habitualmente o comércio.

Em assim sendo, de conformidade com o direito positivo brasileiro vigente até o momento, para se saber quem é “comerciante”, e, portanto, sujeito à falência, temos de nos reportar a uma legislação totalmente defasada, superada, rançosa, de 1850!

Porque, do entendimento do que seja “mercancia”, ou seja, a prática habitual de atos de comércio, extraído do art. 19, § 1º, do Regulamento nº 737, de 1850, é que deriva a noção de “comerciante”, para o direito brasileiro...

De acordo com o Código Comercial, para se ser “comerciante”, no Brasil, são necessários os seguintes requisitos:

- 1 — ter a livre administração de seus bens;
- 2 — ter a livre administração de sua pessoa (esses dois primeiros requisitos exprimem a capacidade jurídica da pessoa, que hoje é fixada no Código Civil de 1916);
- 3 — não ser proibido de comerciar, segundo as regras do Código Comercial;
- 4 — a prática profissional da mercancia, nos termos do art. 19 do Regulamento 737/1850 e do art. 4º do Código Comercial;
- 5 — em nome próprio e por conta própria.

E o **registro** do comerciante é tido como elemento essencial?

Na legislação comparada, o registro do comerciante no Registro do Comércio ora é tido como “constitutivo” da personalidade jurídica, ora como simplesmente “declarativo” dessa personalidade.

Para o sistema francês, vindo do Código de 1807, é a profissão, a prática dos atos de comércio, que faz o comerciante, independentemente de matrícula, inscrição etc.

Para o sistema suíço, há duas categorias: os que estão obrigados, em virtude do exercício de determinadas atividades, a requerer a inscrição; e os que, exercendo sob firma comercial uma atividade que não os obrigue a registro, podem, todavia, requerê-lo.

O sistema alemão admite, em essência, três categorias:

a) aqueles que são comerciantes, pela atividade específica que exercem e, portanto, estão obrigados ao registro; o registro para eles é simplesmente declarativo. Estão isentos os pequenos comerciantes, ou “minderkaufleute”;

b) aqueles que exercem atividades que exigem uma estrutura mercantil, e, portanto, devem ser comerciantes, impondo a lei o seu registro, o qual, aqui, não é meramente declarativo, mas constitutivo da qualidade de comerciante. São os “sollkaufleute”;

c) aqueles que exercem atividade rural e não mercantil, mas que, em virtude de sua complexidade, podem ser comerciantes: são os “kankaufleute”.

Finalmente, segundo o sistema italiano (Código unificado de 1942), os “imprenditori commerciali” devem obrigatoriamente inscrever-se no registro das empresas, cujo fim principal é dar conhecimento da inscrição ao público, tendo, assim, um caráter “declarativo”. Estão isentos de inscrição os “piccoli imprenditori”. A inscrição para os primeiros é obrigatória, podendo ser determinada **ex officio**, e há punições diretas e indiretas pela sua falta.

Pelo sistema brasileiro, que vigora até o momento, o registro é facultativo: o comerciante não adquire tal condição pelo registro, mas pela prática profissional da mercancia.

O art. 4º do Código Comercial de 1850 exigia a matrícula do comerciante em alguns dos Tribunais do Comércio. Todavia, tal “matrícula” de há muito caiu em desuso.

A partir de 1890, pela Lei nº 916, foi criado o registro das firmas ou razões comerciais. Tal sistema, revigorado pela Lei nº 4.626, de 13-7-65, é teoricamente “facultativo”, mas praticamente obrigatório,

pelas graves conseqüências advindas da falta de registro (não poderão os comerciantes ter os livros comerciais revestidos das formalidades legais; não poderão requerer a falência de outrem; não poderão impletar concordatas; no caso de falência incorrerão em crime falimentar etc.).

Além disso, em decorrência das leis fiscais, o registro das pessoas jurídicas que exerçam atividades com fins de lucro, no território nacional, é absolutamente obrigatório no Cadastro Geral dos Contribuintes do Ministério da Fazenda (Leis nº 4.503/64; 4.506/64, Regulamento nº 58.400/66).

