

A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Considerações introdutórias. 2. A figura do comerciante e a falência. 3. Da distinção entre as sociedades comerciais e as civis. 4. A teoria da empresa e sua importância. 5. A adoção da teoria da empresa no Brasil seus efeitos. 6. Conclusão.

1. Considerações introdutórias

De uma forma geral, ainda persiste, no cenário jurídico nacional, a diferenciação entre sociedades civis e comerciais. A distinção entre tais sociedades está apoiada no *ato de comércio*, salvo as sociedades anônimas que, por imperativo legal, estendem os efeitos comerciais às sociedades civis que adotem, na sua estrutura, este tipo de sociedade por ações.

As legislações comerciais procuram enumerar quais seriam os atos de comércio, a exemplo do que fez o Código Comercial francês de 1807, em seus arts. 632 e 633. No direito nacional, os atos de comércio foram relacionados no art. 19 do Regulamento nº 737/1850, sendo estes atos os seguintes, para caracterizar a profissão mercantil: a) a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; b) as operações de câmbio, banco e corretagem; c) as empresas de fábricas, de comissão, de depósitos, inclusive aqueles feitos em armazéns gerais, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos públicos; d) os seguros, freteamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e e) a armação e expedição de navios.

O ato de comércio, basicamente, tem seu fundamento na intermediação ou na interposição

Jorge Rubem Folena de Oliveira é Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Advogado.

de trocas. Dessa forma, as pessoas que não praticam intermediação, não seriam consideradas comerciantes, por conseguinte, não se beneficiariam dos direitos e vantagens inerentes a essa classe.

Porém, de longa data, a doutrina vem-se posicionando negativamente quanto à distinção entre as sociedades civis e comerciais com base no ato de comércio¹.

Ademais, as relações econômicas travadas internacionalmente envolvem não somente a comercialização de bens, mas, acima de tudo, prestações de serviço, serviços esses de importância fundamental para a sociedade contemporânea, tais como de telecomunicações, informática, transportes, financeiros, etc².

Essas relações econômicas não são mais tratadas por meros comerciantes da era do mercantilismo, que estavam, sob chancela do Estado Absoluto, em busca de especiarias orientais para comercializarem na Europa renascentista. Na sociedade moderna, essas relações econômicas são travadas por empresários que movimentam milhões de dólares em todo o mundo, ora globalizado.

Todavia, nosso direito, ressalvada a Lei das Sociedades Anônimas³, que já teria adotado a teoria da empresa⁴, ainda trata esses homens de negócios como os comerciantes do século XV e XVI. Além do que, não reconhece o *ato empresarial* que envolve todas as atividades econômicas organizadas, desde a produção até a circulação de bens e prestação de serviço.

Acresça-se, ainda, que as *empresas*, ao contrário das sociedades comerciais, principalmente

¹ Para FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*, p.107, tal distinção perdeu sentido, no direito nacional, desde 1875, quando desapareceu a distinção entre a jurisdição civil e comercial.

² AGUIAR, Marcelo. Prosperidade leva nova era à economia dos EUA. *O Globo*, 17 ago. 1997. p. 44, informa que o setor de serviço já responde por 80% da produção americana.

³ LOBO, Jorge. *Anteprojeto de Lei das Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada*, p. 35, em proposta enviada à Comissão de Juristas encarregada para elaborar o projeto de lei em referência, manifestou a necessidade de "... a limitada, tal qual a anônima, ser sempre comercial, qualquer que seja o seu objeto, sabido, de antemão, que quase todas as legislações a consideram comercial, independentemente do objeto."

⁴ LAMY, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*, p. 146-147, expõem que a Lei das S/A é a lei da grande empresa e do empresário empreendedor.

as por cotas de responsabilidade limitada, cada vez mais tornam-se despersonalizadas da figura dos seus sócios⁵. Há, nas empresas contemporâneas, uma infinidade de sócios que jamais se viram, sendo apenas meros investidores de capitais. Essas empresas, com a era da "globalização e da regionalização de mercados", têm suas atividades espalhadas por todo o globo, ou em mercados internacionais regionalizados em seus respectivos continentes⁶.

Independente de tudo isso, o nosso direito positivo aos poucos vem consagrando a denominada teoria da empresa, cuja meta é transformar as relações comerciais em relações empresariais. E assim, igualmente, tem procedido a nossa jurisprudência, reconhecendo a teoria da empresa em nosso meio⁷.

2. A figura do comerciante e a falência

Salienta-se que, com o advento da Revolução Industrial e o surgimento da máquina a vapor, do telefone, da ampliação e desenvolvimento da navegação marítima e aérea, da expansão ferroviária e da intensificação das prestações de serviço nas grandes metrópoles, uma série de transformações ocorreram no mundo empresarial, deixando a agricultura e o comércio de produtos manufaturados de serem o ponto central da atividade econômica, para cederem seus lugares às novas atividades ligadas ao avanço tecnológico decorrentes da Revolução Industrial⁸. Pode-se dizer, portanto, que a empresa e a atividade empresarial surgem com a Revolução Industrial, quando, a partir de então, substituem o comércio de mercadorias e o comerciante do apogeu das atividades econômicas.

