

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCIA MALLMANN LIPPERT

**O 'ELEMENTO DE EMPRESA' COMO FATOR DE REINCLUSÃO DAS
ATIVIDADES DE NATUREZA CIENTÍFICA, LITERÁRIA OU ARTÍSTICA NA
DEFINIÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS**

Porto Alegre, 2009

MARCIA MALLMANN LIPPERT

**O 'ELEMENTO DE EMPRESA' COMO FATOR DE REINCLUSÃO DAS
ATIVIDADES DE NATUREZA CIENTÍFICA, LITERÁRIA OU ARTÍSTICA NA
DEFINIÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS**

**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de doutora em Direito Privado,
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.**

Orientadora: Prof^ª. Dra. Claudia Lima Marques

Porto Alegre, 2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L765e Lippert, Marcia Mallmann.

O 'elemento de empresa' como fator de reinclusão das atividades de natureza científica, literária ou artística na definição das atividades empresariais / Marcia Mallmann Lippert; [orientado por] Claudia Lima Marques -- Porto Alegre, 2009.

181 f.

Inclui anexos.

Tese (doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

1. Direito Privado. 2. Código Civil Brasileiro. 3. Direito empresarial. 4. Elemento de empresa. I. Marques, Claudia Lima. II. Título

CDU 347.7

(Bibliotecária responsável: Cristiane da Silva Cavalheiro – CRB 10/1543)

RESUMO

O presente trabalho objetivou compreender o ‘elemento de empresa’ previsto no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil Brasileiro, elemento este capaz de qualificar o exercício de profissões intelectuais de natureza científica, literária ou artística como empresário. Teve como premissa a unificação do Direito Privado pela empresa ante a ausência de fundamento científico a sustentar a dicotomia entre Civil e Comercial. Para se alcançar uma conclusão acerca do “elemento de empresa, foi necessária a análise legislativa de anteprojetos e projetos de lei do Código Civil Brasileiro e da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, de doutrina e de jurisprudência. Primeiramente verificamos que a Lei nr. 10.406/2002 tratou a empresa conforme o Código Civil Italiano de 1942, que não a define, mas sim, os elementos que a compõem: empresário ou sociedade empresária e estabelecimento. Daí porque, da combinação do empresário ou da sociedade empresária com o estabelecimento, nasceu o conceito de empresa de Miguel Reale, como sendo a habitualidade no exercício de negócios que visem a produção ou a circulação de bens ou de serviços, com resultado econômico, por meio de uma organização ou estrutura estável. A seguir nos debruçamos sobre a proposta do Código Civil quanto à divisão das sociedades em empresárias e não empresárias e, depois sobre o conteúdo e abrangência do ‘elemento de empresa’ previsto no parágrafo único do artigo 966, bem como sobre o suposto efeito dicotômico daquela divisão e dessa exclusão. O Código definiu as sociedades empresárias e previu os tipos societários que, independentemente da forma de exercício da atividade, não são consideradas empresárias, ou como também é usualmente nominado, são sociedades simples “lato senso”, pois ‘simples’ é o tipo característico das sociedades não empresárias por excelência. A denominação sociedade simples “stricto senso” define tipo societário tal qual a limitada ou a sociedade em nome coletivo. Afastou-se a possível compreensão de uma dicotomia, agora entre sociedades empresárias e não empresárias, pois que o ‘ente sociedade limitada’, por exemplo, compreendido na esfera sociedade empresarial está – concomitantemente – compreendido na esfera sociedade não-empresarial. No que tange ao ‘elemento de empresa’, tal expressão decorre da previsão do Codice de 1942 e, como tal, excluiu a atividade intelectual de natureza literária, artística e científica da qualidade empresarial e, assim como previsto no Codice, essas atividades não devem – isoladamente - ser reputadas empresariais. Quando associadas a uma atividade empresária, ou seja, quando forem um elemento desta outra atividade que é reputada empresária, a atividade intelectual torna-se empresarial. Finalmente foram analisadas as leis aditivas com intuito de se verificar os efeitos e aplicabilidade das novas disposições do Código de 2002 para então se concluir que, na aplicação da legislação tributária, a empresa e o ‘elemento de empresa’ não estão sendo concretizados de acordo com a proposta do Código Civil enquanto que em matéria falimentar estamos um passo à frente, seja porque a legislação falimentar é mais recente e, por isso, talvez mais madura na compreensão dos novos dispositivos do Código Civil, seja porque ainda não há tanta experiência sobre sua concretização.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado. Código Civil Brasileiro. Empresa. Elemento de empresa.

ABSTRACT

The purpose of the paper is the understanding of the ‘corporate element’ as foreseen in the paragraph of article 966 of the Brazilian Civil Code, an element capable of qualifying the exercise of intellectual professions of scientific, literary, or artistic nature as a businessperson. Its premise was the unification of the Private Law by the corporation in face of the lack of scientific fundamentals sustaining the dichotomy between Civil and Commercial. In order to attain a conclusion on the “corporate element”, a legislative analysis has been necessary, of parliamentary bills for the Brazilian Civil Code, and the Corporations Bankruptcy and Recovery Act, of doctrine and jurisprudence. Firstly we have ascertained that Act 10406/2002 has approached the corporation pursuant to the Italian Civil Code of 1942, which does not define it, but instead defines the elements that make it up: businessperson or corporate partnership and establishment. Hence, from the combination of the businessperson or the corporation with the establishment was born Miguel Reale’s concept of corporation, as being the habitual exercise of businesses that aim at the production or the circulation of goods or services with an economic result, by means of a stable organization or structure. Subsequently we approach the Civil Code’s proposal of dividing partnerships into corporate and non-corporate and, afterwards, on the contents and comprehension of the ‘corporate element’ foreseen in said paragraph of article 966, as well as on the supposed dichotomous effect of that division and this exclusion. The Code has defined corporate enterprises and has foreseen the corporate kinds that, irrelevant of the way of exercising the activity, are not deemed corporate ones, or as usually nominated, are simple corporations *lato sensu*, because ‘simple’ is the characteristic kind of those non-corporate partnerships *par excellence*. The denomination simple partnership *stricto sensu* defines a corporate kind such as the limited partnership or the partnership under collective name. The possible comprehension of a dichotomy, now between corporate and non-corporate partnerships, as the ‘limited partnership entity’, for instance, comprehended in the corporate partnership’s realm is – concomitantly – comprehended in the non-corporate partnership’s realm. Concerning the ‘corporate element’, such expression results from the provision of the 1942 Codice and, as such, it has excluded the intellectual activity of a literary, artistic, and scientific nature from the corporate quality, and as provided in the Codice, such activities should not – on their own – be reputed as corporate ones. When associated to a corporate activity, that is, when they are an element of that other activity which is reputed to be corporate, the intellectual activity becomes a corporate one. Finally, the additive legal acts have been analyzed with the purpose of verifying the effects and the applicability of the new provision of the 2002 Code, and then to conclude that by applying the taxation law, the corporation and the ‘corporate element’ are not being achieved in accordance with the Civil Code’s proposal, while in bankruptcy matters we are one step forward, both for the bankruptcy law being more recent, and for such maybe more mature in the understanding of the new provisions of the Civil Code, or because there is still not enough experience on its achievement.

KEYWORDS: Private Law. Brazilian Civil Code. Corporation. Corporate element.

AGRADECIMENTOS

Depois de tantos anos de trabalho no mesmo tema, tenho certeza de que ao nominar algumas pessoas estarei deixando de retribuir a outras que contribuíram, de alguma forma, para o desenvolvimento desta tese. Por isso, inicio meu agradecimento pedindo àqueles que não estão aqui expressamente mencionados e que também colaboraram para a conclusão deste trabalho que, por favor, sintam-se participantes e homenageados; uma tese é a soma de vivências e relações, não se faz sozinha.

Assim, agradeço, em especial a minha orientadora, Professora Dra. Claudia Lima Marques que há tantos anos me apóia na atividade científica, por ter acreditado no tema, pelo seu permanente entusiasmo, paciência e contribuição para que a idéia inicial surgida na banca de mestrado em 2001 se concretizasse em uma tese.

Aos mestres em geral e, em particular, ao Professor Doutor Carlos Klein Zanini, pelas aulas e pela acolhida do tema já na banca de seleção para o doutorado e à Professora Doutora Judith Martins Costa, pelos ensinamentos.

Agradeço aos meus colegas e colaboradores do escritório pela contribuição na experiência das dificuldades e desafios do tema que da nossa troca diária permitiram sentir a realidade e aplicabilidade do assunto. Em particular, agradeço à bibliotecária Cristiane Cavalheiro pela presteza, disponibilidade e permanente apoio; aos sócios, irmãos e amigo George Lippert, Guilherme Lippert e Francisco Rosito, em especial, no período em que estavam na Alemanha e Itália, respectivamente, pela valorosa contribuição que recebi para minha pesquisa na busca do escasso material que há sobre o assunto.

Ao meu marido, Fernando Coelho Silva, não só um agradecimento como se faz aos familiares de doutorandos em geral, mas especialmente por ser responsável pela manutenção do entusiasmo e da persistência; assaz leitor das inovações bibliográficas e permanente colaborador das idéias em virtude de seu profundo conhecimento da matéria e da experiência jurídica como professor e advogado. Ao meu filho, Augusto Lippert Coelho Silva pela sua alegria e amorosa compreensão da ausência. Aos meus pais pela minha formação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
PARTE PRELIMINAR	11
PRIMEIRA PARTE - ANÁLISE DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA E SEU EXERCÍCIO PELAS PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA.....	69
A) A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL - TRINÔMIO: EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO	69
A.1) Empresa.....	69
A.2) Empresário e sociedade empresária	97
A.3) Estabelecimento	100
B) SOCIEDADES EMPRESÁRIA E NÃO EMPRESÁRIA E SEUS TIPOS SOCIETÁRIOS	106
B.1) Sociedade empresária – características e tipos societários	106
B.2) Sociedade não empresária – caracterização negativa e tipos societários	112
SEGUNDA PARTE - A ATIVIDADE EMPRESARIAL E AS PROFISSÕES INTELLECTUAIS, DE NATUREZA CIENTÍFICA, LITERÁRIA OU ARTÍSTICA ...	120
A) A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942 NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002	120
A.1) A origem italiana da empresariedade da atividade intelectual.....	120
A.2) A exclusão prevista no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil	126
B) A APLICAÇÃO DAS LEIS ADITIVAS COM RELAÇÃO AO PROFISSIONAL INTELLECTUAL.....	137
B.1) As discussões de ordem tributária	137
B.2) A Lei de Falência e Recuperação de Empresas	147
CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167
ANEXO.....	181

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva compreender o significado da expressão ‘elemento de empresa’ empregada no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil Brasileiro¹, elemento este capaz de empresariar o exercício de profissões intelectuais de natureza científica, literária ou artística.

O interesse pelo tema não é novo e representou a continuidade de um desafio iniciado na pesquisa para a elaboração da dissertação do curso de mestrado. De fato, poder-se-ia dizer que o presente trabalho vem sendo desenvolvido desde o segundo semestre de 1997, quando a concorrente ainda cursava – na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, os créditos do curso de mestrado e, felizmente, foi apresentada ao desafio de estudar o ‘Sistema e Estrutura do Direito Empresarial’. Após quase onze anos envolvida com o tema, pode-se dizer que pensar o ‘elemento de empresa’ tem sido como acrescentar uma pequena peça a cada dia em um quebra-cabeça. Com isso, afora a satisfação de pensar e de pesquisar o tema, este trabalho se afigura como um projeto de vida não planejado nem premeditado em seu início e que cresceu diante da busca dos esclarecimentos das dúvidas que diariamente surgiam acerca do tema.

Na Dissertação de Mestrado, foi estudado o Direito Comercial desde seu princípio, o ambiente histórico, o ordenamento jurídico, sua aplicabilidade, os problemas daí resultantes, o Novo Código Civil Brasileiro e o surgimento do Direito Empresarial, com a conclusão da ocorrência da unificação do Direito Privado. Na Tese de Doutorado, para se alcançar uma conclusão acerca do significado da expressão “elemento de empresa” prevista no parágrafo único do artigo 966 da Lei nr. 10.406, de 10.01.2002 – Novo Código Civil –, a análise se confunde com aquela do Mestrado, ou seja, inicia com o surgimento do Direito Comercial, uma vez que é imprescindível a compreensão do que significava o Direito Comercial e sua qualidade em termos científicos e sociológicos. Para alcançar esse fim, por outro lado, fundamental a compreensão – em aspectos macros – da História Ocidental.

¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Continuando, foi necessária análise legislativa de anteprojetos e projetos de lei, em especial, do Código Civil Brasileiro e da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. Igualmente importante foi a análise de doutrina e de jurisprudência acerca do assunto. Por fim, foi preciso lançar um olhar acadêmico e outro operacional do Direito. Ou seja, o estudo do elemento de empresa é mais um item daquele estudo, pois sem esses antecedentes, não há como se compreender, refletir e questionar a existência e conteúdo do ‘elemento de empresa’. Neste contexto, o próximo ponto a ser enfrentado é a suposta dicotomia atual das sociedades em simples e empresárias, para muitos, civis e comerciais, surgida com a exceção prevista no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002, a qual exclui e ‘reinclui’ determinadas atividades no âmbito das atividades empresárias. Com efeito, tornou-se imperioso estudar e compreender – imediatamente - o significado do “elemento de empresa”.

Ante essa situação, em banca de qualificação, foi sugerido que, ao presente trabalho, que se orienta pela metodologia francesa ministrada por essa Faculdade, ou seja, pelo desenvolvimento do trabalho em duas partes, fosse inserida uma ‘parte preliminar’. Esta consiste sinteticamente, em uma parte histórica combinada com a construção do raciocínio por cronologia, oposição e progressão que levaram à conclusão acerca da insustentabilidade científica da teoria dos atos de comércio, de forma a permitir que o leitor desta tese possa compreender melhor a origem do ‘elemento de empresa’, assim como a premissa de unificação do Direito Privado no qual se funda o presente trabalho, sem ter que previamente ler a Dissertação de Mestrado da ora concorrente.

Na primeira parte do trabalho, foi analisado o modo como a Lei nr. 10.406/2002 tratou a empresa, neste ponto seguindo a orientação legislativa italiana, mais especificamente, o Código Civil Italiano de 1942, que não define empresa, mas sim, os elementos que a compõem: empresário ou sociedade empresária e estabelecimento. Diante disso, foi necessário buscar na doutrina concepções sobre a empresa, como exemplificativamente, a proposta por Miguel Reale, no sentido de que empresa é o exercício habitual de negócios, por meio de uma organização estável, visando a produção ou circulação de bens ou serviços.

Compreendida a empresa, passou-se para a análise da nova divisão proposta para as sociedades, especificamente entre sociedades empresárias e não empresárias, ou como também é usualmente nominado, entre sociedades empresárias e sociedades simples “lato

senso”. Isso porque a denominação sociedade simples “stricto senso” define um tipo societário, uma organização societária, tal qual o tipo limitada, sociedade por ações, em nome coletivo etc... Entretanto, como o tipo societário simples é o tipo característico das sociedades não empresárias por excelência, passou a ser usado como um sinônimo de sociedade não empresária, muito embora possa a mesma adotar o tipo limitada, em nome coletivo, cooperativa e em comandita simples. Por outro lado, o tipo societário simples é também tipo societário de aplicação supletiva para outros que servem para organizar tanto as sociedades empresárias como as não empresárias, como é o caso das sociedades em nome coletivo e da sociedade limitada, por exemplo.

O enfrentamento da nova denominação e da divisão das sociedades em empresárias e não empresárias é parte relevante do trabalho, uma vez que essa divisão decorre do próprio conceito de ato empresarial e, por isso, está diretamente relacionada com a próxima etapa do trabalho, qual seja, da exclusão de algumas atividades da qualidade de empresárias e sua posterior ‘reinclusão’ pelo elemento de empresa previsto no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. Já os tipos societários, afora demandarem e permitirem um estudo próprio em decorrência de sua complexidade e amplitude, não são causadores da divisão, mas sim, sua conseqüência. Por isso, embora destaquem-se as exceções legais, como é o caso das sociedades que adotam a forma por ações e que, por isso, serão sempre reputadas como empresárias, e as cooperativas que, por outro lado, determinam a qualidade não empresarial da sociedade que a adotar², foram os tipos societários referidos no limite do necessário para a total compreensão e abrangência da divisão das sociedades em empresárias e não empresárias.

Nesse ponto, surge a restrição à qualificação de empresária de sociedades, em virtude da própria atividade objeto do escopo social. A atividade rural é expressamente prevista como um dos casos em que poderá transformar-se de simples em empresária, por exemplo, enquanto que a atividade intelectual deverá, para transformar-se em empresária, apresentar o ‘elemento de empresa’. Na segunda parte do trabalho, foram analisadas as possibilidades doutrinárias italiana e brasileira sobre o que poderia vir a ser o ‘elemento de

² Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

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

empresa' e de seu registro, bem como da compreensão de seu significado sob o prisma da Lei nr. 11.101/2005. O presente trabalho traz referências ao sistema italiano no que tange aos conceitos de empresário e de estabelecimento e principalmente na análise do próprio conceito que se busca delimitar: o 'elemento de empresa', uma vez que tal expressão – sem sombra de dúvida – decorre da expressão italiana "elemento di una attività organizzata in forma d'impresa". Nosso código utilizou o Codice de 1942 como inspiração para a exclusão e reinclusão da atividade intelectual de natureza literária, artística e científica da qualidade empresarial. Tal qual previsto no Codice, essas atividades não devem – isoladamente - ser reputadas empresariais. A similitude é evidente, embora os Códigos Italiano e Brasileiro apresentem diferenças estruturais, filosóficas e conceituais, bastando para evidenciar tais diferenças de forma flagrante, que, no Codice, a referida previsão legal está prevista na parte que trata do trabalho autônomo e, especificamente, das profissões intelectuais, ambos compreendidos no Livro V que trata, a seu turno -, do trabalho, enquanto no Código Brasileiro de 2002 tal se encontra no Livro II que institui a empresa. A excelente sistemática do Código Brasileiro é indicativa de que a maior dificuldade em se compreender o conteúdo e abrangência do parágrafo único do artigo 966, sobretudo do 'elemento de empresa' deve-se a supressões e alterações incorridas, inclusive na nomenclatura da lei, ao longo do extenso tempo de tramitação do projeto e, por outro lado, da necessária compreensão dos princípios norteadores de seus autores.

De qualquer sorte, é o elemento de empresa capaz de transformar determinadas atividades em empresárias e, determinadas sociedades, de simples, em empresárias e a elas impor conseqüências jurídicas distintas.

Como se trata de uma inovação legislativa, os tribunais vêm analisando o 'elemento de empresa' na tentativa de definir, na maioria das vezes, a incidência de uma norma tributária e, em outras, a possibilidade de ser decretada a falência de determinada sociedade, conseqüências que revelam a relevância do tema e põem à prova – sobretudo - a proposta do novo código de funcionar como 'eixo central' do Direito Privado. Por isso, imprescindível neste ponto do trabalho, verificar a existência de leis aditivas que dependem da compreensão do empresário e da sociedade empresária para sua correta concreção, tal qual acontece com as leis tributárias e falimentar.

Na esfera tributária, discute-se quais sociedades estão sujeitas ao recolhimento de determinadas contribuições, até hoje muitas vezes tratadas como típicas dos comerciantes, como é o caso do SESC – Serviço Social do Comércio - e do SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial -, por exemplo, ou ainda, quais profissionais/sociedades podem beneficiar-se do enquadramento menos oneroso para o recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. No âmbito da legislação falimentar questiona-se se sociedades prestadoras de serviços podem falir.

Como o tema é novo por um lado e, por outro, precisa – urgentemente - libertar-se do conhecimento adquirido com base na dicotomia do Direito Privado e do Direito Comercial como um todo, há muitas discussões e confrontos no âmbito jurisprudencial, o que contribuiu para desenvolver o raciocínio em diversos pontos do trabalho e, ao mesmo tempo, adicionou um ‘elemento’ instigante à atualidade do tema: um posicionamento sobre ‘uma visão do que o futuro’ do direito privado pode ser, parafraseando as palavras da Professora Doutora Claudia Lima Marques em sua apresentação sobre a crise dos contratos³.

³ MARQUES, Claudia Lima. *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARTE PRELIMINAR

O ‘elemento de empresa’, introduzido na legislação brasileira pela lei nr. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil Brasileiro, representa a síntese da evolução histórica do Direito Privado. Ao tentarmos compreender o que é o ‘elemento de empresa’ e, como e por que ele foi introduzido em nosso ordenamento jurídico, estabelecemos uma ponte entre a realidade atual (tanto sociológica quanto jurídica), na qual usufruímos de um Direito Privado unificado, com a dicotômica e ultrapassada divisão entre Direito Civil e Comercial. Por isso, para que se tenha uma visão mais ampla da introdução do ‘elemento de empresa’ em nosso ordenamento jurídico, é necessário retroceder ao surgimento do Direito Comercial, o qual, para alguns doutrinadores, como por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho,⁴ teve seu marco na segunda metade do século XII. Entretanto, para não ignorar totalmente as civilizações antigas e, sem pretender mais que uma rápida referência, adotaremos a proposta de Jean Escarra,⁵ para quem a história do Direito Comercial se inicia no período denominado como “Alta Antigüidade”. Aponta como marco do Direito Comercial o Código de Hamurábi. Para o referido autor, o Código Babilônio data de “2083 environ avant J.C.”⁶ e é tido como o primeiro código de leis.⁷ O Código de Hamurábi foi encontrado na cidade de Susa,⁸ por uma expedição científica francesa, em 1901, e hoje se encontra depositado no Museu do Louvre, em Paris. Consiste, basicamente, em 282 artigos esculpidos em um bloco de diorito, os quais representavam o direito consuetudinário daquele povo. Demonstra que a agricultura e a pecuária eram a base da economia nacional, enquanto o comércio ocupava o segundo plano. Por isso, as previsões do Código regulavam a responsabilidade e os honorários dos médicos e dos mestres de obras, sem qualquer menção aos comerciantes. Entre as previsões contidas no código, estavam aquelas para a venda de bebidas em tavernas, para os contratos de depósito de grãos (exigiam a forma escrita e regulavam a responsabilidade do depositário), para a responsabilidade do transportador, para o empréstimo com ou sem juros, para o contrato de mediação, para a representação, para o pagamento por mandato, para títulos com a cláusula ao

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1. p. 12.

⁵ ESCARRA, Jean. *Manuel de Droit Commercial*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. vol. 1.

⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁷ De acordo com o *ATLAS of the World History*. Londres: Dorling Kindersley Limited, 1999. p. 221, o Código de Hamurábi foi esculpido em 1763 a.C., datando o Império Babilônio de 1782 – 1750 a.C.

⁸ Hoje corresponderia ao território do Irã, acima do rio Tigre.

portador e para títulos abstratos de dívida⁹. Essa regulação, entretanto, não foi suficiente para formar, na sociedade dos babilônios, uma classe comerciante, e tampouco se configurou uma sistematização do Direito Comercial. No entanto, o Código de Hamurábi serviu para dotar todos os estados do reinado de Hamurábi do mesmo direito contratual, que se tornou o costume internacional do comércio em toda a Ásia Anterior, chegando, pelos mercadores, até a Síria.

Escarra¹⁰ aponta o Egito e Creta como focos da evolução do Direito Comercial entre os séculos XVI e XV antes de Cristo. Segundo o autor, em torno do meio do segundo milênio, duas populações de língua indo-européia invadiram os países comerciantes de então: a Mesopotâmia, a Síria e o Egito. Instalaram-se com nova mentalidade e instituições, dominando os três países, até o momento em que o Egito retomou sua consciência nacional e, com extremo vigor, reiniciou a expansão comercial na Ásia. Concomitantemente, Creta encontrava-se no apogeu, de forma que Egito e Creta passaram a trocar em volume crescente: esta enviava bronze e cerâmica e recebia daquele armas e marfim. É a essa época que remontam os primeiros traços de um costume internacional do mar.

Esses costumes foram absorvidos pelos fenícios, que representaram a nova força do século XI a.C.: os povos da Síria e da Palestina, que, por sua vez, também eram comerciantes. No caso dos fenícios, Waldemar Ferreira¹¹ destaca que, afora comerciantes, eram também industrialistas, famosos pelas suas fábricas de tintas, de sedas e de lãs da Índia. Dominavam também as técnicas de construções navais, o que lhes permitiu controlar a distribuição, no Ocidente, dos produtos advindos do Oriente, e fundar colônias no litoral mediterrâneo, especificamente na Grécia, na Itália, na Sardenha, na Espanha e na África, com especial destaque para a ilha de Rodes, que organizou leis marítimas (usos e costumes), transmitidas para as civilizações grega, romana e medieval.

Por fim, o Império Assírio, entre X e VII a.C., marca o fim da Alta Antigüidade, período no qual o Direito Comercial significava somente a prática internacional de usos e costumes não-escritos, com exceção do Código de Hamurábi.

⁹ FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial: o estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. vol. 1. p. 26-27.

¹⁰ ESCARRA, Jean. *Manuel de Droit Commercial*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. vol. 1. p. 2.

¹¹ FERREIRA, op. cit., p. 27.

O segundo período, Escarra¹² identifica por Grécia e Roma, entre VI a.C. e IV d.C. A sociedade grega, tal qual a fenícia, tinha gosto e habilidade para o comércio e foi responsável pelo advento de uma complexidade de normas de direito consuetudinário, principalmente com relação ao comércio marítimo. Na ilha de Rodes, o comércio marítimo desenvolveu e aprimorou institutos como o do seguro, do penhor marítimo, das avarias, do estabelecimento comercial como uma universalidade de fato e das sociedades comanditárias. Nessa época, também surgiram os Bancos e os títulos de crédito ao portador e à ordem, além de processos atinentes ao comércio. Apesar de toda essa evolução, Waldemar Ferreira¹³ afirma que o Direito Comercial, especificamente, não chegou a se formar nessa época, tampouco conheceram os gregos expressões técnicas que designassem o comércio e o comerciante, no sentido literal dos vocábulos.

Enfim, o aprendizado grego, com suas normas e seus institutos, foi absorvido pelos romanos, que, em um primeiro momento, não apresentavam situação econômica tão distinta daquela vivida pela sociedade grega. Com a evolução da sociedade romana, as instituições ampliaram-se, uma vez que a economia de agricultura não era mais suficiente para suprir as necessidades. A circulação da moeda e do crédito difundiu-se a tal ponto que a moeda romana foi introduzida em todos os países do Mediterrâneo. Em virtude das conquistas e dos impostos cobrados, o ouro e a prata também se difundiram, tal qual os Bancos, que se transferiram dos gregos para os romanos. Apesar de a sociedade romana ser classificada como capitalista por Waldemar Ferreira,¹⁴ o mercantilismo, segundo esse mesmo autor, não “logrou estima social”. A sociedade romana era latifundiária, a classe dominante se contrapunha à

¹² ESCARRA, op. cit., p. 4.

¹³ FERREIRA, op. cit., p. 29.

¹⁴ FERREIRA, op. cit., p. 29. De acordo com Alfredo Rocco, em *Principios de Derecho Mercantil*. México: Nacional, 1981, Roma desconheceu um verdadeiro direito mercantil, compreendido como um direito especial, para o comércio. Segundo esse autor o comércio era pouco importante para a sociedade romana, que, de certa forma, o desprezava, principalmente quando comparado à importância conferida à agricultura. Nem por isso, deixa de ressaltar o referido autor que Roma tornou-se um grande centro de negócios, em virtude de ser a capital de um Estado dominador “de todos os povos e praças comerciais da época”. Credita esta expansão dos negócios romanos à segurança e tranquilidade da Pax romana, o que também se refletiu na vida econômica e social dos romanos. Por fim, conclui que, apesar de o fenômeno comercial ter adquirido importância no mundo romano, não surgiu um direito especial porque: a) as relações comerciais e industriais desempenhadas pelos escravos criavam, com os respectivos amos, relações fáticas; b) as múltiplas relações econômicas com povos comerciantes e industriais como os gregos, asiáticos e egípcios deram grande importância ao elemento internacional e extranacional do direito romano (*jus gentium*), que dispunha de normas aptas a regular o tráfico internacional e, conseqüentemente, a regular as relações comerciais; c) o direito privado geral romano, pela sua adaptabilidade e flexibilidade, tornou desnecessário um direito particular para o comércio.

plebe miserável e aos escravos, fato que determinou o desinteresse pelo desenvolvimento de regras jurídicas de cunho mercantil. O exercício da mercancia pelos romanos era realizado pela classe dominante, que utilizava interpostas pessoas.¹⁵ Geralmente os comerciantes eram estrangeiros e, para eles, em Roma, as normas aplicadas na solução dos conflitos de que faziam parte seguiam a sua origem-nacionalidade, o chamado “*jus gentium*”. Para alguns autores,¹⁶ a família e a escravidão foram empecilhos ao desenvolvimento das regras comerciais em Roma, uma vez que, em decorrência da predominância da indústria doméstica, somente foram desenvolvidas relações contábeis e não-jurídicas entre patrões e escravos e entre pai e filhos.

Na Era Cristã,¹⁷ classificada por Escarra¹⁸ como terceiro período – entre IV e XI –, percebe-se o fortalecimento crescente do capitalismo mercantil e urbano, fato este que trouxe como consequência o endividamento dos romanos em relação aos comerciantes estrangeiros, porquanto aqueles desenvolviam a atividade rural como base da estrutura econômica e social. Para atenuar a situação desconfortável dos romanos, foram editadas normas dilatadoras de prazos, a fim de que cumprissem suas obrigações. A prática protecionista dos devedores ressurgiu após o século XI na Europa, sob a influência do direito canônico, que traçou normas de aversão à atividade lucrativa, inspirado no versículo bíblico do Deuteronomio: “Irmão não é fonte de lucro”.¹⁹

Portanto, durante a Antigüidade, o Direito Comercial era apenas um “embrião” que teria seu início de desenvolvimento um pouco mais próximo da separação de hoje no “Medievo Italiano”.²⁰

¹⁵ FERREIRA, op. cit., p. 29.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale Del Diritto Commerciale*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1913.

¹⁷ Em 313, sob o comando do imperador Constantino, o Império Romano reconheceu o Cristianismo e, em 380, adotou-o como religião oficial.

¹⁸ ESCARRA, op. cit., p. 7.

¹⁹ Dt 3,23: “Irmão não é fonte de lucro – Não empreste ao seu irmão com juros, quer se trate de empréstimo em dinheiro, quer em alimento ou qualquer outra coisa sobre a qual é costume cobrar juros. Você poderá emprestar com juros ao estrangeiro. Mas ao seu irmão empreste sem cobrar juros, para que Javé seu Deus abençoe tudo o que você fizer na terra em que está entrando para dela tomar posse”. BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. São Paulo: Pastoral, 1990. p. 223.

²⁰ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 33.

Com a queda do Império Romano,²¹ veio a perturbação social e política. As classes pobres procuram proteger-se das invasões nos latifúndios, permitindo assim aos senhores feudais imporem sua dominação. Em resposta, surgiram as associações de “variado gênero”:²² confrarias religiosas, associações comerciais, corporações de artes e ofícios, comunas etc., compostas por negociantes, banqueiros, industrialistas e artesãos, rigorosamente organizadas e disciplinadas, motivos que as tornaram fortes.²³

As corporações de mercadores (denominação da época) evoluíram ante a um contexto tão avesso à mercancia e, sentindo a necessidade de proteger-se, organizaram sua própria jurisdição²⁴. Surgiu então, dentro da proposta de Fábio Ulhoa Coelho²⁵, o denominado primeiro período da história do Direito Comercial (fase subjetiva), que se inicia na segunda

²¹ No ano de 396, o Império Romano foi dividido, sendo Roma o centro do Império Romano do Ocidente, enquanto Constantinopla (Istambul) era o centro do Império Romano do Oriente. Em 410, Roma foi pilhada por povos bárbaros, e 476 é o marco do fim do Império Romano do Ocidente. O Império Romano do Oriente manteve-se até 1453, ano em que os turcos tomaram Constantinopla.

²² FERREIRA, op. cit., p. 31.

²³ Não obstante termos buscado limitar-nos, nesta fase do trabalho, aos autores antes referidos (Jean Escarra, Fábio Ulhoa Coelho e Waldemar Ferreira), salientamos a exaltação de Lorenzo Mossa às corporações, na luta contra o feudalismo e na busca do bem comum. Segundo Mossa, “Las corporaciones son la fusión espontánea de unos hombres libres que regulan el papel que a cada uno de ellos le corresponde representar en la vida social”. MOSSA, Lorenzo. *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX: grandes tratados generales de derecho privado y público. Editorial Revista de Derecho Privado*, vol. XXXI, da Serie C, Madrid, 1948.

²⁴ FERREIRA, Waldemar, op. cit., p. 32-33. As corporações, segundo Waldemar Ferreira, “investiram-se do direito de regular por si mesmas seu interesse próprio e do de seus componentes. Passaram, assim, a exercer poderes que eram, normalmente, do Estado. Presidiam, por via de seus oficiais, às feiras e mercados, organizando-os e nêles mantendo a ordem. Protegiam seus membros no estrangeiro. Prestavam assistência religiosa e caritativa. Tinham patrimônio e arca suprida com as contribuições dos sócios. Taxas. Impostos. Pedágios. Donativos. Multas. Rendas dos seus bens dominiais. Eram, a bem dizer, organismos estatais, tanto se imiscuíam no privado, como no público. Eram Aglutinações voluntárias de homens do mesmo ofício ou profissão, êstes, no entanto, a elas se subordinavam; e submetiam-se, nas suas relações recíprocas, a suas leis internas, inescritas, como todo o direito da época, tanto quanto nas suas relações com terceiros, quer atinentes às condições do trabalho, quer a propósito dos regulamentos de mercados e feiras – *jus mercati*. Tornou-se êste o direito urbano, o direito da vila ou da cidade; e vem a ser o direito do burgo, ou o direito burguês, mais público que privado. Dêle surgiu o direito municipal. Elaborou-se, por outro lado, direito comum a todos os mercadores, de que falam documentos do século XI, como coisa muito antiga, vinda de afastados tempos, *ab antiquis temporibus*. Êsse direito, não imposto por nenhuma autoridade, mas obedecido pelo consenso unânime como se o tivesse sido, em toda parte vigorava, como se fôsse universal. Não teve sua fonte em legislação nacional. Desenvolveu-se e aplicou-se onde existiram mercadores, sem ser dêste ou daquêle país; suas origens foram puramente econômicas. (cita PIRENNE, Henri. *Les Villes et les Institutions Urbaines*. 2. ed. Bruxelas, 1939. vol. 1, p. 64; CALMETTE, Joseph. *Le Monde Féodal*. Paris, 1937. § 4, p. 180; SAINT-LÉON, Étienne Martin. *Histoire des Coporations de Métiers*. Paris, 1897. p. 53)”.

Foi o *jus mercatorium*. Êsse direito, no reparo de Georges Ripert, se superpôs aos direitos locais. Seu caráter internacional era assaz marcado. Sua doutrina era quase inteiramente italiana e mui rara antes do século XVI: mais se não deparam até então do que estudos romanistas sôbre as sociedades e especialmente dos canonistas sôbre o empréstimo a juros e a usura (cita RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1948, p. 12, n. 22)”.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1. p. 12.

metade do século XII e se encerra na segunda metade do século XVI.²⁶

FASE SUBJETIVA

Primeiro período da história do Direito Comercial

De forma geral, o Direito Comercial originou-se dos usos e costumes dos comerciantes, em virtude da inexistência de um sistema jurídico típico para as transações comerciais. Nas corporações, o sistema judicial²⁷ era formado pelos próprios mercadores, mais especificamente pelos chefes, denominados cónsules. O rito aplicado era sumário. Os julgadores das corporações serviam para, em um primeiro momento, dirimir conflitos que se estabeleciam entre os associados exclusivamente e, posteriormente, entre associados e terceiros, caracterizando-se, portanto, como um sistema subjetivista e classista. No decorrer do tempo, os cónsules passaram a normatizar sobre o Direito Comercial, criando o registro dos comerciantes, tanto para as pessoas físicas como para as jurídicas. O número de corporações só aumentava.²⁸ Eram presença constante nas feiras e mercados, eliminando as fronteiras nacionais. Foi assim que, a partir da segunda metade do século XII, iniciou-se o primeiro período histórico do Direito Comercial, período no qual foram lançados institutos como o seguro, a letra de câmbio, a atividade bancária,²⁹ a força probatória dos livros comerciais pela escrita científica, o registro dos comerciantes, as primeiras linhas da falência,³⁰ bem como a jurisdição especial em prolongamento às que nelas (corporações)

²⁶ Seguimos a classificação proposta por Tullio Ascarelli e também adotada por Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 12, a qual classifica em uma única fase da história do direito comercial dois períodos históricos distintos: Idade Média (século V até o século XV) e Renascimento (século XV até século XVI). Tullio Ascarelli, em O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do Direito Privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 37, vol. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999, também classifica o primeiro período do direito comercial entre os séculos XII e XVI, indicando a obra de Stracca (1553) como sua primeira sistematizadora. Para Jean Escarra, em *Manuel de droit commercial*, vol. 1, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, o quarto período da história do Direito Comercial compreende a Idade Média; o quinto, do século XV até XVI, denominado “Tempos Modernos”, e o sexto, do século XVIII em diante, denominado “Evolução Contemporânea”.

²⁷ Segundo FERREIRA, op. cit., p. 36, a atividade jurisdicional da Roda de Gênova adquiriu importância maior em toda Itália.

²⁸ Idem, p. 33. “As instituições mercantis propagaram-se a todos os povos (...), mercê das correntes comerciais que acudiam às feiras e mercados (...). Tanto nas de Franca, em que se sobressaíram, entre os séculos XII e XIV, as da Champanha e as de Lião, como nas da Itália e de outros países, encontraram-se mercadores de todas as procedências, tecendo direito comum, originário dos usos e costumes mercantis”.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., p. 13.