Examinados tais pressupostos, decorrentes e resultantes do Código Comercial de 1850 e da legislação que paulatinamente o modificou, podemos extrair as seguintes observações:

- a) em nosso direito não existe o “ato de comércio” isolado;
- b) o que caracteriza o comerciante é o exercício habitual da mercancia, em nome próprio e por conta própria;
- c) os “atos de comércio por natureza”, ou “atos intrinsecamente comerciais”, no direito brasileiro, são aqueles definidos nos §§ 1º a 3º do art. 19 do Regulamento nº 737/1850, e em todos eles encontramos o elemento “mediação especulativa”, como caracterizador;
- d) em face da antiguidade dessa legislação, muitos atos hoje comumente praticados, e que se caracterizam por uma “intermediação especulativa”, não são considerados “atos de comércio”, e, portanto, quem os pratica não está sujeito à falência. Citando alguns dos mais importantes: as empresas prestadoras de serviços, os atos versando intermediação sobre imóveis etc.
- e) o registro, no direito brasileiro, até agora, não é constitutivo da personalidade, mas meramente “declaratório”; é teoricamente “facultativo”, mas, na prática, pelas sanções que advêm da sua ausência, tornou-se obrigatório, máxime para fins fiscais.

Assim, a imprestabilidade científica desses conceitos, advindos do direito positivo pátrio, totalmente superado, tem gerado inúmeras e infundáveis dúvidas, condições e perplexidades na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais.

Raríssimos os tribunais do País que se abalançam a decretar a falência de “empresas prestadoras de serviços”, por exemplo, e que estão tão disseminadas e atuantes na vida comercial moderna.

Por isso é que o alvorecer de uma nova era está surgindo, com a próxima entrada em vigor do Código Civil brasileiro.

Se, por ironia a entranhados “comercialistas”, o conceito diferenciador do novo Direito Comercial nos virá do bojo de um “Código Civil”, nem por isto, pelo grande significado prático e científico que representa, devemos deixar de o exaltar.

Trata-se do conceito de **Empresa**.

Tal noção já ingressou no direito positivo dos povos (veja, por exemplo, o Código Unificado das Obrigações italiano, de 1942).

Autores vêem, justamente, neste conceito o elemento diferenciador entre os campos do Direito Civil e do Direito Comercial (e do *Falimentar, via de consequência*).

Intervindo, por qualquer modo, a empresa, nas relações jurídicas, estaremos ante relações de Direito Comercial.

Toda atividade econômica privatística, organizada, e repetida com regularidade, é “atividade empresarial”, própria do “empresário”, e exercida pela “empresa”.

O novo “Projeto de Lei nº 634-B”, de 1975, evitou definir o que seja “empresa”.

No seu art. 969 definiu tão-somente o “empresário”, nesses termos:

“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção, ou a circulação de bens ou de serviços.”

Tal definição é calcada no art. 1.106 do Projeto do Código das Obrigações, de 1965, que por sua vez praticamente copiou o art. 2.082 do Código Civil italiano.

Esse Projeto de 1975 derivou, como se sabe, do Anteprojeto do Código Civil, apresentado em 12-6-72 ao Sr. Ministro da Justiça pela Comissão encarregada de sua feitura, sob a supervisão do Prof. MIGUEL REALE.

Naquele Anteprojeto, o Livro II do Código Civil possuía a denominação de “Atividade Negocial”. Atualmente denomina-se “Do Direito de Empresa”.

Nas “Diretrizes Fundamentais”, introduzindo o Anteprojeto, relativamente às “atividades negociais”, confessou-se que a orientação adotada pelo Governo foi no sentido da disciplina unitária do Direito das Obrigações no texto do Código Civil. Assim é que o primeiro princípio fundamental fixado foi o da “compreensão do Código Civil como a lei fundamental do Direito Privado, nele mantendo, por conseguinte, o Direito das Obrigações, mas sem distinção entre obriga-

ções civis e mercantis, consoante diretriz prevalente, neste ponto, desde o Anteprojeto do Código das Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965”.

Pelo Anteprojeto de 1972 estabeleceu-se uma distinção entre sociedade empresária e sociedade civil, ambas visando a consecução de fins econômicos (ao contrário das associações), sendo que as sociedades civis se caracterizam por não estarem sujeitas ao registro. Esta diferenciação, imprecisa, foi substituída no Projeto 634-B, por uma outra dicotomia:

a) as sociedades **empresárias**: são as sociedades que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 970);

b) as sociedades **simples**, as demais.

O art. 970 do Projeto 634-B assinalou:

“É obrigatória a inscrição do empresário no Registro das Empresas da respectiva sede, antes do início de sua atividade.”

O art. 973 do Projeto dispensa da inscrição:

I — o empresário rural;

II — o pequeno empresário, tal como definido em decreto.”

O art. 974 faculta ao empresário rural requerer sua inscrição, equiparando-se, a partir daí, ao empresário sujeito a registro.