⁵ Michel DESPAX, *L'entreprise et le Droit, librairie générale de droit et de jurisprudence* e RICHARD, Efraín. *La conservación de la empresa*.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*, p. 38-46, demonstra que, neste século, o processo de globalização tem na grande empresa multinacional o seu ponto de estruturação, inclusive nos mercados regionalizados ora em plena evolução.

⁷ RT n. 536, p. 126, n. 555 p. 191, n. 565 p. 174 e n. 566 p.170.

⁸ SANT'ANNA, Rubens. *A falência da empresa*, p. 34, salienta que, de fato, a empresa é um fenômeno que surgiu com a Revolução Industrial, com o desenvolvimento econômico e dos processos de produção.

Assim, outras atividades, além do comércio, passam a ter vulto na ordem econômica⁹.

Entretanto, o direito nacional, desde a virada do século passado até agora, próximo ao novo milênio, não acompanhou de perto as evoluções decorrentes da Revolução Industrial. Exemplo disso é a própria lei de falências, que, em plena década de 40¹⁰, dispensava aos homens de negócio, no país, o mesmo tratamento próprio dado aos comerciantes da era do mercantilismo; só que os tratava pela prática habitual de atos de comércio, conforme influência, extremamente objetivista, herdada do Código Comercial francês de 1807¹¹.

O direito brasileiro estava, até então, assentado na figura do comerciante, cuja noção está vinculada à prática de ato de comércio. Então, somente os que praticavam tal ato, com frequência e de forma profissional, eram considerados comerciantes.

Nesse contexto, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-1945 (Lei de Falências), por força de seu art. 1º, *restringiu à sua aplicação apenas aos*

⁹ LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., p. 23, explicam que a empresa se desenvolveu e expandiu após a Revolução Industrial.

¹⁰ A década de 40 pode ser considerada como a 2ª fase da Revolução Industrial, quando passam-se a intensificar as concentrações econômicas e a busca de novos mercados internacionais. Nesse sentido, SANTOS, Theotônio dos. *Economia mundial, integração regional & desenvolvimento sustentável*, p. 33, manifesta que: "... A partir de 1945 a humanidade assistiu a um forte processo de integração dos sistemas produtivos mundiais. No Ocidente, as empresas multinacionais articulam um sistema complexo de produção a partir de diferentes pontos do globo, realizam um gigantesco movimento de capital em nível internacional, expandem drasticamente os serviços e o mercado de capitais e financeiro. ..."

¹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, p. 38-39, explica que o Código Comercial brasileiro de 1850, evitando controvérsia verificada no direito francês quanto a serem os atos de comércio enumerados na legislação comercial de índole exemplificativa ou taxativa, adotou "o sistema acentuadamente subjetivo" quanto à definição de comerciante a quem faz da mercancia profissão habitual. No entanto, entendemos que, apesar de o Código Comercial estar influenciado pela teoria subjetivista, pautada na pessoa do comerciante, o seu Regulamento nº 737/1850, ao enumerar os atos de comércio, adotou a teoria objetiva ao considerar mercadores as pessoas que praticavam os atos de comércio definidos na legislação comercial. Assim, ao nosso ver, o direito pátrio

*comerciantes*¹², excluindo de sua incidência os devedores civis.

É imperioso registrar que a definição de comerciante, como realçou Costa (in: *Revista:II* 265), é mais uma questão política, que o legislador usa sem qualquer critério, isso porque o Código Comercial não nos dá uma definição segura de comerciante.

Com efeito, o Código Comercial brasileiro, em seu art. 4º, apenas refere que *comerciante é quem "... faça da mercancia profissão habitual"*, i.e., em outras palavras, quem pratica o ato de comércio. Essa previsão segue a linha adotada no Código Comercial francês de 1807, que, em seu art. 1º, previa: "são comerciantes aqueles que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual".

Então, o comerciante pode ser definido como a pessoa natural ou jurídica que exerce com habitualidade atividades mercantis¹³. O exercício das atividades mercantis está relacionado com a prática, profissional, *habitual* (art. 4º CCo.), dos atos de comércio¹⁴, relacionados no art. 19 do Regulamento 737/1850¹⁵.

Saliente-se, ainda, que a atividade comercial pode decorrer de imperativo legal, tal como ocorre com as sociedades anônimas (art. 2º, § 1º da Lei 6.404/76), as empresas de construção (art.

adotou um sistema misto, por levar em conta (i) a pessoa do comerciante, aquele que pratica com habitualidade atos de mercancia, (ii) bem como considerar os atos de comércio, definidos na legislação como referencial para se definir a mercancia, independentemente da enumeração dos atos de comércio prevista no Regulamento nº 737/1850, serem de natureza exemplificativa, como entende o mestre Requião, ou taxativa.