³⁰ FERREIRA, op. cit., p. 39. Este autor cita as definições e os institutos jurídicos surgidos nesta época e que entende relevantes: “I. configurou-se juridicamente o comerciante, tornando-se-lhe necessário inscrever-se na matrícula da sua corporação ou consórcio de corporações: à margem dela se anotavam os nomes dos prepostos

existiam.³¹ As feiras ou vilas em que os mercados se instalavam acabaram por dar origem às cidades européias e, conseqüentemente, às respectivas normas ou ordenações jurídicas que as regulavam. As normas criadas pelos comerciantes “emergentes do tráfico mercantil” eram normas de direito consuetudinário, “*consuetudo mercatorum*”,³² de conteúdo abrangente, dispendo sobre matérias de Direito Administrativo, de Direito Processual, de Direito Penal e de Direito Privado, a tal ponto que o direito dos comerciantes era, ao mesmo tempo, o direito das cidades. Essas disposições foram consolidadas na forma escrita em volumes, dando origem à legislação estatutária das cidades italianas, exemplificativamente, *Consuetudines* de Gênova, *Constitutum usus* de Pisa, *Liber consuetudinum* de Milão.³³ Esses estatutos das cidades mantiveram-se com identidade e unidade em relação aos estatutos das corporações, fato este que evidencia a força do direito consuetudinário comercial, explicando assim como “os costumes mercantis dos fenícios foram continuados pelos gregos. Da Grécia transplantaram-se para a ilha de Rodas, tornando-se famosos. Infiltraram-se no Direito Romano. Ressurgiram, enfim, na vasta legislação estatutária medieval, consolidados em textos escritos”.³⁴

Em síntese, o Direito Comercial da primeira fase histórica é denominado subjetivista porque sua aplicação e conceituação se dão a partir daqueles que são associados a uma corporação de ofício e para eles, ou seja, é comerciante aquele que é associado a uma corporação de ofício. O Direito Comercial dessa época é o direito corporativo, profissional,

e aprendizes. Instituíram-se, não obstante, depois do século XIII, em muitas cidades comerciais, registros especiais de procurações, de sociedades e, até, de marcas, com escôpo inteiramente privado, independente do interesse corporativo; II. a firma do comerciante individual não se diferenciava de seu nome civil, nem do título de sua casa comercial; mas inscrevia-se a firma social, designativa da sociedade do comércio afim de distingui-la de seus componentes; III. a capacidade dos menores e dos filhos famílias para contratar, restringida pelo direito romano, ampliou-se no interesse do comércio, e em benefício deles próprios; (...); IV. a mulher comerciante, sobre necessitar de licença do marido para comerciar, vio-se despojada dos privilégios e favores do direito romano; V. a casa comercial, notadamente a bancária, pode abrir e manter filiais ou sucursais no estrangeiro, a cargo de fatores residentes; VI. a marca comercial privada, distinta da marca pública da cidade ou da corporação, integrou-se no patrimônio do comerciante, protegida contra imitações ou usurpações tanto que registrada ao lado da matrícula daquele, para o que se criou, mais tarde, registro especial; VII. a escrita mercantil em livros apropriados e registrado erigiu-se em meio de prova a favor do comerciante, obrigado a exhibi-los: ganhou ela maior importância com os balanços periódicos, mercê do sistema veneziano das partidas dobradas; VIII. a falência e o crime de bancarrota tiveram processos especiais e peculiares aos comerciantes (...).”

³¹ FERREIRA, op. cit., p. 33-39. Importante ressaltar que, pela confiança, agilidade e prática que os cônsules transmitiam, passaram a julgar casos daqueles que não estavam matriculados, porém, aparentemente, praticavam atos de comércio. Evidencia-se aí um início de transcendência do sistema subjetivo para o objetivo.

³² Ibidem, p. 34.

³³ Ibidem, p. 34. Este fenômeno se observa também na França, na Espanha e na Inglaterra.

³⁴ FERREIRA, op. cit., p. 34.

especial e autônomo em relação ao direito territorial e civil. É também consuetudinário.

Segundo período da história do Direito Comercial

Na última metade do século XVI, em decorrência do surgimento do mercantilismo, iniciou-se o segundo período do Direito Comercial (séculos XVI³⁵ a XVIII), no qual se verifica uma grande distinção entre o *common law* e o direito continental. Para os europeus do continente, o Direito Comercial permanece distinto do civil e destinado a resolver os problemas que envolvessem os membros da corporação. Na Inglaterra, os tribunais corporativos haviam sido absorvidos pelos tribunais do *common law*, para os quais não havia diferença entre leis comerciais e civis. No sistema europeu continental, as corporações continuavam vigorando, de forma que a única evolução desse período é o lançamento das sociedades anônimas³⁶ em contrapartida às sociedades de pessoas à época existentes.³⁷

Percebe-se, portanto, que, durante o primeiro e o segundo períodos da história do Direito Mercantil (séculos XII a XVIII), o método para se definir se determinada atividade era de natureza comercial ou civil decorria da figura do comerciante, assim definido aquele associado à corporação, independentemente do ato praticado. O núcleo da definição do objeto do Direito Comercial era o sujeito da pessoa que praticava a atividade; em sendo inscrita em alguma corporação, estava protegida pelas leis comerciais, ou seja, é a denominada fase subjetiva do Direito Comercial. Nesse período, o Direito Comercial significava o conjunto de

³⁵ Vale citar, para fins de localização cronológica, as Ordenanças de 1673 e de 1681 na França. As ordenanças foram trabalhos de consolidação das leis comerciais esparsas que regiam o reinado da França de Luiz XIV, elaboradas por Colbert. A de 1673 regia o comércio terrestre e também era denominada *Code Marchand*, composto de 12 títulos, entre os quais eram mais desenvolvidos aqueles relativos à letra de câmbio e à falência. Por seu turno, as de 1681 regiam o direito marítimo, público e privado, tratando dos almirantados ou tribunais de marinha, dos contratos de direito marítimo em geral, dos capitães e armadores de navios, da polícia dos portos e da pesca marítima. FERREIRA, op. cit., p. 43.

³⁶ Os princípios das sociedades anônimas são aperfeiçoamentos daqueles que regulavam as companhias coloniais. Em virtude da expansão marítima e do lançamento dessas companhias marítimas, também se percebe o desenvolvimento das bolsas de valores, principalmente em Amsterdã e Nova Amsterdã (Nova Iorque). ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do direito privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 37, vol. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999.

³⁷ Para ASCARELLI, op. cit., o segundo período da história do Direito Comercial é decorrência da conclusão do processo de formação das monarquias centralizadas e caracteriza-se pela transição de ramo autônomo do direito (em decorrência de sua fonte corporativa) para inserir-se no direito comum. Para o autor, essa transição resultou do ideal monárquico de consolidar os Estados Nacionais e de minimizar a autonomia das ordens profissionais. Daí por quê, nesse segundo período, para Ascarelli, o palco do desenvolvimento do Direito Comercial deslocou-se da Itália (só foi unificada em 1865) para os Países Baixos, França e Inglaterra.

regras jurídicas que tutelavam as atividades dos comerciantes. Não obstante o empenho dos mercadores em regular suas atividades e ordenar essa regulamentação, a organização realizada não configurava verdadeira sistematização conforme acepção atual.³⁸

Surgiram determinações expressas quanto às práticas do comércio publicadas no Digesto e às consolidações de práticas e julgamentos. A fixação dos usos e costumes pelos Tratados de Stracca, De Turrís e De Lucca, além de vários outros, representa, sem dúvida, o que de mais próximo à sistematização se chegou durante os séculos XVI e XVIII,³⁹ afora demonstrar que a regulação do comércio continental adveio daquela aplicável ao comércio marítimo. Na passagem do segundo período para o terceiro período está, evidentemente, a transição.

Esta transição que, para o presente estudo, é relevante, diz respeito à definição do âmbito do Direito Comercial. A modificação da fase subjetiva para a objetiva tem como motivo desencadeador, entre outros, a ampliação da competência jurisdicional dos juízes consulares, que passaram a julgar os não-comerciantes quando relacionados a um comerciante. Além disso, houve um relaxamento da exigência da matrícula como condição para o comerciante submeter-se à jurisdição consular, que passou a julgar comerciantes não matriculados.⁴⁰

Como afirmado, os tribunais do comércio julgavam os membros das corporações nas lides que dissessem respeito ao exercício profissional.

Pouco a pouco, a própria fixação da competência tornou-se matéria que, por si

³⁸ Sobre o assunto ver MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47-110, do qual extraímos o seguinte excerto: “A idéia de um sistema unitário e ‘universal’ de direito só estará perfeitamente delineada, na Europa, por volta do século XVIII, realizando-se concretamente um século mais tarde, quando iniciam as grandes codificações. Nos séculos anteriores e desde os inícios da Idade Média, a forte tradição particularista condiciona a estrutura do ordenamento jurídico em que convivem vários ordenamentos, mesmo após a chamada redescoberta ou recepção do direito romano nas universidades nascentes nos séculos XII e XIII”.

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1. p. 17.

⁴⁰ REQUIÃO, op. cit., p. 11, quando explana a transição da fase subjetiva para a objetiva, diz que os tribunais consulares passaram a julgar os comerciantes não matriculados. Equivale dizer que a qualidade de comerciante não mais se definia pela matrícula. Ainda, segundo o mesmo autor, a transição da fase subjetiva para a objetiva é decorrência da insuficiência de critério definidor da qualidade de comerciante, fato este evidenciado pela ampliação da jurisdição consular. Por sua vez, este alargamento da competência é consequência da efetividade com que os cônsules trabalhavam, de maneira que acabaram ganhando a confiança dos cidadãos, bastante insatisfeitos com os tribunais dos Estados que estavam presos às tendências políticas.

só, era merecedora de incansável discussão, o que ocasionou a ampliação da competência dos cônsules, que passaram a julgar os negócios conexos com os praticados pelos comerciantes. Houve uma ampliação da competência da jurisdição comercial e uma ampliação da dificuldade de manter a definição da matéria comercial pela figura do comerciante, pois, afinal, os tribunais comerciais estavam julgando, também, os não-comerciantes.

Posteriormente ao advento do direito estatal, surgiu, efetivamente, o reconhecimento do Direito Comercial, apesar de, somente após a Revolução Francesa, ter sido possível conhecer a liberdade de comércio e as primeiras sistematizações da matéria, com o Código Francês.

FASE OBJETIVA

Terceiro período da história do Direito Comercial

O Código Comercial Francês

O terceiro período da história do Direito Comercial (século XIX até a primeira metade do século XX), denominado de terceiro período da evolução histórica do direito mercantil, iniciou-se com a Codificação Napoleônica, também conhecida como Código Mercantil Napoleônico, datado de 1808. Antes da edição do Código Comercial Francês, as leis comerciais vigentes eram as Ordenanças de 1673⁴¹ e de 1681, as quais eram tidas como insuficientes para as necessidades da época. As corporações encontravam-se enfraquecidas: desde 1776 tinham sido abolidos os privilégios, os monopólios e os poderes das corporações de comércio, das artes e das indústrias, de forma que qualquer cidadão ou estrangeiro podia ser comerciante.

Até 1791, subsistiram algumas corporações que foram definitivamente extintas pela lei de 14 de junho do mesmo ano, a denominada lei *Le Chapelier*. Após a Revolução,

⁴¹ As Ordenanças de 1673 propuseram a divisão dos atos de comércio em: a) subjetivos ou relativos: representavam a velha fase subjetiva, pois se qualificavam como atos de comércio aqueles praticados por comerciantes; b) objetivos ou absolutos, como aqueles que eram praticados com a característica da intermediação. Na realidade, trata-se aqui de uma confusão entre a fase subjetiva, determinação da atividade comercial pela pessoa do comerciante, e a objetiva, determinação pelos atos arrolados como de natureza comercial.

pela edição da Portaria Consular 1801, foi constituída uma comissão que produziu 485 artigos embasados nas Ordenanças de Colbert, indicando um avanço em direção à codificação. Impulsionado por Napoleão, o Conselho de Estado Francês revisou o projeto de Código Comercial, entre novembro de 1806 e agosto de 1807, até que foi aprovado pelo Parlamento, promulgado e convertido em lei em 15 de setembro de 1807, com vigência a partir de 1.º de janeiro de 1808. Embora possa não ser considerado o primeiro código comercial moderno,⁴² é o marco “legislativo, lindeiro da nova época do Direito Comercial”.⁴³

Com o surgimento do Código Comercial Francês, “*Code de Commerce*”, iniciou-se a fase que marcou a passagem da caracterização do Direito Comercial da pessoa do comerciante (fase subjetiva) para os atos jurídicos por qualquer pessoa praticados (fase objetiva);⁴⁴ o legislador identificou atos jurídicos e os relacionou como sendo atos de mercancia. Foi o início da objetivação do Direito Comercial. Essa fase marcou, também, a sobreposição do Estado Nacional aos organismos corporativos.

Segundo o sistema francês,⁴⁵ ainda vigente, excluem-se do âmbito da incidência do Direito Mercantil atividades de grande importância econômica, como a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária, a negociação imobiliária.⁴⁶ O sistema tem por

⁴² REQUIÃO, op. cit., p. 11. Para este autor, a primeira codificação moderna em matéria comercial é o Código de Savary, Ordenança de Colbert, datado de 1673.

⁴³ FERREIRA, op. cit., p. 45.

⁴⁴ Para Rubens Requião, há uma fase intermediária, denominada eclética, “com acentuada transigência para o objetivismo”. Vivante retrata esta mutação: “(...) passou-se do sistema subjetivo ao objetivo, valendo-se da ficção segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial. Essa ficção favoreceu a extensão do direito especial dos comerciantes a todos os atos de comércio, fosse quem fosse seu autor, do mesmo modo que hoje a ficção que atribui, por ordem do legislador, o caráter de ato de comércio àquele que verdadeiramente não o tem serve para estender os benefícios da lei mercantil aos institutos que não pertencem ao comércio”. Cita como exemplo deste sistema eclético a Ordenança de Colbert. REQUIÃO, Rubens. op. cit., p. 11.

⁴⁵ Em sintonia com os princípios da Revolução Francesa, o Código Napoleônico de 1807, em aplicação ao princípio da igualdade de todos perante a lei, excluindo o privilégio de classes, instituiu o sistema objetivo dos atos de comércio. Comentários de Requião, op. cit., p. 12.

⁴⁶ Não obstante os Códigos Civil (1802) e Comercial Francês (1808) continuem vigendo, suas disposições sofreram uma série de alterações. Exemplificativamente, cita-se o art. 1.845, alínea 2, do Código Civil, segundo o qual é considerada civil toda sociedade a que a lei não atribuiu outra característica em razão da forma, da natureza ou do objeto. Diante de tamanha vagueza, em 1966, foi editada nova lei para a qual a comercialidade de determinada sociedade decorre da forma adotada ou da sua natureza, ou ainda, do seu objeto, de maneira que são comerciais as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, de responsabilidade limitada e, por fim, as sociedades por ações. Em suma, a Lei de 1966 trouxe o “imperialismo” da sociedade comercial sobre a civil, restando como sociedades eminentemente civis apenas aquelas cujo objeto é o exercício de profissões liberais, “de forma personalíssima”, como, por exemplo, a medicina, a advocacia e a atividade notarial (em 31.12.1990 foi publicada a Lei francesa 90-1.258, segundo a qual foram criadas as sociedades de exercício liberal – SEL –, ou a possibilidade de os profissionais liberais se organizarem como sociedades comerciais, apesar da natureza civil da atividade desenvolvida). As sociedades

fundamento os atos de comércio como uma evolução do direito corporativo. Esse sistema de atos comerciais, embora criticado por Vivante, representou um certo avanço, uma vez que procurou aplicar o princípio da igualdade, mesmo que de forma tímida, acabando com a arbitrariedade da associação profissional, das corporações, de decidir se determinado cidadão poderia ou não ser comerciante. Praticados os atos previstos como de natureza comercial, aí sim, o comerciante passaria a gozar de determinados privilégios.

A teoria dos atos de comércio

A teoria dos atos de comércio difundiu-se mundialmente por meio das codificações posteriores – belga de 1811, espanhola de 1829, portuguesa de 1833, italiana de 1882, brasileira de 1850 (Regulamento 737), entre outras da América do Sul –, sem, no entanto, conseguir penetrar na Alemanha⁴⁷ e na Inglaterra.⁴⁸

de arquitetos e a de contadores podem adotar a forma comercial, assim como as cooperativas e as sociedades imobiliárias. Quanto a estas, a lei impõe que seja adotada a forma comercial quando explore atividade de investimento, de locação, de comércio e indústria, restando a forma civil somente quando explore a atividade de compra de terreno para construção e posterior revenda – aliás, esta exclusão das transações imobiliárias da esfera comercial nada mais significa que o reflexo da disputa histórica pelo poder entre a burguesia e os senhores feudais na França. Os burgueses excluíram as transações com a terra para excluir o inimigo da atividade lucrativa. Em contrapartida, na Inglaterra, onde burguesia e nobreza feudal se uniram para a construção do Estado Nacional, fazendo com que o capitalismo pudesse surgir independentemente da tomada do poder, as atividades foram reguladas de forma juridicamente homogênea, independentemente da lucratividade, e com a inclusão das atividades imobiliárias. As cooperativas agrícolas não são nem civis nem comerciais. Estas disposições da Lei 1966 trouxeram como consequência que 25% das sociedades registradas perante o Tribunal de Comércio de Paris são sociedades civis. MERCADAL, Barthélémy. *Le Critérium de Distinctions des Sociétés Civiles et Commerciales*. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, vol. 35, n. 4, p. 513-517. out./dez. 1982. Classificação um pouco distinta é proposta por Roger Dorat des Monts, em artigo publicado na mesma revista, p. 505-510, cujo título é “L’unification des sociétés civiles et commerciales: vers un droit commun?”. Para este autor somente uma, e não duas, atividade imobiliária é de natureza civil: a compra de terrenos para venda posteriormente à edificação, e a locação de imóveis. Segundo o mesmo autor, são de natureza civil três grandes grupos de sociedades agrícolas: sociedades cooperativas agrícolas (objetivam obter vantagens fiscais, financeiras e econômicas para seus membros); grupos agrícolas de exploração comum (objetivam facilitar a venda dos produtos produzidos pelos associados enquanto grupos familiares); grupos prediais agrícolas (objetivam congregar somente pessoas físicas para a exploração da própria propriedade ou a locação da exploração da propriedade).

⁴⁷ Para Waldemar Ferreira, a Ordenança de 1673 trouxe a novidade da existência de atos de comércio independentes da qualidade profissional de quem os praticava, dividindo-os em subjetivos ou relativos e objetivos ou absolutos. Também é verdade que, na prática, o direito positivo misturou as teorias. Cita como exemplo o Código Comercial Alemão de 1897, que, para o autor, definiu como comerciante quem exercitasse profissão comercial e, concomitantemente, enumerou as profissões que entendia comerciais, afora permitir que aquele que praticasse profissão não enumerada como comercial se tornasse comerciante pela inscrição no registro. FERREIRA, op. cit., p. 91.

⁴⁸ Na Inglaterra, desde sua unificação como Estado Nacional, e com o surgimento do *common law* (século XIII), a jurisdição das corporações perdeu espaço. Mais precisamente, na segunda metade do século XVIII, os tribunais comerciais foram absorvidos pelo *common law* e os direitos comercial e civil unificados, de forma que, hoje, não se distinguem as atividades civis das comerciais.

Tinha por base, como o próprio nome indica, um ato jurídico de comércio, o qual, como qualquer ato dessa natureza, requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não-defesa em lei. Para Waldemar Ferreira,⁴⁹ o ato de comércio distingue-se do ato jurídico de natureza civil pelo seu caráter especial, ou seja, pela mediação entre a produção e o consumo, “no seu conceito profundo e eminentemente econômico”. Dessa conceituação formulada por Waldemar Ferreira, percebe-se que o caráter especial do ato jurídico que o transforma em comercial é o fato de ser ato de intermediação e de especulação, exercido com profissionalidade e objetivando a lucratividade, em nada se distinguindo da rebatida teoria da intermediação (mediação, profissionalidade, habitualidade, lucratividade).⁵⁰

Criaram-se os chamados sistemas enumerativos e descritivos.

O sistema enumerativo consistia em arrolar os atos considerados mercantis. A grande maioria das codificações utilizou-se desse critério, tendo em vista que este foi o sistema adotado pelo Código Comercial Francês. Acerca da natureza da enumeração contida nos códigos, para Rocco (1981, p. 154), para Mendonça (1933, p. 431) e para Requião (p. 38), o sistema enumerativo é exemplificativo, permitindo a interpretação analógica e não-fechada (*numerus clausus*).

⁴⁹ FERREIRA, op. cit., p. 89.

⁵⁰ Ainda, segundo Waldemar Ferreira, para se verificar a comercialidade de um ato, deveria ser observado o conteúdo dos elementos ou características que o compõem, para verificar: “I. a natureza das coisas que fazem objeto do ato – a letra de câmbio, ‘títulos a ela equiparados, e os decorrentes da navegação marítima, a que se pôde agora acrescer a aérea, bém assim as ações e quotas sociais; II. o motivo por que se pratica, como acontece com a compra e venda, comercializada pelo intútipo (*sic*) de vender ou de locar seu uso (77); III. o intuito lucrativo do agente, desde que subsista continuamente, como objetivo profissional; IV. a circunstância de ser o ato meio de exercício profissional; V, a circunstância de ser o ato meio de exercício do comércio, como a interferência de corretor, leiloeiro ou comissário; VI. a conexidade com outro ato de comércio, qual se dá com inúmeros atos ou contratos civís transmudados em comerciais por aplicarem-se a negócios mercantís: o depósito, o mandato, o mútuo e outros, embora civís, tornam-se desta natureza quando referentes a negócios ou operações comerciais; VI. a acendência do ato, que se dá, por exemplo, com fiança. Esta é civil. Acendendo a negócio comercial, a fim de garanti-lo, mercantiliza-se. Segue a principal. Reveste-se de sua natureza. (...)” (*sic*). FERREIRA, op. cit., p. 92-93. J.X. Carvalho de Mendonça, em 1933, define atos de comércio de forma quase idêntica à de Waldemar Ferreira. Entende que o ato de comércio é caracterizado pela interposição na troca, aqui entendida troca no sentido lato, ou seja, troca de um objeto por dinheiro, de dinheiro de um lugar pelo de outro (câmbio), de forma a justificar as atividades de comissão, depósito, transporte, mútuo, seguros etc., como facilitadores dessa troca, por isso reputadas comerciais. O segundo elemento caracterizador do ato de comércio seria o lucro ou a especulação. O próprio autor historia a fragilidade e insuficiência dessa tese; cita a conclusão do Código Comercial Português de 1833, acerca da impossibilidade de se definir ato de comércio, para ao final, em um capítulo específico, propor uma conceituação de ato de comércio, para o caso brasileiro, baseado nas disposições dos arts. 18, 19 e 21 do Título Único do Código Comercial (CCo) e dos arts. 10 a 20 do Regulamento 737, que será analisada no item do Código Comercial Brasileiro. MENDONÇA, op. cit., p. 449-459.

O sistema descritivo, por sua vez, é aquele pelo qual a lei indica quais são as características de um ato de comércio. Vejamos os exemplos transcritos dos códigos comerciais que adotaram o sistema descritivo, o português e o espanhol, respectivamente:

Serão considerados atos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código, e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar.⁵¹

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este código y cualesquiera otros de natureza análoga.⁵²

Aparentemente, os artigos acima transcritos não descrevem as características de um ato comercial, mas, sim, definem que os atos arrolados no código como comerciais (tal qual o fez o sistema enumerativo) são comerciais, podendo existir outros atos também comerciais que não foram arrolados (sistema enumerativo exemplificativo), desde que não sejam de natureza eminentemente civil (definição por exclusão – dispositivo do Código Comercial Português), ou que tenham natureza comercial⁵³ (dispositivo do Código Comercial Espanhol). Esses dois códigos mais parece terem adotado o sistema enumerativo aberto, ou exemplificativo (sendo essas cláusulas dispositivos complementares), do que consubstanciado o sistema descritivo. Pela própria definição do vocábulo descritivo, percebe-se que o sistema desse tipo deveria enumerar as características que um ato de comércio deveria ter para ser assim compreendido, justificando, dessa forma, a existência da dualidade de sistemas.

Supondo que houvesse, efetivamente, dois sistemas, trataremos a seguir, do

⁵¹ Portugal produziu dois códigos comerciais em 55 anos. O primeiro data de 1833, elaborado por José Ferreira Borges, com forte influência espanhola, exigindo, para a caracterização de comerciante, a matrícula no tribunal de comércio. Essa exigência foi revogada com o advento do código de 1888, segundo o qual, para reputar-se comerciante, bastava ser capaz e praticar os atos com habitualidade. FERREIRA, op. cit., p. 140.

⁵² Tal qual os portugueses, os espanhóis produziram dois códigos em menos de 56 anos. Em 1829, o código comercial espanhol adotou o sistema eclético, segundo o qual, para que se reputasse comerciante, a pessoa deveria ter capacidade legal, estar inscrita na matrícula dos comerciantes e se ocupar, com habitualidade, do tráfico mercantil. Com o advento do código de 1885, os espanhóis adotaram o sistema francês, de forma que, para reputar-se comerciante, bastava ter capacidade legal para exercer o comércio e a ele dedicar-se com habitualidade. FERREIRA, op. cit., p. 140. Carvalho de Mendonça faz a ressalva de que, na exposição de motivos do código espanhol, há declaração do legislador, no sentido de que a qualificação dos fatos que surgirem posteriormente à edição do código fica a critério da experiência e do espírito prático dos magistrados e da inteligência dos comerciantes. MENDONÇA, op. cit.

⁵³ Esta cláusula é genérica, porém entendemos que não serve como uma cláusula geral de um sistema aberto porque não está inserida em um sistema pelo qual será possível determinar o que é a natureza comercial.

sistema enumerativo analisado por Alfredo Rocco⁵⁴ quando estudou os atos de comércio do Código Comercial Italiano de 1882, o qual, como todos os demais códigos dessa época, no tocante aos atos de comércio, nada mais era do que uma repetição do Código Comercial Francês de 1807. Rocco procurou identificar o elemento comum aos vinte e sete atos enumerados. Segundo ele, a troca mediata ou indireta e a interposição na efetivação da troca são os elementos comuns a todos os atos de comércio.

Surgiu também a teoria dos atos mistos como uma derivação da teoria dos atos de comércio.⁵⁵ Segundo essa teoria, a natureza dos atos seria definida pela qualidade de quem os estivesse praticando, podendo o mesmo ato ter natureza dupla, ou seja, poderia ter natureza civil em relação a um não-comerciante que estivesse em um pólo da relação jurídica, e comercial em relação ao comerciante que estivesse no outro pólo da mesma relação jurídica. Logo, se um não-comerciante adquirisse um bem de um comerciante, esse ato teria natureza civil em relação ao não-comerciante e comercial em relação ao comerciante vendedor.

A consequência dessa doutrina também se observa em relação à jurisdição, pois, se o comerciante quisesse demandar o não-comerciante em decorrência da falta de pagamento, deveria submeter-se à jurisdição civil, ao passo que o não-comerciante deveria submeter-se à jurisdição comercial, caso quisesse reclamar de um vício.

No Brasil, com a revogação dos artigos do Regulamento 737, de 25.11.1850, a teoria dos atos mistos perdeu sua força.⁵⁶ De qualquer sorte, essa teoria sempre foi muito combatida, sob o argumento de que o ato é um só, uno e íntegro, de acordo com a teoria da integridade do ato de comércio, de forma que, se há intervenção do comerciante, o ato se mercantiliza.⁵⁷

⁵⁴ Especificamente tratado quando da referência à codificação italiana de 1882.

⁵⁵ De acordo com FERREIRA, op. cit., p. 96, esta teoria foi formalmente rechaçada em 1903.

⁵⁶ Como uma consequência da teoria dos atos mistos, surgiu a teoria da dupla natureza da compra e venda, denominada por REQUIÃO, op. cit., p. 41, de “bifrontismo da compra e venda”. Essa teoria tem por base as disposições contidas no art. 11 do Regulamento 737, segundo as quais, para a determinação da competência, era necessário que se identificassem dois elementos: que uma ou ambas as partes envolvidas na relação jurídica fosse comerciante e que a dívida fosse comercial. Com base neste elemento (dívida), surgiu a teoria segundo a qual, na compra e venda, o elemento definidor e primordial é a compra, que seguirá a natureza da pessoa que a celebra. Ou seja, se o comprador fosse um não-comerciante, a dívida seria não-comercial e, por conseguinte, a relação era não-comercial para ambos. Da mesma forma, se um não-comerciante vendesse a um comerciante, mesmo que para uso próprio, devido à qualidade de comerciante do comprador, a dívida era comercial e o ato, de comércio para ambos, por conseguinte.

⁵⁷ FERREIRA, op. cit., p. 98, citando J. X. Carvalho de Mendonça. Na Itália a “força atrativa” do ato comercial

O Código Comercial Brasileiro de 1850

Apesar de toda a fragilidade da teoria dos atos de comércio permaneceu ela em vigor, inexplicavelmente, até o ano de 2002, no Direito Brasileiro⁵⁸, e, até a atualidade, no ordenamento francês, por exemplo.

No Brasil, conforme dito antes, para a maioria dos doutrinadores, seguiu-se o modelo francês dos atos de comércio, ou seja, adotou-se o sistema enumerativo, embora em nosso Código Comercial de 1850 sequer haja a expressão “ato de comércio”. Com efeito, dispõe o art. 4.º do Código Comercial (CCo), *verbis*:

Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (art. 9.º).

Em complementação, segue a disposição contida no art. 9.º: “O exercício efetivo de comércio para todos os efeitos legais presume-se começar desde a data da publicação da matrícula”.

A definição dos atos de comércio nunca esteve no corpo do Código, senão em um regulamento à parte, de n. 737, também do ano de 1850.⁵⁹ Ademais, diz-se que o

estava expressamente prevista no art. 54 do CCo de 1882, motivo, aliás, de crítica por Vivante antes da retratação, *verbis*: “a) Sccome il Codice di commercio contiene esclusivamente le norme che il commercio, specie il grande commercio, si è venuto per proteggere i propri interessi, così si costringono tutti i cittadini che contrattano a favore di questa classe (art. 54) a subire una legge che è fatta a favore di questa classe, infinitamente meno numerosa”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 3. ed. Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1906. vol. 1. p. 17. O Regulamento 737 de 1850, art. 10, dispunha de forma semelhante ao Código Italiano, dizendo que as causas derivadas de direitos e obrigações sujeitas às disposições do Código Comercial seriam julgadas pela jurisdição comercial, desde que uma das partes fosse comerciante.

⁵⁸ Nossa morosidade legislativa para codificações foi criticada por Orlando Gomes quando demonstra a incrível permanência das Ordenações Filipinas de 1603 em pleno século XX, em: GOMES, Orlando. *Raízes Históricas do Código Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁹ Embora esta seja a posição de vários comercialistas, ver Fábio Ulhoa Coelho. *op. cit.* Ver também Rubens Requião, *op. cit.* Segundo este autor, pelas disposições constantes no art. 4.º do CCo, poder-se-ia dizer que nosso código é adepto do sistema subjetivo, porém com “tempero” objetivo pelos atos de comércio do Regulamento 737. Como complemento à observação de Rubens Requião ressaltamos que o art. 15 do Regulamento 737 dispõe que também é comerciante aquele que não está matriculado no Tribunal do Comércio, porém que somente os matriculados gozam dos benefícios do Código Comercial. Portanto, o nosso Código

Regulamento 737 seguiu o modelo francês e que a origem do nosso Código Comercial está diretamente vinculada à França, porque em 1808, com a chegada da família imperial portuguesa, foragida de Portugal por força da invasão francesa, teve início o processo de desenvolvimento burocrático e jurídico brasileiro.

Em 28 de janeiro de 1808, foram abertos para o mercado internacional os primeiros portos brasileiros. Em 23 de agosto de 1808, foi criada a Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação do Brasil e Domínios Ultramarinos. A própria Junta requereu fosse realizado um projeto de código do comércio para o Brasil. O projeto acabou tornando-se regimento provisório do comércio.

Em 1824, com o advento da Constituição Política do Império do Brasil, por força das disposições do art. 179, n. 18, foi promulgado o código criminal, em 16.12.1830. Caberia, ainda, providenciar a promulgação de um Código Civil, silenciando totalmente a Carta Constitucional acerca do Código Comercial. Apesar da omissão, em 1831 foi nomeada comissão que seria responsável pela elaboração do referido código, a qual apresentou o projeto concluído em 1834.

O Código Comercial estava dividido em três partes: do comércio em geral, do comércio marítimo e das quebras, afora a legislação complementar que regulava a administração da justiça comercial. O projeto elaborado por José Clemente Pereira utilizou como referência o código francês (1807), o espanhol (1827) e o português (1833), tendo sido este encaminhado à Câmara dos Deputados em 1834. Apesar da manifestação favorável do Parlamento ao que lhe fora apresentado, o projeto do código só foi retomado em 1843, sendo

Comercial confere a qualidade de comerciante (critério subjetivo) pela inscrição da matrícula no tribunal de comércio e, critério objetivo, pelo exercício profissional da mercancia, cujo conteúdo deveria ser os atos de comércio que nele não estão descritos. Para Mendonça, op. cit., p. 16, o sistema brasileiro se filia ao sistema misto, subjetivo e objetivo ao mesmo tempo. Não obstante, o mesmo autor entende que o Direito Comercial brasileiro veio a “objetivar-se, sem prejuízo do seu principal escopo”, mesma obra, p. 17. Ver também sobre o assunto: Ferreira, op. cit., p. 141. Ferreira afirma, baseando-se em Teixeira de Freitas, que a previsão “podem comerciar no Brasil” equivaleria a “podem ser comerciantes no Brasil”, de forma que nosso sistema seria subjetivista, porquanto ser comerciante é ter essa qualificação pessoal, enquanto comerciar é exercer atos de comércio. Oportuna é a reflexão acerca do conteúdo do art. 4.º do CCo brasileiro, segundo o qual, *verbis*: “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”. Com efeito, a disposição induz à conclusão de que o sistema brasileiro é subjetivo e objetivo ao mesmo tempo, porquanto há duas exigências para reputar determinada pessoa comerciante: estar matriculado no tribunal do comércio – sistema subjetivo – e fazer da mercancia profissão habitual – sistema objetivo.

que, já em 1844, com a dissolução da Câmara, o processo foi suspenso. Por interferência do Instituto dos Advogados Brasileiros, o projeto foi revisto e aprovado, sendo remetido ao Senado, onde foi emendado em 422 artigos e devolvido à Câmara dos Deputados em 1848. Em 1849, a Câmara dos Deputados foi novamente dissolvida, de forma que, em 1850, quando retomou as atividades, aprovou o projeto e o remeteu para sanção imperial. Finalmente, foi promulgado pela Lei 556, de 23.06.1850, passando a vigorar em 01.01.1851.

Como foi dito, no projeto do Código Comercial Brasileiro não havia menção ao ato de comércio. Por emenda apresentada por Carneiro Leão, foi realizada a tentativa de defini-lo e de fazer constar no código uma enumeração dos atos de comércio.

A emenda não foi aceita, prevalecendo a idéia de José Clemente Pereira,⁶⁰ de natureza subjetivista, segundo a qual, em vez de ser criado um sistema enumerativo no próprio Código Comercial, tratar-se-ia dos atos de comércio quando fosse regulamentada a competência dos Tribunais do Comércio, nesse ponto, aliás, como fizera o Código Comercial Francês, nos arts. 632 e 633.⁶¹ Ou seja, na regulamentação dos arts. 17 e 18 do Título Único do Código Comercial Brasileiro, que tratavam da matéria jurisdicional, estava a base dos atos de comércio no direito brasileiro. Em suma: a lei processual definiu o objeto da lei material.

No mesmo ano de 1850, em 25 de novembro, quando o projeto do código comercial se encontrava em fase final, foram editados dois Decretos: o 737 e o 738. Pelo Dec. 737, foi aprovada a comissão redatora do regulamento processual. Entre os membros estava Carvalho Moreira,⁶² que entendia não estarem definidas no Código Comercial Brasileiro as

⁶⁰ FERREIRA, op. cit., p. 99.

⁶¹ Dispõem os referidos artigos: “Article 632: La loi répute actes de commerce: Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre; Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l’acquéreur n’ait agi en vue d’édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux; Toutes opérations d’intermédiaire pour l’achat, la souscription ou la vente d’immeubles, de fonds de commerce, d’actions ou parts de sociétés immobilières; Toute entreprise de location de meubles; Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau; Toute entreprise de fournitures, d’agence, bureaux d’affaires, établissements de ventes à l’encan, de spectacles publics; Toute opération de change, banque et courtage; Toutes les opérations de banques publiques; Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers; Entre toutes personnes, les lettres de change”.

“Article 633: La loi répute pareillement actes de commerce: toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure; Toutes expéditions maritimes; Tout achat et vente d’agrès, apparaux et avitaillements; Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse; Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer; Tous accords et conventions pour salaires et loyers d’équipages; Tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtiments de commerce.”

⁶² FERREIRA, op. cit., p. 100. No regulamento 737, consta como responsável o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Euzébio de Queiroz Coitinho Mattoso Camara.

características dos contratos mercantis e, conseqüentemente, suas distinções em relação aos contratos de natureza civil. Aproveitou o ensejo e, na lei processual, ao definir a competência dos tribunais do comércio, arrolou os atos de comércio, por ele denominados “atos de mercancia”, utilizando-se do sistema enumerativo exemplificativo mencionado no subtítulo anterior. Dispunha o art. 19 do Regulamento 737, de 1850, *verbis*:

Art. 19. Considera-se mercancia:

Os actos enumerados pelos paragraphos que se seguem são reputados *commerciaes juris et de jure*, não sendo admissivel prova em contrario.

§ 1.º A compra e venda ou troca de effeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2.º As operações de cambio, banco e corretagem;

§ 3.º As empresas de fabricas, de commissões, de deposito, de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetaculos publicos;

§ 4.º Os seguros, fretamentos, riscos, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo;

§ 5.º A armação e expedição de navios.