É a adoção parcial do sistema alemão, possibilitando àqueles que, embora não obrigados ao registro, possam requerer sua inscrição, tornando-se comerciantes (“kankaufleutes”; “kann” = podem).

O art. 988 do Projeto 634-B estabeleceu:

“A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.”

Trata-se da adoção, para as sociedades empresárias, do denominado registro constitutivo da personalidade jurídica, no direito brasileiro.

Para os empresários individuais, o registro, segundo o art. 970, é igualmente obrigatório.

Isto quer dizer que, sem o registro, uma sociedade empresária será considerada uma sociedade não personificada (arts. 989/99 do

Projeto 634-B), com a conseqüência da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais contraídas.

Como vimos, o Projeto 634-B, tal como o Anteprojeto de 1972, esquivou-se de definir o que seja **empresa**.

Não estabeleceu nem sequer quais as **atividades próprias do empresário comercial**, como o fazia o Projeto do Código das Obrigações, de 1965, de autoria de ORLANDO GOMES, no seu art. 1.108, nesses termos:

“Considera-se empresário comercial o que exerce atividade caracterizada no art. 1.006, e não incluída no preceito do art. 1.007.

§ 1º — São próprias de empresário comercial:

I — atividade intermediária na circulação de bens;

II — atividade de transporte, por terra, água e ar;

III — atividade bancária;

IV — atividade seguradora;

V — outras atividades auxiliares.”

Pela detida leitura do Projeto 634-B, conclui-se que todos aqueles que exercem “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços são **empresários** (art. 969).

Excluem-se, pelo seu parágrafo único:

“Quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística... salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.”

Surge, desde logo, a primeira questão: os profissionais liberais (médicos, advogados, engenheiros, dentistas etc.), no exercício de sua profissão, incluem-se no conceito de “empresários”?

O termo “profissão intelectual” ou de “natureza científica” a eles se aplica, para excepcioná-los?

A nosso entender não, pois que “profissão intelectual”, aqui, deve ter um sentido restritíssimo, voltado para o exercício da produção puramente intelectual. De outra forma alargar-se-á demasiadamente o conceito, tornando-o imprestável.

Nosso futuro Código filiou-se, pois, à corrente dos que definem a empresa sob um perfil funcional, isto é, apenas descrevendo, genericamente, a atividade que constitui atividade própria de empresário.

Destarte, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil — que se propõe a ser a lei fundamental do Direito Privado brasileiro — um novo panorama estará descortinado para o Direito Comercial e para o Direito Falimentar brasileiros, cumprindo sejam destacados os seguintes pontos, por fundamentais:

a) na realidade, o novo Código deveria denominar-se **Código de Direito Civil e Comercial brasileiro** porque, a partir de sua vigência, com a unificação do Direito das Obrigações e com o tratamento minucioso do Direito da Empresa (inclusive dos institutos complementares, como o registro, o nome comercial, os prepostos, a escrituração), o antigo e vetusto Código Comercial brasileiro estará irremediavelmente revogado;

b) para tanto, deveria haver um artigo nas Disposições Finais e Transitórias do novo Código revogando expressamente o citado Código;

c) a partir daí a noção de “empresa” é que caracterizará o Direito Comercial, com a divisão entre empresas individuais (pessoas físicas exercendo atividades empresariais, transformando-se, *ipso facto*, em pessoas jurídicas) e sociedades empresárias. Ao lado destas, com a denominação de “sociedades simples”, aquelas cujo registro não é obrigatório (empresas rurais, microempresas), e também as “sociedades não personificadas”, que são aquelas que ainda não foram levadas a registro, quando deveriam sê-lo, e cuja consequência é a responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios;

d) em consequência, quem for **empresário**, de grande ou pequeno porte, registrado ou não, estará sujeito à **falência**, no direito brasileiro.

Excetuam-se, tão-somente, como já foi visto, aqueles que exercem “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística”... desde que o exercício dessas profissões não constitua “elemento da empresa”.

Seria conveniente que a lei fosse mais explícita a respeito, para dissipar quaisquer dúvidas, que certamente surgirão. O termo “profissão intelectual” prestar-se-á a infindáveis controvérsias quanto ao real alcance;

e) o novo passo a ser dado será a edição de uma “lei unificada dos concursos”, visando abarcar, num só instrumento processual legislativo, todas as modalidades de concursos de credores existentes ou a serem criados no direito brasileiro. Mas este tema será objeto de outro estudo.