¹² PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 41 e seg., expõe que a lei falimentar brasileira teria adotado o sistema latino, consagrado por meio do Código Comercial francês de 1807, em que a falência se aplicaria apenas aos reconhecidos comerciantes, ao contrário dos sistemas adotados na Alemanha e Inglaterra, onde se estendeu a falência tanto às sociedades comerciais, como às civis.

¹³ *Ibid.* p. 86.

¹⁴ Como expõe FICHER, José Flávio Bueno. *Sociedades civis e sociedades comerciais*: aspectos distintivos, as atividades desenvolvidas pelos comerciantes caracterizam-se pela (i) intermediação, (ii) habitualidade, (iii) emprego de capital e (iv) busca de lucros, bem como, ressaltamos, que estas atividades devem ser exercidas (v) de forma profissional.

¹⁵ LACERDA, J. C. Sampaio. *Manual de Direito Falimentar*, p. 35.

1º da Lei 4.068/62) e o incorporador imobiliário (art. 43, III da Lei 4.591/64), que pode ser declarado falido.

Infere-se, destarte, que *comerciantes* seriam (i) todos aqueles que praticam, profissionalmente, atos de mercancia ou (ii) as pessoas assim consideradas por força legal.

No entanto, RAMALHO (1989:33) adverte que “a tendência do direito moderno é a substituição do substantivo *comerciante* por *empresário*”¹⁶, uma vez que, assim pensamos, *a empresa e, por conseguinte, o empresário passam a dominar o novo cenário econômico*, ora totalmente influenciado pela globalização em franca evolução¹⁷, ao contrário da figura do comerciante, que tem sua origem na era renascentista, do mercantilismo e das expansões comerciais, em que se colocava, volta-se a repetir, “na busca de sedas e especiarias orientais para comercializarem no mundo ocidental”.

Portanto, doravante, *é na pessoa do empresário*, aquele que pratica atividades econômicas de forma organizada – *independente da mera comercialização de mercadorias, mas responsável e envolvido com todo o ciclo de produção, comercialização e prestação de serviço*¹⁸ –, *que deverão recair as atenções do direito comercial*, que por ora, em decorrência

¹⁶ E influenciado pela teoria da empresa, RAMALHO, Rubens. *Curso teórico e prático de falência e concordata*, p.35, amplia o conceito de comerciante ao manifestar que “comerciante é a pessoa que exerce, profissionalmente, atividade econômica de produção e de circulação de bens móveis e semoventes e serviços.”

¹⁷ Como manifesta GONÇALVES, Reinaldo. *Ó abre-alas : a nova inserção do Brasil na economia mundial*, p. 55, “... o progresso tecnológico e as mudanças organizacionais das duas últimas décadas levaram, simultaneamente, à aceleração dos processos de interacionalização da concorrência em escala mundial (a chamada ‘globalização’). ...” (nossos grifos)

¹⁸ FERREIRA. *A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do Direito Comercial*, p. 40-41, justificando que a ampliação do conceito de empresa englobaria atividades, até então, consideradas fora do alcance do direito comercial, manifestou que: “Ora, para alargar-se esse âmbito ter-se-á que invadir o âmbito do direito civil, de modo a trazer para aquele (o direito comercial) o agricultor, o pecuarista, o que explore a propriedade imóvel, a fim de retalhá-la e revendê-la em lotes, com o intuito de lucro, e isso até profissionalmente, etc. Será, para esse escopo, mister atribuir à empresa conceito tal que possa envolver aquelas atividades econômicas”.

desses fatos, é por muitos denominado de direito empresarial¹⁹.

3. Da distinção entre as sociedades comerciais e as civis

De antemão, ressalta-se que, a distinção entre as obrigações comerciais e civis das sociedades referidas, decorre das codificações do século XVIII e XIX, uma vez que, como manifesta Pacheco (1979:8):

“... de início, o Direito era único, abrangendo todas as matérias, desde a administrativa, econômica, militar, penal, civil e judicial.

(...)

No século passado, *em que a codificação se impõe*, como forma de autodeterminação dos povos, por influência da Revolução Francesa, Revolução Comercial, Industrial e Intelectual, *surgiram os códigos civis, criminais e comerciais*, aqueles dois prestigiados pela herança romano-canônica-universitária, e estes pelo ímpeto, descortino, desassombro e agressividade dos empresários. ...” (Nossos grifos)

No entanto, muitos juristas, entre estes pode ser destacado Teixeira de Freitas, pregavam a unidade do direito privado²⁰, não devendo existir tratamento diferenciado entre obrigações civis e comerciais.

A idéia de unificação do direito privado foi acolhida por legisladores de vários países, tais como os da Suíça, Polônia e Itália²¹, já que a distinção entre as obrigações comerciais e civis era desprovida de qualquer fundamento lógico-científico, por serem aquelas obrigações próprias do direito privado, comum tanto aos comerciantes quanto aos não-comerciantes.

Contudo, ao contrário de outros países, o direito pátrio, até então, não teria unificado as obrigações comerciais e civis, dispensando,

¹⁹ BULGARELLI, Waldídirio. *Perspectivas da empresa perante o Direito Comercial*, p. 12.