Em seguida, em 1851, foram editados três regimentos. Já em 1866, o Código Comercial começava a perder abrangência pela derrogação do juízo arbitral. Em 1875 e em 1876, foram extintos os tribunais do comércio, cabendo a jurisdição das causas comerciais também aos juízes de direito, e as funções administrativas, às Juntas Comerciais.⁶³

Quanto à análise em si dos atos de comércio, os doutrinadores nacionais creditam a melhor proposta àquela formulada por J.X. Carvalho de Mendonça. Pode-se dizer que a classificação dos atos de comércio realizada por J.X. Carvalho de Mendonça está para o Brasil como a de Rocco está para a Itália.⁶⁴

Iniciemos, então, pela previsão legal dos atos de comércio na legislação

⁶³ FERREIRA, op. cit., p. 52, arrola em uma vasta lista as derrogações dos artigos do Código Comercial, da qual apontamos somente as principais: quanto à matrícula, pelo Dec. 1.597/1855; quanto aos Tribunais do Comércio, primeiro modificados e depois extintos pela unificação do processo judicial, Dec. 2.662/1875, o qual revogou o Título Único do Código Comercial; quanto à facultatividade do juízo arbitral, pela Lei 1.350/1866; quanto às duplicatas, pelo Dec. 2.044; quanto às quebras, pelo Dec. 917, de 24.10.1890, que introduziu a concordata preventiva, e, posteriormente, pelo Dec.-lei 7.661/45; quanto às companhias do comércio ou sociedades anônimas, já em 1882 foram derogados os arts. 295 a 299 pela Lei 3.150, de 04.11.1882. Mais tarde, ainda quanto às sociedades, em 10.01.1919, pelo Dec. 3.708 foi criada a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e em 1976, pela Lei 6.404/76 todas as disposições das sociedades anônimas contidas no Código Comercial foram revogadas.

⁶⁴ MENDONÇA, op. cit., e ROCCO, op. cit. Porém, pela introdução à obra de Rocco e pelas referências de Carvalho Mendonça ao autor italiano, acreditamos ser a tese italiana anterior à brasileira.

brasileira. O art. 21 do Título Único do Código Comercial (CCo) mencionava os “actos ou obrigações commerciaes” e a expressão foi repetida nos arts. 1.º e 14, § 3.º, do Regulamento 737.⁶⁵ Portanto, o rol dos atos de comércio relacionados no Regulamento 737, mais precisamente no art. 19, sequer este nome levava. Daí por que sugeriu J.X. Carvalho de Mendonça⁶⁶ que as expressões “mercancia” (art. 4.º do CCo e art. 19 do Regulamento 737), “negócios mercantis” (art. 140 e art. 165 do CCo), “matérias de comércio” (art. 913 do CCo) e “atos ou obrigações comerciais” (art. 21 do Título Único do CCo) fossem interpretadas como sinônimos de “atos de comércio”; sugeriu também que o “sistema” dos atos de comércio fosse construído à luz dos arts. 18, 19 e 21 do Título Único do CCo⁶⁷ e dos arts. 10 a 20 do Regulamento 737.⁶⁸

Embora Carvalho de Mendonça tenha proposto uma classificação dos atos de comércio, sua posição era a de que não havia nesses atos “substrato idêntico”, o que, conseqüentemente, fazia da lei sua única fonte de criação.⁶⁹ Em linhas gerais, entendia os atos de comércio como fatos econômicos pelos quais se realizava a função comercial. Esta, por sua vez, significava a interposição entre os produtores e os consumidores, objetivando a efetuação ou facilitação da troca de bens (circulação de riquezas), de maneira que supunha a produção econômica e servia ao consumo.

Destas idéias depreende-se uma das características, segundo J.X. Carvalho de

⁶⁵ O art. 21 do Título Único do CCo, ao estabelecer a competência dos Tribunais do Comércio, mencionou “objectos, actos ou obrigações commerciaes”, enquanto os arts. 1.º e 14, § 3.º, dispunham, respectivamente: “Art. 1.º Todo o Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios mercantis e causas commerciaes, todo arbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver de decidir sobre objectos, actos ou obrigações commerciaes, é obrigado a fazer a applicação da Legislação Commercial aos casos occorrentes (art. 21, Tit. Único do Codigo Commercial) (3)”; “Art. 14. Competem também a jurisdição commercial em razão das pessoas e dos actos: (...) § 3.º Os actos de commercio praticados por estrangeiros residentes no Brasil (art. 30, Codigo)”.

⁶⁶ MENDONÇA, op. cit., p. 453.

⁶⁷ Dispunham os artigos, respectivamente: “Art. 18. Serão reputados commerciaes todas as causas que derivarem de direito e obrigações sujeitas ás disposições do Codigo Commercial, comtanto, que uma das partes seja commerciante”; “Art. 19. Serão também julgadas na conformidade das disposições do Codigo Commercial, e pela mesma fórma de processo, ainda que não intervenha pessoa commerciante: I – As questões entre particulares sobre títulos de dívida pública e outros papeis de credito do Governo. II – As questões de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou objecto. III – As questões que derivarem de contractos de locação, comprehendidos nas disposições do Tit. X do Codigo Commercial, com excepção sómente das que fõrem relativas á locação de predios rusticos ou urbanos”. “Art. 21. Todo o Tribunal ou juiz que conhecer de negocios ou causas do commercio, todo o arbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver de decidir sobre objectos, actos ou obrigações commerciaes, é obrigado a fazer applicação da legislação commercial aos casos occorrentes”.

⁶⁸ O Dec. 737, de 1850, foi revogado pelo Dec.-lei 1.608, de 18.09.1939, mais tarde substituído pela Lei 5.869, de 11.01.1973, atual CPC.

⁶⁹ Atribui essa criação artificial dos atos de comércio, afastada da idéia de interposição na troca objetivando o lucro, em parte à “deficiência da lei civil”. MENDONÇA, op. cit., p. 437.

Mendonça, dos atos de comércio: interposição ou facilitação na troca.⁷⁰ Outra característica do ato comercial seria o lucro ou a especulação ou, pelo menos, a expectativa de lucrar com o serviço prestado, tanto para os consumidores quanto para os fabricantes, poupando-lhes tempo.⁷¹ Carvalho de Mendonça não elaborou um conceito único, assim que, a essas características, devem ser somadas as que seguem, conforme exurgirem da classificação abaixo.

Em seguida, agrupou e classificou os atos de comércio em três categorias: 1.º) atos que constituem o exercício da indústria mercantil, denominados de atos de comércio por natureza, ou profissionais; 2.º) atos que visam facilitar, promover ou realizar o exercício da indústria mercantil, denominados de atos de comércio por conexão; 3.º) atos de comércio por força ou autoridade de lei.⁷²

Elegeu como características comuns às duas primeiras categorias serem atos jurídicos praticados por comerciantes no exercício de sua profissão, com base no art. 19 do Regulamento 737.⁷³

a) A primeira categoria dos atos de comércio, aqueles denominados atos de comércio por natureza ou profissionais (praticados com habitualidade – fundamento legal: art. 18 do Título Único do CCo⁷⁴ e capítulo terceiro do título I da parte 1.º do Regulamento 737, art. 10 a art. 19).⁷⁵ Seriam as operações típicas, como a compra e venda, ou aquelas nas quais são encontradas as características gerais dos atos comerciais: interposição (causa) e especulação (efeito), bastando, para a comercialização dos atos, que apenas uma das partes

⁷⁰ Carvalho de Mendonça afirmava que essa troca deveria ser compreendida em sentido amplo, tendo arrolado como exemplos a troca de objeto por objeto; de objeto por dinheiro; de moeda de um país por moeda de outro país. MENDONÇA, op. cit., p. 433.

⁷¹ Não obstante tenha arrolado o lucro como uma das características do ato de comércio, Carvalho de Mendonça reconhece que, em virtude da evolução, o fim lucrativo está presente em atividades cujo objetivo final não é o lucro, porém, sem ele, a atividade em si será onerada indesejadamente. Cita como exemplos o Estado, as sociedades cooperativas e os institutos de beneficência. Também reconhece que qualquer um que se dedique à profissão ou indústria busca o lucro, ou, se não, ao menos a retribuição do trabalho empregado. Por outro lado, cita o exemplo do aval na letra de câmbio, ato reputado comercial, sem que o ato em si traga lucro para o avalista. MENDONÇA, op. cit., p. 436-9.

⁷² MENDONÇA, op. cit., p. 454-5.

⁷³ Ibidem, p. 456, justifica, com base no art. 19 do Regulamento 737, as características das duas primeiras categorias, de serem atos de comércio, tanto de natureza subjetiva quanto objetiva, porém a enumeração contida no art. 19, antes referido, é objetiva enquanto o caráter subjetivo advém dos arts. 4.º do CCo, 18 do Título Único do CCo e 10 do Regulamento 737.

⁷⁴ Dispunha, *verbis*: “comtanto que uma das partes seja comerciante”.

⁷⁵ Dispunha sobre a “(...) jurisdição commercial em razão das pessoas e dos actos”.

exerça a profissão mercantil.⁷⁶ Portanto, eram reputados comerciais os seguintes atos: I – compra para venda, revenda e locação de coisas móveis; II – operações de câmbio; III – operações bancárias; IV – operações de mediação nos negócios comerciais;⁷⁷ V – operações das empresas de fábricas, de comissões,⁷⁸ de depósito,⁷⁹ de expedição, consignação e transporte⁸⁰ de espetáculos públicos⁸¹ e de fornecimentos. Vejamos um a um os atos:

a.I) compra para venda, revenda e locação de coisas móveis: aqui foram incluídos os semoventes, porém não os imóveis.⁸² Seria a aquisição pelo comerciante, sob qualquer forma (por compra ou troca), das coisas móveis, para revender (a grosso ou a retalho; a mesma mercadoria em espécie ou manufaturada) ou locar com intenção de lucrar;⁸³ a.II) operações de câmbio: aqui estariam incluídas as operações com títulos de crédito e a troca de moeda de um país pela de outro; a.III) operações bancárias: todas aquelas realizadas pelos Bancos, tanto as passivas (depósitos, emissão de notas, redesconto) quanto as ativas (empréstimos, descontos, antecipações, abertura de crédito e operações de câmbio); a.IV) operação de mediação de negócios comerciais: toda aquela atividade de mediação, de aproximação entre pessoas que desejem contratar, praticada habitual e profissionalmente. É ato de comércio por natureza quando o corretor é comerciante, caso contrário, passa para a categoria de ato de comércio por conexão.⁸⁴ Também não é comercial a corretagem/mediação

⁷⁶ Tal qual na Itália, no Brasil a teoria dos atos mistos não foi aceita, prevalecendo o entendimento de que, em sendo comerciante uma das partes envolvidas na relação jurídica, aplicar-se-lhes-iam as disposições contidas no Código Comercial. Segundo Carvalho de Mendonça, o Código Comercial Brasileiro estabeleceu a *vis attractiva* da lei comercial. MENDONÇA, op. cit., p. 468.

⁷⁷ A mediação deve ser compreendida como corretagem, exceto de imóveis.

⁷⁸ Gestão de negócios, arts. 165-166 do CCo.

⁷⁹ De armazéns gerais, cofres e trapiches.

⁸⁰ De pessoas por terra, água ou ar, excetuando-se o contrato de concessão celebrado com o Poder Público, cuja natureza era reputada civil.

⁸¹ Todas as formas de diversão postas à disposição do público mediante “paga”.

⁸² A compra e venda de bens imóveis estaria fora do âmbito comercial, haja vista que o comércio tem função de aproximar produtores e consumidores e que os imóveis não são produzidos, tampouco consumidos, respeitando-se, assim, a tradição romana e evitando perturbação social. Fundamento legal: art. 191 do CCo e art. 19, § 1.º, do Regulamento 737. Interessante ressaltar que, no Código Italiano de 1882, está prevista como comercial a compra e venda de bens imóveis, desde que para fins de especulação imobiliária.

⁸³ O autor explica a exceção da venda do estabelecimento, que não pressupõe a compra para revenda, mas que é reputada comercial por conexão. A compra e venda de apólices da dívida pública também pode ser reputada comercial por força de lei, sem que haja a intenção especulativa e sem que as partes sejam comerciantes. Também explica que, na compra e venda entre comerciantes, mesmo que o adquirente objetive usar os bens adquiridos para uso pessoal, este ato é comercial, pela sua integridade; também é comercial a hotelaria e a farmácia de manipulação. Não considera comercial as instituições de ensino, nem as operações da indústria agrícola, nem a exploração da casa de saúde. O autor cita inúmeros exemplos. Ver: MENDONÇA, op. cit., p. 473-477; 481-484.

⁸⁴ Esta afirmação feita por Carvalho de Mendonça, na p. 489, parece-nos incompatível com a afirmação de que tanto os atos de comércio por natureza quanto os por conexão possuem características em comum, tais como a necessidade de o ato ser praticado por comerciante. MENDONÇA, op. cit., p. 456; 489.

promovida entre civis para a compra e venda de imóveis; V – operações das empresas:⁸⁵ a) de fábricas – seriam as indústrias de transformação da matéria-prima em manufaturada. Poderiam ser enquadradas tanto no § 1.º (quando adquire a matéria para transformar e revender), quanto no § 3.º (quando recebe a matéria para transformá-la, prestando um serviço) do art. 19 do Regulamento 737. Com a indústria manufatureira não se confundia o operário, nem o mestre de ofício, tampouco o artista, em decorrência do não-emprego de capital fixo, de a produção ser artesanal e mediante encomenda, sem estabelecimento, com número pequeno de empregados etc.;⁸⁶ b) de comissões⁸⁷ – seriam os atos praticados em decorrência do contrato de mandato mercantil, agindo, entretanto, o comissário, em nome próprio.⁸⁸

Estariam compreendidas na mesma categoria das empresas de comissão as empresas de leilões e as agências de negócios comerciais; c) de depósito – compreenderiam os armazéns de depósito e de trapiches⁸⁹ (guarda e conservação de mercadorias destinadas ao comércio), de armazéns gerais⁹⁰ (exerciam as atividades de guarda e conservação de mercadorias destinadas ao comércio, bem como de emissão de títulos especiais que representassem as mercadorias depositadas), de cofres fortes; d) de expedição, consignação e transporte⁹¹ – seriam reputadas comerciais as empresas que explorassem atividades de estradas de ferro, de navegação etc., mesmo que em concessão.⁹²

⁸⁵ Carvalho de Mendonça adotou a definição econômica de empresa: organização técnico-econômica, coordenada pelo empresário que assume os riscos, para a produção de bens ou serviços destinados à troca (venda), mediante a combinação dos elementos natureza, trabalho e capital, objetivando o lucro. Embora atribísse o caráter comercial das empresas a outros elementos, asseverou que a atividade intermediadora do empresário estaria entre a massa produtora (máquinas e operários) e os consumidores. As empresas comerciais poderiam ser exploradas pela União ou pelos Estados; poderiam ter por objetivo a utilidade pública ou a beneficência pública; poderiam ser exercidas por pessoas naturais ou jurídicas e poderiam ser constituídas sob qualquer forma societária. Segundo o mesmo autor, às empresas de comissão, de espetáculos e de depósito falta o elemento econômico, como organização dos fatores de produção, motivo pelo qual justificou que, para o Código Comercial, a comercialidade da empresa advinha da profissionalidade na execução do ato. Apontou a falha na enumeração legal, visto que a empresa livreira e a tipográfica, por exemplo, não foram arroladas e eram empresas comerciais, em contrapartida à empresa agrícola, que não era comercial. MENDONÇA, op. cit., p. 493-496.

⁸⁶ MENDONÇA, op. cit., p. 498.

⁸⁷ Gestão de negócios, arts. 165/190 do CCo.

⁸⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 500, não justifica a disposição legal. Simplesmente alega que a lei está errada e que a comissão, mesmo individual, é ato de comércio. Percebe-se que o autor não aplicou o conceito de empresa para sua análise. Tão-somente citou Rocco, dizendo que o ato singular de comissão executado com a colaboração de “subalternos” é empresarial.

⁸⁹ CCo, arts. 87/98.

⁹⁰ Lei 1.102, de 21.11.1903, art. 36.

⁹¹ De pessoas por terra, água ou ar, excetuando-se o contrato de concessão celebrado com o Poder Público, cuja natureza era reputada civil.

⁹² O contrato de concessão firmado entre o Estado e o concessionário não era reputado comercial.

Também foram incluídas pelo autor, entre essas empresas, as de telecomunicações e as aeronáuticas;⁹³ e) de espetáculos públicos – seria comercial o exercício da indústria objetivando recrear, divertir o público mediante paga, visando ao lucro, independentemente da forma de organização e do gênero da diversão, exemplificativamente: cinema, circo, teatro, festivais etc.; f) de fornecimentos – seriam aquelas empresas que forneciam, em épocas sucessivas, previamente fixadas, para satisfazer determinada necessidade, coisas em propriedade ou uso ou, ainda, prestavam serviços. O fundamento da comercialidade desta empresa seria o mesmo da compra e venda, ou seja, deve haver a intenção do repasse das mercadorias adquiridas, por parte do empresário fornecedor, já no momento em que a aquisição fosse feita. Excetuou deste tipo de empresa o fornecimento do que foi produzido na terra do empresário, por lhe faltar a possibilidade do lucro entre a aquisição e o repasse. Por outro lado, incluiu nesta categoria as empresas de iluminação, de abastecimento de água, de gás, de esgoto, de energia elétrica, de alimentação para os detentos e para a força pública.

b) A segunda categoria seria a dos atos de comércio por conexão (fundamento legal: além do mesmo dos atos por natureza, também o art. 18 do Título Único anexo ao CCo⁹⁴ – e o art. 1.º do Regulamento 737,⁹⁵ sendo que, com tal nome, não há previsão legal). Seriam atos praticados no interesse ou em virtude do exercício normal da profissão de comerciante.⁹⁶ Teriam, em princípio, natureza civil,⁹⁷ sendo sua conversão em comercial dependente da finalidade (deve ser verificada a intenção do agente) para a qual são praticados e da indispensabilidade ou essencialidade com que se relacionam com o exercício do comércio (com os atos comerciais por natureza), motivo pelo qual são tidos como atos de

⁹³ MENDONÇA, op. cit., p. 502.

⁹⁴ Dispunha, *verbis*: “obrigações sujeitas às disposições do Código Commercial”.

⁹⁵ “Art. 1.º Todo o Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios mercantis e causas commerciaes, todo arbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver de decidir sobre objectos, actos ou obrigações commerciaes, é obrigado a fazer a applicação da Legislação Commercial aos casos occorrentes (art. 21, Tit. Único do Código Commercial) (3).”

⁹⁶ Não obstante ter conceituado os atos de comércio por conexão como atos que promovem ou facilitam o exercício da atividade comercial, mercantilizando-se em decorrência da finalidade e da essencialidade do ato para o exercício daquela atividade, disse, na p. 507, que essa categoria de atos também pode ser ato de comércio por natureza ou tornar-se comercial em virtude do princípio da integridade do ato. No entanto, como pode um ato de natureza civil ser comercial por natureza ao mesmo tempo? Se o ato fosse comercial por natureza, por que seria arrolado como ato comercial por conexão? MENDONÇA, op. cit., p. 507.

⁹⁷ Apesar de, na p. 506, Carvalho de Mendonça ter afirmado que os atos de comércio por conexão eram atos civis que se mercantilizavam, na p. 509 afirmou que os atos “essencialmente civis” não poderiam tornar-se comerciais. MENDONÇA, op. cit., p. 509.

comércio por derivação.⁹⁸

Subdividem-se em dois grandes grupos, dos quais somente o primeiro será objeto de nossa análise: b.1) atos de comércio por conexão fundados em contrato ou em declaração unilateral de vontade, a título oneroso ou gratuito; b.2) atos de comércio por conexão, consistentes em atos ilícitos.⁹⁹

No grupo “b.1” encontramos: I – compra e venda ou permuta de móveis necessários para a instalação do estabelecimento comercial (móvel, vitrine etc.); II – compra e venda, permuta ou locação de objetos para o exercício do comércio (livros para contabilidade, balanças etc.); III – aquisição ou reparação de máquinas, utensílios ou instrumentos para o desempenho da profissão; IV – compra de carvão e lenha para alimentar o forno; V – ajustes e obrigações dos agentes auxiliares do comércio; VI – ajustes, soldadas, direitos e obrigações dos oficiais e agentes da tripulação; VII – mandato para gestão de um ou mais negócios mercantis; VIII – mútuo; IX – operações bancárias acessórias; X – a fiança de que trata o art. 256 do CCo,¹⁰⁰ se o fiador não estipular ao afiançado retribuição pecuniária;¹⁰¹ XI – o depósito de que trata o art. 280 do CCo;¹⁰² XII – a conta corrente;¹⁰³ XIII – a gestão de negócios sem mandato;¹⁰⁴ XIV – o pagamento do indébito;¹⁰⁵ XV – o aceite ou pagamento da

⁹⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 506, manifestou seu entendimento de que os atos de comércio por conexão são assim reputados em virtude da íntima relação que têm com a profissão mercantil e não pelo fato de o agente do ato ser comerciante; isso é pressuposto.

⁹⁹ Foram arrolados pelo autor os delitos e quase-delitos, a saber: a) o emprego ilegal de firma ou razão social; b) a usurpação de marcas de indústria ou de comércio; c) o uso indevido do nome comercial, título de estabelecimento, insígnia e expressão ou sinal de propaganda; a) a ofensa aos direitos da patente de invenção; e) a imitação de desenhos ou modelos industriais; f) a concorrência desleal; g) o abaloamento; h) os atos de responsabilidade de tripulantes e gente do mar, dos agentes auxiliares do comércio, de mandatários, de comissários, liquidantes, síndicos ou liquidatários; i) o requerimento da falência injusta.

¹⁰⁰ “Art. 256. Para que a fiança possa ser reputada mercantil, é indispensável que o afiançado seja comerciante, e a obrigação afiançada derive de causa comercial, embora o fiador não seja comerciante.”

¹⁰¹ “Art. 259. O fiador mercantil pode estipular do afiançado uma retribuição pecuniária pela responsabilidade da fiança; mas estipulando retribuição não pode reclamar o benefício da desoneração permitido no art. 262.”

¹⁰² “Art. 280. Só terá a natureza de depósito mercantil, o que for feito por causa proveniente de comércio, em poder de comerciante, ou por conta de comerciante.”

¹⁰³ Embora arrole a conta corrente como ato de comércio por conexão fundado em contrato ou em declaração unilateral de vontade, o próprio autor reconheceu que se tratava de ato de comércio por natureza. MENDONÇA, op. cit., p. 512.

¹⁰⁴ Art. 163 do CCo, *verbis*: “Art. 163. Quando um comerciante sem mandato, ou excedendo os limites deste, conclui algum negócio para o seu correspondente, é gestor do negócio segundo as disposições da lei geral; mas se este for ratificado, toma o caráter de mandato mercantil, e entende-se feito no lugar do gestor”.

¹⁰⁵ CCo, art. 435, *verbis*: “Art. 435. Passando-se a quitação geral a uma administração, não há lugar a reclamação alguma contra esta; salvo provando-se erro de conduta, dolo ou fraude”.

letra de câmbio ou o pagamento da nota promissória por honra de qualquer das firmas;¹⁰⁶ XVI – a contribuição de avarias;¹⁰⁷ XVII – a guarda e administração dos salvados.¹⁰⁸

c) A terceira categoria seria dos atos reputados comerciais por força ou autoridade da lei (denominados de “artificialmente comerciais”¹⁰⁹ – fundamento legal: art. 19 do Título Único do CCo¹¹⁰ e art. 20 do capítulo IV do título I da parte 1.^a do Regulamento 737).¹¹¹ Eram consideradas exceções aos “verdadeiros” atos de comércio. Seriam atos desta classe os de natureza civil, declarados comerciais por motivos de “ordem ou interesse público”, sendo indiferente à sua comercialidade se fossem praticados por comerciante ou não, bem como se a sua prática fosse reiterada ou não, pois não conferiam a qualidade de comerciante a quem os praticava; tampouco deixavam de ser reputados comerciais se praticados por não-comerciante. Consistiam em mera enumeração taxativa, de forma que não se ampliavam por analogia, conforme rol que segue: I – os negócios cujo objeto eram títulos da dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo;¹¹² II – os atos constitutivos, administrativos, dissolutórios ou de liquidação e partilha de sociedades comerciais;¹¹³ III – as operações envolvendo letras de câmbio, notas promissórias,¹¹⁴ bilhetes de mercadorias, títulos emitidos pelos armazéns gerais e cheques; IV – as operações envolvendo seguro marítimo, riscos e fretamentos.

Embora Carvalho de Mendonça seja festejado como o autor nacional que mais contribuiu para uma sistematização dos atos de comércio, percebemos, pela síntese da sua análise, que a proposta de separação em categorias, tais como as acima mencionadas, não passou de mera casualidade, sem que houvesse correspondência entre as características de

¹⁰⁶ Segundo o autor, essa atividade não foi classificada como gestão de negócios pelo fato de o interveniente que pagou ficar sub-rogado nos direitos daquele em cuja firma foi por ele honrada. MENDONÇA, op. cit., p. 513.

¹⁰⁷ CCo, arts. 772 a 796.

¹⁰⁸ Ibidem, arts. 731, 733 e 738.

¹⁰⁹ MENDONÇA, op. cit., p. 455.

¹¹⁰ Dispunha, *verbis*: “(...) ainda que não intervenha pessoa comerciante”.

¹¹¹ Dispunha, *verbis*: “Da jurisdição commercial em razão sómente dos actos”.

¹¹² Segundo MENDONÇA, op. cit., p. 522, os negócios cujo objeto são “títulos da dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo” são classificados como comerciais por força de lei, não obstante possam também compor as operações de corretagem, bem como ser considerados atos de comércio por natureza quando forem objeto de operações bancárias.

¹¹³ MENDONÇA, op. cit., p. 524. Estão compreendidos nesta categoria os direitos e obrigações dos sócios entre si e com relação à sociedade. O autor entende que esses atos também poderiam ser considerados atos de comércio por conexão.

¹¹⁴ MENDONÇA, op. cit., p. 525. Sua comercialidade era dependente da forma do título e não da causa pela qual era praticada.

cada espécie com o respectivo ato nela arrolado. Assim é que, por exemplo, na espécie “atos de comércio por natureza”, na categoria empresarial, embora a comercialidade do ato adviesse da organização empresarial, qualquer que fosse a concepção de empresa, este elemento distintivo ou conversor do ato em comercial não foi identificado pelo autor, como ocorre na empresa de fornecimentos, cujo fundamento para a comercialidade do ato foi apontado por Carvalho de Mendonça como sendo o mesmo da compra e venda, ou seja, a intenção do repasse por parte do empresário fornecedor, já no momento em que a aquisição é feita. No entanto, se a comercialidade do ato está na interposição entre aquisição e repasse, não se pode dizer que a comercialidade advém da organização empresarial.

Com efeito, nesse contexto, a definição de empresa torna-se inútil para a definição do ato de comércio. Ademais, percebe-se que, para a definição do mesmo ato – empresa de fornecimento – estar-se-ia, segundo o referido autor, utilizando-se de dois elementos distintos e não convergentes, a saber: interposição entre aquisição e repasse e organização empresarial. No entanto, o que se verifica é que, não obstante o autor tenha mencionado a organização empresarial como elemento conversor do ato em comercial, dele não se utilizou.

Outro exemplo da mesma situação é a empresa de espetáculos, cujo elemento definidor da comercialidade do ato é o lucro e não a organização empresarial. Com base neste mesmo exemplo, partimos para uma outra crítica, que, pela lógica, deveria ter antecedido a crítica dos atos comerciais por natureza, especificamente os empresariais: entre o conceito genérico de ato de comércio e a definição de suas espécies, mesmo na categoria ato de comércio por natureza, Carvalho de Mendonça não observa uma correspondência: ora o elemento lucro não é critério definidor do ato, pois é inerente a todos os atos, ora é elemento definidor da comercialidade do ato.

Por fim, resta apontar a incerteza criada pela excessiva flexibilidade com que os atos de comércio por força de lei, que, apesar de se caracterizarem como atos de natureza civil, poderiam ser classificados como atos de comércio por conexão, como, por exemplo, as operações com títulos da dívida pública, se fossem objeto de operação bancária.

Exemplos como esses são muitos e servem para mostrar que a teoria dos atos de comércio não é uma regra que comporta exceções, mas, sim, a própria exceção. Em

síntese, acreditamos que a proposta de Carvalho de Mendonça caiu no casuísmo pelo fato de o autor não ter alcançado a conversão da intermediação tanto do conceito geral quanto das espécies de atos, nos atos em si que foram por ele utilizados como ilustrações. A tentativa de conceber uma teoria resultou em uma repetição legal desordenada, associada à compilação da jurisprudência da época.

O Código Comercial Italiano de 1882

Pela riqueza da produção doutrinária, não há como se evitar um rápido comentário acerca do Código Italiano de 1882, uma vez que os doutrinadores italianos buscaram, incessantemente, distinguir a atividade comercial da civil e, conseqüentemente, determinar o âmbito de aplicação do Direito Comercial.

Na Itália, embora não mais em vigor em decorrência de ter sido derogada juntamente com o código de 1882, a teoria dos atos de comércio foi amplamente debatida, uma vez que, no “Codice di Commercio del Regno D’Italia”, de 1882, constava expressamente a relação dos vinte e sete atos que eram classificados como comerciais, adotando, assim, o sistema enumerativo. Apesar de não haver qualquer identidade valorativa entre os atos arrolados no Código Comercial Italiano, Alfredo Rocco,¹¹⁵ contrariamente à posição dominante,¹¹⁶ afirmou ter encontrado um conceito unitário para os atos de comércio, rebatendo, assim, a teoria vigente que dividia os atos de comércio em objetivos e subjetivos.

Atos de comércio objetivos eram aqueles a que a lei atribuía esta qualidade atendendo à sua natureza, independentemente da pessoa que os realizava; atos de comércio subjetivos eram aqueles assim reputados pela lei em decorrência de serem praticados por comerciantes. Conseqüentemente, para saber se determinada pessoa era comerciante, de acordo com a lei italiana, era preciso saber se ela praticava ato de comércio e, por sua vez, atos de comércio eram aqueles arrolados pelo art. 3.º, ou seja, atos de comércio objetivos.

¹¹⁵ A referência bibliográfica utilizada no presente livro é uma edição de 1981. Porém, a teoria formulada por Rocco remonta, segundo a preliminar constante na edição, a 1927. ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. México: Nacional, 1981.

¹¹⁶ Constatação de Joaquim Garrigues, no prólogo à edição espanhola de ROCCO, op. cit., p. XIII.

Afora o círculo vicioso com relação à conceituação de ato de comércio subjetivo, entendia Rocco que fixar um conceito dizendo que o ato de comércio independia de quem o praticava (ato objetivo), nada mais significava que “expressar uma proposição negativa” (Rocco, 1981, p. 156-157). As idéias de Rocco também resultaram de sua crítica aos italianos, que adotavam a teoria francesa, reconhecendo, porém, a classe dos atos de comércio acessórios, que seriam aqueles assim classificados porque relacionados com alguma atividade mercantil. Somando a teoria francesa de atos subjetivos e objetivos à teoria dos atos acessórios, estar-se-ia classificando os atos mercantis com base em dois critérios distintos, simultaneamente: em função da pessoa (atos objetivos e subjetivos) e em função da natureza intrínseca do ato (atos acessórios). Foi daí que nasceu a idéia de Rocco de que, agrupando os atos de comércio em grandes categorias, poderia preparar o caminho para fixar o conceito unitário de ato de comércio, o qual poderia ser posteriormente ampliado, mediante nova generalização, pela aplicação da analogia jurídica, em evidente contribuição aos interesses científicos e práticos.

A grande transformação, segundo Rocco, dos atos de comércio, ocorreu em virtude da constatação da ampliação da classe de atividades que eram consideradas comerciais, ampliação esta conseqüente à inserção de atividades que passaram a ser classificadas como comerciais independentemente da “profissão” de seus executores.

Dividiu, então, os atos de comércio em intrinsecamente mercantis (ou atos de comércio constitutivos) – aqueles arrolados nos incisos 1.º, 2.º, 3.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 13, 19, 20 e 21 do art. 3.º – e atos de comércio por conexão (também denominados de atos acessórios) – aqueles arrolados nos incisos 4.º, 5.º, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 22, 23 e 24 também do art. 3.º Código Comercial Italiano, bem como nos arts. 4.º, 6.º, 349 e 380 do mesmo texto legal.

Os atos intrinsecamente mercantis assim o eram em decorrência da sua natureza e poderiam ser subdivididos em quatro categorias:

1.º) atos de interposição na troca de mercadorias, de títulos e de prédios rústicos e urbanos (incisos 1.º, 2.º e 3.º do art. 3.º). Nesses casos, a interposição na troca corresponderia à atividade de compra para a revenda ou para locação e às vendas sucessivas, sendo que, para a compra e venda ou locação de imóveis serem comerciais era necessário o

fim especulativo;

2.º) atos de interposição na troca de dinheiro contra dinheiro a crédito (operações bancárias, inciso 11 do art. 3.º); nesses casos, a interposição na troca estaria no ato de o Banco adquirir dinheiro para repassar ao consumidor de seus serviços (tomador do crédito ou do resultado da aplicação);

3.º) atos de interposição na troca do trabalho, ou exercício de uma função intermediadora entre os trabalhadores e o público (empresa¹¹⁷ de fornecimentos, de

¹¹⁷ Já neste código se iniciam as discussões sobre a teoria da empresa. Rocco arrola duas correntes: 1.º) a predominante, que entendia empresa, prevista no art. 3.º do Código Comercial Italiano de 1882, como a organização dos fatores de produção, coincidente com a definição econômica e de natureza mercantil, porquanto todos os atos que se referem à organização da empresa também são mercantis. Logo, de acordo com esse conceito, é empresa mercantil toda organização dos fatores de produção que assim se organizam para praticar os atos mercantis arrolados no mesmo art. 3.º. Em síntese, compreendemos que empresa, de acordo com essa teoria, predominante naquela época, seria a prática, coletiva, reiterada e organizada, de atos de comércio. Diga-se, aliás, teoria tão falha quanto a subjetiva (traz o círculo vicioso à tona), pois define algo com base em um conceito que não se conhece; 2.º) a minoritária, que entendia empresa como o exercício de uma atividade complexa, consistindo na repetição de atos singulares correspondentes à intenção de dedicar-se, de forma contínua e duradoura, a uma série de negócios de mesmo gênero. Para Rocco, nenhuma das definições era satisfatória porque:

1) com relação à primeira tese, entendia que:

1.a) qualquer que fosse o conceito econômico de empresa (organização por conta e risco próprios dos elementos de produção com finalidade lucrativa; organização dos elementos de produção objetivando produzir bens para a troca; organização produtora para produzir bens para o mercado em geral), não coincidia com o conceito de empresa que poderia ser deduzido dos elementos constantes no art. 3.º do Código. Isto porque o fator econômico de empresa pode ser encontrado tanto nos atos que o código classifica como atos empresariais, como também nos atos que o código classifica como comerciais, pois há fator econômico nos três outros tipos de atos comerciais constitutivos (natureza intrínseca), porquanto o comércio é um ramo da produção econômica, e toda produção comercial pressupõe uma organização dos fatores de produção. Assim é que há fator econômico (aqui entendido como sinônimo de empresa, por sua vez sinônimo de organização): 1.a.1) na compra para revenda, ato comercial por excelência, tido como empresarial pela organização da colocação no mercado da produção; 1.a.2) nas operações bancárias, que, embora nada mais signifiquem que uma subespécie da produção econômica, utilizam-se da organização empresarial; 1.a.3) nas operações de seguros o elemento empresa está na organização para a criação e administração dos fundos dos segurados. Com efeito, a crítica de Rocco, neste ponto, era procedente, pois, se o ato empresarial poderia ser encontrado em qualquer um dos três tipos de ato comercial por natureza intrínseca, como também poderia ser elemento distintivo de uma única classe?! Por isso, Rocco entendeu que o conceito econômico de empresa (organização dos fatores de produção) não era suficiente para criar uma classe na espécie atos de comércio pela natureza intrínseca.

1.b) Há atividades que podem ser compreendidas como empresas em sentido econômico (organização dos fatores de produção), as quais não o são para o art. 3.º, do CCo italiano, como, por exemplo, é o caso da atividade desenvolvida pelo artesão, que está expressamente excluída do âmbito do Código Comercial; da atividade desenvolvida pelo “obrero” (por si ou com a ajuda de aprendizes), que não se enquadra, de acordo com as disposições do art. 3.º, na hipótese de se tornar empresa manufatureira; da atividade desenvolvida pelo artista que faz espetáculos por sua conta e risco, que não se enquadra, de acordo com as disposições do art. 3.º, na hipótese de se tornar empresa de espetáculos; ou da atividade do motorista, que tampouco se enquadra, de acordo com as disposições do art. 3.º, na hipótese de se tornar empresa de transportes. Rocco fez a ressalva de que essas exclusões ou a não-abrangência de determinadas atividades pelo código como empresariais não se deviam ao critério quantitativo (pequeno, médio ou grande) da empresa, pois este critério seria econômico e não jurídico, de forma que seria preciso identificar um critério qualitativo determinado. Ademais, segundo o

construção, fabril, de espetáculos públicos, editorial, tipográfica e livreira, de transporte de pessoas e coisas por terra e por água, de comissão, de agência e de negócios, incisos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 13 e 21 do art. 3.º); nesses casos, a interposição na troca deriva do próprio conceito de empresa formulado por Rocco.

Para Rocco (1981, p. 165-173), a empresa como elemento distintivo de uma determinada categoria dos atos intrinsecamente mercantis, ou seja, como definidora do ato mercantil, deve ser compreendida como a realização das atividades arroladas nos incisos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 13 e 21 do art. 3.º do CCo Italiano, de forma coletiva (“com a colaboração de outras pessoas”). Justifica sua posição de que empresa, no sentido jurídico, é diferente do sentido econômico também pelo fato de, para a empresa, juridicamente falando, pouco importar a origem do capital, porém ser determinante o emprego do trabalho alheio, recrutado, organizado e pago pelo empresário. Logo, toda empresa, assim compreendida pelo Código Comercial Italiano de 1882, pode também sê-lo para a Economia, porém nem toda empresa, no sentido econômico, será empresa para o Código Comercial Italiano de 1882.

Assim é que, no caso da empresa de fornecimentos, definida por Rocco como a atividade de prestação de serviços pela qual podem ser fornecidas mercadorias, tanto na qualidade de produtor, quanto na qualidade de intermediador, ou podem ser fornecidos serviços de remoção de neve, por exemplo, a atividade em si torna-se mercantil pela colaboração de terceiros na sua execução. O mesmo pode ser dito da empresa construtora, cuja mercantilização se dá em decorrência da execução da atividade com a colaboração de terceiros, independentemente de haver compra do material para ser revendido ao dono da obra.

Quanto à empresa fabril ou manufactureira, Rocco assevera que a compra dos

autor, havia pequenas empresas de construção, por exemplo, que eram reconhecidas juridicamente pelo Código Comercial.