²⁰ MEIRA, Sívio. *Teixeira de Freitas, o jurisconsulto do Império : vida e obra*, p. 131, comentando sobre o esboço de código civil desenvolvido por aquele saudoso jurista pátrio, expôs que para ele: “o direito civil é tomado em conjunto com o direito comercial, como se fora um só corpo.” (nossos grifos)

²¹ PACHECO. *Empresário : pessoa e patrimônio*, p. 8.

assim, tratamento diferenciado entre aqueles que praticam ato de comércio e os que executam atividades consideradas civis.

Se a atividade desenvolvida não apresentar nenhum dos caracteres próprios dos comerciantes, como acima já destacado, ou não for definida em lei como comercial, ela deverá ser considerada como de natureza civil. Entretanto, é árduo o mister de diferenciar a atividade mercantil da atividade civil²².

Realça-se que a diferenciação entre as sociedades comerciais e as civis deve ocorrer não pelo modo como estas foram constituídas, *mas, sim, pela natureza das operações habitualmente praticadas por elas*, como, de longa data, já se teria posicionado a jurisprudência do antigo Superior Tribunal de Justiça, por meio de *decisum* datado de 25-6-1862²³.

Verifica-se, então, que a distinção entre as sociedades civis e as sociedades comerciais, como manifesta Borba (1986:29), repousa sobre o objeto social, de modo a ser importante, ao nosso ver, apurar-se, *de fato*, qual o verdadeiro objeto social praticado pela sociedade, para concluir se ela é comercial ou civil.

Todavia, há determinadas sociedades que praticam, ao mesmo tempo, atividades consideradas de natureza comercial, como também atividades de natureza civil, as quais são consideradas como de objetos mistos. Nesses casos, como ensina Requião(1983:46), *deve prevalecer a atividade preponderante, i.e., A ATIVIDADE PRINCIPAL EXERCIDA, mesmo que tal atividade seja exercida DE FATO, contrariamente ao objeto previsto no contrato social.*

Assim tem-se posicionado a jurisprudência, *in verbis*:

“SOCIEDADE CIVIL – FALÊNCIA – ADMISSIBILIDADE – HIPÓTESE EM QUE EXERCE HABITUALMENTE ATOS DE INTERMEDIÇÃO DE PRODUTOS COM INTUÍTO DE LUCRO – CARACTERIZAÇÃO COMO COMERCIANTE DE FATO – SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DA LEI DE QUEBRAS.

Se a sociedade estatutariamente definida como civil exerce habitualmente atos de intermediação de produtos com intuito de lucro, *caracteriza-se como comerciante de fato*, sujeitando-se, portanto, à

lei de falências, que se dirige aos comerciantes em geral, e não apenas àqueles que tais se matriculam.” (RT 632/100. Nossos grifos)

“Falência – Sociedade Civil – Prestadora de serviços de pintura – Prática habitual de atos de comércio que desvirtuam a sua finalidade eminentemente civil – sujeição à quebra.” (TJ/SP, Ac. 166177-1, rel. des. Cunha de Abreu, j. em 30.04.92, Jurisprudência Informatizada Saraiva nº 11)

“Falência. Sociedade civil que não pratica atos de comércio – Incorrência – Hipótese em que a devedora é empresa do ramo de construção civil que exerce com habitualidade e fim lucrativo – Natureza mercantil – *Extensão da Lei de Falências à sociedade civil quando, apesar do nome rotulado, os atos praticados são todos de comércio caracterizados pela habitualidade* – Extinção afastada – Recurso provido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo – Jurisprudência Informatizada Saraiva nº 11. Nossos grifos)

“Engenheiro arquiteto não é explorador de empresa mercantil, pois aplicava os materiais comprados nas construções que fazia por empreitada; não os revendia, não os manipulava para revenda. Falta à sua atuação, por isso, o característico da comercialidade.”(RT 101, p. 125)

Com efeito, verifica-se, nos julgados acima, a preocupação da jurisprudência em se apurar a *verdade real* quanto ao exercício freqüente da atividade mercantil, com intuito de lucro, nas sociedades examinadas.

Todavia, ressaltamos que, no caso de a pessoa, seja física ou jurídica, exercer qualquer atividade mercantil, independentemente de ser esta atividade principal ou não, na consecução de seus negócios, *a ela deverão ser estendidas as regras próprias dos comerciantes*, por exercer esta pessoa atividade própria daqueles (intermediação de bens), e, assim, como tal devem ser tratadas.

O mais importante em tudo isso é que sempre deve ser levada em consideração a figura do *empresário*, i.e., o provedor de negócios com fins econômicos; dessa forma, excluindo-se qualquer tratamento diferenciado que possa existir entre os praticantes de atividades comerciais ou civis, haja vista que, pela ordem consti-

²² FISCHER, op. cit., p. 30.

²³ apud MENDONÇA, J.X.Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*, v. 3, p. 49.

tucional ora vigente no país²⁴, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o que, por si só, é suficiente para demonstrar, no estágio atual, a inutilidade da distinção entre as sociedades comerciais e as civis e, por conseguinte, os efeitos daí advindos.

4. A teoria da empresa e sua importância

Com o reconhecimento da teoria da empresa, em que se dá prioridade à organização dos fatores de produção para a criação ou circulação de bens e serviços, perdeu sentido a distinção entre as sociedades comerciais e civis, porque, como esclarece Borba (1986:26), “a teoria da empresa passaria a informar esse novo critério diferenciador”²⁵.

Nesse cenário, *o empresário passa a assumir o papel principal*, como aliás reconhecem o Código Civil Italiano de 1942, em seu art. 2.082²⁶, o Projeto do novo Código Civil Brasileiro²⁷, já aprovado pelo Senado Federal, em seu art. 969²⁸, e também o Projeto de Lei nº 4.376-A, de 1993, que regula a falência, a concordata pre-

²⁴ *Caput* do art. 5º da C.F/88.

²⁵ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*, p. 78, explica que, no avanço da teoria da empresa, “o código civil italiano de 1942, tentando fazer a unificação do direito privado, tomou como agente da profissão comercial não o comerciante, pessoa física ou jurídica, mas a empresa comercial, ou seja, o conjunto de pessoas, capital e trabalho, que se dedica às atividades de produção e circulação dos bens” (nossos grifos)

²⁶ ASQUI, Alberto. *Perfis da empresa*, p. 109.

²⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. *El concpeto de empresa en Derecho brasileño*, p. 47.

²⁸ BULGARELLI *Tratado de Direito Empresarial*, p. 15-16, assevera que “o projeto de código civil, em resumo, marca o abandono do sistema tradicional consagrado pelo código comercial atual, baseado no comerciante e no exercício profissional da mercancia, trocando-o pela adoção do sistema do empresário e da atividade empresarial e, ainda, formalizando a unificação das obrigações e, portanto, extinguindo-se a dualidade existente. (...) A profundidade das alterações pretendidas diz respeito não só à unidade obrigacional, sem distinção entre atos civis e mercantis. (...) O direito não mais considerará o comerciante e os atos de comércio como peças angulares, como ocorre no sistema atual, pois que o fundamento da qualificação do empresário não será, como agora, “o exercício da mercancia” (art. 4º do CCo.) e, sim, a empresa como noção referível à atividade econômica organizada de produção de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente.” (nossos grifos)

ventiva e a recuperação da empresa²⁹. Desse modo, o empresário, ao invés do comerciante, passa a ser o sujeito passivo da falência, como manifesta Abrão (1989:47). Então, *as sociedades de objeto civil não encontrariam mais as restrições que lhes eram impostas*, porque não estaria mais em pauta a prática de atos de comércio, mas, sim, de atividade econômica organizada, desde a produção, a comercialização e prestação de serviços com fins especulativos, ou seja, *a prática de atos empresariais*.

A propósito, registra-se que há muito tempo, na doutrina comercialista, discute-se a conveniência ou não de se estender o concurso falimentar aos devedores civis; entre estes autores destacam-se Guimarães(1940:09) e Lacerda (1959:16).

Nesse sentido, em linha com a evolução da teoria da empresa, importantes legislações estrangeiras, como a Lei nº 67-563, de 13-7-1967, na França, onde se promoveu a reforma do direito falimentar, estenderam *os efeitos da falência aos não comerciantes*³⁰.

Nesse passo, cumpre esclarecer que o Projeto de Lei nº 4.376-A, de 1993, de autoria do Poder Executivo, que objetiva alterar a legislação falimentar brasileira, incluía, no campo de incidência da falência, da recuperação da empresa e da concordata, as sociedades civis,

²⁹ Assim, pode-se verificar na redação do seu art. 1º, com nova redação dada pela emenda substitutiva do Deputado Adroaldo Streck, em que se substituiu, da redação original do texto enviado pelo Executivo, a expressão “... das pessoas jurídicas ...” por “... das empresas ...”. Na justificação de sua emenda, o Deputado Adroaldo Streck manifestou que: “a denominação empresa está mais adequada à nova sistemática adotada pelo substitutivo, acompanhando inclusive a noção mais atual contida nas legislações falimentares de outros países, como França e Alemanha. (...) Também a doutrina moderna encampada por ilustres juristas já entende que o termo empresa substituiu em grande parte a expressão comerciante ou sociedade comercial, designando toda a atividade econômica, mesmo se ela não tem por fim imediato a realização de lucros.” (nossos grifos)

³⁰ COMPARATO. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, p. 117, comentando sobre a extensão da lei de falências francesa aos não comerciantes, manifesta que houve um exagero naquela legislação, pois ela não visa somente às sociedades civis propriamente ditas, i.e., às pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos, *mas abarcou também qualquer tipo de pessoa jurídica de direito privado*, o que na visão do eminente professor “representou seguramente um excesso”. (Nossos grifos)

como estava disposto na redação inicial do seu art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º. Ficam sujeitos à falência e podem requerer concordata preventiva e recuperação da empresa a *pessoa jurídica de natureza civil* que explore atividade econômica e o devedor individual que a exerce, em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo de produzir bens ou serviços para o mercado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos pequenos comerciantes dispensados por lei da escrituração, aos cultivadores diretos da propriedade rural, aos que prestam serviços ou exercem atividade profissional organizada, preponderantemente com o trabalho próprio e membros da sua família, aos artesões e aos profissionais liberais e às suas sociedades civis de trabalho.”³¹ (nossos grifos)

Na exposição de motivos do projeto de lei de falências referido, o então Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, manifestou que:

“(…) Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não poderia mais atender aos reclames da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei mais ágil e moderna.