2) Com relação à segunda tese, entendia que, de acordo com o Código Comercial de 1882, toda empresa necessariamente envolve uma atividade complexa: porém nem toda atividade complexa é uma empresa, tampouco um ato comercial. Cita como exemplo a atividade agrícola, bastante complexa, e que, no entanto, pelas disposições do art. 5.º do CCo, que excluem a atividade de venda pelo proprietário ou lavrador dos produtos por eles produzidos, não poderia ser compreendida como ato comercial e, conseqüentemente, como ato empresarial, juridicamente falando. Também ressalta que o exercício de uma profissão não é ato empresarial para o Código Comercial Italiano de 1882. Conclui Rocco que, para identificar o elemento que, na empresa, conduz ao agrupamento de determinadas atividades como mercantis, deve ser analisada cada uma dessas atividades para, nas próprias, encontrar o elemento comum e, portanto, definidor da empresa em sentido jurídico e, conseqüentemente, mercantil. ROCCO, op. cit., p. 161-164.

insumos à produção não mercantiliza o ato e que o artesão que transforma a matéria-prima não realiza ato de comércio. Logo, a comercialidade da empresa manufatureira advém do emprego do trabalho alheio para a execução da atividade. O mesmo raciocínio vale para a empresa de espetáculos públicos, cuja comercialidade advém do emprego do trabalho alheio, de forma que o espetáculo realizado pelo artista nada tem de comercial, senão a intermediação entre o artista e o público. Essa intermediação também ocorre no caso da empresa editora, na qual Rocco aponta a comercialidade do ato pela intermediação entre autor e o público.¹¹⁸

Em contrapartida, a empresa tipográfica é considerada atividade comercial pelo emprego de auxiliares na execução das tarefas, em nada divergindo do caráter mercantil conferido às empresas de fornecimentos, de construção e a fabril ou manufatureira. Em relação à empresa de livraria, Rocco justifica que a lei arrolou esta atividade com caráter empresarial e não simplesmente como intermediação entre a compra e venda de mercadorias, incisos 1.º e 2.º do art. 3.º, porque a livraria pratica outra atividade que, por si só, não seria reputada comercial pelo código: a organização, a difusão e a venda de livros não comprados, mas recebidos em depósito.¹¹⁹ Empresa livreira foi definida por Rocco como a organização sistemática da venda e difusão de obras que exigem o emprego de numeroso pessoal, bem treinado e bem dirigido, cuja atividade visa o intermédio entre o público e os editores.¹²⁰

¹¹⁸ Entendemos que, no caso da empresa de editoração, Rocco misturou dois conceitos distintos. Em todas as classes de empresas enumeradas no art. 3.º, Rocco apontou como sendo o elemento definidor de empresa a intermediação entre o trabalho de um terceiro na consecução do objeto da própria empresa e o público tomador do bem ou do serviço confeccionado pela empresa. Com efeito, no caso da empresa de editoração, o caráter empresarial estaria no emprego de, pelo menos, um terceiro que executasse a editoração sob o comando do empresário, ou seja, que supervisionasse e reparasse o texto a ser publicado. Logo, a empresariedade do ato estaria em comandar e organizar os colaboradores na execução do mesmo objeto: do objeto da empresa. Quando, entretanto, Rocco explana a empresa editora, afirma que, neste caso, a intermediação estaria entre o autor e o público, introduzindo um elemento totalmente distinto daquele que vinha sendo utilizado, pois a intermediação estaria entre o público e uma atividade estranha à empresa, assemelhando-se ao primeiro grupo de atos, conforme disposto nos incisos 1.º e 2.º do art. 3.º do CCo italiano de 1882 e à teoria da intermediação. Quanto a esta inserção de um elemento estranho à abordagem que vinha até então sendo dada, é oportuno trazer a própria crítica de Rocco à teoria francesa dos atos de comércio: estar-se-iam classificando os atos mercantis com base em dois critérios distintos, simultaneamente. Conseqüentemente, ou ato comercial decorrente de sua prática pela forma empresarial significa a interposição, por parte do empresário, entre os seus colaboradores e o mercado, ou significa sua interposição entre o produtor da coisa ou do serviço e o mercado. Esta observação também é aplicável para o caso da empresa livreira, embora, nesse caso, Rocco tenha atenuado um pouco a idéia de interposição entre o editor e o público, pela ressalva que fez no tocante à necessidade de o livreiro empregar colaboradores para a execução da venda dos livros. ROCCO, op. cit., p. 165-167.

¹¹⁹ Corresponderia hoje à venda por consignação, amplamente difundida, haja vista o custo do armazenamento dos bens e a indisponibilidade de capital de giro para a aquisição de mercadorias a grosso. De qualquer sorte, chama a atenção o fato de o depósito estar previsto no Código Comercial Italiano de 1882 como ato comercial por conexão, art. 3.º, inciso 24.

¹²⁰ As expressões utilizadas por Rocco não foram muito felizes, pois qual a empresa que, para executar sua atividade, não necessita de pessoal bem treinado e bem dirigido? Essas não são características que mercantilizam uma atividade, mas sim que qualificam qualquer empresa que executa suas tarefas com qualidade. Também utilizou neste mesmo item outra expressão que em nada individualiza a atividade e,

Justifica que o referido inciso 10 do art. 3.º do Código Comercial Italiano trata de empresa livreira e não, de negócios de livreria porque, nesse caso, estariam englobadas as pequenas livrerias que não fazem especulação livreira, mas somente recebem livros em “administração”, motivo pelo qual podem ser chamadas de agentes dos editores.¹²¹

No tocante à empresa de transporte, Rocco se utiliza um pouco da noção econômica, por ele criticada, de que empresa seria a organização dos fatores de produção, especificamente, da organização do “fator mais importante da produção: o trabalho”. Consigna expressamente que a linha divisora entre o transporte como ato civil e o transporte como ato comercial está no emprego de auxiliares na execução do trabalho.

Por fim, Rocco entendeu ser comercial a atividade de comissão, a negociação em nome próprio por conta alheia, quando nela existir o caráter empresarial. Logo, há ato de comércio quando, para executar a comissão, o comissário se utiliza do trabalho de agentes subalternos, de empregados, ou quaisquer outros que sejam remunerados pelo trabalho executado. Ressalva que também pode haver comissões como ato mercantil que não sejam empresas quando estiverem vinculadas a atos intrinsecamente comerciais, sendo, nesses casos, atos de comércio por conexão, sem que isto diminua a importância da disposição contida no inciso 21 do art. 3.º, do Código Comercial Italiano de 1882, porquanto somente os atos intrinsecamente comerciais podem dar origem a atos comerciais acessórios. No mesmo item, Rocco tratou das empresas de agências e das empresas de escritório de negócios, conceituando-as como atividades desenvolvidas para contribuir para a celebração de contratos de várias classes: compra e venda e/ou locação de imóveis; agenciamento de empregados domésticos, de artistas, entre outros, executando para tanto as mais variadas tarefas. Nessas atividades, a comercialização do ato decorre do elemento empresarial, novamente entendido como “a organização do trabalho alheio”.

tampouco, contribui para apontar seu caráter mercantil: “(...) actividad intermediadora entre quien trabaja y quien necesita de los productos del trabajo”. Isto é a lei da oferta e da procura, e nada mais indica que há mercado para um prestador de serviços qualquer. Por meio dessa colocação, Rocco dá também a entender que esta aproximação ou esta prestação de serviços não é trabalho. ROCCO, op. cit., p. 168-169.

¹²¹ Esta posição de Rocco vai de encontro a duas outras passagens: quando definiu o ato intrinsecamente mercantil, momento em que disse que o fim especulativo e lucrativo não era essencial para a mercantilização do ato, e quando criticou as definições de empresa, mais especificamente, a tese preponderante de empresa como organização dos fatores de produção, momento em que disse ser a distinção quantitativa entre pequena, média e grande, de natureza econômica, logo imprestável para a ciência do Direito, por faltar-lhe exatidão. ROCCO, op. cit., p. 194 e 165, respectivamente.

4.º) atos de interposição na troca de risco (seguros, incisos 19 e 20 do art. 3.º). Neste caso, o caráter mercantil está na atividade desenvolvida pelo segurador, que realiza a interposição na troca do risco individual por uma quota proporcional de um risco coletivo. O segurador não estaria entre produtor e consumidor nem entre consumidor e grupo de trabalho, para trocar mercadorias. A troca que ocorre no seguro é entre necessidade individual e coletiva. Com efeito, para Rocco, o fato “mercantilizador” do seguro ocorreu quando as associações, constituídas por pessoas reunidas em torno da possibilidade de ocorrer um evento comum a todas, começaram a colaborar reciprocamente para repor o prejuízo econômico sofrido por um associado, entregando-lhe o numerário necessário para sua recuperação, pela figura da instituição seguradora que assume os riscos individuais, para então distribuí-los em outras tantas quotas que serão pagas pelos próprios segurados. Por fim, traçou um paralelo entre a atividade do segurador com as quatro classes arroladas: há semelhança entre o segurador e o comerciante, pois aquele concentra e distribui riscos, enquanto este concentra e distribui mercadorias; entre o segurador e o banqueiro, pois aquele concentra e distribui riscos, enquanto este concentra e distribui crédito; por fim, entre o segurador e o empresário, pois aquele concentra e distribui riscos, enquanto este concentra e distribui trabalho e produtos.

Procurou também estabelecer como elemento comum aos quatro atos: a troca indireta, isto é, a interposição na efetivação da troca (atos que realizavam ou facilitavam uma interposição na troca) independentemente da pessoa que os realizava, da forma como realizava, do objeto da troca e do fim objetivado com a troca. Para Rocco, nem sequer o lucro ou o fim especulativo eram necessários para caracterizar como comercial determinado ato, assim, seria reputado comercial o ato praticado em defesa de um interesse social, bem como o beneficente e, até mesmo, aquele praticado pelo Estado ou por outro ente público.¹²² Também era o conceito jurídico de ato de comércio mais amplo que o conceito econômico, considerando que este se referia às mercadorias, enquanto aquele a toda e qualquer interposição.

Os atos comerciais por conexão ou acessórios, por sua vez, eram os atos que,

¹²² De acordo com a posição de Rocco, op. cit., p. 200-201, o fim lucrativo ou especulativo não era relevante, somente para os atos em que o objeto era bem imóvel, por força do disposto no art. 3.º, inciso 3.º, do CCo de 1882. Tanto Mendonça, op. cit., quanto Ferreira, op. cit., fixam a lucratividade ou especulação como elemento determinante à caracterização de certo ato como comercial.

mesmo sem natureza mercantil, desde que relacionados com atos mercantis, facilitando sua realização, tornavam-se mercantis. Foram subdivididos em três categorias:

1.º) atos declarados imediatamente mercantis pela lei, em virtude da sua normal conexão com um negócio mercantil, o qual, por sua vez, se subdividia em quatro grupos: a) *rapport* (operação de crédito com títulos, inciso 4.º do art. 3.º); b) operações cambiárias (letras de câmbio, inciso 12 do art. 3.º); c) atos inerentes à navegação (incisos 14, 15, 16, 17 e 18 do art. 3.º); d) depósito nos armazéns gerais e operações inerentes (inciso 24 do art. 3.º);

2.º) atos conexos com uma atividade mercantil (atos realizados por um comerciante, art. 4.º);

3.º) atos em que a conexão com uma relação comercial (“assunto comercial”) deve ser demonstrada, pois podem ser tanto civis quanto comerciais (enumeração legal: compra e venda de participações acionárias – inciso 5.º do art. 3.º; seguros de coisas em relação ao segurado (é ato comercial com relação ao segurado quando o objeto é o estabelecimento do comércio) – primeira parte do inciso 6.º do art. 3.º; operações de mediação – inciso 22 do art. 3.º; depósitos – inciso 23 do art. 3.º; conta-corrente e cheque – art. 6.º; mandato – art. 349; comissão – art. 380).

Como a proposta de Rocco era fornecer uma conceituação científica que poderia ser invariavelmente aplicada para a obtenção da determinação da categoria jurídica de determinado ato, afirmava que os atos mercantis por conexão não se resumiam àqueles arrolados na lei; ao contrário, qualquer ato que estivesse relacionado com a atividade comercial e que objetivasse facilitá-la poderia ser reputado comercial.

Acerca das idéias de Rocco, pode-se dizer que, inegavelmente, sua proposta foi a mais próxima de uma tentativa de classificação lógica, com imensa contribuição ao Direito Comercial. Como principais pontos inovadores e, diga-se de passagem, muito importantes, apontaríamos o abandono das teses primitivas, segundo as quais, a prestação de serviços não pode ser comercial, e o lucro e a especulação são elementos que distinguem a atividade comercial da civil.

Contudo, apesar dessas inovações, Rocco não conseguiu construir um sistema

verdadeiramente independente da enumeração legal, auto-sustentável, pois, na própria proposta, esbarrou em alguns pontos, tal qual ocorreu com seus antecessores. Exemplificativamente: não conseguiu explicar por que somente a compra e venda de imóveis deve ter intuito lucrativo para ser comercial; tampouco parece satisfatória sua conclusão de que, de acordo com o art. 4.º do Código Comercial Italiano, deve ser classificado como comercial o “ato conexo com uma atividade mercantil” praticado pelo comerciante, retomando a dificuldade, por ele mesmo criticada de “círculo vicioso”, de se reputar comercial ato cuja definição está sendo dada, nada diferindo, senão na nomenclatura, da teoria francesa de ato comercial subjetivo. Ademais, entre os três grupos de atos conexos, especificamente entre o 1.º e o 3.º grupo (atos imediatamente declarados comerciais e atos cuja conexão com um assunto mercantil deve ser demonstrada), a diferença parece novamente estar na determinação legal e não no ato em si, pois, em ambos os grupos, podemos utilizar alguns atos tanto para a vida civil quanto para a comercial, como é o caso da letra de câmbio, para os atos declarados imediatamente mercantis pela lei.

Quanto aos atos intrinsecamente comerciais, especificamente os atos de interposição na troca de mercadorias, de títulos e de prédios rústicos e urbanos, pondera-se que, naqueles casos em que o comerciante produz e vende o seu próprio produto, essa venda efetivamente não é diferente daquela realizada por “interposta pessoa”. Caso a venda realizada pelo produtor e aquela realizada pelo atravessador fossem situações passíveis de ser distinguidas, acreditamos que se estaria transformando o Direito Comercial no direito dos importadores, exportadores ou atravessadores em geral. Se, a título argumentativo, aceitamos que essa era a idéia de Rocco, não nos parece que este ramo constituiria um sistema próprio, com princípios próprios e, por fim, codificação própria.

Por seu turno, os atos de interposição na troca do trabalho ou o exercício de uma função intermediadora entre os trabalhadores e o público, por si sós não significam que todas as atividades desenvolvidas coletivamente, sob a orientação e coordenação de uma pessoa, são comerciais. Caso contrário, chegaríamos à conclusão de que a clínica médica ou odontológica, na qual o médico ou o dentista coordena, orienta e remunera colaboradores com a mesma formação profissional, é comercial, ao passo que o mesmo ato, quando exercido individualmente, para ser comercial dependeria de outro ato, este intrinsecamente comercial, então capaz de alterar sua natureza jurídica. Com efeito, admitindo-se as hipóteses antes mencionadas, estar-se-iam simplesmente repetindo, nos atos conexos, aqueles já arrolados

como intrinsecamente comerciais, como é o caso da comissão em relação à empresa de comissão; da conta-corrente e do cheque, em relação às operações bancárias; da mediação em relação à empresa de agência; dos seguros em relação à empresa de seguros.

Conclusivamente, se Rocco objetivava construir um conceito único e geral de ato de comércio, para que o rol dos atos comerciais pudesse acompanhar a evolução da sociedade, passando a enumeração contida no Código Comercial Italiano de 1882 a ser meramente exemplificativa, teríamos, então, que ignorar, pelo menos no que diz respeito aos atos intrinsecamente comerciais, a disposição legal e partir para a aplicação do conceito formulado por Rocco. Em assim sendo, tomemos por base o conceito de ato intrinsecamente comercial, gerador de atos conexos, e daí sua maior importância como alimentador do “sistema”, para enquadrar, hoje, os atos comerciais. Com efeito, segundo Rocco (1981, p. 200), a troca indireta, isto é, a interposição na efetivação da troca (atos que realizavam ou facilitavam uma interposição na troca), independentemente da pessoa que a realiza, da forma como realiza, do objeto da troca e do fim objetivado com a troca, é ato comercial.

Tendo em vista que Rocco fez sua análise com base no Código Comercial Italiano de 1882, revogado pelo código de 1942, e tendo em vista que há atos de natureza civil nos quais há a interposição na troca, foi necessário, então, apurar outro elemento capaz de distinguir os atos comerciais dos civis. O resultado desta busca foi o surgimento da teoria da intermediação.

A teoria da intermediação

Aparentemente, como uma evolução da teoria de Rocco, surgiu a teoria da intermediação. Rubens Requião credita sua autoria a um professor francês, da Faculdade de Paris, denominado Gaston Lagarde.¹²³

A teoria da intermediação ressuscitou o elemento “especulação” como definidor do ato comercial, acrescentando-lhe outro ainda, a “circulação”, tomando por base a cadeia de consumo. Com efeito, a relação entre o produtor originário direto e o consumidor

¹²³ LAGARDE, M. Gaston. *Cours de Droit Commercial: les cours de droit*, Paris, 1965, apud REQUIÃO, op. cit., p. 36.

caracterizaria a atividade civil, enquanto a presença de um intermediador, ou aproximador, caracterizaria a relação como de Direito Comercial. À intermediação para a caracterização da atividade comercial foram agregados outros fatores, como, por exemplo, o intuito lucrativo e a habitualidade ou profissionalidade. O intermediador que exercesse a mediação com habitualidade (profissionalidade) e com fim lucrativo seria o comerciante. Portanto, três elementos seriam essenciais para a identificação da atividade comercial: mediação, fim lucrativo e habitualidade. Ilustrativamente, poder-se-ia dizer que a figura do comerciante, por excelência, seria o representante comercial.¹²⁴

Crítica à Aplicação da Teoria dos Atos de Comércio e da Intermediação

Como resultado da reflexão sobre a legislação e as respectivas teorias que foram antes expostas, podemos dizer que, no Direito Brasileiro, na atualidade, não há modelo jurídico do ato de comércio,¹²⁵ o que, conseqüentemente, compromete a “sobrevivência” do próprio Direito Comercial.

Não querendo ser tautológicos, porém objetivando fazer uma síntese da situação brasileira atual com relação à definição do ato comercial, lembramos que nossa única fonte legislativa dos atos de comércio foi o Regulamento 737, de 25.11.1850, legislação processual, revogada pelo Dec.-lei 1.608, de 19.09.1939 (CPC – Código de Processo Civil), e pela Lei 4.657, de 04.09.1942 (LICC – Lei de Introdução ao Código Civil). Hoje, as disposições contidas no Regulamento 737 são referências históricas, bem como os comentários e as qualificações propostas por J.X. Carvalho de Mendonça.¹²⁶

¹²⁴ Dispõe o art. 1.º da Lei 4.886/1965, *verbis*: “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

¹²⁵ Expressão utilizada por Miguel Reale na obra *Fontes e Modelos do Direito: para um novo modelo hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹²⁶ Questiona-se se os ensinamentos doutrinários de Carvalho de Mendonça poderiam ser classificados como modelos hermenêuticos pela aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale. Segundo este autor, modelo “não é senão uma espécie do gênero estrutura, entendida esta como ‘um conjunto de elementos que entre si se relacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações’”. No que tange ao campo unitário de significações é que reside a dúvida sobre se a teoria proposta por Carvalho de Mendonça seria efetivamente um modelo, pois justamente a crítica a ela dirigida diz respeito à ausência de “um campo unitário de significações”. Se, no entanto, entendemos que a teoria de Carvalho de Mendonça apresenta a unicidade suficiente para ser classificada como modelo, não resta dúvida de que seria do tipo hermenêutico,

Nosso Código Comercial definia como comerciante aquele que estivesse matriculado nos Tribunais do Comércio, atualmente substituídos pelas Juntas Comerciais.¹²⁷ Por outro lado, da doutrina italiana, anterior ao Código Civil de 1942, aproveitamos a tese de que o ato comercial é aquele que realiza ou facilita uma interposição na troca, complementada com todos aqueles atos a ele conexos.

Doutrinariamente, na atualidade brasileira, o ato comercial é praticamente sinônimo da teoria da intermediação, ou seja, reputa-se comercial o ato especial de mediação entre produtor e consumidor, realizado com profissionalidade e com o objetivo de obter lucro, conceito este que às vezes é adotado pela jurisprudência. Retrata o acórdão da 7.^a Câmara do 2.^o TACivSP (AI 91.0007448-9), mantido pelo STJ, julgamento da 3.^a T., em 04.06.1991, REsp 10.259, que o lucro é elemento determinante da natureza da atividade, *verbis*: “(...) 5. Ocorre que há estabelecimentos com fundos de comércio atípicos, legitimados para a ação renovatória, como acontece com as sociedades civis, desde que tenham fim lucrativo, pois, nesse caso, praticam atos que, por analogia, são considerados comerciais. Se a agravada não tivesse finalidade lucrativa, a agravante teria razão (Ap 262.261/5, de que fui relator, j. 15.05.1990)”.

Em sentido contrário é o posicionamento adotado no Requerimento de Falência 11.866/96 (Ap 1248/97), requerente: Maderio Madeira e Compensados Ltda.; requerida: Subempreiteira de Obras Barbosa Ltda., pelo Juízo da Sexta Vara de Falências e Concordatas do Estado do Rio de Janeiro, *verbis*:

(...)

Na conceituação do ato de comércio, deve se afastar o lucro como elemento caracterizador da natureza comercial do ato jurídico. Ora, o lucro, como

verbis: Cumpre, por conseguinte, ter presente que, a propósito do sentido ou valor das normas jurídicas vigentes, são formuladas pelos juristas interpretações de natureza doutrinária ou científica, destituídas de força cogente, limitando-se sua função a dizer o que os modelos jurídicos significam. Como variam os critérios e paradigmas interpretativos, as proposições e modelos hermenêuticos – que no seu todo compõem o corpo da doutrina, ou o Direito Científico, conforme terminologia de Savigny – dependem da posição de cada exegeta, os quais se distribuem em distintas teorias ou correntes de pensamento. REALE, op. cit.

¹²⁷ REALE, op. cit., p. 31. Também aqui sugerimos a aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale, especificamente para a análise do Código Comercial como expressão da experiência jurídica atual. Ilustrativamente citamos o seguinte excerto: “(...) Embora oportunamente volte a este assunto, não é demais adiantar que todo modelo jurídico compõe em unidade as idéias de estrutura e desenvolvimento, o que nos permite melhor compreender as integrações normativas que caracterizam a experiência, dando-lhes uma base científica, à luz tanto da Ciência do Direito como da Sociologia Jurídica”.

saldo positivo nas transações do cotidiano, está sempre em mira em todas as relações jurídicas praticadas, quer sejam comerciais, quer sejam civis, pois não se pode admitir que, por exemplo, uma entidade pia e religiosa vá praticar negócios jurídicos visando o prejuízo. Nenhuma sociedade civil ou comercial, nenhuma associação civil, pia ou caritativa, poderá deixar de sempre buscar o lucro em suas atividades, sob pena de não sobreviver e ter que fechar suas portas, encerrando suas atividades, pelo não cumprimento das obrigações sociais assumidas. Desta forma, não é o lucro que caracteriza ou diferencia o ato de comércio, constituindo grave equívoco elegê-lo como elemento diferenciador entre o ato de comércio e o puramente civil. (...)

Neste mesmo sentido é a decisão proferida na AC 595172032, 6.^a Câmara Cível, j. 30.04.1996, pelo TJRS.

Também se poderia afirmar, de acordo com o entendimento de alguns doutrinadores e julgados, que, em suma, comerciante seria todo aquele que pratica atos diferentes da produção e da prestação de serviços.¹²⁸

Objetivando facilitar a visualização das principais teorias e da classificação de alguns atos, elaboramos o seguinte quadro:

¹²⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 17. Já em 1933, ao definir o âmbito do Direito Comercial, diz expressamente que este é o direito não só dos que se dedicam ao exercício do comércio, mas também dos que se dedicam à indústria e ao transporte e dos auxiliares do comércio, juridicamente denominados comerciantes. Reconhece também que o Direito Comercial engloba os atos reconhecidos como comerciais ora pela tradição, ora pela lei, abrangendo aí atos que estão na “periferia” do comércio no sentido econômico, ou atos que são reconhecidos como civis, porém tratados como comerciais por utilidade prática ou por oportunidade, para se subordinarem à mesma disciplina jurídica. O autor reconhece, na p. 20, que os atos de comércio são aqueles definidos em lei, abarcando, portanto, até mesmo a atividade industrial e, normalmente, atos que não são comerciais. Critica esta posição legislativa, dizendo que a lei que regula a matéria comercial está alheia aos interesses do comércio, de forma que o Direito Comercial perdeu a pureza como deveria ser entendido. Por fim, o mesmo autor, p. 434 da mesma obra, reconhece que o comerciante, o intermediário ou o mediador entre produtor e consumidor presta-lhes serviço porque “lhes poupa tempo e lhes promove extraordinárias vantagens”. Para os que, mesmo assim, defendem a prestação de serviços como atividade não-comercial, cabe meditar sobre as prestadoras de serviços de comunicações, de transporte e sobre a própria atividade bancária. Também sobre prestação de serviços *vide* ementa: TJRJ – AC 15702/98 – (Reg. 040699) – 5.^a Câm. Civ. – rel. Des. Carlos Ferrari – j. 16.03.1999, a AC 192068203, j. 27.02.1992 pelo TACivRS, e a AC 598330249, julgada pela 5.^a Câm. Civ. do TJRS, em 29.10.1998. Segundo OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. A Possibilidade Jurídica da Declaração de Falência das Sociedades Civis com a Adoção da Teoria da Empresa no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 37, n. 113, p. 136-147, jan./mar. 1999, a prestação de serviços no Direito Brasileiro não é compreendida como comercial, mas sim como ato empresarial.

Características gerais dos atos de comércio	CARVALHO DE MENDONÇA	ROCCO	INTERMEDIÇÃO	APLICAÇÃO ATUALIDADE DIREITO BRASILEIRO
	<p>Interposição entre os produtores e os consumidores, objetivando a efetuação ou a facilitação da troca de bens (circulação de riquezas): interposição ou facilitação na troca, com lucro, ou, pelo menos, com a expectativa de lucrar, com o serviço prestado tanto para os consumidores quanto para os fabricantes, poupando-lhes tempo.</p>	<p>Interposição na efetivação da troca (atos que realizavam ou facilitavam uma interposição na troca), independentemente da pessoa que os realizava, da forma como realizava, do objeto da troca e do fim objetivado com a troca.</p> <p>A) <i>Intrinsicamente mercantis</i> (ou atos de comércio constitutivos), em decorrência da sua natureza, em que há troca indireta: I – compra para revenda ou para locação de mercadorias, de títulos e de prédios rústicos e urbanos; II – atos de interposição na troca de dinheiro contra dinheiro a crédito (operações bancárias); III – atos de interposição na troca do trabalho, ou exercício de uma função intermediadora entre os trabalhadores e o público (empresa de fornecimentos, de construção, fabril, de espetáculos públicos, editorial, tipográfica e livreira, de transporte de pessoas e coisas por terra e por água, de comissão, de agência e de negócios); IV – atos de interposição na troca de risco (seguros).</p>	<p><i>Atividade comercial:</i> mediação entre produtor e consumidor com fim lucrativo e habitualidade.</p>	<p><i>Exercício habitual de atos de intermediação com o intuito de lucro caracteriza fundo de comércio.</i></p> <p>Fonte: AI 91.0007448-9, 7.ª Câmara do 2.º TACivSP (mantida pelo STJ, REsp 10.259, em 04.06.1999), e Ap 262.261/5 da 7.ª Câmara Civ. do 2.º TACivSP, j. 15.05.1990. Em sentido contrário, entendendo ser o lucro inerente a toda atividade econômica: Requerimento de Falência 11.866/96 (Ap 1248/97). Requerente: Maderio Madeira e Compensados Ltda. Requerida: Subempreiteira de Obras Barbosa Ltda. Juízo: 6.ª Vara de Falências e Concordatas. Neste mesmo sentido: AC 595172032, 6.ª Câmara Civ., j. 30.04.1996 pelo TJRS.</p>

Características gerais dos atos de comércio	CARVALHO DE MENDONÇA	ROCCO	INTERMEDIÇÃO	APLICAÇÃO ATUALIDADE DIREITO BRASILEIRO
	<p>A) <i>Por natureza</i> (atos de comércio profissionais), constituem o exercício da indústria mercantil, praticados por comerciantes no exercício de sua profissão, com habitualidade: operações típicas, como I – compra para venda, revenda e locação de coisas móveis; II – operações de câmbio; III – operações bancárias; IV – operações de mediação nos negócios comerciais; V – operações das empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte, de espetáculos públicos e de fornecimentos.</p> <p>B) <i>Atos denominados comerciais por conexão</i>, que visam facilitar, promover ou realizar o exercício da indústria mercantil, praticados por comerciantes no exercício de sua profissão. Dependem da finalidade (intenção do agente), e da indispensabilidade ou essencialidade com que se relacionam com o exercício do comércio: I – a compra e venda ou permuta de móveis necessários para a instalação do</p>	<p>B) <i>Atos de comércio por conexão</i> (atos acessórios) que, mesmo sem natureza mercantil, desde que relacionados com atos mercantis, facilitando sua realização, tornavam-se mercantis: I – atos declarados imediatamente mercantis pela lei, em virtude da sua normal conexão com um negócio mercantil: a) <i>rapport</i> (operação de crédito com títulos); b) operações cambiárias (letras de câmbio); c) atos inerentes à navegação; d) depósito nos armazéns gerais e operações inerentes; II – atos conexos com uma atividade mercantil (atos realizados por um comerciante); III – atos em que há conexão com uma relação comercial (“assunto comercial”): compra e venda de participações acionárias; seguros de coisas em relação ao seguro; operações de mediação; depósitos; conta corrente e cheque; comissão.</p>		<p><i>Atividade imobiliária</i> – São de natureza civil as sociedades que se dedicam às atividades imobiliárias, de compra e venda de imóveis e de administração de bens imobiliários. Fonte: AC 249.948 – TJSP – 08.04.1976. Contra: Corretagem em geral é comercial. Fonte: DINIZ, Maria Helena. <i>Dicionário jurídico</i>. São Paulo, Saraiva; <i>Produtora de vídeos</i> que adquiriria a fita para a realização da gravação; <i>alfaiate; sapateiro; agência de publicidade e de propaganda; a construtora</i> são comerciais. Fonte: TJSP, Ap 100.383.-1, j. pela 5.ª Câm., em 09.06.88, publicado na RT 632, de junho de 1988; Empresa de <i>publicidade</i> tem natureza comercial e está sujeita à falência. Fonte: 2.ª Câm. do TJSP, j. em junho de 1976, AI 251.499; <i>Conservatório musical</i>. Fonte: 5.ª Câm. Civ. do 2.º TACivSP, AI 213.092, j. 09.12.1987, possui fundo de comércio; <i>Atividades da construção civil</i>, regulada pela Lei 4.068/1962, art. 1.º que a define como comercial;</p>

Características gerais dos atos de comércio	CARVALHO DE MENDONÇA	ROCCO	INTERMEDIÇÃO	APLICAÇÃO ATUALIDADE DIREITO BRASILEIRO
	<p>estabelecimento comercial (móvel, vitrine etc.); II – compra e venda, permuta ou locação de objetos para o exercício do comércio (livros para contabilidade, balanças etc.); III – aquisição ou reparação de máquinas, utensílios ou instrumentos para o desempenho da profissão; IV – compra de carvão e lenha para alimentar o forno; V – ajustes e obrigações dos agentes auxiliares do comércio; VI – ajustes, soldadas, direitos e obrigações dos oficiais e agentes da tripulação; VII – mandato para gestão de um ou mais negócios mercantis; VIII – mútuo; IX – operações bancárias acessórias; X – fiança de que trata o art. 256 do Código Comercial, se o fiador não estipular ao afiançado retribuição pecuniária; XI – o depósito de que trata o art. 280 do Código Comercial; XII – a conta corrente; XIII – a gestão de negócios sem mandato; XIV – o pagamento do indébito; XV – o aceite ou pagamento da letra de câmbio ou</p>			<p><i>Incorporação imobiliária</i>, definida como comercial pelo art. 43, III, da Lei 4.591/64; <i>Sociedade Ltda que comercializa produtos agrícolas</i> é mercantil. Fonte: AI 596053256, j. pelo TJRS em 27.06.1996. No mesmo sentido AI 596193303, j. pelo TJRS em 26.12.1996. Já em 1912, Herculano Inglez de Souza manifestou sua idéia sobre a comercialidade da atividade agrícola, quando apresentou ao Ministro seu Projecto de Código Commercial. A posição do STJ é no sentido de que a concordata preventiva não pode ser concedida ao produtor rural porque contrária à lei. A decisão do STJ reformou decisão do TJMG – REsp 24172, j. 17.10.2000; <i>Salões de barbeiros, escritórios de contabilidade e estabelecimentos de ensino e saúde praticam atos de comércio</i>, 8.ª Câmara. TACivRJ, Ap 939/89; <i>Estabelecimento de ensino não exerce atividade mercantil</i> – 6ª Câmara do TACivRJ, AC 883, j. abril de 1989; estabelecimento de ensino</p>

Características gerais dos atos de comércio	CARVALHO DE MENDONÇA	ROCCO	INTERMEDIÇÃO	APLICAÇÃO ATUALIDADE DIREITO BRASILEIRO
	<p>o pagamento da nota promissória por honra de qualquer das firmas; XVI – a contribuição de avarias; XVII – a guarda e administração dos salvados.</p> <p><i>C) Atos de comércio por força ou autoridade de lei, independe de quem pratica e da profissionalidade: I – os negócios cujo objeto eram títulos da dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo; II – os atos constitutivos, administrativos, dissolutórios ou de liquidação e partilha de sociedades comerciais; III – as operações envolvendo letras de câmbio, notas promissórias, bilhetes de mercadorias, títulos emitidos pelos armazéns gerais e cheques; IV – operações envolvendo seguro marítimo, riscos e fretamentos.</i></p> <p><i>Atos não reputados comerciais segundo o mesmo autor:</i> Instituições de ensino; operações da indústria agrícola; exploração de casa de saúde, corretagem de imóveis.</p>			<p>não é comercial. Fonte: AC 595172032, 6.^a Câmara. Civ., j. 30.04.1996 pelo TJRS; Não é ato de comércio a exploração de estabelecimento de ensino REsp 3394, j. 13.08.1990, pela 3.^a T.; <i>hospitais são prestadores de serviço e, como tal, não praticam atos comerciais.</i> Fonte: AC 598519247, j. 02.06.1999, TJRS; <i>prestação de serviços isoladamente não se caracteriza como atividade comercial.</i> Fonte: AC 598330249, j. pela 5.^a Câmara. Civ. do TJRS, em 29.10.1998. Em sentido oposto – art. 30 do Dec. 73.841/74 dispõe que “no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora de serviço ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas neste Decreto”.</p>

Vejamos alguns exemplos do resultado, na prática, da aplicação dessa síntese de tantas teorias acerca do ato de comércio.

O acórdão do TJSP, Ap 100.383.-1, julgada pela 5.^a Câmara, em 09.06.1988, publicado na *RT*, vol. 632, de junho de 1988, admite a hipótese de uma sociedade civil falir, desde que exerça com habitualidade atos de intermediação com o intuito de lucro. De acordo com o referido acórdão, essa seria a definição de comerciante. A sociedade civil cuja falência poderia ser decretada, de acordo com o julgado, era uma sociedade produtora de vídeos. O tribunal entendeu que a produtora de vídeo exercia a atividade comercial pelo simples fato de

que não recebia a fita virgem para gravar o filme para o cliente. Ou seja, adquirindo ela própria a fita para a realização da gravação, essa aquisição repercutia no preço. Portanto, se um outro contratante dos serviços dessa mesma produtora de vídeos fornecesse a fita virgem para que a gravação fosse realizada, a mesma sociedade comercial mudaria de natureza, passando a ser civil! De acordo com o raciocínio desenvolvido, o repasse para o custo final de um insumo ou elemento, qualquer que seja, consumido no processo de prestação de um serviço possui o condão de definir a natureza do ato praticado!¹²⁹

No mesmo acórdão, foi citado pelo desembargador relator que o alfaiate, o sapateiro, a agência de publicidade e de propaganda e a construtora são comerciantes e, conseqüentemente, podem falir. Em contrapartida, o artista que pinta telas, disso fazendo sua atividade habitual, com a obtenção de lucros, segundo o relator não é comerciante!¹³⁰ Não obstante a decisão, não conseguimos apreender a diferença entre a produtora de vídeos que adquire a fita para gravar o filme e o artista que adquire a tela para pintar e, após, vender o quadro.

Há, também, decisão da 7.^a Câmara do 2.^o TACivSP¹³¹ que concluiu que um conservatório musical se assemelha à “empresa comercial”, porquanto explora determinada atividade com habitualidade e com fins lucrativos.

Outro foco de grande discussão é a natureza jurídica dos estabelecimentos de ensino. Segundo decisões do TJRS,¹³² do TACivRJ¹³³ e do STJ,¹³⁴ o estabelecimento de ensino não exerce atividade mercantil. Entretanto, para a 8.^a Câmara do mesmo TACivRJ,¹³⁵ é entendimento pacífico que os salões de barbeiros, os escritórios de contabilidade e os

¹²⁹ Essa discussão não é nova; uma decisão similar a essa foi citada por Mendonça, op. cit., p. 497, com indignação. Eis suas palavras: “O Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, em accórdam de 05.08.1904, julgou que o moleiro que se limita a moer cereaes, que recebe para restituí-los transformados em farinha, não é commerciante. Entende o tribunal que a qualidade de commerciante no moleiro existe sómente quando ‘este compra cereaes e vende farinha proveniente dos moinhos, praticando assim acto de mercancia bem caracterizado’ (*Collecção das Decisões desse anno*, p. 58). Essa decisão é difícil de ser justificada.” (*sic*)

¹³⁰ Vale citar as palavras que se seguiram a essa conclusão, *verbis*: “Ao menos em princípio, não o é”.