(…)

Pelo anteprojeto, ficam sujeitas à falência, reservada tradicionalmente aos comerciantes, AS PESSOAS JURÍDICAS DE NATUREZA CIVIL e o devedor individual que

³¹ Após o projeto de lei em referência passar, em 25-3-1998, pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, o mesmo ficou com a seguinte redação:

“Art. 1º Esta lei institui e regula a recuperação e a liquidação judicial das *sociedades comerciais e civis* de fins econômicos e das pessoas físicas que exerçam atividades econômicas em nome próprio e de forma organizada, com objetivo de lucro.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:

I. aos agricultores que explorem propriedade rural para fins de subsistência familiar;

II. às sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada e aos que prestam serviços ou exerçam atividade profissional autônoma, de forma individual ou organizada.

(…)” (nossos grifos)

explorem atividades econômicas, este quando o faça em nome próprio e de forma organizada, com a finalidade de produzir bens ou serviços para o mercado. (...)”³² (nossos grifos)

Então, com o reconhecimento da empresa e da figura do empresário, há um rompimento com o tratamento desigual existente entre os praticantes de atividades comerciais e civis; passando todas as atividades econômicas, exercidas de forma produtiva e profissional, a serem consideradas como únicas, ou seja, atividades empresariais.

5. A adoção da teoria da empresa no Brasil e seus efeitos

A teoria da empresa já se faz sentir há algum tempo em nosso ordenamento jurídico, como pode-se verificar por meio da atual Lei das S/A (Lei nº 6.404/76), especificamente aplicável para as associações que adotem a forma de sociedade anônima.

Com a vigência da Lei nº 8.934, de 18-11-1994 (DOU de 21-11-1994), que dispõe sobre o Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins, a teoria da empresa, *de forma geral*, foi acolhida em nosso direito positivo, *vez que esta lei é extensível a todas as formas de associação ou exercício de atividade individual com fins lucrativos, INDEPENDENTEMENTE DO OBJETO PRATICADO*³³.

Cumprir registrar que o Deputado José Carlos Aleluia, relator do Projeto que resultou na Lei nº 8.934/94, ao manifestar-se na Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, salientou que: “a principal inovação do Projeto diz respeito à mudança de denominação do registro do comércio para o registro de empresas mercantis, *fazendo prevalecer, portanto, a chamada ‘teoria da empresa’, em detrimento da ótica restrita de levar a registro apenas ‘atos de comércio’,*

³² LOBO, *Direito concursal*, p. 8-9, manifesta que um dos três aspectos mais importantes do direito concursal moderno reside “... na unidade da disciplina: um único regime jurídico para toda e qualquer classe de devedores, comerciantes ou não-comerciantes ...”

³³ O art. 2º da Lei 8.934/94 dispõe: “Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, *independentemente de seu objeto*, salvo as exceções previstas em lei.” (nossos grifos).

cuja interpretação conceitual causa inúmeras controvérsias sobre a competência registral, repetindo, com outras palavras, o voto do Deputado Roberto Magalhães, bem sintonizado com a ampliação do conceito de empresa: *'entendemos positiva a manifestação dessa inovação no projeto, pela qual a atividade negocial não se caracterizará mais pela prática de atos de comércio, mas pelo exercício profissional de uma atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços. Substitui-se, assim, o tradicional conceito de comerciante pelo conceito de empresa'*³⁴. (nossos grifos)

A lei em referência trata do Registro Público das Empresas Mercantis ao contrário da Lei nº 4.726, de 13-7-1965, *ab-rogada*, que regulava apenas o Registro de Comércio, i.e., era o registro próprio para os considerados comerciantes, seja em decorrência da prática de atos de comércio ou para os assim definidos em lei. *Nota-se, assim, que a intenção do legislador foi de recepcionar, em nosso direito, o ato empresarial em contraposição ao ato de comércio*, cuja conceituação tem-se mostrado polêmica por não ter sido fixada com clareza no direito positivo, levando, em conseqüência, a inúmeras controvérsias legislativas, como acima já realçado³⁵.

Por oportuno, esclarecemos que *o ato empresarial* é mais amplo que o ato de comércio, pois não envolve somente este, mas também o ato civil, considerando que ele está relacionado com a organização dos meios de produção para

³⁴ apud SANTOS, Theophilo de Azeredo. *A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos*, p. 05.

³⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, p. 12, comentando acerca do sistema adotado no código suíço que determinou o registro único para todos os praticantes de atividades econômicas, independentemente de serem comerciais ou civis, bem como que a possibilidade de sua adoção no Brasil levaria a derrogação do art. 1.364 do C.C. brasileiro, expôs que: "... lembramos, o sistema do direito suíço, já obrigando àquele que exerce o comércio, explora uma fábrica ou qualquer outra indústria sob forma comercial a inscrever-se no Registro de Comércio, já permitindo que já nela se inscreva, e se torne, portanto, comerciante, *aquele que explora qualquer outra empresa ou mantém uma organização sob a forma comercial*. É claro que a adoção desse sistema importará na imediata revogação do artigo 1.364 do Código Civil, *que manda as sociedades civis, que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais inscreverem-se no Registro Civil.*" (nossos grifos)

a circulação de bens e serviços. Desse modo, o ato empresarial envolve toda a cadeia econômica, desde a produção, a circulação de bens e a prestação de serviços, desenvolvidas de forma organizada com vistas ao lucro e em pleno atendimento dos consumidores e de toda a sociedade³⁶.

Nesse passo, levando-se em conta o reconhecimento da teoria da empresa e do ato empresarial, a Lei nº 8.934/94 pôs fim à dicotomia entre sociedades comerciais e civis, *por conseguinte consagrando a unificação do direito societário*, englobando ambas as espécies.

Assim, todos os efeitos decorrentes dessa distinção perderam sentido, principalmente os referentes à não-extensão da lei de quebras aos empresários que desenvolvem atividades consideradas civis, que, por imposição legal, não poderiam ser declarados falidos³⁷.

O curioso é que o exercício de determinadas atividades civis, tais como a prestação de ensino e a corretagem de imóveis, opera, muitas vezes, recursos econômico-financeiros superiores aos de muitas pessoas consideradas comerciantes, como, por exemplo, as que exploram negócios de armazém, padaria, bar, etc. No entanto, pelo fato de estes serem qualificados como comerciantes, *POR PRATICAREM ATOS DE COMÉRCIO, o direito positivo lhes dava tratamento diferenciado em relação àqueles que executam atos civis*.

Entretanto, no mundo moderno, em plena era da "globalização", *chega a ser um absurdo considerar como válida esta diferenciação discriminatória*, inclusive levando-se em conta a importância e o desenvolvimento das prestações de serviço no cenário econômico mundial, como referenciamos na nota de rodapé nº 02 acima, onde foi salientada a importância do setor de serviço na economia dos Estados Unidos da América do Norte, país líder na economia mundial.

Por isso, entendemos que, mesmo antes do advento da Lei nº 8.934/94, não deveria persistir mais tal diferenciação, entre as sociedades co-

³⁶ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. *Desenvolvimento da teoria da empresa - fim da distinção entre sociedades civis e comerciais*, p. 37-39.

³⁷ SANTOS, T. de A. *op. cit.*, p. 06, expõe que, salvo as exceções previstas em lei, as ditas sociedades civis, após a vigência da Lei nº 8.934/94, poderão requerer concordata, sacar duplicatas e ser declaradas falidas, sendo impróprio o arquivamento de seus atos junto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

merciais e as civis, no mundo jurídico, no que se refere aos efeitos estendidos a uma e a outra sociedade.

O direito e, acima de tudo, os seus aplicadores devem estar atentos às transformações ocorridas no mundo social. Com isso, evitar-se-iam *injustiças e diferenças injustificáveis*, como a ora mencionada, vez que assim deve-se posicionar o direito como controlador e transformador da sociedade³⁸. Portanto, nessa linha de pensamento, deve ser rechaçada, por exemplo, a situação esdrúxula de se denegar o deferimento de concordata preventiva a uma sociedade civil, que está atravessando má-situação financeira em decorrência da crise econômica, *só pelo fato de ela não praticar atos de comércio*. Com todo respeito aos que pensam de forma contrária, essa decisão deve levar em conta a *função social* a ser desempenhada pela sociedade civil, em que não só a pessoa jurídica e seus sócios estão envolvidos, *mas também seus empregados, fornecedores e tomadores de serviço que podem depender da sobrevivência dela para se manterem*³⁹.

Então, a *FUNÇÃO SOCIAL que a empresa desempenha* - não só no meio da sociedade empresarial constituída (i.e., na relação entre seus componentes societários), mas também fora de suas paredes, com relação aos empregados e suas famílias, seus fornecedores e seus tomadores de serviço que podem depender da sobrevivência dela - *é mais importante do que meras questões formais, desprovidas, hoje, de qualquer sentido prático e objetivo, como as restrições criadas em decorrência da dicotomia entre sociedades comerciais e civis, apoiada no já ultrapassado dogma do exercício dos atos de comércio, em que se estende direitos a uns em detrimento de outros*.

Sendo assim, o direito pátrio, em boa hora, mediante a Lei nº 8.034/94, dissipou a ultrapas-

³⁸ OLIVEIRA, *O Direito como instrumento de controle social ou como instrumento de mudança social?* p.377-381.