¹³¹ Ag 213.092, j. 09.12.1987.

¹³² AC 595172032, 6.^a Câm. Civ., j. 30.04.1996.

¹³³ AC 883, 6.^a Câm., de 11.04.1989.

¹³⁴ REsp 3394, j. 13.08.1990, pela 3.^a T.

¹³⁵ Ap 939/89, j. 26.04.1989.

estabelecimentos de ensino e saúde¹³⁶ exercem atividades comerciais.

Portanto, a conclusão é no sentido da absoluta frustração da tentativa de definir e sustentar a existência independente do Direito Comercial pela teoria dos atos de comércio.¹³⁷

Segundo Ferreira (1951, p. 95), a teoria dos atos de comércio nunca chegou a ser efetivamente formulada, haja vista a ausência de elementos inconfundíveis, capazes de caracterizá-los. Apesar de existirem atos cuja comercialidade é incontestável, como, por exemplo, “atos subjetivos, objetivos, acessórios” e de intromissão especulativa entre a oferta e a procura de mercadorias, não se logrou, todavia, fixar o ato de comércio típico. Nem os doutrinadores nem a lei conseguiram determiná-lo, padronizá-lo; sempre se constata a existência de outros atos que se revestem de características comerciais, motivo pelo qual até mesmo a teoria do ato misto, comercial para uma das partes, civil para a outra, foi criada.

Tal qual as outras tentativas de definir o objeto do Direito Comercial e, portanto, de justificar a dicotomia, o sistema enumerativo da teoria dos atos de comércio não acompanhou a evolução econômica da sociedade, deixando sem qualificação atividades comerciais como os contratos de franquia, de cartão de crédito, de arrendamento mercantil, entre tantos outros.

Por sua vez, o sistema descritivo sofreu da mesma limitação, uma vez que as características arroladas como definidoras dos atos mercantis de forma generalizada

¹³⁶ Na AC 598519247, j. 02.06.1999, o TJRS entendeu que hospitais são prestadores de serviço e, como tal, não praticam atos comerciais. Em contrapartida, em 27.05.1998, no julgamento da AC 597233295, a 6.ª Câm. Civ., também do TJRS, entendeu que um pronto-socorro de fraturas e acidentes, pelo fato de exercer atividade lucrativa, tinha fundo de comércio.

¹³⁷ Neste sentido, vale transcrever as citações feitas por Requião, op. cit., p. 12-13, com a ressalva de que o referido autor não costuma colocar as fontes das citações. “Grandes professores, entre os quais Otávio Mendes, saudoso mestre da Faculdade de Direito de São Paulo, ao passar revista sobre as insatisfatórias definições dos mais eminentes autores, melancolicamente assevera: (...) resta-nos concluir, reconhecendo francamente a falência do Direito Comercial diante do problema da definição da classificação dos atos de comércio. Todos os escritores reconhecem este fato”. No mesmo sentido: “Com a tendência da mercantilização do Direito Civil, tornam-se os atos de comércio, de fato, inadequados e levando o sistema à completa ruína. É esse – ainda segundo Garrigues – o inconveniente fundamental do sistema objetivo dos atos de comércio: ‘de submeter à mesma regra manifestações de atividade econômica completamente diversas’, resultando em que o ato objetivo de comércio não é a rigor ato de comércio, e, por consequência, o direito dos atos de comércio isolados muito menos pode ser Direito Comercial”.

abrangiam também os atos de natureza civil.¹³⁸

Com efeito, as exceções encontradas no direito positivo demonstram a ineficiência desse critério distintivo. Exemplificativamente, cita-se a atividade agrícola, tipicamente civil, porém, se exercida por uma sociedade do tipo anônima, por força do art. 2.º, § 1.º, da Lei 6.404/76, passa a ser de natureza mercantil, regida “pelas leis e usos do comércio”.¹³⁹ Outros exemplos são a atividade da construção civil, regulada pela Lei 4.068/62, que classificou a atividade como comercial, e a da incorporação imobiliária, assim também classificada pelas disposições do art. 43, III, da Lei 4.591/64. Em contrapartida, de acordo com a classificação de Carvalho de Mendonça, a especulação imobiliária, hoje amplamente difundida pelas imobiliárias que realizam intermediação na compra e na venda de imóveis, é atividade essencialmente civil.¹⁴⁰ No entanto, parafraseando o referido autor, será que há atividade mais “naturalmente” comercial que a aproximação do comprador com o vendedor, feita pelo corretor de imóveis? No entanto, no Direito Brasileiro, este intermediador

¹³⁸ Sobre a imprestabilidade do sistema, vale transcrever as palavras de “O Carvalho”: “Segundo a teoria dos ‘actos de comércio’, é a partir do acto em si mesmo que se define a ‘matéria mercantil’ e, não do contexto, ou da instalação, ou da organização, em que esses actos se inscrevem e que de algum modo os suporta. O atomismo ‘objectivista’ faz assim do acto de comércio o mesmo que o liberalismo fazia da pessoa (...): Trata-se, pois, de uma concepção puramente dinâmica ou dinamológica da realidade mercantil, e de um dinamologismo tanto mais nítido quanto muitos desses actos são morfológicamente neutros, dependendo de alguma coisa que lhes é externa à sua forma, bem entendido, ou, mais concretamente, à sua causa – função – o qualificar-se ou não como de comércio (intento de revender, conexão com outros actos etc.). Significa isto que a determinação clássica da ‘matéria mercantil’ é anti-morfológica ou amorfológica em dois graus: enquanto se atém aos actos em si, e não às estruturas, e enquanto, nesse dinamologismo, tende a ser, ou é muitas vezes, um teleologismo, uma determinação dos escopos, mais do que do acto como tal”. O Carvalho, em “Critério e estrutura do estabelecimento comercial – I – O problema da empresa como objecto de negócios”, Coimbra, 1967, apud *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Comissão Redatora: Teixeira Ribeiro, Almeida Costa, Ehrhardt Soares, Castanheira Neves (redator delegado), vol. LX, 1984. p. 40.

¹³⁹ Em decisão datada de 27.06.1996, o TJRS, AI 596 053 256, decidiu que a sociedade limitada cujo objeto social é “agricultura, bovinocultura e suinocultura” e que comercializa produtos agrícolas é comercial. Não seria demais, apenas para evidenciar a resistência em admitir a insubsistência dos atos de comércio, citar as palavras de SOUZA, Herculano Marcos Inglez de (Org.). *Projecto de Código Commercial*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1912. vol. 1 p. 5: “(...) No nosso systema agricola, o trabalho dos estabelecimentos mais importantes tem o feitio de uma especulação commercial e só em pormenores se distingue de qualquer manufactura, sem affectar a essencia mercantil do acto, que por preconceito se lhe nega. (...) O proprietario de um estabelecimento agricola de certo vulto não age de modo diverso de qualquer empreza manufactora; elle especula com o trabalho de seus operarios para colher o producto do solo e manufactural-o para o consumo; serve-se da via ferrea para o transporte do producto; crêa relações de conta corrente com o seu commissario; saca letras de cambio ou subscreve notas promissorias; faz operações de desconto, deposito e seguro”.

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1998, define o corretor de forma genérica, de modo que também o corretor de imóveis seria comerciante e não somente aqueles arrolados pelo Código Comercial, *verbis*: “Corretor: 1. Direito Commercial. Aquele que tem a função de aproximar pessoas físicas ou jurídicas que pretendam contratar ou efetuar uma compra e venda, aconselhando a conclusão do negócio, informando as condições de sua celebração, procurando conciliar seus interesses e recebendo, para tanto, uma comissão. 2. Direito canônico. Superior de convento. 3. Direito penal. Aquele que corrige ou pune”.

não é reputado comerciante (ao menos de forma preponderante),¹⁴¹ ao contrário do Direito Italiano, que, quando ainda adepto à teoria dos atos de comércio (Código Comercial de 1882), previa ser comercial a compra e venda de imóveis com fins especulativos.¹⁴²

Por ser a determinação da natureza jurídica das atividades distinção eminentemente de direito positivo e, mesmo assim, encontrar-se grande número de exceções, a confusão sobre a matéria atingiu e atinge, inclusive, os magistrados. Foi assim que um julgador do Rio de Janeiro extinguiu um processo cujo objeto era a decretação da falência de uma sociedade de construção civil, por entender que se tratava de sociedade de natureza civil, prestadora de serviços, ignorando as disposições do art. 1.º da Lei 4.068/62. O TJRJ reformou a decisão, ainda com base na teoria dos atos de comércio e, em parte, nos ensinamentos de J.X. Carvalho de Mendonça. Eis a ementa:

Falência. Requerimento. Empresa de construção. Sentença de extinção do processo sem apreciação do mérito ao fundamento de ser ela mera prestadora de serviço, ocorrendo, assim, impossibilidade jurídica do pedido. Apelação. Sendo a requerida empresa constituída com fins de lucro e voltada para o ramo de pavimentação, construção e obras afins, assume ela a natureza comercial, sujeitando-se, assim, à lei falimentar. Recurso provido (IRP) (TJRJ – AC 15702/98 – (Reg. 040699) – 5.ª Câm. Civ. – rel. Des. Carlos Ferrari – j. 16.03.1999).

O número elevado de exceções, como as citadas, demonstra que a natureza da atividade comercial era determinada pela vontade do legislador em atender aos interesses de determinados ramos, evidenciando a fragilidade do sistema pela ausência de cunho científico.¹⁴³ Em outras palavras, a persistência na busca da unicidade conceitual revela a

¹⁴¹ MENDONÇA, op. cit., p. 453. Era enfático: “Preliminarmente devemos dizer que se acham excluídos da esfera do direito comercial os bens immoveis. Sómente os moveis podem ser o conteúdo do acto commercial (2)”. Acrescentou em nota de rodapé: “Partindo-se do princípio que o commercio tem por função approximar productores e consumidores, os immoveis, que não podem ser objecto de consumo, têm sido excluídos da esfera do direito commercial. (...) Accresce outro argumento de ordem politico-social, e é que, tornando-se os immoveis objecto de especulação, grandes perturbações sofreria a propriedade immovel (...)”.

¹⁴² De acordo com a posição de Rocco, o fim lucrativo ou especulativo não era relevante, somente para os atos em que o objeto era bem imóvel, por força do disposto no art. 3.º, inciso 3.º, do CCo de 1882. ROCCO, op. cit., p. 200-201.

¹⁴³ MENDONÇA, op. cit., na introdução à segunda edição, fez referência à tendência dos doutrinadores da época de posicionarem-se favoráveis à fusão do Direito Civil com o Comercial, afastada por força do art. 34, n. 22, da CF, que conferiu ao Congresso Nacional a atribuição legislativa, privativa, para legislar sobre o direito comercial, ao lado do Direito Civil e não, como era a tendência, para legislar sobre o direito privado unificado. Ao mesmo tempo em que o referido autor acentua que o Direito Comercial possui “methodo scientifico” próprio, reconhece que “na discriminação entre os actos civis e os comerciais podem surgir dificuldades sérias e até invencíveis”.

permanência da multiplicidade desordenada de meios de distinguir a atividade civil da comercial, o que, ao final, nada mais significa do que uma frustração ou uma barreira científica intransponível.¹⁴⁴ E aí reside o problema, pois não pode andar bem a ciência jurídica quando procura manter-se, como ciência, fundamentada em conceitos positivos, sem cunho científico! Senão vejamos. Tomemos por base o conceito de ciência em geral, como o “conjunto organizado de conhecimentos relativos a um determinado objeto, especialmente os obtidos mediante a observação, a experiência dos fatos e um método próprio”.¹⁴⁵ A título ilustrativo, coloquemos os atos de comércio como o objeto específico em torno do qual gostaríamos de obter um conjunto organizado de conhecimentos. Apliquemos, então, como método próprio, a definição do ato comercial, ou seja, “a atividade de interposição entre produtor e consumidor como facilitadora na troca, com profissionalidade e lucratividade”. Observemos, então, quais atividades poderiam ser enquadradas nessa definição, e a conclusão alcançada é, exemplificativamente, de que hospitais e médicos, ao revenderem medicamentos e aparelhos corretivos, bem como outros produtos, estão praticando atividade comercial. Em síntese, todos os fatos da vida cotidiana que se revestissem dessas características, e somente eles, poderiam ingressar nesse grupo organizado de conhecimentos que comporia os atos de comércio. Se, no entanto, confrontamos o resultado obtido, em tese, com a aplicação prática da teoria dos atos de comércio, verificamos a total contradição e a conclusão de que não há grupo organizado de conhecimentos, tampouco método próprio¹⁴⁶ diante, por exemplo, de decisão proferida pelo STJ. Segundo esse tribunal, nos autos do REsp 10.259, j. 04.06.1991,

¹⁴⁴ MENDONÇA, op. cit., p. 19-23. O referido autor menciona que a dificuldade em definir o âmbito de aplicação do Direito Comercial pelos atos de comércio estava resolvida pelas disposições legais, mas no que se refere à ciência, as dúvidas surgiriam a cada passo, tornando inconsistente uma “construção sólida resistente à crítica”. A dificuldade estaria na participação de elementos definidores da atividade comercial que são inseridos de forma arbitrária, os quais acabam por invadir o Direito Civil, perturbando a firme construção de um sistema científico. Por fim, na p. 20, o autor expõe sua constatação de que o critério para traçar a linha divisória entre a matéria comercial e a civil é o árduo problema inicial do estudo do direito comercial, tanto sob o aspecto de estrutura geral quanto sob o aspecto de institutos do ramo. Conclui, na p. 22, que, entre os domínios do Direito Comercial e do Direito Civil, haverá sempre um terreno misto, neutro e incerto que não se poderá afirmar a que ramo pertence, isso porque a divisão do Direito Privado entre Civil e Comercial é mais histórica do que científica.

¹⁴⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 404. A opção por um conceito de ciência em geral se deve à riqueza de elementos que o conceito genérico apresenta e, também, para evitar conceitos vinculados a áreas específicas do Direito e/ou correntes jurídico-filosóficas. Para exemplificar a distinção, cita-se o conceito de ciência geral do Direito proposto por Clóvis Beviláqua, em *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1972. p. 7. “Por ciência geral do direito, pretendo significar, com Hermann Post, (1) a exposição sistematizada de todos os fenômenos da vida jurídica da humanidade e a determinação de suas causas”.

¹⁴⁶ Segundo Paulo Rossi, apud Giovanni Reale; Dario Antiseri, em *História da Filosofia*. São Paulo: Paulinas, 1990. vol. 3, p. 187. “(...) o traço mais característico desse fenômeno que é a ciência moderna resume-se precisamente no método, que, por um lado, exige imaginação e criatividade de hipóteses e, por outro lado, o controle público dessas imaginações”.

uma sociedade civil, desde que desenvolva atividade empresarial com habitualidade e objetivando o lucro, possui fundo de comércio. Ou seja, este julgado afastou todos os demais elementos que compõem a referida teoria dos atos de comércio, isso sem mencionar que aventou a possibilidade de coexistência entre os conceitos de empresa e de comércio. Mais ainda, como justificar essa decisão do STJ perante outra decisão do mesmo tribunal¹⁴⁷, segundo a qual o produtor rural não poderia beneficiar-se da concordata preventiva prevista no Decreto-lei nr.7.661, de 21-06-1945 não porque não tivesse lucro, mas sim, porque o “instituto da concordata não é aplicado ao produtor rural”. Vale transcrever o seguinte excerto reproduzido no acórdão: “O próprio autor arrolado pelo recorrido às f., o Prof. Fran Martins atesta a afirmativa quando diz que a tradição conserva fora do âmbito do Direito Comercial os atos relativos aos imóveis e à indústria agrícola, embora reconheça que não se justifica tal exclusão, pois, como diz, o agricultor que planta, colhe e vende os seus produtos está, na realidade, praticando operação especulativa, e o faz profissionalmente”.¹⁴⁸ Quando se fala em

¹⁴⁷ REsp 24.172, de 17.10.2000.

¹⁴⁸ Em 1912, Herculano Inglez de Souza, comerciante, ao apresentar para o então Ministro da Justiça seu projeto de Código Comercial e emendas para o Código de Direito Privado, reiterou a idéia unificadora de Teixeira de Freitas e teceu alguns comentários sobre o instituto da falência e da concordata. Vale a pena transcrever as palavras do jurista, pela demonstração da repetição da História e do tempo consumido para a evolução do Direito, principalmente quando confrontadas com o referido acórdão do STJ. Vejamos: “(...) e a desigualdade, que de tal feição resulta, ainda se accentua pelos favores e privilegios concedidos ao commerciante, com menosprezo do principio constitucional de que todos são iguaes perante a lei, lemma, segundo o qual, não sómente todos os cidadãos são igualmente sujeitos á lei, mas todos os cidadãos têm de ficar subordinados á mesma lei, desde que se achem em circunstancias idênticas, ou sómente analogas. No nosso systema agrícola, o trabalho dos estabelecimentos mais importantes tem o feitio de uma especulação commercial e só em pormenores se distingue de qualquer manufactura, sem affectar a essencia mercantil do acto, que por preconceito se lhe nega. Não há differença maior entre o operario da lavoura na fazenda de café ou em estabelecimento rural que empregue machinismos modernos, e o operario da fabrica industrial; difficil será explicar porque os serviços e contractos do primeiro são regulados por lei distincta da que preside ás relações do segundo com o patrão. O proprietario de um estabelecimento agrícola de certo vulto não age de modo diverso de qualquer empreza manufactora; elle especula com o trabalho de seus operarios para colher o producto do solo e manufactural-o para o consumo; serve-se da via ferrea para o transporte do producto; crê relações de conta corrente com o seu commissario; saca letras de cambio ou subscreve notas promissorias; faz operações de desconto, deposito e seguro. A circunstancia de haver sido extrahido directamente da terra o producto, que elle transforma antes de o entregar ao consumo, não basta para fazer esquecer o carater que elle verdadeiramente tem de intermediario entre o operario productor e o commerciante a quem remette o producto. Entretanto, ao passo que o menos importante dos mercadores goza do privilegio de fabricar prova a seu favor, valendo-se da escripturação dos seus proprios livros para demonstrar a responsabilidade alheia, o dono do estabelecimento agrícola, com o capital de centenas de contos de réis, utilizando o trabalho de centenas de trabalhadores, não pôde oppôr a sua escripta ao commerciante com quem venha a ter contestação judicial. O direito de celebrar concordata com a maioria dos seus credores é também privilegio do commerciante, odiosissimo privilegio em relação ao fazendeiro, pois ao passo que o negociante pôde pagar as suas dividas com abatimento de 80, 90 ou 95%, e continuar o negocio desembaraçadamente, como se não tivesse quebrado, ou prevenido a quebra com a concordata, o agricultor nem com a menor porcentagem de rebate se pôde quitar, qualquer que seja a causa de seu atrazo, e fica sempre, de pae a filho, responsavel pela divida que foi forçado a contrahir (...)”. SOUZA, op. cit., p. 5-6. No referido acórdão datado de 17.10.2000, o STJ decidiu que o produtor rural pessoa física não pode requerer o benefício da concordata preventiva, fazendo ressalva, em citação, à agroindústria. Reformulou, assim, decisão monocrática, mantida pelo TJMG, que ressaltava, entre outros pontos, que a concordata rural “se constituiu no único meio para salvar a produção rural”, motivo pelo

ausência de um critério científico a sustentar a teoria dos atos de comércio, está dizendo-se que não há um método definido, que seja sempre igualmente aplicado, com as mesmas variantes, para a obtenção da conclusão acerca da natureza jurídica de determinado ato. Há tantas exceções, que a regra passa a ser a própria exceção. Temos consciência de que estamos avaliando uma teoria desenvolvida, no caso brasileiro, em 1850, de forma que o conteúdo do método científico aplicado era outro. De qualquer sorte, o que se objetiva aqui é, também, demonstrar a ausência, na atualidade, de um critério científico¹⁴⁹ para a teoria dos atos de comércio¹⁵⁰.

Apesar de todas as críticas tecidas à teoria dos atos de comércio, há uma incrível resistência em abandonar as conseqüências da distinção sabidamente inexistente.¹⁵¹

qual o magistrado, em aplicação ao art 5.º da LICC entendia estar suprindo uma lacuna e atendendo aos “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Em contrapartida, o STJ entendeu que, “se *de lege ferenda* como certo e afirmado pelo próprio aresto a concessão desse benefício ao produtor rural, resta claro ser impossível abrigar a tese brilhantemente exposta no acórdão, sem contrapor-se às expressas contra o texto legal que tanto veda”.

¹⁴⁹ Nesse ponto parece pertinente transcrever excerto dos comentários sobre a obra de Larry Laudan no que tange à visão da ciência como fonte de solução de problemas: “(...) Laudan delineou ‘as implicações, para a história e a filosofia da ciência, do ponto de vista que concebe a ciência sobretudo como atividade empenhada na solução de problemas’. Por isso, os pontos básicos do modelo de desenvolvimento da ciência proposto por Laudan são bastante simples: 1) o problema resolvido, empírico ou conceitual, é a unidade de base do progresso científico; 2) o objetivo da ciência é o de maximizar a dimensão dos problemas empíricos resolvidos e reduzir a dimensão dos problemas empíricos anômalos e dos problemas conceituais não resolvidos. Decorre daí que ‘toda vez que modificamos uma teoria ou a substituímos por outra, essa inovação constitui um progresso quando e somente quando a teoria modificada ou a nova teoria é mais eficiente em resolver problemas (...) do que a doutrina anterior’”. REALE; ANTISERI, op. cit., p. 176.

¹⁵⁰ MENDONÇA, op. cit., p. 454. Sustenta a existência de um sistema legislativo pátrio sobre a teoria dos atos de comércio originário, da interpretação das leis comerciais e da tradição. Para tanto, sugere a aplicação da interpretação das fontes do Direito Comercial. De acordo com o mesmo autor, são fontes do direito comercial: a) primárias ou diretas – o Código Comercial e as leis subsequentes que o completaram, ampliaram ou modificaram; b) subsidiárias, secundárias ou indiretas – as leis civis, os usos comerciais e a jurisprudência. Com efeito, nem das fontes primárias nem das secundárias se obtém critério definidor dos atos de comércio, uma vez que não há legislação vigente no Brasil que os defina. Tampouco as fontes secundárias auxiliam na definição dos atos de comércio, visto que as leis civis reconhecem o ato civil, para o qual os pré-requisitos são agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não-defesa em lei. Logo, as leis civis não são fonte para a conceituação científica dos atos de comércio. Ademais, com relação aos usos comerciais e à jurisprudência, as decisões exemplificativamente analisadas e a mutação própria dos usos comerciais demonstram a imprestabilidade desses elementos como definidores dos atos comerciais de forma científica. Tampouco se pode falar em sistema legislativo dos atos de comércio, seja pela adoção da definição kantiana de sistema como uma unidade sobre uma idéia de conhecimentos variados, seja pelo conceito de Savigny, de “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de direito numa grande unidade” (apud Claus Wilhelm Canaris, em *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 10-11). Sistema pressupõe ordenação e unidade, esta entendida como uma adequação valorativa. O agrupamento porventura existente da teoria dos atos de comércio, além de não refletir uma unidade axiológica, apresenta verdadeiras incompatibilidades, claro aqui que não se está falando em antinomias. Portanto, se entendemos que não há sistema jurídico dos atos de comércio e, mais ainda, se concordarmos com Bobbio (op. cit., p. 29), compreendendo o Direito como ciência sistêmica, chegamos à conclusão de que o Direito Comercial, ao menos dessa forma específica, não existe.

¹⁵¹ Na França, de onde provém a origem da distinção, há muita discussão sobre a adoção de um código único para as sociedades. Há quem defenda que o art. 1.873 do Código Napoleônico é claro ao dispor sobre as

Assim é que se pode citar, exemplificativamente, Rubens Requião,¹⁵² que, apesar de seu inquestionável conhecimento da insustentabilidade da teoria dos atos de comércio, ressalta ainda em uma publicação de 1992, a relevância e a importância do estudo da teoria sob o argumento de que os prazos prescricionais previstos no Título XVIII do Código Comercial são distintos daqueles previstos no Código Civil (CC) 1916 e, como são aplicáveis àqueles que praticam a mercancia, a qual, por sua vez, é definida pelo ato de comércio cujas características estão arroladas no art. 17 do Regulamento 737, de 1850, a fórmula para a distinção da atividade civil da comercial ainda é pelo ato de comércio. Por último, o referido autor justifica que exclusivamente aos comerciantes aplicam-se os institutos da falência, da concordata e a manutenção ao “ponto” pelo fundo de comércio (Dec. 24.150/1934).¹⁵³

Em suma, o que o autor fez foi demonstrar que não há modo pelo qual se pudesse distinguir os atos comerciais dos civis, pois, se a teoria dos atos de comércio é considerada, por unanimidade, falha, não pode ser ao mesmo tempo hábil para distinguir.

sociedades como uma regra de direito comum, aplicável também às sociedades comerciais, no que não for contrário aos usos e costumes do comércio. Com o passar do tempo, no entanto, o anacronismo do Código Civil fez com que as regras relativas às sociedades se submetessem às normas de natureza comercial (principalmente depois da edição da lei de 1966), mais modernas e úteis à existência das sociedades civis. Hoje, a constatação é que o critério essencial que deve guiar a elaboração da estrutura de uma pessoa jurídica não é a natureza civil ou comercial, mas sim a necessidade de garantir uma proteção eficaz aos sócios e aos terceiros, por meio da edição de normas uniformes, que possam ser conhecidas de todos e que permitam a formação de uma jurisprudência homogênea, conduzida pela experiência do Direito Comercial. GUIGOU, Hubert. L'Unification des Sociétés Civiles et Commerciales vers un Droit Commum? Gestion et contrôle. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. vol. 36, n. 4, p. 526-543, out./dez. 1983. Ver crítica à dicotomia formulada por Yves Guyon, em La Situation des Associés dans les Sociétés Civiles et les Sociétés Commerciales ne Faisant pas Publiquement Appel à l'épargne. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, ano 36, n. 3. p. 355-367. jul./set. 1983. Finalmente, em 13.04.1995, a lei das sociedades comerciais, art. 1.º, e o próprio Código Civil, especificamente, o art. 1.832, foram alterados (entre outros), prevendo, respectivamente, o fim lucrativo como elemento essencial à existência de contrato de sociedade capitalista e a possibilidade de uma sociedade comercial ter por objeto o exercício de uma atividade civil. GOSSELIN, Antoinette. La Réforme du 13 avril 1995: la fin de la théorie des cadres égaux obligatoires et l'apparition d'une société commerciale à forme civile. *Revue de la Faculté de Droit de Liège, Actualités du Droit*, trimestral, n. 4, p. 717-751, set. 1997.

¹⁵² “Não é preciso esforço de imaginação para se concluir da precariedade científica de um sistema jurídico que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental. Para muitos autores essa dificuldade, se não impossibilidade, resulta diretamente da circunstância de não ser científica a dicotomia do direito privado, e, por isso, a distinção entre atos civis e atos comerciais seria sempre ilógica e não racional”. REQUIÃO, op. cit., p. 12, 33-34. No âmbito estadual, podemos citar o trabalho elaborado por FISCHER, José Flávio Bueno. Sociedades Civis e Sociedades Comerciais: aspectos distintivos. *Revista Estudos Jurídicos*, ano 25, n. 64, p. 29-44, jan./abr. 1992.

¹⁵³ Esse posicionamento defensivo dos autores nacionais em relação à manutenção da distinção entre atos civis e comerciais vem de longa data. J.X. Carvalho Mendonça, op. cit., p. 16, depois de justificar a manutenção da distinção em decorrência das disposições constitucionais, assevera que, afora os atos comerciais enumerados no Regulamento 737, há atos civis que também são citados pela legislação como comerciais, como, por exemplo, aqueles contidos no art. 1.º da Lei 5.492/1928. Por isso, entende o Direito Comercial como a disciplina reguladora dos atos comerciais e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e de seus auxiliares.

Também demonstrou que os institutos que permaneciam distintos nos dois ramos são apenas quatro: prazos prescricionais, concordata, falência e proteção ao ponto.¹⁵⁴ Analisemos um a um esses institutos para verificarmos se, efetivamente, ainda seriam privilégios dos denominados comerciantes.

Quanto aos prazos prescricionais, art. 441 a art. 456 do CCo, todos os referentes aos títulos de crédito estão revogados e previstos em legislação própria (Dec. 2.044/1908 e Dec. 57.663/1966); os prazos relativos às ações de frete e primagem também estão regulados em legislação específica (Dec.-lei 116/1967); os prazos para a reclamação de salários estão previstos na CF/88, art. 7.º, XXIX, *a e b*; por outro lado, o Código Comercial estabelecia o prazo prescricional de vinte anos, tal qual o CC/1916, para se reclamarem as obrigações comerciais em geral; cinco anos para terceiros contra sócio não-liquidante (art. 444 do CCo) e dois, três ou quatro anos para cobrar mercadorias fiadas sem documento escrito (art. 446 do CCo).

Em contrapartida, se uma das preocupações com a manutenção da distinção das atividades civis das comerciais se dava em virtude do dinamismo que envolve a atividade comercial em comparação à lentidão da atividade civil, o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10.01.2002) reduziu todos os prazos prescricionais, inclusive se comparados com aqueles contidos no próprio Código Comercial.¹⁵⁵ No art. 205, a nova lei estabeleceu prazo máximo prescricional de dez anos em geral; de um ano (art. 206, § 1.º, incisos) para hospedeiros, segurados, peritos e credores de sócios ou de liquidantes, a partir da publicação do encerramento da liquidação; de dois anos para prestações alimentares (§ 2.º do mesmo art. 206); de três anos (§ 3.º do mesmo art. 206) para aluguéis, rendas temporárias ou vitalícias, prestações acessórias, ressarcimento de enriquecimento sem causa, reparação civil, restituição de lucros e de dividendos, pretensões decorrentes de violação da lei ou estatuto por sócios,

¹⁵⁴ REQUIÃO, op. cit., p. 12, 33-34.

¹⁵⁵ O item celeridade, por muitos comercialistas apontado como grande elemento distintivo do Direito Comercial em relação ao Direito Civil, já em 1933 foi reconhecido por Carvalho Mendonça como ultrapassado. Disse que a celeridade e a economia são “cousas” úteis para todos e que “cada dia, a pratica civil afasta-se de hábitos lentos”. Também teceu considerações acerca da tese de que o Direito Comercial é mais dinâmico porquanto menos formalista que o Direito Civil. A esta assertiva respondeu, magistralmente, com exemplos legais, nos quais a forma é absolutamente imperiosa, assim como ocorre com os títulos de crédito, instituto sempre esquecido pelos comercialistas quando acusam o Direito Civil de formalista. Aliás, o Direito Brasileiro como um todo é formalista. Até hoje é assim e, certamente, vários problemas surgirão até que consigamos modificar nossa cultura do papel original ou autenticado para nos adaptar aos contratos eletrônicos, por exemplo, sem os tratar como contratos verbais.

fundadores, liquidantes, administradores; pagamento de título de crédito, para pagamento de beneficiário de seguro obrigatório; de quatro anos (§ 4.º do mesmo art. 206) para a pretensão relativa à tutela a partir da aprovação de contas e, finalmente, de cinco anos (§ 5.º do mesmo art. 206) para a cobrança de dívidas líquidas constantes em instrumentos públicos ou particulares, para cobrança de honorários de profissionais liberais, professores, procuradores judiciais e curadores e para a cobrança do sucumbente das despesas judiciais.

Quanto aos institutos da falência e da concordata, à época dos comentários de Rubens Requião, não obstante, de acordo com o art. 1.º do Dec.-lei 7.661/1945, só pudesse falir aquele que fosse comerciante, havia exceções. Com efeito, além da decisão antes citada,¹⁵⁶ cabe mencionar decisão do STF, em sede de julgamento de *habeas corpus*,¹⁵⁷ que versa sobre crime falimentar cometido por sócio de sociedade civil, por quotas de responsabilidade limitada.¹⁵⁸ Embora a decisão trate de matéria processual, focada basicamente na controvérsia acerca da “impossibilidade de, decretada a falência de sociedade civil, em decisão trânsita em julgado, fugir o juízo criminal ao decidido no juízo cível, que deve acatar”, traz as ponderações do TJSP sobre a falência de sociedades civis. No voto do desembargador relator do HC, o mesmo cita entendimento do STF¹⁵⁹, no sentido de que doutrinariamente se admite a falência de sociedade civil, apesar de a legislação vedar essa hipótese. Cita ainda a definição de comerciante proposta por Trajano Miranda Valverde,¹⁶⁰ de que comerciante é “a pessoa natural ou jurídica que faz da mercância profissão habitual”, retomando a velha teoria dos atos de comércio. Por fim, reconhece que uma sociedade civil pode ser registrada na Junta Comercial e, mesmo praticando atividade comercial acessória, “não desnatura o conceito civil da sociedade”. A contrário senso, cita o acórdão do próprio TJSP que deu origem ao HC cujo recurso analisamos, o qual manteve a falência da sociedade civil de processamento de dados denominada Módulo Processamento de Dados Ltda.

¹⁵⁶ Ap 100.383-1, pela 5.ª Câ. do TJSP, j. 09.06.1988.

¹⁵⁷ RHC 60.186, publicada no *DJU* em 01.10.1982, p. 9.828.

¹⁵⁸ Ementa: “Falência. CPP, art. 511. Não é possível, através de *habeas corpus*, invalidar sentença que decretou a falência de sociedade civil, por entender que praticou atos mercantis. Decretada a falência em decisão trânsita em julgado, impossível fugir o juízo criminal ao decidido no juízo cível, que deve atacar. Segundo a norma do art. 511 do CPP, não se conhecerá da arguição de nulidade de sentença declaratória da falência, no processo criminal, sob pena de se opor um juízo ao outro, se rescindida decisão do cível em juízo criminal. Recurso de *habeas corpus* improvido”.

¹⁵⁹ *Revista Forense*, n. 425, vol. 122.

¹⁶⁰ VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à Lei de Falências* apud STF – RHC 60.186, publicada no *DJU* em 01.10.1982, p. 9.828.

No caso concreto, o ex-sócio estava sendo processado por crime falimentar em virtude da decisão que decretou a falência da sociedade, entendendo que, embora formalmente civil, prestadora de serviços, a sociedade pode ser compreendida como comercial desde que tenha “incursionado na área dos comerciantes, com atos próprios do universo mercantil”. As conseqüências dessa decisão transitada em julgado que decretou a falência da sociedade civil foram extensivas à esfera penal, atingindo ex-sócio, pelo fato de ter transferido suas quotas, com o suposto ânimo de fraudar os credores.

Com a ilustração deste caso, objetivamos demonstrar que, embora à primeira vista ainda fosse mantido o entendimento de que, legalmente, somente as sociedades de natureza comercial pudessem falir, na prática o instituto vinha sendo aplicado às sociedades civis. Para tanto, normalmente, os tribunais se utilizavam do argumento de que a sociedade praticava atos comerciais e, conseqüentemente, estava no universo mercantil, como aconteceu com o caso citado.

Neste ponto, sugerimos a reflexão sobre como enquadrar o processamento de dados na teoria dos atos de comércio e, especificamente, em qual dos sistemas, no enumerativo ou descritivo, estaria prevista essa atividade, ou ainda, sobre seu enquadramento na teoria da intermediação.

Embora patente a dificuldade da proposta anterior, pior ainda é determinar qual o significado de “universo mercantil”. Seja pelo fundamento que for, o fato é que foi decretada a falência da sociedade processadora de dados, de natureza civil, de acordo com a teoria dos atos de comércio.

Se os tribunais vinham aplicando o instituto da falência às sociedades civis por caminhos indiretos em virtude da vedação legal, assim não precisam mais agir diante da aprovação do já antigo projeto de Lei de Falências, 4.376-A, de 1993. O projeto de lei passou por profundas alterações no ano de 1999, especificamente pela “subemenda global”¹⁶¹, para

¹⁶¹ Esta subemenda alterou o antigo art. 2.º, que dispunha: Art. 2.º 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.

finalmente ser aprovado como Lei nr. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, a qual estabelece a falência do empresário e não a do comerciante, como aliás acontece na França desde 1967,¹⁶² estendendo ambos os institutos, da concordata (agora recuperação judicial) e da falência, para a sociedade civil e para o devedor em geral. A lei corretamente regula, conforme previsto em seu artigo primeiro “a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”, abandonando a antiga vedação da decretação de falência de sociedade civil.

Indubitavelmente, neste ponto representa um avanço, ainda mais se levado em consideração o texto do art. 1.º do projeto de Lei 4.376/1993 que mantinha a injustificável dicotomia ao estabelecer que a lei seria aplicável tanto às sociedades civis quanto às comerciais, desde que com fins econômicos. Eis o conteúdo do art. 1.º do projeto de Lei 4.376/1993:

Art. 1.º Esta lei institui e regula a recuperação e a liquidação judicial das sociedades comerciais e civis de fins econômicos, das sociedades de economia mista e das pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo do 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 atividade legalmente regulamentada e aos que prestem funções ou exerçam tarefa profissional autônoma, de forma individual ou organizada.¹⁶³

Quanto à proteção ao ponto, a Lei 8.245/1991, que dispõe sobre locações dos imóveis urbanos e procedimentos a elas pertinentes, excluiu a denominação “locação comercial”, referindo-se, no capítulo segundo, à locação residencial, locação para temporada e locação não-residencial. No referido diploma, no art. 51, § 4.º, os benefícios da ação

¹⁶² MONTS, Roger Dorat des. L'unification des Sociétés Civiles et Commerciales: vers un droit commun? *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. vol. 35, n. 4, p. 507-509, out./dez. 1982.

¹⁶³ Neste ponto, o projeto de lei de falências seguiu a mesma orientação do Novo Código Civil, que conceituou o empresário e a sociedade empresária, excetuando, em princípio, desta classificação o produtor rural e os profissionais liberais que a nova lei, de forma geral, denominou de profissionais intelectuais que exercem atividade de natureza científica, literária ou artística. Embora este ponto seja matéria a ser tratada na segunda parte do trabalho, é oportuno mencionar que, na França, os profissionais liberais também foram excluídos dos procedimentos de recuperação das empresas. Ver sobre o assunto: Amador Paes de Almeida. *Curso de falência e concordata*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3-555. LOBO, Jorge; PIMENTEL, Sérgio. A Recuperação da Empresa em Crise no Direito Francês. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 37, vol. 113, p. 148-153, jan./mar 1999.

renovatória foram estendidos às sociedades civis com fins lucrativos, em evidente proteção ao estabelecimento. A necessidade da adaptação do direito à realidade e a fragilidade do sistema dicotômico das atividades civis e comerciais fizeram com que os tribunais, antes mesmo da edição da Lei 8.245/1991, reconhecessem o direito às sociedades identificadas como de natureza civil, à proteção ao ponto e, conseqüentemente, a um dos elementos do estabelecimento comercial. Eis ementa exemplificativa:

Locação não residencial. LC renovatória. Fundo de comércio. Sociedade civil de prestação de serviço. Imóvel ocupado por sociedade civil de prestação de serviços devidamente organizada. Atividade empresarial com fins lucrativos que gera fundo de comércio. Proteção do Dec. 24.150/1934. Legitimidade de ação. Aluguel fixado com base em laudo de assistente técnico do autor (TACivRJ – AC 939/89 – (Reg. 2275) – Cód. 89.001.00939 – 8.ª Câm. – rel. Juiz Luiz Carlos B. Amorim da Cruz – j. 26.04.1989 (Ementário TACivRJ 39/89 – Ementa 32313).¹⁶⁴

Finalmente, no ano de 2002 foi aprovada a Lei nr.10.406, novo Código Civil Brasileiro, o qual, ao contrário do posicionamento assumido com relação à unificação do Direito Privado, aceitou e chancelou a unificação do Direito das Obrigações. A unificação do direito obrigacional é realidade aceita tanto pelos doutrinadores quanto pelos legisladores. Porém ainda é tratada como se não fosse um indicativo da própria unificação do direito privado como um todo. Ademais, embora a unificação do direito obrigacional fosse realidade e realidade aceita, antes mesmo da entrada em vigência do novo Código Civil, pelo fato de a matéria não se encontrar unificada em um único código, a dicotomia era assente. No entanto, isso não deveria constituir fundamento jurídico para dar ensejo à criação ou manutenção de dois ramos do Direito, ou melhor, de duas naturezas jurídicas distintas: obrigações de natureza

¹⁶⁴ Embora a matéria esteja superada pela alteração da lei, como o presente capítulo tem por objetivo demonstrar os prejuízos da manutenção da teoria dos atos do comércio, vejamos outra decisão, também do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, também de abril de 1989, que ilustra o grau de incerteza e de injustiça que a falta de cientificidade do Direito Comercial traz à solução dos conflitos: AC 883, 6.ª Câm. “Locação comercial. Renovatória. Sociedade civil constituída por estabelecimento de ensino. Inexistência de fundo de comércio. O estabelecimento de ensino, ainda que constituído sob a forma de sociedade civil, não exerce atividade mercantil, não estando, assim, sob a proteção da lei de luvas. Sendo restrito o conceito jurídico de comerciante e industrial e tendo o legislador de 1934 imposto severas restrições ao direito de propriedade, assegurado por nossa Lei Maior, qualquer uma destas restrições legais não pode sofrer interpretação ampliativa, sob pena do intérprete transformar-se em legislador. Confirmação da sentença”. O entendimento da 6.ª Câmara era exatamente oposto ao da 8.ª Câmara, na Ap 939/89 citada, da qual se extrai excerto do voto do relator, no qual o confronto fica patente: “Registre-se singularmente que este entendimento é hoje pacífico, lembrando como exemplos mais corriqueiros os salões de barbeiros, escritórios de contabilidade e estabelecimentos de ensino e saúde, como praticantes do ato de comércio, organizados com fins lucrativos, tendo conseqüentemente fundo de comércio a ser protegido pela lei de luvas”.

comercial e obrigações de natureza civil; estava a teoria insustentável dos atos de comércio a gerar obrigações de uma natureza inexistente. Ocorre, no entanto, que a manutenção dos dois códigos era interpretada como mantenedora de algumas distinções, já na época injustificadas.

Hoje, unificado o Direito Obrigacional e, em nosso ponto de vista, o Direito Privado, diante da superação da teoria dos atos de comércio pelo ato empresarial, ainda assim há quem sustente a Empresa como a fase moderna do Direito Comercial, equivocada compreensão que se fortalece pela dificuldade de se compreender o ‘elemento de empresa’ que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nr. 10.406/02.

PRIMEIRA PARTE

ANÁLISE DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA EMPRESA E SEU EXERCÍCIO PELAS PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA

A) A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL - TRINÔMIO: EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO

A.1) Empresa

Começamos a ‘falar’ de empresa remontando ao ano de 1808, mais especificamente ao dia primeiro de janeiro de 1808¹⁶⁵. Esta é a data na qual o Código Comercial Francês – “Code de Commerce” entrou em vigência. Embora possa não ser considerado o primeiro código comercial moderno¹⁶⁶, é o marco “legislativo, lindeiro da nova época do Direito Comercial”¹⁶⁷.

Com o surgimento do Código Comercial Francês, também conhecido como Código Comercial Napoleônico, iniciou-se a fase que marcou a passagem da caracterização do Direito Comercial da pessoa do comerciante (fase subjetiva) para os atos jurídicos por qualquer pessoa praticados (fase objetiva)¹⁶⁸; o legislador identificou atos jurídicos e elencou-os como sendo atos de mercancia. Foi o início da objetivação do Direito Comercial. Esta fase

¹⁶⁵ Haja vista que a parte preliminar deste trabalho foi sugerida em sede de banca de qualificação, como uma alternativa ao leitor que quisesse um pouco mais de informações acerca dos fatos históricos e jurídicos que antecederam o surgimento do Direito Empresarial e que foram objeto da dissertação de mestrado da presente concorrente, inseriu-se aquela parte, sem entretanto, suprimir totalmente uma breve introdução a este capítulo, justamente para aqueles leitores que desejam ingressar diretamente neste ponto.

¹⁶⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 1, p. 11. Para este autor a primeira codificação moderna em matéria comercial é o Código de Savary, Ordenança de Colbert, datado de 1673.

¹⁶⁷ FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial: o estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. vol. 1, p. 45.

¹⁶⁸ Para REQUIÃO, op. cit., p.11, há uma fase intermediária, denominada eclética, com acentuada transigência para o objetivismo. Vivante retrata esta mutação: “(...) passou-se do sistema subjetivo ao objetivo, valendo-se da ficção segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial. Essa ficção favoreceu a extensão do direito especial dos comerciantes a todos os atos de comércio, fosse quem fosse seu autor, do mesmo modo que hoje a ficção que atribui, por ordem do legislador, o caráter de ato de comércio àquele que verdadeiramente não o tem, serve para estender os benefícios da lei mercantil aos institutos que não pertencem ao comércio”. Cita como exemplo deste sistema eclético a Ordenança de Colbert. O autor não fez referência bibliográfica.

marcou, também, a sobreposição do Estado Nacional aos organismos corporativos. Neste Indubitável marco legislativo, ao arrolar os atos de comércio, o Código Francês refere à empresa como um de seus exemplos:

Article 632: La loi répute actes de commerce: Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre; Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux; Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières; Toute entreprise de location de meubles; Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau; Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics; Toute opération de change, banque et courtage; Toutes les opérations de banques publiques; Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers; Entre toutes personnes, les lettres de change.

Article 633: La loi répute pareillement actes de commerce: toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure; Toutes expéditions maritimes; Tout achat et vente d'agrès, appareils et avitaillements; Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse; Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer; Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages; Tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtiments de commerce.

O Brasil, seguindo a orientação francesa, editou em 25 de novembro de 1850 o decreto 737. Tal ocorreu no momento em que o projeto de Código Comercial Brasileiro se encontrava em fase final. Pelo decreto 737, foi aprovada a comissão redatora do regulamento processual. Entre os membros estava Carvalho Moreira¹⁶⁹, que entendia não estarem definidas no Código Comercial Brasileiro as características dos contratos mercantis e, conseqüentemente, suas distinções em relação aos contratos de natureza civil. Aproveitou o ensejo e, na lei processual, ao definir a competência dos tribunais do comércio, arrolou os atos de comércio, por ele denominado “atos de mercancia”. Tal qual o código francês, dentre os atos de comércio está arrolada a empresa. Dispunha o art. 19 do Regulamento 737, de 1850, *verbis*:

Art. 19 Considera-se mercancia:

Os actos enumerados pelos paragraphos que se seguem são reputados commerciaes juris et de jure, não sendo admissivel prova em contrario.

¹⁶⁹ FERREIRA, op. cit., p.100. No regulamento 737, consta como responsável o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Euzébio de Queiroz Coitinho Mattoso Camara.

- §1.º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;
- §2.º As operações de cambio, banco e corretagem;
- §3.º As empresas de fabricas, de comissões, de deposito, de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetaculos publicos;
- §4.º Os seguros, fretamentos, riscos, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo;
- §5.º A armação e expedição de navios”.

Seguindo, também, o sistema francês dos atos enumerativos de comércio, em 1882 foi publicado o “Codice di Commercio Del Regno D’Italia”, que previa, em seu artigo terceiro, incisos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 13 e 21, entre os atos reputados comerciais a empresa de fornecimentos, de construção, fabril, de espetáculos públicos, editorial, tipográfica e livreira, de transporte de pessoas e coisas por terra e por água, de comissão, de agência e de negócios.

Evidentemente que, à época, a compreensão de empresa era outra e, sempre tendo como objetivo primordial, justificar a teoria dos atos de comércio.

Para Alfredo Rocco¹⁷⁰ (p. 165-173), a empresa como elemento distintivo de uma determinada categoria dos atos intrinsecamente mercantis, ou seja, como definidora do ato mercantil, deve ser compreendida como a realização das atividades arroladas nos incisos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 13 e 21 do art. 3.º do CCo italiano acima mencionados, de forma coletiva (“com a colaboração de outras pessoas”). Justifica sua posição de que empresa, no sentido jurídico, é diferente do sentido econômico também pelo fato de, para a empresa, juridicamente falando, pouco importar a origem do capital, porém ser determinante o emprego do trabalho alheio, recrutado, organizado e pago pelo empresário. Logo, toda empresa, assim compreendida pelo Código Comercial Italiano de 1882, pode também sê-lo para a Economia, porém nem toda empresa, no sentido econômico, será empresa para o Código Comercial Italiano de 1882.

¹⁷⁰ Alfredo Rocco trabalhou à exaustão a teoria dos atos de comércio e, apesar de não haver qualquer identidade valorativa entre os atos arrolados no CCo Italiano e, contrariamente à posição dominante¹⁷⁰, afirmou ter encontrado um conceito unitário para os atos de comércio, rebatendo, assim, a teoria que dividia os atos de comércio em objetivos e subjetivos. A referência bibliográfica utilizada no presente trabalho é uma edição de 1981. Porém, a teoria formulada por Rocco, remonta, segundo a preliminar constante na edição, a 1927. ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. México: Nacional, 1981.

Assim é que, no caso da empresa de fornecimentos, definida por Rocco como a atividade de prestação de serviços pela qual podem ser fornecidas mercadorias, tanto na qualidade de produtor, quanto na qualidade de intermediador, ou podem ser fornecidos serviços de remoção de neve, por exemplo, a atividade em si torna-se mercantil pela colaboração de terceiros na sua execução. O mesmo pode ser dito da empresa construtora, cuja mercantilização se dá em decorrência da execução da atividade com a colaboração de terceiros, independentemente de haver compra do material para ser revendido ao dono da obra.

Quanto à empresa fabril ou manufatureira, Rocco assevera que a compra dos insumos à produção não mercantiliza o ato e que o artesão que transforma a matéria-prima não realiza ato de comércio. Logo, a comercialidade da empresa manufatureira advém do emprego do trabalho alheio para a execução da atividade. O mesmo raciocínio vale para a empresa de espetáculos públicos, cuja comercialidade advém do emprego do trabalho alheio, de forma que o espetáculo realizado pelo artista nada tem de comercial, senão a intermediação entre o artista e o público. Esta intermediação também ocorre no caso da empresa editora, na qual Rocco aponta a comercialidade do ato pela intermediação entre autor e o público.¹⁷¹

Em contrapartida, a empresa tipográfica é considerada atividade comercial pelo emprego de auxiliares na execução das tarefas, em nada divergindo do caráter mercantil conferido às empresas de fornecimentos, de construção e a fabril ou manufatureira. Em relação à empresa de livraria, Rocco justifica que a lei arrolou esta atividade com caráter

¹⁷¹ Entendemos que, no caso da empresa de editoração, Rocco misturou dois conceitos distintos. Em todas as classes de empresas enumeradas no art. 3.º, Rocco apontou como sendo o elemento definidor de empresa a intermediação entre o trabalho de um terceiro na consecução do objeto da própria empresa e o público tomador do bem ou do serviço confeccionado pela empresa. Com efeito, no caso da empresa de editoração, o caráter empresarial estaria no emprego de, pelo menos, um terceiro que executasse a editoração sob o comando do empresário, ou seja, que supervisionasse e reparasse o texto a ser publicado. Logo, a empresariedade do ato estaria em comandar e organizar os colaboradores na execução do mesmo objeto: do objeto da empresa. Quando, entretanto, Rocco explana a empresa editora, afirma que, neste caso, a intermediação estaria entre o autor e o público, introduzindo um elemento totalmente distinto daquele que vinha sendo utilizado, pois a intermediação estaria entre o público e uma atividade estranha à empresa, assemelhando-se ao primeiro grupo de atos, conforme disposto nos incisos 1.º e 2.º do art. 3.º do CCo italiano de 1882 e à teoria da intermediação. Quanto a esta inserção de um elemento estranho à abordagem que vinha até então sendo dada, é oportuno trazer a própria crítica de Rocco à teoria francesa dos atos de comércio: estar-se-iam classificando os atos mercantis com base em dois critérios distintos, simultaneamente. Conseqüentemente, ou ato comercial decorrente de sua prática pela forma empresarial significa a interposição, por parte do empresário, entre os seus colaboradores e o mercado, ou significa sua interposição entre o produtor da coisa ou do serviço e o mercado. Esta observação também é aplicável para o caso da empresa livreira, embora, nesse caso Rocco tenha atenuado um pouco a idéia de interposição entre o editor e o público, pela ressalva que fez no tocante à necessidade de o livreiro empregar colaboradores para a execução da venda dos livros. ROCCO, op. cit., p. 165-167.

empresarial e não simplesmente como intermediação entre a compra e venda de mercadorias, incisos 1.º e 2.º do art. 3.º, porque a livraria pratica outra atividade que, por si só, não seria reputada comercial pelo código: a organização, a difusão e a venda de livros não comprados, mas recebidos em depósito.¹⁷² Empresa livreira foi definida por Rocco como a organização sistemática da venda e difusão de obras que exige o emprego de numeroso pessoal, bem treinado e bem dirigido, cuja atividade objetiva o intermédio entre o público e os editores.¹⁷³ Justifica que o referido inciso 10 do art. 3.º do Código Comercial Italiano trata de empresa livreira e não de negócios de livraria, porque nesse caso estariam englobadas as pequenas livrarias que não fazem especulação livreira, mas somente recebem livros em “administração”, motivo pelo qual podem ser chamadas de agentes dos editores.¹⁷⁴

No tocante à empresa de transporte, Rocco se utiliza um pouco da noção econômica por ele criticada de que empresa seria a organização dos fatores de produção, especificamente da organização do “fator mais importante da produção: o trabalho”. Consigna expressamente que a linha divisora entre o transporte como ato civil e o transporte como ato comercial está no emprego de auxiliares na execução do trabalho.

No Brasil, Carvalho de Mendonça¹⁷⁵ foi o autor que muito comentou a teoria dos atos de comércio, na tentativa de sua sistematização e, conseqüentemente, tratou da empresa na forma arrolada no Regulamento 737. Assim é que, por exemplo, na espécie “atos de comércio por natureza”, na categoria empresarial, embora a comercialidade do ato adviesse

¹⁷² Corresponderia hoje à venda por consignação, amplamente difundida, haja vista o custo do armazenamento dos bens e a indisponibilidade de capital de giro para a aquisição de mercadorias a grosso. De qualquer sorte, chama a atenção o fato de o depósito estar previsto no Código Comercial Italiano de 1882 como ato comercial por conexão, art. 3.º, inciso 24.

¹⁷³ As expressões utilizadas por Rocco não foram muito felizes, pois qual a empresa que, para executar sua atividade, não necessita de pessoal bem treinado e bem dirigido? Essas não são características que mercantilizam uma atividade, mas sim que qualificam qualquer empresa que executa suas tarefas com qualidade. Também utilizou, neste mesmo item, outra expressão que em nada individualiza a atividade e, tampouco, contribui para apontar seu caráter mercantil: “(...) actividad intermediadora entre quien trabaja y quien necesita de los productos del trabajo”. Isto é a lei da oferta e da procura, e nada mais indica que há mercado para um prestador de serviços qualquer. Por meio dessa colocação, Rocco dá também a entender que esta aproximação ou esta prestação de serviços não é trabalho. ROCCO, op. cit., p. 168-169.

¹⁷⁴ Esta posição de Rocco vai de encontro a duas outras passagens: quando definiu o ato intrinsecamente mercantil, momento em que disse que o fim especulativo e lucrativo não era essencial para a mercantilização do ato, e quando criticou as definições de empresa, mais especificamente, a tese preponderante de empresa como organização dos fatores de produção, momento em que disse ser a distinção quantitativa entre pequena, média e grande de natureza econômica, logo imprestável para a ciência do Direito, por faltar-lhe exatidão. ROCCO, op. cit., p. 194 e 165, respectivamente.

¹⁷⁵ MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1933. vol. 1, p.500-525.

da organização empresarial, qualquer que fosse a concepção de empresa, este elemento distintivo ou conversor do ato em comercial não foi identificado pelo autor, como ocorre na empresa de fornecimentos, cujo fundamento para a comercialidade do ato foi apontado por Carvalho de Mendonça como sendo o mesmo da compra e venda, ou seja, a intenção do repasse por parte do empresário fornecedor, já no momento em que a aquisição é feita. No entanto, se a comercialidade do ato está na interposição entre aquisição e repasse, não se pode dizer que a comercialidade advém da organização empresarial.

Com efeito, nesse contexto, a definição de empresa torna-se inútil para a definição do ato de comércio. Ademais, percebe-se que, para a definição do mesmo ato – empresa de fornecimento – estar-se-ia, segundo o referido autor, utilizando-se de dois elementos distintos e não convergentes, a saber: interposição entre aquisição e repasse e organização empresarial. No entanto, o que se verifica é que, não obstante o autor tenha mencionado a organização empresarial como elemento conversor do ato em comercial, dele não se utilizou.

Outro exemplo da mesma situação é a empresa de espetáculos, cujo elemento definidor da comercialidade do ato é o lucro e não, a organização empresarial. Com base neste mesmo exemplo, partimos para uma outra crítica, que, pela lógica, deveria ter antecedido a crítica dos atos comerciais por natureza, especificamente os empresariais: entre o conceito genérico de ato de comércio e a definição de suas espécies, mesmo na categoria ato de comércio por natureza, Carvalho de Mendonça não observa uma correspondência: ora o elemento lucro não é critério definidor do ato, pois é inerente a todos os atos, ora é elemento definidor da comercialidade do ato.

Do tratamento incipiente das codificações oitocentistas e, sobretudo, decorrentes e dependentes da assistemática e nada científica teoria dos atos de comércio, a empresa passou para posição de destaque no século XXI. Com o advento do Código Civil Italiano de 1942¹⁷⁶ a empresa, para muitos, passou a representar a quarta fase do Direito

¹⁷⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. vol. 1, p. 13-14, fixou como marco legal da noção moderna de empresa as disposições contidas no Código Comercial Alemão de 1897, § 343, traduzido pelo autor como “atos de comércio são todos os atos de um comerciante que sejam relativos à sua atividade comercial”. Entendia o referido autor que o § 343 do CCo alemão somente conferiu relevância tanto ao empresário quanto aos atos de comércio, caso unidos para a exploração de uma empresa.

Comercial, fase subjetiva moderna, sendo a empresa a sucessora das fases subjetiva e objetiva, quanto a esta, pela “falência” do “sistema” dos malfadados atos de comércio.¹⁷⁷

O Código Civil Italiano de 1942 marcou o início da concepção moderna de empresa, não pelo conceito em si, mas pelos elementos que a compõem. Este reconhecimento legislativo reflete o resultado do grande desenvolvimento do capitalismo e da produção em massa. A sociedade que antecedeu a elaboração do Código Comercial Italiano de 1882 e a que antecedeu a elaboração do Código Civil de 1942 não tinham a mesma compreensão sobre ciência, cultura, religião; o trabalho, embora escravizante, não mais era escravo, mas sim o meio de obtenção da liberdade e do conforto. A produção passou de artesanal para industrial; a organização da atividade econômica em corporações de ofícios cedeu espaço para os conglomerados econômicos; percebe-se, enfim, a mudança no *éthos* da sociedade.¹⁷⁸ A empresa, neste contexto, é uma tentativa de adequação à realidade¹⁷⁹ e, segundo Fábio Konder Comparato, serve como elemento explicativo da civilização contemporânea.¹⁸⁰

Efetivamente a empresa passou a ocupar um papel social significativo, pois é dela que provêm bens, serviços e receita fiscal do Estado. Também é ela responsável pela transformação da forma pela qual sociedades, associações e profissionais liberais buscam

¹⁷⁷ A propósito, seguimos COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1. p.13-14. A divisão proposta por Fábio Ulhoa Coelho divide em três períodos históricos o Direito Comercial: primeiro período (fase subjetiva) - segunda metade do século XII até segunda metade do século XVI; segundo período — entre os séculos XVI e XVIII, também denominado de fase subjetiva; e, finalmente, o terceiro período, entre os séculos XIX e XX.

¹⁷⁸ Sobre o assunto ver: ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

¹⁷⁹ REQUIÃO, op. cit., 1998, p. 13, faz um breve relato acerca das manifestações do século passado à figura do empresário, *verbis*: “J.B. Say pôs em destaque, nos princípios do século passado, uma das novas figuras – o empresário”. O economista francês havia ampliado, no continente, as noções econômicas sustentadas por Adam Smith, acentuando, a par da agricultura, a importância dos capitais para a exploração das forças produtivas da natureza. Ao lado desses capitais, situa-se a figura do empresário, até então desconhecida. “O que exerce a mais notável influência na distribuição da riqueza”, diz ele, “é a capacidade dos diretores das indústrias”.

¹⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3, *verbis*: “Instituição Social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa”. Neste mesmo sentido: BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 295, *verbis*: “Já se tornou notório que a empresa domina o panorama da economia moderna, principalmente porque é ela a responsável pela produção e comercialização em massa; mas também pelos progressos tecnológicos verdadeiramente revolucionários que utiliza e, conseqüentemente, pela dimensão extraordinária que alcançou. De um lado têm-se, pois, as chamadas macroempresas, dotadas de um poder econômico inimaginável, chegando a ignorar as fronteiras dos países, no que se converteu na chamada multinacional. De outro, tanto a pequena e média empresa completam o ciclo de produção e distribuição dos produtos no mercado, do que resulta que a Economia moderna está estruturada em volta das empresas que constituem o seu centro, o pólo irradiador dos bens e serviços”.

alcançar a consecução dos seus objetivos, uma vez que é da empresa a noção de utilitarismo, de eficiência técnica, de inovação e de economicidade dos meios. Não poderia, portanto, a ciência jurídica permanecer indiferente a esse instituto, mesmo com a dificuldade natural de conceituá-lo, somada às diferentes acepções e perfis que se emprestaram à expressão *empresa*, ora por outros ramos científicos, ora pelo uso coloquial.

Não obstante ser o Código Civil Italiano o marco da fase subjetiva moderna do Direito Comercial, nele não se encontra a definição de empresa, mas sim dos elementos que a compõem¹⁸¹. O empresário está definido no art. 2.082, e o estabelecimento, no art. 2.555.

A falta de um conceito legal fez com que os doutrinadores elaborassem seus próprios conceitos. Entre os italianos que mais se destacaram está Asquini,¹⁸² que abandonou a idéia de conceituar juridicamente a empresa para analisar “os aspectos jurídicos da empresa econômica”,¹⁸³ que chamou de perfis:

- a) a empresa como empresário (perfil subjetivo);
- b) a empresa como atividade produtora (perfil funcional);
- c) a empresa como estabelecimento (perfil patrimonial ou objetivo);
- d) a empresa como instituição, relações de trabalho (perfil corporativo).

Asquini enquadrou a empresa como sujeito de direitos pelo empresário, conforme definição contida no próprio Código Civil Italiano, no art. 2.082, *verbis*: “Art. 2082. (Impreditore). – È impreditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.”¹⁸⁴

Como atividade produtora ou perfil funcional, a empresa era compreendida como “força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado

¹⁸¹ Embora no Código em si não haja definição de empresa, consta na exposição de motivos: O conceito de empresa acolhido pelo código é aquele da ‘Carta del Lavoro’, não ligado a setores particulares da economia, porém abrangendo cada forma de atividade produtiva organizada; agrícola, industrial, comercial, creditícia; nem ligado a especiais dimensões quantitativas, porém envolvendo a grande e média empresa, assim como a pequena empresa do cultivador direto do fundo, do artesão, do pequeno comerciante, salvo, para a pequena empresa as particularidades do seu estatuto. ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução e notas de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

¹⁸² ASQUINI, op. cit., p. 109-126

¹⁸³ REQUIÃO, op. cit., p. 52.

¹⁸⁴ Tradução livre: Art. 2.082, definição de empresário: “Aquele que exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim de produção ou de troca de bens ou de serviços”.

escopo produtivo”, ou seja, de um lado recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição dos determinados bens ou serviços e, por outro lado, realizar a troca dos bens ou serviços colhidos ou produzidos. Para o autor, a relevância do perfil funcional estava em, a partir dele (ou seja, da identificação da atividade exercida pelo empresário ou pela sociedade empresária), obter a natureza e, conseqüentemente, a qualificação do empresário (agrícola, comercial, industrial etc.).¹⁸⁵

Como objeto de direito, a empresa era compreendida pelo patrimônio, distinto do patrimônio do empresário. Nesse ponto, Asquini, valendo-se de outros doutrinadores, divide o patrimônio em dois grupos: a) os que compõem o patrimônio aziendale – complexo de relações jurídicas em torno do empresário, exemplificativamente, o direito sobre os bens dos quais o empresário se serve, as relações com os funcionários, fornecedores de mercadorias e de capitais e a clientela. Ou seja, é o complexo de relações jurídicas heterogêneas (reais, obrigacionais, ativas e passivas), tendo objetos heterogêneos (materiais, móveis, imóveis e imateriais, serviços), cujo conjunto é compreendido como uma universalidade de direito; b) os que compõem a *azienda res* – complexo de bens (materiais e imateriais, móveis e imóveis e os serviços), cujo conjunto é compreendido como uma unidade econômica fática. Ainda que o autor trate o estabelecimento como sinônimo de *azienda res*, ao final conclui que o Código Civil de 1942 tratou o estabelecimento tanto como patrimônio aziendale como *azienda res*, porém sem qualificá-lo como universalidade de direito, mas de fato. O conceito de estabelecimento também consta no próprio Código Civil Italiano, no art. 2.555: “2.555, Nozione – L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio del’impresa”.

Como instituição, perfil corporativo, seria a soma dos colaboradores do empresário o que tornaria a empresa uma organização de pessoal. Segundo o autor, seria possível identificar entre o empresário e os funcionários algo além da pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais; formariam um núcleo social organizado, reunidos em torno de um objetivo comum, qual seja: a obtenção do melhor resultado econômico na produção.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Vale mencionar que, embora Asquini tenha identificado os perfis jurídicos da empresa econômica, admite ser empresa sinônimo de atividade empresarial. ASQUINI, op. cit.

¹⁸⁶ Para ASQUINI, op. cit., a teoria institucional aplica-se melhor às grandes corporações, porém nada impede que também seja aplicada às pequenas empresas, caso em que a instituição empresarial se confundiria com a familiar.

Ainda que Asquini não tenha definido a empresa, e sua aceção dos perfis tenha sido rechaçada,¹⁸⁷ trouxe elementos para a obtenção de uma conceituação. Das ponderações de Asquini, poder-se-ia definir empresa pela soma de três elementos: empresário, estabelecimento e atividade.

Independentemente da contribuição de Asquini, o Código Civil Italiano em si não deve ser recebido com restrições, uma vez que trouxe imensa colaboração ao direito empresarial tanto na Itália quanto no Brasil e em vários outros países nos quais vige o direito continental. O Código marcou o início da generalização dos atos e obrigações no âmbito do direito privado, da subtração da especialização, de tal forma que não mais distingue contrato de natureza civil de comercial.

Quanto à omissão no que tange à conceituação de empresa, o Código Civil Italiano simplesmente refletiu a dificuldade dos doutrinadores da época e da atualidade. A referida dificuldade foi apontada por Ascarelli como consequência a) da ruptura dos institutos empresariais com as categorias jurídicas tradicionais concebidas em época anterior ao progresso tecnológico; b) do crescimento do poder negocial das empresas; c) da produção em massa; d) das novas técnicas negociais desenvolvidas redundando na necessidade de criação de novos institutos jurídicos.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Para Francesco Ferrara, empresa como instituição, relações de trabalho (perfil corporativo), não existe. Para o referido autor, o conceito de empresa não tem importância para o Direito, uma vez que a empresa entendida como “atividade profissional do empresário” e o estabelecimento como “a organização produtiva que constitui um capital” levam à compreensão de que os “efeitos da empresa não são senão efeitos a cargo do sujeito que a exercita”. FERRARA, Francesco. *La Teoria Jurídica de la Hacienda Mercantil*. Florença: Casa Editrice de Dott. Carlo Cya, 1948. p. 79. Fábio Ulhoa Coelho também critica os perfis propostos por Asquini por entender que, dos quatro perfis, somente o funcional realmente corresponde a um conceito jurídico próprio, enquanto os perfis subjetivo e objetivo não são mais que uma nova denominação para os conhecidos institutos de sujeito de direito e de estabelecimento comercial. Por seu turno, o perfil corporativo nem sequer corresponderia a algum dado da realidade, “pois a idéia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletários e capitalistas apenas existe em ideologias populistas de direita, ou totalitárias (como a fascista, que dominava a Itália na época)”. COELHO, op. cit., p. 19.

¹⁸⁸ Transcreve-se a apreciação de Ascarelli: “La producción industrial en masa constituye efectivamente la característica dominante de la civilización moderna; civilización realmente sin antecedentes históricos, de la que es quizá su mejor característica, y hacia la que tendien aun cuando por caminos diversos, todos los países. Por esto la producción industrial en masa es el punto de donde mejor se captan por un lado las transformaciones que caracterizan nuestra época y por otro los diálogos de la misma, que encuentran en ella una premisa común y cuyo incremento es por lo demás deseado por todos. Éste es también el punto de vista que permite captar mejor las peculiaridades del mundo moderno. Los problemas que se plantean en el derecho moderno, son en realidad los que surgen de una producción industrial en masa y las dificultades nacen a menudo de la discordancia entre una realidad económica caracterizada por la producción industrial en masa y categorías jurídicas elaboradas con anterioridad. No sólo la elaboración tradicional del Derecho Romano y de la common law, sino también la elaboración de la codificación napoleónica y de la pandectística son anteriores

Na realidade, o fenômeno da empresa significa para o Direito um desafio à sua concepção como instrumento da paz social; o fato ocorreu, resta saber como esse fato será uniformemente tratado no mundo jurídico.¹⁸⁹

No Brasil, teve início em 1975 o trâmite do projeto do novo Código Civil Brasileiro, hoje Lei 10.406, de 10.01.2002. Nosso novo Código Civil, tal qual o Código Civil Italiano de 1942, trata somente dos elementos que compõem a empresa:¹⁹⁰ o empresário e o estabelecimento.

a la producción industrial en masa. En realidad, incluso, la elaboración de la codificación napoleónica y de la pandectística se refiere a una sociedad artesana y mercantil más que industrial; a la importancia predominante de las rentas de capital respecto de las rentas de trabajo y de actividad; a la sociedad que encontramos descrita en las novelas de Balzac y de Stendhal y que ignoraba todavía electricidad, automóviles, máquinas de escribir y los mismos ferrocarriles, cuyas redes sólo se difunden a mediados del siglo XX. Es el desarrollo de la industria el que se traduce en una profunda transformación en toda nuestra estructura económica y social; en todas nuestras costumbres; en todas nuestras valoraciones, incluso en aquellas que podrían parecer más dependientes de factores naturales. Quizá la tarea más urgente de la doctrina jurídica (tarea que no puede realizar el legislador, que necesita, para procurarse un arsenal de instrumentos utilizables, la previa elaboración de la doctrina) es el de laborar un arsenal conceptual apto para la valoración normativa de los problemas planteados por la producción industrial en masa y adecuado, precisamente, con aquella estructura económica y social propia de la misma. Esta tarea afecta naturalmente a todo el derecho, incluso en sus sectores más tradicionales, ya que todos los problemas se presentan diversos en el paso de una economía agrícola y meramente comercial a una economía industrializada. Frente a esta tarea el jurista es llamado a una más atenta consideración de la realidad y a una conciencia crítica de los propios instrumentos, precisamente porque la complejidad de una economía industrial hace cada vez más difícil poder confiarse a la inmediata intuición de las situaciones sociales, que puede ser suficiente en el caso de estructuras sociales más simples”, advirtiendo al final que: “La frecuente referencia a conceptos económicos o a consideraciones de substancia y no de forma, fácilmente criticables ya que el derecho sólo puede actuar utilizando conceptos jurídicos esconde en realidad la exigencia de una elaboración de conceptos jurídicos diversos de los recibidos del derecho tradicional y más adecuados a la disciplina jurídica de una vida que se ha venido transformando profundamente”. Cf. ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970. p. 17.

¹⁸⁹ Na esfera econômica, a discussão vem de longa data, de forma que é deste ramo científico que o Direito observou a importância da empresa e copiou definições. Esta antecipação da ciência econômica traz, de um lado, insatisfação a muitos juristas e, de outro, conformação, como é o caso de Rubens Requião, para quem não há impedimento para a utilização, no ramo jurídico, de um conceito econômico. REQUIÃO, op. cit., p. 49. Para os economistas, de forma geral, e como uma tentativa de sintetizar os diversos conceitos, a empresa caracteriza-se como “organização de capital e de trabalho destinada à produção ou mediação de bens ou serviços para o mercado”. É um organismo econômico, cuja atividade está fundamentada em princípios técnicos e em leis econômicas; é resultante da combinação de elementos pessoais e reais colocados em atividade sob o impulso do empresário, cujo objetivo é a obtenção de um resultado econômico. BULGARELLI, op. cit., 998, p. 296.

¹⁹⁰ Antes disso, MENDONÇA, op. cit., p. 492, entendia desnecessária essa busca de um conceito jurídico de empresa. Para ele, o conceito econômico era suficiente. Inglês de Souza, ao elaborar o *Projecto de Código Commercial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1912, vol. 1, p. 27, dedicou um título especial às empresas, à semelhança do Código Português. Sylvio Marcondes Machado, depois de muito meditar sobre o assunto, entendeu, fl. 164 da obra *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*. São Paulo: RT, 1958, *verbis*: “(...) é de concluir-se pela inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica”. Sem um conceito de empresa propriamente dito, o autor, ao elaborar o anteprojeto de Código das Obrigações, publicado no *Diário Oficial* do dia 05.10.1964, suplemento ao n. 192, para “receber sugestões, de acordo com o disposto no art. 4.º do Dec. 1.940, de 08.11.1962”, inseriu a conceituação do empresário como perfil subjetivo da empresa, no Livro III,

Assim é que, ao estudarmos a empresa de “a fase subjetiva moderna do Direito Comercial” como denominam muitos autores com enfoque no Brasil¹⁹¹, necessariamente estudamos os vários conceitos doutrinários de empresa,¹⁹² a previsão legal de empresário e de sociedade empresária e de estabelecimento, com obrigatória referência ao Código Civil Italiano de 1942.

Nossa mais recente codificação, o novo Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002, define empresário no art. 966; sociedade empresária, no art. 982 e estabelecimento no art. 1.142, mas não define empresa, seguindo assim a orientação do Código Civil Italiano de 1942 e a proposta de Sylvio Marcondes no projeto do Código das Obrigações.¹⁹³

No novo Código Civil, a obtenção do conceito de empresa se dá pela dedução da soma dos conceitos de empresário e de estabelecimento. Este silogismo leva à conclusão

relativo à atividade negocial. Cita-se a exposição de motivos do autor, uma vez que servirá de orientação para os autores do projeto de Código Civil. “Tomando a empresa em seu perfil subjetivo, o anteprojeto conceitua o empresário por traços definidos em três condições: a) exercício da atividade econômica, e por isso destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços para a circulação, ou pela circulação dos bens ou dos serviços produzidos; b) atividade organizada, através da coordenação dos fatores de produção – trabalho, natureza e capital – em medida e proporção variáveis, conforme a natureza e objeto da empresa; c) exercício praticado de modo habitual e sistemático, ou seja, profissionalmente, o que implica dizer em nome próprio e com ânimo de lucro”. *DOU* (Seção I, parte I) do dia 05.10.1964, Suplemento 192, p. 4

¹⁹¹ A evolução do Direito Comercial e suas fases estão tratadas na parte preliminar.

¹⁹² Antes de adentrarmos no estudo jurídico da empresa propriamente dito, pedimos escusas pela enorme quantidade de citações. No entanto, aquele que estuda o instituto, seja no âmbito nacional ou internacional, padece do mesmo vício. E, para não fugir ao “vício”, citamos as palavras de Jorge Lobo pela precisão com que expressam a insatisfação do leitor após inúmeras análises de textos sobre o tema: “A imprecisão do conceito jurídico de empresa, bem assinalou Ripert (4), decorre de uma série infindável de fatores, que vão desde a aplicação do vocábulo a situações extremamente diferentes até o uso indiscriminado da palavra pelo legislador, estrangeiro e brasileiro (5)”. “Por isso, qualquer estudo, por mais despretensioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa, obriga uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final. (6)” LOBO, Jorge. *A Empresa: novo instituto jurídico. Seleções Jurídicas/Coad*, n. 01, p. 12-20, 1998.