³⁹ LOBO, *Dir. Conc.* p. 6, informa que a preocupação com os interesses sociais da empresa e o princípio de sua conservação levou a reforma da legislação concursal em vários países, entre eles a França e os Estados Unidos. E destaca, ainda, que o interesse maior do Estado "... passou a ser com a sorte da empresa, devido ao interesse público em conservar-se um organismo produtor de riquezas e empregador de mão-de-obra e não mais tanto com os direitos dos credores, embora estes continuem a merecer especial tratamento legal."

sada diferenciação existente entre as sociedades comerciais e civis, a qual, voltamos a repetir, é desprovida de qualquer critério científico, como manifestado por Pereira (1978:395-396).

Destarte, salientamos que, quando se verificar, na legislação, qualquer referência à expressão *comerciante*, como ocorre, por exemplo, no art. 1º da Lei de Quebras brasileira, esta expressão deve ser considerada como *empresário*, por conseqüência, *sendo aplicada esta norma, tanto às pessoas que praticam atos comerciais, como às praticantes de atos civis*.

6. Conclusão

Portanto, com o reconhecimento legal da teoria da empresa no país, chega-se ao fim da discussão acerca da dicotomia entre sociedades civis e comerciais, adotando-se o ato empresarial como objeto das sociedades de fins econômicos; sendo estendidos também os direitos, antes próprios dos comerciantes, àqueles que praticam atividades ditas como civis, desde que organizados de forma produtiva⁴⁰, ressalvadas, entretanto, as determinações, previstas em lei especial, em sentido contrário.

Desse modo, os efeitos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-1945, deverão ser aplicados a todos os empresários e não somente aos comerciantes como até então. Assim sendo, *é juridicamente possível*, hoje, as sociedades empresariais, que executam atividades consideradas de natureza civil, serem declaradas falidas, como igualmente requererem concordata preventiva perante o sistema jurídico nacional.

Bibliografia

- ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito falimentar*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- ASQUI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 104.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1986.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1969.

⁴⁰ Aqueles que prestam serviços intelectuais, de natureza científica, literária e artística, ainda que com auxílio de terceiros, sem uma organização produtiva empresarial, bem como os produtores agrícolas que produzem para sua subsistência estariam fora dessa situação, por não exercerem atividade empresarial.

- BUNGARELLI, Waldírio. A Perspectivas da empresa perante o Direito Comercial. *Estudos e pareceres de Direito Empresarial* O direito das empresas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Tratado de Direito das empresas*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 732.
- CORRÊA, J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1979;
- COSTA, Wille Duarte. *Comerciante : ampliação do conceito*. *Revista da Faculdade Milton Campos*, Belo Horizonte, v.2.
- DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit, librairie générale de droit et de jurisprudence*. Paris, 1957.
- GONÇALVES, Reinaldo. *Ô abre-alas : a nova inserção do Brasil na economia mundial*. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1994.
- GUIMARÃES, Hahnemann. A falência civil. *Revista Direito*, v.6, 1940.
- FISCHER, José Flávio Bueno. Sociedades civis e sociedades comerciais : aspectos distintivos. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 25, n. 64, maio/ago. 1992.
- FERREIRA , Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1944. v. 1.
- _____. *Tratado de sociedades mercantis*. Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito, 1958.
- _____. A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do Direito Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 158, p. 40.
- HOYOS TURRIAGO, Alvaro. Teoría sobre el empresario innovador de capital humano en América Latina. *Revista Universidades*, jul/dic. 1994.
- LACERDA, J.C. Sapaio. *Manual de Direito Falimentar*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959.
- LAMY, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
- LOBO, Jorge. Anteprojeto de lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 66.
- _____. *Direito Concursal*. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas : o juriconsulto do Império : vida e obra*. 2. ed. Brasília : Cegraf, 1983.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Jornal do Comércio, 1930.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Desenvolvimento da teoria da empresa : fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 103.
- _____. O Direito como instrumento de controle social ou instrumento de mudança social? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 6. ed. Rio de Janeiro, 1995.
- _____. *Empresário : pessoa e patrimônio*. São Paulo : Saraiva, 1979. 1^o v.;
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978. v. 3.
- RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falências e concordatas*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1989.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 1983. v. 1.
- RICHARD, Efraín. La conservacion de la empresa. In: *ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA. Anales...* Cordoba, 1996. v. 25.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo : Acadêmica, 1931.
- SANT'ANNA, Rubens. A falência da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 64.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo. A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos. *Caderno Especial da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro*, n. 26.
- SANTOS, Theotonio dos. *Economia mundial, integração regional & desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1995.
- SILVA, Clóvis do Couto e. El conpeto de empresa en Derecho Brasileño. *Revista de Del la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, Rosario, v. 7/9.
- VALADÃO, Alfredo. O Direito Comercial em face do projeto de código civil : unificação do direito privado. São Paulo : Tipográfica Salesiana, 1902.
- VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, n. 4.