¹⁹³ O longo trâmite do Projeto de Código Civil – Projeto de Lei 634-B/1975 – não impediu que alguns autores nacionais trabalhassem em busca de um conceito único de empresa, tal qual fizeram seus antecessores, por vezes ignorando a proposta do então projeto de código, mais voltados às teses alienígenas. Ao contrário da maioria dos autores, Fábio Ulhoa Coelho, em *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1. p. 19, entende que já existe um conceito jurídico de empresa: “A separação entre a empresa e empresário é apenas um conceito jurídico, destinado a melhor compor os interesses relacionados com a produção e ou circulação de certos bens ou serviços. É fato que muitos interesses gravitam em torno da empresa, isto é, muitas pessoas, além dos sócios da sociedade empresária, têm interesse no desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, figura com crescente importância, entre os fundamentos da disciplina jurídica da atividade econômica da atualidade, o princípio da preservação da empresa, isto é, do empreendimento, da atividade em si”. BULGARELLI, op. cit., p. 298, 299 e 303, acredita que a dificuldade em conceituar empresa pertence ao passado: “Tendo sido traduzida em termos jurídicos a noção econômica de empresa, afastou-se aquele aspecto ‘fantasmagórico’ a que expressamente aludia Ferrara e alegoricamente Asquini, ao afirmar ‘potrebbe accadere che il lettore finisca caolchidersi si l’empresa veramente esista’; bem como Waldemar Ferreira, ao compará-la à Rebeca, de que todos sentem a presença, mas nunca aparece”

de que empresa é aquilo que o empresário ou a sociedade empresária faz, de forma que os “efeitos da empresa não são senão os efeitos a cargo do sujeito que a exerce” (Requião, 1998, p. 54). Justamente da fusão do empresário (ou da sociedade empresária) com o estabelecimento, nasce o conceito de empresa proposto por Miguel Reale, nos seus comentários ao Projeto de Código,¹⁹⁴ como composta por “três fatores, em unidade indecomponível; a habitualidade no exercício de negócios que visem a produção ou a circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade”.

A definição de Miguel Reale encontra eco nas propostas de autores como Fábio Ulhoa Coelho, Waldírio Bulgarelli, Rubens Requião, respectivamente, *verbis*:

Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). (...)

Como atividade econômica, profissional e organizada, a empresa tem estatuto jurídico próprio, que possibilita o seu tratamento com abstração até mesmo do empresário.¹⁹⁵

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. (...)¹⁹⁶

Empresa é essa organização dos fatores da produção (...) pelo empresário.¹⁹⁷

Para Bulgarelli, a empresa é composta basicamente de três elementos: o empresário, o estabelecimento e a atividade, podendo ser definida como “exercício profissional da atividade econômica organizada”. Para o autor, a transformação jurídica do conceito econômico ocorre pelo deslocamento do enfoque do conceito da organização da atividade econômica (conceito econômico) para o empresário, pelo exercício profissional (conceito jurídico).¹⁹⁸

¹⁹⁴ Miguel Reale ora faz referência à atividade, ora ao lucro, do que se conclui que atividade econômica e lucro devem ser entendidos como sinônimos quando estivermos tratando do conceito de empresa. REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 98-99.

¹⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1. p. 18-19.

¹⁹⁶ BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 298.

¹⁹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 57.

¹⁹⁸ Logo, o conceito econômico de empresa é de organização dos fatores de produção. BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 83. Enquanto o jurídico é de “exercício profissional da atividade econômica organizada” Bulgarelli (do mesmo autor, *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998). No mesmo sentido, o autor assevera, no § 4.º, da p. 82 do *Tratado*, a idéia de que empresa, em sentido geral, é a organização produtiva, congregando trabalhadores e bens, de uso comum, e, em sentido específico, entende-a como atividade econômica organizada exercida profissionalmente, o que seria a empresa em sentido *strictu* e jurídico. Para ASQUINI, op. cit., p. 109-126, o conceito de

Para Requião (1988), empresa é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa.

Daí por que 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.

As três propostas são similares. Do conceito de Miguel Reale para o de Fábio Ulhoa Coelho, encontramos absoluta sobreposição dos elementos lucro e organização, enquanto o fator habitualidade contido na proposta daquele está representado pela profissionalidade no conceito deste.

Das propostas de Miguel Reale e de Fábio Ulhoa Coelho para Waldírio Bulgarelli, encontramos sobreposição com relação à organização e, no tocante à habitualidade, tal qual Fábio Ulhoa Coelho, Bulgarelli utiliza o termo profissionalidade. Por fim, na proposta de Bulgarelli, o escopo lucrativo não foi tão marcadamente referido, porém acreditamos que a “atividade econômica” tenha sido utilizada como sinônimo de “resultado econômico” ou de “fim lucrativo”.

Sobretudo a definição de Rubens Requião, com relação às dos outros três autores, parece ser a mais diferente. Nela, tal como nas outras, o fator organização está presente, e, sem sombra de dúvidas, podemos dizer que representa o consenso. No entanto, acerca da habitualidade proposta por Miguel Reale, encontrada nas definições de Fábio Ulhoa Coelho e de Waldírio Bulgarelli como profissionalidade, Rubens Requião talvez tenha dela se ocupado pela expressão “do exercício da atividade (...) pelo empresário”. No que tange ao lucro, sequer utilizou a expressão de Bulgarelli, “atividade econômica”. Entretanto parece razoável inferir que a expressão “atividade produtiva” tenha por objetivo associar a atividade empresarial à lucratividade. De qualquer sorte, a proposta de Rubens Requião parece estar mais arraigada às propostas iniciais da ciência econômica, com enfoque na atividade e não no exercício profissional, o que, segundo Bulgarelli, caracteriza a juridicização do conceito econômico de empresa.

profissionalismo contido no Código Civil Italiano, fonte das idéias de Bulgarelli, reduz-se ao conceito de continuidade e, como elemento natural, mas não essencial, o fito lucrativo.

As características da empresa se compõem de fatores cuja obviedade dispensa comentários sobre o conteúdo, mas não sobre a aplicação prática. Iniciemos pelo lucro.

Caso a interpretação por nós proposta estabelecendo a analogia entre lucro, atividade econômica e atividade produtiva esteja correta, torna-se obrigatória a conclusão de que o exercício habitual de uma atividade por meio da organização dos elementos da produção para a circulação de bens ou de serviços sem o objetivo da lucratividade não se classifica como empresa.¹⁹⁹ Conseqüentemente, a primeira questão a ser esclarecida diz respeito ao significado de lucro em si e à vinculação do lucro às sociedades no novo Código Civil.²⁰⁰

O lucro pode ser conceituado de várias maneiras distintas, dependendo do enfoque sob o qual é analisado. No caso deste trabalho, adota-se o enfoque da lei das sociedades anônimas, visto que o conceito de natureza tributária obedece à conveniência fiscal e, por isso, às vezes computa parcelas que noutra área seriam caracterizadas como custo, por exemplo. Com efeito, pela aplicação da Lei 6.404/76, especificamente dos arts. 189, parágrafo único, 190, 191 e 192,²⁰¹ bem como da doutrina, grosso modo, lucro significa o resultado positivo²⁰² obtido da subtração de todas as parcelas do custo (despesas e encargos) da receita obtida, também denominado sistema dedutivo ou, simplesmente, o total do lado ativo menos o total do lado passivo, também denominado sistema diferencial.²⁰³

¹⁹⁹ Para Jorge Rubem Folena de Oliveira, em *Desenvolvimento da Teoria da Empresa: fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. Seleções Jurídicas/Coad*, n. 01, p. 18-22, 1998, não há empresa sem fins lucrativos.

²⁰⁰ Embora a sociedade empresária seja objeto de análise em capítulo próprio, entendemos pertinente tratá-la já aqui pelo aspecto da lucratividade, de forma a evitar, especificamente nesse ponto, repetições desnecessárias.

²⁰¹ Dispõem os artigos mencionados: parágrafo único do art. 189 – “O prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem”; art. 190 – “As participações estatutárias de empregados, administradores e partes beneficiárias serão administradas, sucessivamente e nessa ordem, com base nos lucros que remanescerem depois de deduzida a participação anteriormente calculada”; art. 191 – “Lucro líquido do exercício é o resultado do exercício que remanescer depois de deduzidas as participações de que trata o art. 190”; art. 192 – “Juntamente com as demonstrações financeiras do exercício, os órgãos da administração da companhia apresentarão à assembléia geral ordinária, observado o disposto nos arts. 193 a 203 e no estatuto, proposta sobre a destinação a ser dada ao lucro líquido do exercício”.

²⁰² Fala-se em resultado positivo porque a lei explicita sempre o prejuízo, como é o caso do citado art. 189, o qual prevê que do resultado serão deduzidos os prejuízos.

²⁰³ HARBICH, Ricco. *Conceito e Destinação do Lucro na Nova Lei das Sociedades por Ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980. p. 32.

De acordo com o sistema do CC/1916, dividiam-se as sociedades civis em “com e sem fins lucrativos”, sendo que, neste último grupo, encontravam-se as associações. Daí por que até 11.01.2003 (data do início da vigência da Lei 10.406, de 10.01.2002), quando se falava em sociedades com fins lucrativos, queria dizer-se que a sociedade existia para obter lucros e não para o fim de simplesmente desenvolver qualquer espécie de atividade. Ou seja, nesses casos, o lucro era o fim objetivado e a atividade era o meio de obter esse lucro.

A subdivisão, praticada até antes da vigência do novo Código Civil, entre sociedades com ou sem fins lucrativos se apresenta insuficiente para vários autores, como é o caso de Pontes de Miranda,²⁰⁴ para quem essa diferença é de caráter ordinário. Sensível à problemática, o legislador do Código Civil de 2002 arrolou, no art. 44, como pessoas jurídicas de Direito Privado, as associações, as sociedades e as fundações,²⁰⁵ deixando de lado qualquer classificação de sociedade pelo elemento econômico.

Percebe-se que a exposição acima diz respeito às sociedades, o que estaria em consonância com a conceituação de empresa antes proposta, segundo a qual, a empresa deveria ter “escopo lucrativo”. Contudo, o escopo diz respeito à pessoa, enquanto a empresa é a própria atividade.

Ademais, sob a premissa de que, para o novo Código Civil, para boa parte da doutrina e da jurisprudência²⁰⁶ não é o escopo lucrativo que distingue as sociedades, o

²⁰⁴ Segundo Pontes de Miranda, na obra *Tratado de Direito Privado*, Parte geral, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I. p. 318-20, o fim econômico não serve para distinguir associação de sociedade. Para o referido autor, há associações de fim econômico e de fim não-econômico, o mesmo ocorrendo com as sociedades. Sobretudo, nenhuma diferença advém das disposições contidas nos arts. 22 e 23 do CC, pois que as sociedades de fins não-econômicos, não tratadas pelo art. 23, devem ser regidas pelas disposições do art. 22; contrário senso, as associações de fins econômicos de que não tratou o art. 22 devem ser reguladas pelo art. 23. Em síntese, as disposições dos arts. 22 e 23 do Código Civil (CC) têm por finalidade dizer que normalmente, ou, como prefere o autor, “de ordinário”, as associações não objetivam fins econômicos, enquanto as sociedades, sim. Acrescenta ainda o autor que o art. 16, I, do CC estendeu o conceito de sociedades às associações, excluindo desta abrangência somente as associações de utilidade pública. Por fim, credita a distinção entre associações e sociedades ao caráter corporativo daquela, enquanto a sociedade de regra “não corporifica”; à figura do associado, que representa um “todo único”, enquanto o sócio mantém sua individualidade; e ao fato de que, nas associações, as normas são de natureza cogente enquanto, nas sociedades, são dispositivas.

²⁰⁵ Eis os comentários de Miguel Reale, em *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79, sobre o assunto: “Fixados esses pressupostos para a disciplina de todos os tipos de sociedade, fica superada de vez a categoria imprópria, ora vigente, de ‘sociedade civil de fins econômicos’, pois, no âmbito do Código Civil unificado, são civis tanto as associações como as sociedades, qualquer que seja a forma destas. Distinguem-se apenas as sociedades em simples e empresárias, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício”.

²⁰⁶ Neste sentido é a decisão no Requerimento de Falência 11.866/96, da 6.ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro.

renascimento deste elemento como caracterizador da empresa não se enquadra nas perspectivas de futuro e enseja dúvidas. Efetivamente, o lucro como elemento caracterizador da empresa e, até mesmo, de suas espécies parece estar atrelado à época da concepção do Projeto do novo Código Civil. Sobre ele discorreu Clóvis Couto e Silva,²⁰⁷ para quem empresa pode ser qualificada pelos critérios quantitativo e qualitativo, supondo, além da organização, uma certa importância econômica ou uma atividade qualificada. Por este motivo, acredita o autor, foram dispensados de inscrição, não sendo empresários em princípio, o agricultor e o *pequeno empresário (sic)*. Quanto a este, o autor fez alusão ao exercício artesanal da atividade como empecilho à sua classificação como empresário. No entanto, nem a doutrina nem a proposta legislativa prevêem que o exercício organizado dos fatores de produção para o fornecimento de bens ou de serviços objetivando o lucro deva ser em grande escala e de maneira industrial. Também se chama atenção sobre a posição do autor no que tange à afirmação de que é pequeno empresário aquele que desenvolve a atividade com “predominância do trabalho próprio e de familiares”.²⁰⁸ Se tomarmos por base a definição legal de empresário e de estabelecimento, ou o conceito doutrinário de empresa, veremos que, em nenhum destes, há referência à exploração da mão-de-obra necessariamente alheia.²⁰⁹

Em paralelo às discussões travadas sobre o então Projeto, legislação esparsa tem sido publicada. Exemplificativamente, cita-se a Lei 9.841, de 05.10.1999, que estabeleceu a distinção entre microempresa²¹⁰ e empresa de pequeno porte, com base no faturamento

²⁰⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 37, p. 42-59, jul. 1986. “A noção de empresa supõe, além da organização, uma certa importância econômica ou uma atividade qualificada, própria ao escambo de bens e serviços. Por esse motivo, foram dispensados de inscrição, não sendo empresários em princípio, o agricultor, que exerce uma atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária ou outras conexas (39); e também o pequeno empresário, cuja figura deve ser definida por decreto, à vista de certas condições, como a natureza artesanal da atividade, predominância do trabalho próprio e de familiares, capital efetivamente empregado, renda bruta anual e condições peculiares da atividade reveladoras da exigüidade da empresa exercida”.

²⁰⁸ COUTO E SILVA, op. cit. p. 42-59. Embora o projeto não excepcione o pequeno empresário nem o rural da qualidade de empresários, Miguel Reale, em *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 98, arrolou o pequeno empresário e as atividades desenvolvidas com predominância de mão de obra familiar nos casos que teriam sido preservados fora do âmbito empresarial.

²⁰⁹ Opõem-se as idéias de Clóvis Couto e Silva às de Asquini, para quem “a noção de empresário não é porém dependente de uma particular dimensão da empresa econômica (...), para o novo Código Civil (art. 2.083) qualquer um que exerce uma atividade organizada, ainda que de modestas dimensões, é empresário, seja mesmo com um estatuto especial: aquele do pequeno empresário – o cultivador direto de fundos, o artesão, o pequeno comerciante, dele são exemplos. O pequeno empresário distingue-se do empresário ordinário, somente pela prevalência que, na organização da pequena empresa, tem o percentual representado pelo trabalho próprio do empresário e de seus familiares, em relação àquele representado pelo trabalho alheio ou mesmo pelo capital próprio ou alheio”. ASQUINI, op. cit., p. 109-126

²¹⁰ A microempresa também está prevista na Lei 8.934/94, art. 32, II, *d*.

bruto. De acordo com o art. 2.º da Lei 9.841/99²¹¹, para o enquadramento como microempresa, o faturamento deve ser igual ou inferior a R\$ 433.755,14 por ano e, para empresa de pequeno porte, o faturamento deve ser superior a R\$ 433.755,14 e igual ou inferior a R\$ 2.133.222,00. O mesmo art. 2.º, II, da Lei 9.841/99 classifica como empresa de pequeno porte a firma mercantil individual.

A seu turno, o elemento atividade também merece ressalva.²¹²

Diversamente das sociedades, não há, quanto à empresa, a possibilidade de sua existência inativa. Não obstante esta característica apresentar-se como inerente à conceituação de empresa, a Lei 8.934/94 que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, no art. 60 expressamente prevê a figura da inatividade da empresa e não da sociedade, *verbis*:

Art. 60. A firma individual ou a sociedade que não proceder a qualquer arquivamento no período de 10 (dez) anos consecutivos deverá comunicar à Junta Comercial que deseja manter-se em funcionamento. § 1.º Na ausência dessa comunicação, a empresa mercantil será considerada inativa, promovendo a Junta Comercial o cancelamento do registro, com a perda automática da proteção ao nome empresarial. § 2.º A empresa mercantil deverá ser notificada previamente pela Junta Comercial, mediante comunicação direta ou por edital, para os fins deste artigo.

Outro aspecto importante acerca do elemento atividade é o conteúdo genérico do vocábulo. Pela conceituação de empresa, compreende-se que toda e qualquer atividade pode ser organizada na forma empresarial. Por isso, chamam atenção algumas previsões do Código Civil de 2002, tal como a faculdade de empresariar a atividade rural, se exercida como ‘principal profissão’²¹³. Entretanto, considerando-se que a qualidade de empresária de determinada pessoa física ou jurídica decorre não da atividade que pratica mas do modo como

²¹¹ Redação dada pelo Decreto nr. 5.028, de 31.03.2004.

²¹² ASCARELLI, Tullio. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 37, vol. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999, assevera que a atividade, para a pessoa física, é imputável, enquanto, para a pessoa jurídica, se apresenta como escopo. Discute também a categoria jurídica da atividade, classificando-a como fato. Concluiu, então, que a atividade pode existir ou não existir; pode ser imputável, ou não, a determinado sujeito. Mas não pode ser “nula” ou “anulável”, embora possa ser irregular ou ilícita.

²¹³ 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.

a atividade é exercida, toda e qualquer atividade pode ser considerada empresária, desde que exercida empresarialmente. Por esse ângulo, a lei parece fazer uma ressalva desnecessária se entendermos que ‘principal profissão’ foi usado no artigo 971 como sinônimo de atividade empresária e, mais ainda, se prestarmos atenção que o referido artigo 971 inicia tratando do empresário da atividade rural para, ao final, considerá-lo empresário depois de registrado no Registro Público de Empresas Mercantis. Importante atentarmos, no entanto, para os fatores históricos que provavelmente levaram a esse tratamento específico e, segundo Fábio Ulhoa Coelho, para a realidade brasileira²¹⁴.

Outro ponto que merece ser apresentado neste momento é a importante exclusão prevista no parágrafo único do art. 966, *verbis*: “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 da empresa”.

Se, para a definição de empresa, devemos fazer o silogismo mencionado,²¹⁵ pela análise do parágrafo único do art. 966 concluímos que não há empresa de natureza científica, literária ou artística, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de

²¹⁴ Sobre a atividade rural, eis as ponderações de Fábio Ulhoa Coelho em *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005: “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, eqüinocultura) 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.

Atento a esta realidade, o Código Civil de 2002 reservou para o exercente de atividade rural um tratamento específico. (...) 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.”

²¹⁵ Repete-se: no novo Código Civil, a obtenção do conceito de empresa se dá pela dedução da soma dos conceitos de empresário e de estabelecimento. Este silogismo leva à conclusão de que empresa é aquilo que o empresário ou a sociedade empresária faz, de forma que os “efeitos da empresa não são senão os efeitos a cargo do sujeito que a exerce”.

empresa²¹⁶. Como estamos analisando a empresa neste capítulo, entendemos que, embora o artigo verse sobre a definição de empresário, “elemento de empresa” está diretamente relacionado ao conceito de empresa, de forma que não é possível concluir este tópico sem uma breve referência (apenas uma introdução) ao ‘elemento de empresa’ o qual será mais detidamente estudado em capítulo próprio. Então, o que vem a ser “elemento da empresa”, que, se ausente, não permite a existência de empresas que desenvolvem atividade intelectual?

Requião (1998, p. 167-197) percebeu a existência dos elementos de identificação da empresa e dos elementos de exercício da empresa. Aqueles são nome comercial, marcas de comércio, de indústria, de serviço e expressões ou sinais de propaganda; estes são o estabelecimento comercial com todos os elementos que o compõem. Evidentemente em nenhuma das espécies de elementos acima arrolados se enquadra a expressão contida no parágrafo único do art. 966 do novo Código Civil. Talvez a expressão “elemento de empresa”, nesse contexto, seja um sinônimo de escopo ou objetivo, de forma que a organização dos meios de produção para, especificamente, a prestação de serviços de natureza científica, literária ou artística configura a existência de uma empresa desde que associada aos demais requisitos.

Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 24) entendeu este dispositivo como excludente do “profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro etc.), que apenas se submete ao regime geral da atividade econômica se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (na linguagem normativa, se for “elemento de empresa”). Caso contrário, mesmo que empregue terceiros, permanecerá sujeito somente ao regime próprio de sua categoria profissional”.

Pela interpretação de Fábio Ulhoa Coelho, elemento de empresa é sinônimo de organização empresarial, de forma que o próximo passo seria compreender o que vem a ser organização empresarial.

²¹⁶ Sylvio Marcondes, no anteprojeto do Código das Obrigações, publicado no *DOU* de 05.10.1964, suplemento ao n. 192, mais precisamente na exposição de motivos, justificou esta exceção repetida pelos autores do Projeto de Código Civil, *verbis*: “Dessa ampla conceituação [se] exclui, entretanto, quem exerce profissão intelectual, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, por entender que, não obstante produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais, ou bens, como o fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental”.

Quando citamos Miguel Reale (1986, p. 98-99), mencionamos sua compreensão de empresa como composta por três fatores indecomponíveis, entre eles “a organização ou estrutura estável dessa atividade”. Para fins especulativos, considerando que os esclarecimentos de Fábio Ulhoa Coelho, embora relevantes, não afastaram totalmente a dúvida, propomos a união de esforços dos autores. Vejamos: elemento de empresa, que é sinônimo de organização empresarial, pode ser sinônimo de organização ou de estrutura estável dessa atividade empresarial? No caso de resposta positiva, chegaríamos à impensável situação de que, para que determinemos se uma sociedade de médicos, por exemplo, se caracteriza como uma empresa, teremos de verificar, *a priori*, o seu *modus operandi*. Aparentemente estamos ante uma norma de conteúdo geral que, para ser determinada ou para que se estabeleça sobre ela um standard, será necessário buscar auxílio da Filosofia, da Sociologia, da Economia.

De qualquer sorte, o que estava na mente dos protagonistas do Código era não caracterizar *prima facie* os profissionais liberais como empresários. Eis as palavras de Miguel Reale:

Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos: (...)
2) dos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária, ou artística, ainda que se organizem para tal fim; (...). (REALE, 1999, p. 77)

De acordo com o acima transcrito, parece que a idéia de “elemento de empresa” ser sinônimo de objeto ou de escopo societário está descartada. Caso contrário, concluiríamos que entre as idéias dos mentores do Código e a redação do projeto, não há total convergência. Isso porque, se o objetivo era excluir, por exemplo, a atividade dos profissionais liberais dos benefícios/malefícios que o seu reconhecimento como empresarial traria ante o fim da distinção entre sociedade civil e comercial, de maneira que se lhes aplicaria o instituto da falência e da recuperação judicial e extrajudicial, não haveria motivo para inserir a exceção de forma não-categorica. A razoabilidade da proposta legal está na aplicação da definição de empresa ou dos elementos que levam a essa definição, da qual sempre será alcançado o mesmo resultado, evitando que se incida no mesmo erro do casuísmo cometido com os atos de comércio. Estes se tornaram insustentáveis porque, embora listados

de forma exemplificativa, não possibilitam sua própria atualização, uma vez que carecem de fundamento científico justificador das exceções em ramos de atividade. E, conforme o próprio Miguel Reale (1986, p. 99), a empresa serviu, no novo Código Civil, como uma sucessora feliz dos confusos atos de comércio, *verbis*: “Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ‘ato de comércio’ é substituído pelo de ‘empresa’, assim como a categoria de ‘fundo de comércio’ cede lugar à de ‘estabelecimento’”.

Como a definição de elemento de empresa depende, afora dos doutrinadores, de interpretação jurisprudencial e, acima de tudo, como o novo Código Civil só entrou em vigor em 2003, a máxima *da mihi factum, dabo tibi jus* prevaleceu. Vejamos agora como se posicionaram os tribunais acerca do assunto, antes mesmo da entrada em vigência do Código Civil de 2002, porém em um contexto no qual se acreditava que se conhecia – juridicamente – a empresa, para, no capítulo em que se analisará a exclusão prevista no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002, podermos estudar casos análogos decididos posteriormente à entrada em vigência do novo código.

Ementa: Tributário. ISS. Sociedade profissional, com caráter empresarial. Médicos que prestam serviço especializado, sem responsabilidade pessoal. Incidência. Dec.-lei 406/68, art. 9.º, §§ 1.º e 3.º (...). As sociedades profissionais, constituídas exclusivamente por médicos, para a prestação de serviços especializados, com caráter empresarial ou comercial, não fazem jus ao privilégio contido no § 3.º do art. 9.º do Dec.-lei 406/68, que beneficia apenas as sociedades que prestam serviços em caráter pessoal, em que o sócio assume a responsabilidade profissional, individualmente (...) ²¹⁷.

Do voto do Ministro Relator vale transcrever os seguintes excertos:

(...) A prova pericial demonstrou que a embargante presta serviços complexos, empregando profissionais de diferentes especializações, tanto na atividade-fim como na atividade-meio, não se beneficiando do regime de tributação mais branda, aplicável às sociedades uniprofissionais.

O volume dos serviços e os locais em que são prestados evidenciam que os clientes são atendidos pelo grande número de empregados especializados, sem qualquer contato com os sócios, humanamente impossibilitados de atendê-los, ou mesmo de supervisionar todos os exames. (...)

Entendeu-se que, para ter direito ao tratamento mais benigno, a prestação de serviços, ainda que por intermédio de sociedade, deve ser feita em caráter pessoal pelo sócio, que assume individualmente a responsabilidade profissional. De outra forma, seria confundir os que prestam serviços sob a

²¹⁷ REsp 58.311-SP (94/0040223-6), j. 22.09.1998, pela 2.ª T., publicado na *Revista Consulex*, ano 3, vol. 2, n. 25, jan. 1999.

forma de trabalho pessoal com os empresários, isto é, aqueles que empregam capital para a exploração de determinada atividade, com fito de lucro” (STF – RE 105.185/0 – DJU 24.05.1985, apud Kiyoshi Harada, Sistema tributário do Município de São Paulo, 2. ed., p. 62-63).²¹⁸

De acordo com o acima referido, o “elemento de empresa” parece sinônimo da própria empresa, segundo o conceito de Rocco e de J.X. Carvalho de Mendonça, com base no Código Comercial Italiano de 1881 e do Regulamento 737, respectivamente, ou seja: elemento de empresa é sinônimo de exploração de determinada atividade pela utilização de mão-de-obra alheia.

Também deve ser dito que, na decisão acima, há confusão entre conceitos de naturezas distintas: responsabilidade civil do profissional, tipo societário, efeitos da personalidade jurídica e pessoalidade no atendimento. Senão vejamos.

Não é a pessoalidade ou a impessoalidade no atendimento que determina a responsabilização do profissional perante o consumidor do serviço. A responsabilidade do profissional liberal é de natureza subjetiva (conforme a culpabilidade do profissional), dependendo o ônus da prova do tipo de obrigação que assume: de meio ou de fim. Assim é que o médico pode responder subjetivamente, cabendo à parte lesada provar a culpa do profissional, nos casos em que assume obrigação de meio, exemplificativamente quando recebe paciente em estado terminal no Hospital Pronto Socorro de Porto Alegre. Este mesmo médico responde também subjetivamente, porém com presunção de culpa, caso não tenha alcançado o fim objetivado com uma cirurgia plástica estética pela qual se comprometeu a remover as rugas da face de seu paciente – obrigação de fim.

Agora, analisando o referido acórdão sob o prisma societário, vejamos o excerto principal desta questão: “(...) beneficia apenas as sociedades que prestam serviços em

²¹⁸ No mesmo sentido: REsp 158.477-SC - Ementa: “ISSQN. Sociedades de profissionais. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Médicos. Comerciante. Caráter empresarial. É devido o ISSQN pelas sociedades profissionais quando estas assumem caráter empresarial. As sociedades civis, para terem direito ao tratamento privilegiado previsto pelo art. 9.º, § 3.º, do Dec.-lei 406/68, têm que ser constituídas exclusivamente por médicos, ter por objeto social a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial”; REsp 145.051-RJ - Ementa: “Tributário. ISS. Sociedade uniprofissional de prestação de serviço médico. (...). 1. Sociedade profissional, sem caráter empresarial ou comercial, integrada por médicos para a prestação de serviços especializados, com responsabilidade pessoal, beneficia-se de tratamento fiscal diferenciado previsto em lei de específica regência (...)”; REsp 34.326-MG, DJ 19.12.1997.

caráter pessoal, em que o sócio assume a responsabilidade profissional, individualmente”. Não se pode concluir que a responsabilidade do sócio é determinada pelo grau de pessoalidade no atendimento e que, em virtude disso, a responsabilidade da sociedade é afastada, como se não existisse personalidade jurídica. Afora afastar os efeitos da personalidade jurídica pela responsabilização do profissional, o acórdão faz tábula rasa do princípio da separação patrimonial, uma vez que admite a responsabilização de um sócio da sociedade. No entanto, o correto seria dizer que, quando o consumidor é atendido por um profissional empregado da sociedade ou por um sócio que atua em nome da sociedade, independentemente da natureza da responsabilidade, responderá a própria sociedade pelos danos causados, desde que, é claro, tenha sido comprovada a culpa do profissional em se tratando de responsabilidade subjetiva. Caso a referida sociedade esteja organizada sob a forma societária em nome coletivo, como é o caso dos advogados, os sócios responderão com o seu patrimônio, ilimitadamente, entre si e, com relação à sociedade, subsidiariamente, em nada interessando quem realizou o atendimento, mas, sim, em nome de quem foi feito (profissional autônomo ou em nome da sociedade). O tratamento conferido a ‘tipo societário’, ‘responsabilidade do sócio’ e ‘forma de prestação de determinado serviço’ traz à tona o esquecimento com relação a um dos elementos que caracterizam o empresário e a sociedade empresária: o risco. No excerto acima há expressa menção à assunção da responsabilidade pelo “sócio individualmente”, como se isso fosse excludente da caracterização de empresário, ou seja, aparentemente, o acórdão disse que não é empresário aquele que assume o risco individualmente.

Em contrapartida, há julgado do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro²¹⁹ em que foi reconhecido o fundo de comércio de uma sociedade de advogados pela sua organização empresarial, esta significando o estabelecimento regular do escritório de advocacia.²²⁰ *Verbis*: (...) “a jurisprudência cediçamente já reconheceu que o prestador de serviços estabelecido regularmente, exerce atividade profissional e econômica, organizado como empresa (...)” tem “direito à proteção de seu respectivo fundo”.²²¹

²¹⁹ ApCiv 939/89, j. pela 8.ª Câm. Civ. em 20.04.1989.

²²⁰ Segundo Norberto da Costa Caruso MacDonald, em O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 16. p. 139-160, 1999. Essa vedação, originária do direito italiano, ao profissional intelectual de se tornar empresário lá deverá ser revisada diante do entendimento jurisprudencial de que a atividade intelectual vem sendo considerada empresarial.

²²¹ Interessante ressaltar que o relator do Projeto de Lei 4.376/93 – Da recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas e dá outras providências –, em palestra proferida em Porto Alegre, no dia 27.03.2000, manifestou seu entendimento no sentido de que “as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de atividade legalmente

A seu turno, também na esfera tributária, a definição de elemento de empresa despontou como determinante no julgamento da qualidade de sujeito passivo tributário das sociedades prestadoras de serviços (novamente na área de saúde – profissão intelectual de natureza científica – art. 966, parágrafo único, do novo Código Civil), em relação às contribuições típicas dos ‘comerciantes’, como é o caso do Sesc – Serviço Social do Comércio – e do Senac – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial –, por exemplo. De acordo com a sistemática vigente à época da decisão, as prestadoras de serviços não deveriam contribuir com esses tributos, uma vez que, para muitos, não praticam atos de comércio e, no Direito Tributário, aplica-se o princípio da tipicidade fechada. Nesse sentido, vale citar a decisão da 1.^a T. do TRF da 4.^a Região – Ap em MS 2000.72.00.007437-3/SC, de 18.10.2001, a qual, embora não trate das profissões de natureza literária, artística ou científica, analisa a prestadora de serviços como um todo e contrapõe a decisão do STJ que, em sentido exatamente contrário, não obstante tivesse por objeto atividade de cunho científico, não atentou para a previsão do, até então, futuro parágrafo único do art. 966 do novo Código Civil e julgou a sociedade prestadora de serviços sujeito passivo das contribuições para Sesc – Senac. Vejamos excerto da decisão do TRF 4.^a Região:

(...) Penso que a solução está em criar-se um serviço social autônomo específico para as empresas prestadoras de serviço; tal como existe um próprio da indústria e outro próprio do comércio, ou estabelecer-se em norma legal explícita que o termo ‘comércio’ abrange também a prestação de serviços; o que se não pode, sob pena de malferimento ao princípio da legalidade estrita, é impor tributo mediante interpretação. Dir-se-á que, na hipótese, não se está utilizando de analogia; apenas se cuida de dimensionar a semântica jurídica do termo ‘comercial’, para discernir se abrange ou não a prestação de serviços. Tenho, contudo, que inadmissível exigir tributo por interpretação; a lei tributária deve ser de clareza a mais meridiana; e,

regulamentada e aos que prestem funções ou exerçam tarefa profissional autônoma, de forma individual ou organizada” (inciso II do art. 1.º do projeto) foram expressamente excluídas da abrangência da lei, em decorrência da praxe. Também cabe citar excerto de decisão proferida por um juiz de Direito do Rio de Janeiro, datada de 04.10.1988, Processo 7.757, ainda anterior à Lei 8.245/91, na qual o magistrado decidiu que um estabelecimento de ensino não tinha direito à ação renovatória. A decisão interessa ao tema porque demonstra a insatisfação do magistrado, que reluta em reconhecer a carência de ação do estabelecimento de ensino, percebendo a injustiça da decisão de um lado, e a tentativa de aplicação dos institutos de direito comercial, de outro. Por esta decisão, fica patente a inadequação entre o Direito e a situação regulada, principalmente quanto aos escritórios de advocacia, os quais o magistrado adequadamente entende que não praticam atos de comércio, percebendo, porém, que a categoria de sociedade civil lhes é insuficiente, vejamos: “(...) Ora, negar-se que um estabelecimento de ensino seja um prestador de serviço nos parece impossível. Por outro lado, entender que toda sociedade civil organizada empresarialmente e com fim de lucro exerce atividade comercial, *data venia*, é absurdo. Se assim fosse, diversos escritórios de advocacia, às vezes com mais de 50 empregados, com contabilidade e estrutura de empresa até em moldes americanos, com acentuada busca de lucro, seriam comerciantes e não prestadores de serviços (...).”

enquanto em nosso direito não se positivar dilargamento do termo comércio, para que se insira também a prestação de serviços, impera a diretriz de negar a incidência da contribuição, recentemente reafirmada pelo E. STJ, assim: ‘Sesc. Senac. Serviço de vigilância. Em se tratando de empresa prestadora de serviços de vigilância, cuja natureza jurídica não é tipicamente comercial, está desobrigada de recolher as contribuições para o Sesc e o Senac. Precedente citado: REsp 168.892-PR, DJ 10.08.1998. REsp 322.952-PR, rel. Min. Garcia Vieira, j. 26.06.2001).

Dessa maneira, entendo que as empresas prestadoras de serviços não estão sujeitas ao recolhimento das contribuições para o Sesc e Senac.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à remessa oficial, bem como aos apelos.

(...)

6. A lei tributária deve ter clareza meridiana, não sendo possível a exigência de tributo por interpretação. Como o termo ‘comércio’ não abrange a prestação de serviços, não há incidência da contribuição ora questionada nas empresas prestadoras de serviços.

Se, no entanto, adotássemos a idéia de unificação, desconsiderando o “elemento de empresa”, como aparentemente fez o STJ, pouco importaria a atividade em si – tampouco esse *modus operandi* (elemento de empresa), e essas sociedades passariam a sujeito passivo da referida contribuição, como é o entendimento da 1.^a Seção do STJ, firmado no julgamento realizado em 23.10.2002, no REsp 431.347, não obstante os aspectos sociais tenham recebido extraordinária valorização. Eis a ementa:

Tributário. Contribuição para o Sesc e Senac. Entidade hospitalar. Entidade vinculada à confederação cuja integração é pressuposto da exigibilidade da exação. Recepção do art. 577 CLT e seu anexo pela Constituição Federal. Contribuição compulsória concretizadora da cláusula pétrea de valorização do trabalho e dignificação do trabalhador. Empresa comercial. Autoqualificação, mercê dos novos critérios de aferição do conceito. Verificação de ocorrência de violação da lei à luz do princípio de supradireito determinando a aplicação da norma aos fins sociais a que se destina, à luz de seu resultado, regras maiores de hermenêutica e aplicação do direito.

Portanto, das propostas doutrinárias apresentadas, da jurisprudência analisada e das críticas formuladas, poder-se-ia dizer que empresa significa os fatores de produção organizados e postos em atividade pelo empresário ou pela sociedade empresária, por meio do estabelecimento, sendo empresário²²² ou empresária todo aquele ou toda sociedade que exerce profissionalmente uma atividade, por meio da organização dos fatores de produção (mão-de-

²²² Novamente ressaltamos que a sociedade empresária e o empresário serão tratados em capítulo próprio. Porém, às vezes, manter essa separação conceitual não é possível, como no caso dos comentários tecidos aos acórdãos antes mencionados, motivo pelo qual os argumentos ora antecipados poderão vir a ser repetidos.

obra e capital) em atividade, e desde que tenha assumido o risco do empreendimento²²³.

Quanto à natureza jurídica da empresa, há doutrinadores que a classificam como objeto de direito juridicamente tutelado (REQUIÃO, 1988, p. 58), pois, para ser sujeito de direito, a ela teria que ser conferida personalidade jurídica²²⁴. Com efeito, somente são sujeitos de direito as pessoas físicas e as jurídicas, estas por ficção legal. Assim, só a sociedade ou o empresário individual (motivo pelo qual o registro é de suma importância) pode ser sujeito de direito²²⁵. Miguel Reale (1986, p. 6), em seus comentários ao Projeto, é taxativo ao afirmar que empresa não é entidade, mas, sim, atividade “empenhada na produção, circulação e distribuição de riqueza”. Com elegância, o autor ironizou a proposta de um juiz do Rio de Janeiro, que não entendeu o significado de empresa e sugeriu, “singelamente, que ela figurasse como tipo de pessoa jurídica (...)”.

Em contrariedade a essa posição, encontramos vários autores que entendem válida a classificação de Asquini,²²⁶ entre eles, Bulgarelli (1998, p. 304), que ratifica a natureza jurídica de sujeito de direito à empresa pelo empresário, de objeto pelo estabelecimento e de fato pela atividade.

Clóvis do Couto e Silva²²⁷ também classifica a empresa, quanto à natureza, como sujeito de direito, porém com fundamento na co-gestão dos sócios e dos empregados, que passariam a ocupar cargos em certos órgãos diretivos; como objeto de direito, quando a classifica como instituição.

²²³ É importante lembrar que, na atualidade, a Economia em grande parte é movida pelos prestadores de serviços, os quais, devido à enorme demanda, por vezes necessitam de um grande contingente de funcionários e de instalações à espera da demanda. O risco assumido nesses casos é bastante superior ao risco assumido pelos “comerciantes por natureza: os intermediadores”.

²²⁴ Para Jorge Rubem Folena de Oliveira, em *Desenvolvimento da Teoria da Empresa: fim da distinção entre sociedades civis e comerciais*, *Seleções jurídicas/Coad*, n. 01, p. 18-22, 1998, empresa é sujeito de direito.

²²⁵ O legislador da Lei 8.934/94 parece ter assumido em parte, que empresa significa “atividade organizada dos fatores de produção para a obtenção de lucros, exercida com profissionalidade pelo empresário que assume o risco”, e, conseqüentemente, que empresa é objeto de direito e, como tal, não pratica atos; ser sujeito de direito e de obrigações é privilégio das pessoas físicas e, por ficção legal, das jurídicas. Logo, se a empresa é objeto, não pode praticar atos que serão arquivados, motivo pelo qual a lei fala em registrar os atos das sociedades e das firmas individuais, *verbis*: “Art. 2.º Os atos e 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”.

²²⁶ ASQUINI, op. cit., p. 109-126

²²⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 37, p. 42-59, jul. 1986.

Quando classificada como sujeito de direito,²²⁸ a empresa teria existência própria, independentemente da vontade do empresário,²²⁹ em decorrência da sua relevância social como “fator de progresso econômico e de criação de emprego. E nesse sentido, ultrapassou os limites estritos do Direito Comercial” (COUTO E SILVA, 1986, p. 42-59).

Quando classificada como objeto, a tese tem por fundamento a concepção institucionalista com duas fontes de interesses, às vezes conflitantes, dos titulares do capital (empresário, tutela subjetiva) e da própria empresa, independentemente (tutela objetiva, institucionalista).²³⁰

Os doutrinadores italianos também aventaram esta possibilidade de considerar a empresa uma instituição. Bulgarelli (1995, p. 77-78), entretanto, teceu duras críticas a essa idéia, porquanto a empresa considerada como uma instituição deveria apresentar, como elemento comum a todos os tipos, uma organização de pessoas e bens, ou, no mínimo, de trabalho, de atividade humana dirigida para a obtenção de um fim comum. Assim, segundo o referido autor, ou as pequenas empresas que prescindem de um grupo de trabalhadores e de uma efetiva organização do trabalho não são consideradas empresas, ou a concepção institucional não é suficiente para explicar o fenômeno jurídico da empresa. Sobretudo, a teoria institucional da empresa pode ser criticada pelo fato de não distinguir empresa e sociedade empresária, uma vez que o conceito de sociedade está contido no de instituição. Para essa teoria, o sujeito exercente da atividade empresarial só seria separado da empresa quando o agente fosse a pessoa física, ou seja, o empresário. Logo, a teoria é falha porque a instituição pode ser o produto da empresa, porém não sinônimo.

²²⁸ Se admitirmos, no entanto, a natureza subjetiva da empresa, teremos que admitir a venda de pessoas; empresas são costumeiramente objeto de venda.

²²⁹ Nesse sentido, a empresa é vista como uma organização de bens e de forças que duram no tempo, independentemente da renovação humana.

²³⁰ Couto e Silva, cita, na p. 46, exemplo da jurisprudência francesa, em que se nomeou administrador para deliberar contrariamente às determinações dos titulares em preservação da saúde financeira da empresa. A relevância da concepção objetivista estaria em atenuar o exercício do direito dos titulares do capital quando conflitantes com os interesses da instituição. Deixa de considerar a distinção tradicional entre sociedades civis e comerciais. Ressalta que, em muitos países, vem sendo adotada a denominação *empresário*, e não *comerciante*, uma vez que a importância estaria na empresa, independentemente do ramo de atuação, englobando, inclusive, a indústria. COUTO E SILVA, op. cit., p. 42-59.

A.2) Empresário e sociedade empresária

Conforme dito antes, a proposta do novo Código Civil seguiu a linha do Código Italiano de 1942, de maneira que empresa é o efeito da atividade do empresário pelo estabelecimento. Logo, imprescindível ao estudo da empresa é o estudo do empresário ou da sociedade empresária e do estabelecimento. Entretanto, essa noção de empresário, ao contrário da noção de empresa,²³¹ é absolutamente nova no ordenamento jurídico.

O Código Comercial Brasileiro, Lei 556, de 25.06.1850, desconhecia a noção de empresário. No art. 1º, apresentava as “qualidades necessárias para ser comerciante”; no art. 3º, arrolava ‘aqueles que estão proibidos de comerciar’ e, finalmente, no art. 4º, ‘institui o registro nos Tribunais de Comércio como atributivo dos direitos de comerciante’.²³² Portanto, a noção de empresário adveio da doutrina e, mais tarde, de leis que regulamentaram a matéria tributária, de forma que, até 10.01.2002, não possuíamos, em um código propriamente dito, a definição de empresário.

Doutrinariamente, na atualidade, Bulgarelli (1998, p. 319) conceituou o empresário:

Titular da empresa, o seu sujeito, portanto, aquele que tem a iniciativa da criação da empresa e que a dirige, correndo o risco inerente à atividade empresarial (...), além das funções próprias do empresário (o risco, o direito ao lucro e o poder supremo) o seu dinamismo, uma espécie de força vital que emprestaria à empresa para seu surgimento e posterior crescimento (...) Juridicamente, o empresário é o sujeito de direito, o único, aliás, reconhecido

²³¹ Embora sem expressa definição, o CC/1916, nos arts. 1.371 e 1.374, menciona a empresa, *verbis*: “Art. 1.371. Também se considera particular a sociedade constituída especialmente para executar em comum certa empresa, explorar certa indústria, ou exercer certa profissão”, e “Art. 1.374. No silêncio do contrato, o prazo da sociedade será indefinido, salvo a cada sócio o direito de retirar-se mediante aviso com 2 (dois) meses de antecedência ao termo do ano social. Se, porém, o objeto da sociedade for negócio ou empresa, que deva durar certo lapso de tempo, enquanto esse negócio ou essa empresa não se ultime, terão os sócios de manter a sociedade”.

²³² Com o surgimento da figura do empresário, em um primeiro momento, estaríamos tentados a pensar que, efetivamente, o empresário substitui o comerciante quando, na realidade, ele representa a criação de uma nova figura, por meio da qual foi possível afastar a distinção entre “agentes da produção de bens e de serviços”, ou entre civil e comercial. Há quem identifique o empresário com o antigo comerciante, no sentido de que ambos são titulares de uma atividade intermediária. No entanto, o empresário exerce uma atividade extra ou, ainda, vai além do comerciante, pois, afora a especulação, ele é agente de produção. Em sendo o empresário um agente de produção, acredita-se que foram os industriais que alavancaram o desenvolvimento do conceito de empresário, uma vez que desejavam utilizar-se do estatuto do comerciante, o que na época era impossível pelo caráter de intermediação atribuído ao comércio. Com a transformação do capitalismo comercial em industrial surgiu a figura do empresário, ao menos na Itália. BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 56.

pela lei, em termos de representação empresarial.²³³

No novo Código Civil, tal qual ocorrido com o Código Civil Italiano de 1942, há definição de empresário e de sociedade empresária, nos termos dos arts. 966 e 982:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.²³⁴ (...)

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.

A maioria dos autores faz referência ao empresário, deixando de lado a sociedade empresária. No entanto, é imprescindível frisar que, nos termos dos artigos acima citados, as duas espécies de pessoas que podem explorar a empresa são a pessoa física do empresário (neste caso o empresário individual assume o risco da atividade) e a pessoa jurídica (neste caso a sociedade empresária assume o risco da atividade). Aliás, as atividades econômicas de relevância são desenvolvidas, em sua maioria, por pessoas jurídicas, por sociedades empresárias.

A conseqüência da dissonância entre a realidade e a previsão legal é a confusão entre a sociedade empresária e os seus sócios.

Fábio Ulhoa Coelho (2003), alerta que, comumente, a pessoa jurídica empresária é denominada “empresa”, e os seus sócios são chamados de “empresários”. Em termos técnicos, contudo, a empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; o empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas aquele que assume o risco da atividade, podendo ser a pessoa física ou a própria sociedade. Logo, ao sócio da sociedade empresária não se aplicam as normas que definem os direitos e deveres do empresário, mas sim as normas que definem os direitos e deveres dos sócios em razão da exploração da atividade empresarial pela sociedade de que faz parte.

Esta separação de conceitos é extremamente importante para a análise das

²³³ Essa definição de Bulgarelli corresponde ao perfil subjetivo da empresa, na classificação de Asquini.

²³⁴ Deixamos de transcrever e de mencionar o parágrafo único do art. 966, visto que o mesmo foi objeto de análise no capítulo da empresa, pelos motivos lá expostos e, ainda, será objeto de capítulo próprio.

questões relativas ao registro, por exemplo. Da conjugação dos arts. 45²³⁵ e 1.150²³⁶ do novo Código Civil, compreende-se que, para que a sociedade empresária adquira personalidade jurídica, é necessário que esteja registrada na Junta Comercial. Para Calixto Salomão Filho²³⁷ o registro para as sociedades empresárias tem natureza constitutiva de vez que até que as sociedades sejam registradas, a elas se aplicam as regras previstas para as sociedades em comum.

Podemos, então, sintetizar o conceito de empresário, de acordo com o novo Código Civil, como sendo o titular (sujeito de direito) que investe capital, coordena e exerce a atividade, seja o empresário pessoa jurídica (sociedade empresária), seja pessoa física (o empresário). Aqui é fundamental assinalar que, no conceito de empresário e, conseqüentemente, de sociedade empresária, o novo Código Civil não adotou o elemento risco. No entanto, se analisarmos a proposta de Bulgarelli (1998, p. 319), veremos que, no conceito de empresário, há a previsão da sua figura como aquele que assume o risco do negócio. Esta é também a posição de Vivante ao identificar como principais elementos da empresa a combinação dos fatores de produção (capital, trabalho e natureza) e o risco assumido “pelo empresário”.²³⁸ Por isso, sugerimos a adoção do seguinte conceito: é empresário ou empresária toda pessoa física ou toda sociedade que exerce profissionalmente uma atividade, por meio da organização dos fatores de produção (mão-de-obra e capital) em atividade, e desde que tenha assumido o risco do empreendimento.

De qualquer sorte, este empresário do novo Código Civil, cuja obrigação de assunção do risco da atividade não está expressamente prevista, pode ser representado na categoria de pessoa física sob a personalidade de sua pessoa natural. Neste caso, o reflexo no

²³⁵ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Governo. Serão averbadas no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

²³⁶ Art. 1.150 O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas 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.

²³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. A Fattispecie “Empresário” no Código Civil de 2002, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 45, n. 144, out./dez., 2006. p. 13.

²³⁸ Embora seja repetição, vale a lembrança: Vivante conceituou a empresa como organismo econômico que põe e opera os elementos necessários para obtenção de um produto destinado à troca por conta e risco do empresário, pela combinação dos elementos natureza, capital e trabalho, os quais, isoladamente, não produziriam o mesmo resultado. VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 3. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1906, p. 151-163. Neste mesmo sentido é a posição de Asquini, *verbis*: “(...) implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco técnico e econômico correlato. Não é, portanto, empresário quem exerce uma atividade econômica às custas de terceiros e com o risco de terceiros”. ASQUINI, op. cit., p. 109-126

seu patrimônio individual se dá na totalidade, haja vista a teoria da unidade patrimonial, que se traduz em “para cada pessoa corresponde um patrimônio”.

Já a sociedade empresária goza de personalidade jurídica distinta da de seus sócios, de forma que podemos classificá-la pelo critério da responsabilidade dos sócios perante as obrigações sociais. Há sociedades nas quais os sócios respondem de forma limitada, ilimitada ou mista; a sociedade empresária, no entanto, é aquela que assume o risco da atividade com a totalidade de seu patrimônio, tal qual o empresário individual.

A.3) Estabelecimento

O ordenamento jurídico brasileiro, tal como mencionado no item anterior quando foram tratados o empresário e a sociedade empresária, até a aprovação da Lei 10.406/2002, era omissivo quanto à regulamentação do estabelecimento. No Código Comercial Brasileiro de 1850, no art. 1.º, III,²³⁹ há menção ao estabelecimento, porém, como toda matéria nele tratada, está voltada para a disciplina dos atos de comércio²⁴⁰ e não passa de mera referência.²⁴¹

Por seu turno, o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, tratou do

²³⁹ Art. 1.º Podem comerciar no Brasil: (...) III. (...) O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis.

²⁴⁰ Essa previsão legal, como só poderia acontecer, reflete o conceito de estabelecimento dentro do contexto do “sistema” dos atos de comércio, como esclarece Waldemar Ferreira, em *Tratado de Direito Comercial: o estatuto do estabelecimento comercial e a empresa mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1962. vol. 6, p. 7, *verbis*: “O estabelecimento do comerciante é, ademais do lugar onde situa a sede de seus negócios, a sua casa comercial, o edifício ou parte deste, destinado ao exercício de seu comércio”. A jurisprudência já trata o estabelecimento de forma mais ampla, porém ainda arraigada à idéia de fundo de comércio, evidenciando a ruína da teoria dos atos de comércio e a conseqüente confusão conceitual que lhe é inerente. Nesse sentido é o j. da AC 598330249, da 5.ª Câm. Civ. do TJRS, em 29.10.1998, cujo excerto da ementa diz: “(...) O fundo de comércio estende-se também à Sociedade Civil e não apenas à Comercial porque nele se inclui o ponto ou o local do negócio, o nome e a boa-fama do estabelecimento e a clientela. (...)”.

²⁴¹ A idéia de estabelecimento, embora nova para nosso ordenamento jurídico, era comum aos romanos como “taberna” no Digesto. Na Itália Medieval era denominado por várias expressões advindas dos Tribunais das Rodas, como, por exemplo, “*mensa, taberna, mercatura, funcandum* ou *merx*”, todas caracterizando um *corpus universalis*. A mudança ocorreu quando o estabelecimento deixou de ser bem familiar transmissível de pai para filho, para representar valor tecnológico e econômico servindo de garantia aos credores, por exemplo, necessitando então ser regulada a cessão, a venda ou o penhor desse estabelecimento. Por outro lado, esse esquecimento do estabelecimento pela legislação não é privilégio brasileiro. A título ilustrativo de algumas poucas legislações que trataram de alguma forma do estabelecimento, cita-se a Lei Fiscal Francesa em 1872, que instituiu a expressão “fundo de comércio”. Em 01.03.1898, também na França, foram regulados a venda e o penhor do “estabelecimento comercial”. Só em 1942, com o Código Civil Italiano, pelo art. 2.555, é que o estabelecimento foi devidamente regulamentado.

estabelecimento nos moldes do Código Civil Italiano, definindo-o no art. 1.142, *verbis*: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária.”²⁴²

Miguel Reale (1986, p. 99), na qualidade de um dos autores do novo Código Civil, comentou o referido artigo:

A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais estabelecimentos, os quais são complexos de bens ou ‘bens coletivos’, que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de per si, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos. (...) Consoante justa ponderação de René Savatier, a noção de ‘fundo de comércio’ é uma concepção envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, ‘que é o corpo de um organismo vivo’, todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção.²⁴³

Em outras palavras, o estabelecimento é o instrumento, enquanto empresa é o próprio exercício.

Citemos alguns dos vários conceitos doutrinários de estabelecimento:

Bulgarelli (1998, p. 324-325) o conceitua como:

(...) vários elementos unificados pelo empresário num todo para o exercício de uma atividade.
 (...) uma unidade de vários bens ajuntados, o centro de vários direitos (locação, usufruto etc.) possível de ser objeto de circulação, transferível tanto por ato inter vivos como causa *mortis*, ou objeto de direitos outros, como arrendamento, usufruto etc.

Vejamos o conceito proposto por Oscar Barreto Filho:²⁴⁴“(...) Complexo de bens *lato sensu* (inclusive serviços) organizados pelo empresário como instrumento para o

²⁴² A definição italiana é similar: “Art. 2.555. Nozione – L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore (2082) per l’esercizio dell’impresa”.

²⁴³ O novo Código Civil fez a opção pela denominação mais moderna, porém não significa unanimidade sequer no Brasil, onde podemos encontrar palavras como fundo de comércio, fundo mercantil ou fundo de negócio, todas como sinônimas de estabelecimento. Em outros países, estabelecimento é denominado *fonds de commerce* (na França); na Itália – *azienda*; na Alemanha – *Geschäft* ou *Handelsgesellschaft*; na Inglaterra/Estados Unidos da América – *goodwill/goodwill of trade*; na Espanha – *hacienda*.

²⁴⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 132.

exercício da atividade empresarial.”²⁴⁵

É comum a todas as definições, sejam originárias dos doutrinadores, sejam do novo Código Civil, o elemento *complexo de bens*, denominação utilizada por Miguel Reale, cujo correspondente em Bulgarelli (1998) é a expressão “uma unidade de vários bens ajuntados”, e em Oscar Barreto Filho é a expressão “os bens (oriundos do capital) e serviços (provenientes do trabalho) são conjugados”. Esse complexo de bens compreende tanto os corpóreos quanto os incorpóreos, tanto materiais²⁴⁶ quanto imateriais, dos quais o empresário se vale para realizar a empresa.

De forma esclarecedora para o estudo do estabelecimento, Rubens Requião arrolou os elementos que entende comporem o fundo, dividindo-os em dois grandes grupos: corpóreos e incorpóreos.

Os corpóreos subdividem-se em mercadorias, instalações, máquinas e utensílios.²⁴⁷

Por sua vez, os bens incorpóreos seriam ponto comercial, créditos, título de estabelecimento, privilégios de invenção, modelo de utilidade e modelo de desenho industrial, bem como nome comercial e sinais distintivos.²⁴⁸

²⁴⁵ Oscar Barreto Filho, antes de extrair sua definição sobre estabelecimento, alinhou os elementos que seriam seus constitutivos: 1. complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante no exercício de sua atividade produtiva; 2. não se configura como o complexo de relações jurídicas do comerciante no exercício do comércio e não constitui um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil; 3. é formado por bens econômicos, ou seja, por elementos patrimoniais, sendo duvidoso se compreende elementos pessoais; 4. é uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante; 5. apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante. Ao final conclui: “complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil”.

²⁴⁶ Os elementos materiais que compõem o estabelecimento mantêm suas características singulares mesmo quando por ele incorporados.

²⁴⁷ Para REQUIÃO, op. cit., p. 198, o imóvel não compõe os bens corpóreos do estabelecimento, somente o ponto compõe os bens incorpóreos do estabelecimento.

²⁴⁸ Este último elemento foi arrolado por BULGARELLI, op. cit., p. 334. Nesta oportunidade, o autor explica que o aviamento e a clientela não são considerados elementos do estabelecimento. O aviamento é um conjunto de fatores pessoais, materiais e imateriais que conferem a determinado estabelecimento a aptidão para obter lucros. É considerado valor, sendo que seus bens são indiretamente tutelados. A clientela, por seu turno, é um dos elementos do aviamento. Tampouco é diretamente tutelada, sendo exemplos da proteção indireta que recebe a transferência do estabelecimento com a obrigatoriedade de explorá-lo integralmente ou, com relação àquele que transfere, de não dar início a negócio concorrente.

Entre os bens incorpóreos, gostaríamos de tecer alguns comentários acerca do ponto comercial. O ponto, ainda denominado comercial, significa o lugar determinado no espaço onde está situado o imóvel em que as atividades de natureza empresarial são desenvolvidas. O ponto, portanto, não é o próprio imóvel, de forma que, em se tratando de imóvel locado, o ponto pode pertencer ao empresário locatário,²⁴⁹ enquanto o imóvel pertence ao locador.²⁵⁰

Ainda, sobre os bens incorpóreos, chamamos a atenção para o fato de o referido autor (Requião, 1988, p. 209) considerar fora da composição do estabelecimento os contratos. Em princípio, pelas disposições contidas no art. 1.148 do novo Código Civil,²⁵¹ por uma interpretação sistemática, entendemos que, como pensa Rubens Requião, os contratos não compõem o fundo, uma vez que, com relação aos outros elementos que o compõem, não há menção expressa à sub-rogação do adquirente do estabelecimento. Se, no entanto, trabalhamos com uma interpretação gramatical em princípio, os contratos que dispõem sobre a exploração do estabelecimento compõem o fundo, pois o adquirente só não irá neles se subrogar nos casos de exceção.

Por último, com relação aos bens incorpóreos, ainda se faz necessário mencionar a compreensão de Rubens Requião no sentido de que os créditos, porém não os débitos, compõem o estabelecimento. Efetivamente, pela disposição do código, pelas palavras de Miguel Reale e pela própria idéia de estabelecimento, os débitos não são bens pelos quais o empresário exercita sua atividade. Entretanto, o efeito prático dessa compreensão poderia ser a possibilidade de o empresário transferir o estabelecimento e permanecer com as dívidas, porém sem meios de produzir e de gerar riqueza para saldá-las, em detrimento dos credores. Pensando nisso, o novo Código Civil regulou a matéria, evitando que venham instaurar-se discussões sobre sucessão empresarial. De acordo com o art. 1.145²⁵² do novo Código Civil, a alienação que tornar insolúvel o empresário pode ser ineficaz. No mesmo sentido é a previsão

²⁴⁹ Juridicamente tutelado pela Lei 8.245/91.

²⁵⁰ O imóvel, mesmo que pertencente ao empresário, não compõe o estabelecimento segundo entendimento de REQUIÃO, op. cit., p.208.

²⁵¹ Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

²⁵² Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para resolver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

do art. 1.146²⁵³ do mesmo texto legal, segundo a qual o próprio adquirente do estabelecimento é responsável pelas dívidas anteriores à transferência, desde que contabilizadas, cabendo ao antigo titular responder solidariamente, pelo período de um ano, a contar da publicação da cessão para os débitos vencidos, e de um ano para os vincendos, a partir do seu vencimento. No mesmo sentido são as disposições contidas no art. 1.144²⁵⁴ do novo Código Civil. Este artigo fixou a obrigação da averbação da transferência no registro da sociedade e a publicação do evento na imprensa, de forma que põe fim à tentativa do devedor de livrar-se do pagamento pelo esvaziamento do patrimônio.

Da exposição acima, depreende-se que estabelecimento não significa o patrimônio da sociedade empresária ou do empresário, mas parte dele; que o estabelecimento é o complexo de bens organizados segundo a vontade e finalidade de seu titular; empresa, empresário e estabelecimento constituem-se num trinômio inseparável.

Quanto à natureza jurídica do estabelecimento há certa unicidade, no Brasil. É considerado um complexo de bens materiais e imateriais, que mantém sua categoria jurídica própria, não obstante ser o conjunto que forma o estabelecimento classificado como bem móvel, constituindo uma universalidade de fato,²⁵⁵ de propriedade da sociedade empresária ou do empresário. Não se trata de universalidade de direito porque não há lei que determine a reunião dos bens, como ocorre com a herança, por exemplo, ou com a sociedade cuja falência foi decretada, constituindo-se em massa falida, casos em que a lei confere aos bens categoria jurídica e personalidade jurídica (Requião, 1988, p. 198). No estabelecimento, ao contrário, os

²⁵³ Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando, o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação e, quanto aos outros, da data do vencimento.

²⁵⁴ Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

²⁵⁵ Ilustrativamente citamos Sylvio Marcondes, para quem o estabelecimento é o conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais, formado pela vontade do sujeito, para uma destinação unitária; distinto, portanto, da universalidade de direito, que, para o mesmo autor, é um complexo de relações jurídicas ativas e passivas, formado por força da lei para unificação das mesmas relações, distinguindo-se ambas pelo traço distintivo essencial de que a universalidade de direito (*universitas juris*) é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universalidade de fato (*universitas facti*) é um conjunto de objetos de direito. MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.

bens foram agrupados pela vontade e pelo interesse do empresário ou da sociedade empresária, para o fim que o mesmo lhes der, não por dispositivo legal²⁵⁶.

²⁵⁶ Sobre estabelecimento virtual ver GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p.137-158, o qual conclui pela possibilidade de se enquadrarem os sites inteligentes como estabelecimentos, apontando, ainda, a necessidade de adequação legislativa.

B) SOCIEDADES EMPRESÁRIA E NÃO EMPRESÁRIA E SEUS TIPOS SOCIETÁRIOS

B.1) Sociedade empresária – características e tipos societários

No item ‘a’ desta primeira parte do trabalho, quando da análise da definição de empresa, foi apresentada também, a sociedade empresária, uma vez que necessário, para se alcançar um conceito de empresa, a compreensão do empresário/sociedade empresária e do estabelecimento.

Agora, busca-se aprofundar um pouco mais este ponto: o exercício da atividade empresarial pela sociedade empresária²⁵⁷.

De acordo com o sistema do Código, as sociedades personificadas²⁵⁸ são de duas categorias: empresárias e não empresárias.

Dispõe o Código Civil, no artigo 982, que será empresária toda e qualquer sociedade que exercer atividade ‘própria de empresário’²⁵⁹, observadas, evidentemente, as excludentes previstas no artigo 966. Ou seja, a sociedade empresária é aquela que exerce - profissionalmente - uma atividade, por meio da organização dos fatores de produção, objetivando a produção ou circulação de bens ou serviços e assumindo o risco da atividade.

²⁵⁷ COELHO, op. cit., p. 63-64, chama atenção para os erros de nomenclatura, alertando que sociedade empresarial é uma sociedade de empresários, ou o agrupamento de empresários, enquanto a pessoa jurídica empresária é denominada sociedade empresária.

²⁵⁸ As sociedades não personificadas (não estamos nos referindo às sociedades por ações em organização), as quais não gozam de personalidade jurídica, subdividem-se em sociedade em comum e sociedade em conta de participação. De acordo com o enunciado 58 aprovado na Jornada de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a sociedade em comum engloba tanto a sociedade de fato quanto a irregular e, apesar de não ter sido registrada e não possuir personalidade jurídica, possui legitimação processual mesmo que restrita, pois responde perante terceiros de boa fé sem, entretanto, poder requerer recuperação judicial, por exemplo. A sociedade em conta de participação, mesmo que tenha seu contrato associativo registrado, não adquire personalidade jurídica, sendo que o sócio ostensivo assume direitos e obrigações perante terceiros enquanto entre os sócios há relação societária.

²⁵⁹ Sobre o conceito de sociedade empresária: “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 CC 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.(...)” Fábio Ulhoa Coelho em seus *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

A seu turno, prevê o artigo 983 do Código Civil que a sociedade empresária pode adotar qualquer dos tipos sociais previstos nos artigos 1039 a 1092 do Código Civil, ou seja, sociedade em nome coletivo, em comandita simples, limitada, em comandita por ações, sociedade por ações. No entanto, prevê o parágrafo único do referido artigo 982 que, independentemente de seu objeto, será considerada sociedade empresária aquela organizada na forma de sociedade por ações²⁶⁰. Tomando-se por base que é empresária toda sociedade que “exercita atividade própria de empresário”, o que determina se uma sociedade é empresária ou não é essa organização da atividade, e não seu objeto ou tipo societário, exceto se compreendermos que a organização e o modo pelo qual a sociedade por ações desenvolve suas atividades corresponde àquele pelo qual a atividade empresarial é desenvolvida; em outras palavras, para se organizar na forma de uma sociedade anônima, pressupõe-se uma organização empresarial²⁶¹. Com efeito, a sociedade anônima ou companhia (sociedade de capital, com natureza institucional) é pessoa jurídica de direito privado, cujo capital social está dividido em ações nominativas (possibilita a alteração da composição societária, sem alteração do estatuto social), com ou sem valor nominal, podendo ser de capital aberto (títulos habilitados à negociação pública no mercado de valores mobiliários) ou de capital fechado, autorizado ou não (caso contenha, ou não, previsão estatutária para aumento de capital social independentemente de reforma do estatuto social), limitando-se a responsabilidade do

²⁶⁰ Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

²⁶¹ Vale aqui reiterar a distinção antes citada por Miguel Reale em *O Projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 99: “(...) Distinguem-se apenas as sociedades em simples e empresárias, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício”. Poder-se-ia ponderar se a adoção do critério ‘objeto da atividade’ para distinguir sociedade simples de empresária não nos conduziria a uma distinção sem fundamento científico tal qual a adotada com relação aos atos de comércio e, quanto ao modo, se não impossibilitaria que se soubesse, de antemão, se determinada sociedade é empresária ou não, trazendo dificuldades para fins de registro. Posicionando-se sobre o assunto, assevera Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em *Direito da Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 119: “Essas observações resolvem uma série de dúvidas a respeito de atividades que, aparentemente, não são exercidas de modo organizado ou que não necessitam de estruturas para seu exercício. Refiro-me, por exemplo, às sociedades holdings, que têm por objeto participar de outras sociedades: são empresárias, porquanto não se dedicam à atividade intelectual nem à exploração de empresa rural. Pelo enunciado, basta ter por fim o exercício de atividade própria de empresário para que a sociedade seja empresária. Aí não contam os fatores quantidade, intensidade de exercício e organização, porquanto a sociedade define seu objeto antes de atuar e não se tem como aferir, em tal momento, como será desenvolvida a atividade que orientou sua criação. Por isso, a sociedade que nasce para exercer atividade própria de empresário, ainda que não exerça ou que exerça esporadicamente, desorganizadamente, é empresária e se sujeita ao direito de empresa.” Segue o autor: (...) “De fato, se a sociedade anônima e a comandita por ações são empresárias independentemente do objeto, uma sociedade que adote qualquer desses dois tipos será empresária, mesmo que tenha por objeto uma atividade que não seja própria de “empresário sujeito a registro”, como a de médico, dentista, contabilista etc. (...)”

acionista ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas posteriormente, sem que haja solidariedade entre os acionistas em relação às obrigações sociais. As ações emitidas podem ou não ter valor nominal, mas necessariamente devem ser nominativas. A constituição de uma Sociedade Anônima poderá ocorrer por meio de instrumento público ou particular. O capital social pode ser subscrito no todo ou em parte e integralizado em dinheiro ou em outros bens avaliados por três peritos ou por empresa especializada, os quais serão escolhidos pelos acionistas na assembléia de constituição da sociedade. Em princípio não é exigido um capital mínimo, salvo algumas exceções, como por exemplo no caso dos Bancos. Em sendo companhia de capital aberto, haverá um Conselho de Administração que, como órgão de deliberação colegiado, composto por acionistas pessoas naturais, controlará a atuação dos dois diretores (estes, pessoas físicas domiciliadas no Brasil, acionistas ou não), elegerá e destituirá os membros da diretoria, definirá suas competências e controlará a gestão da sociedade. A administração tripartite das companhias ainda é composta por uma Assembléia Geral que delibera sobre assuntos sociais e define as políticas a serem adotadas pela companhia e pela diretoria que executa as deliberações da assembléia e que representa a sociedade, a qual é fiscalizada pelo Conselho Fiscal permanente ou temporário, composto por, no mínimo, três e, no máximo, cinco membros e um número igual de suplentes, acionistas ou não.

Os demais tipos societários pelos quais as sociedades empresárias podem organizar-se – em nome coletivo, em comandita simples, limitada e em comandita por ações não são tão complexos e distribuem de forma diferente a responsabilidade dos sócios, por exemplo.

A sociedade em nome coletivo é tipo societário bastante antigo, remontando sua origem ao medievo italiano, quando se presumia a existência da sociedade entre todos os membros da família do mercador. Considerando-se as obrigações contraídas por um sócio como se comum fossem, surgia a responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios, reputando-se como negócios da sociedade mesmo aqueles celebrados sem o emprego do nome da sociedade, desde que vinculados ao objeto social²⁶². Atualmente regulada pelo artigo 1039 do Código Civil, a legislação prevê a responsabilidade solidária (todos e cada um isoladamente respondendo pela totalidade da dívida) e ilimitada (sem observar o quantum de sua

²⁶² Sobre a história das sociedades, tipos societários e responsabilidade dos sócios ver Levin Goldschmidt, em *Storia Universale Del Diritto Commerciale*. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1913. p. 201.

participação na sociedade) entre os sócios da sociedade em nome coletivo e a responsabilidade subsidiária dos sócios em relação à sociedade, devendo este tipo societário ser composto exclusivamente por pessoas naturais a quem compete a administração da sociedade. Entre os sócios é possível estabelecer diferentes níveis de responsabilidade, sendo que essa limitação da responsabilidade não é oponível a terceiros, servindo, somente, de fundamento a um direito de regresso do sócio que respondeu pela obrigação social perante o terceiro contra os demais sócios. Aplica-se -supletivamente - à sociedade em nome coletivo as regras da sociedade simples²⁶³.

A sociedade em comandita simples, já conhecida desde o Código de Hamurabi, nasceu com as expedições marítimas, nas quais um sócio capitalista em confiança a um portador - o capitão do navio, por exemplo, financiava a expedição para que o capitão, em seu nome, realizasse negócios em proveito de ambos. Atualmente está prevista no artigo 1045 do Código Civil, tendo como principal característica a necessária existência de a) sócios comanditados que, necessariamente serão pessoas físicas que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais e; b) sócios comanditários que respondem até o limite de sua quota no capital social. Aos sócios comanditários é conferido o benefício de limitação da responsabilidade em relação às obrigações sociais em contrapartida à sua vedação ao exercício da gestão do negócio e de ter seu nome incluído na firma social, sem prejuízo ao exercício do direito de voto, de fiscalização e de participação nos lucros. À sociedade em comandita simples aplicam-se subsidiariamente as normas previstas às sociedades em nome coletivo e, conseqüentemente, às simples, motivo pelo qual poder-se-ia dizer que, na sociedade em comandita simples, pode haver a figura do sócio de indústria, o qual seria, necessariamente o sócio comanditado.

Na sociedade em comandita por ações, prevista no artigo 1090 do Código Civil somente o acionista pode ser administrador e, neste caso, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações, enquanto os acionistas não administradores respondem de forma limitada ao montante da ação subscrita, tal qual na Sociedade Anônima. Tendo em vista a responsabilidade assumida pelos diretores, de sua prévia aprovação dependem algumas matérias a serem objeto de deliberação na assembléia geral. Às sociedades em comandita por

²⁶³ Vide GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, sobre a aplicabilidade da sociedade em nome coletivo à extinta sociedade de capital e indústria.

ações aplicam-se as disposições acerca das sociedades por ações. Devido a sua natureza híbrida pode fazer uso tanto da firma (fará parte o nome de um ou mais diretores/comanditados acompanhado da locução “e companhia”, acrescida da expressão “comandita por ações”) quanto da denominação social seguida da locução “em comandita por ações”. Na avaliação dos doutrinadores, este tipo societário tem pouca aplicabilidade prática na atualidade²⁶⁴.

Outro tipo societário que pode ser adotado pela sociedade empresária é o da limitada, sociedade de pessoas, de natureza contratual que, até a entrada em vigor do novo Código Civil era denominado ‘sociedade por cotas de responsabilidade limitada’, sendo regulado pelo Decreto nr. 3.708/19 e, nos casos omissos, pela Lei das Sociedades Anônimas. O Código de 2002 regula a Sociedade Limitada bem mais detalhadamente, sendo que o artigo 1.053 prevê às sociedades limitadas a aplicação das normas que regulam a sociedade simples, enquanto que o parágrafo único do mesmo artigo 1053 faculta a adoção supletiva das normas reguladoras das Sociedades Anônimas pelo contrato social, motivo pelo qual pode ser considerada uma sociedade intermediária entre a sociedade de capital e a de pessoas. A nova legislação alterou – profundamente – a aplicabilidade deste tipo societário uma vez que burocratizou seu funcionamento, instituiu maior formalismo para as deliberações sociais, limitou os poderes da maioria, dentre outros. Em virtude dessas inovações legislativas, possivelmente será mais interessante para as sociedades empresárias com reduzido capital e quadro social adotarem o tipo de sociedade anônima de capital fechado, cabendo, entretanto, lembrar que se mantém a simplificação da limitada, em relação à sociedade por ações, no que tange à dispensa de publicação das demonstrações financeiras. A responsabilidade dos sócios continua limitada ao valor da cota sendo, porém, ilimitada na falta de integralização das cotas por algum sócio oferecendo assim, segurança para terceiros, sem que tal previsão fundamente a exigibilidade, dos demais sócios, da integralização do sócio faltante. O capital social poderá ser integralizado em dinheiro e/ou em bens suscetíveis de avaliação pecuniária. O Contrato Social poderá permitir administradores não sócios, sendo que a designação dos mesmos dependerá da aprovação da unanimidade dos sócios enquanto o capital social não estiver totalmente integralizado, e de dois terços, no mínimo, após a integralização. A faculdade de delegação de poderes por parte do administrador foi vedada pelo novo Código Civil, podendo

²⁶⁴ Neste sentido é a posição de José Edwaldo Tavares Borba, em *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Para Fábio Ulhoa Coelho, em *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2, p. 476, esse tipo de sociedade poderá ser usada para captação de recursos.

o administrador, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificando no instrumento os atos e operações que poderão praticar. Os limites da competência do exercício da administração são definidos no contrato social, sendo que o administrador ou o mandatário respondem pelos excessos no cumprimento do seu mandato, ou seja, quando agirem em violação à lei ou ao contrato social. O contrato social poderá ser alterado, desde que respeitados os ‘quoruns’ determinados por Lei, ressaltando-se que, genericamente, de acordo com a nova legislação, se faz necessário 75% do capital social para que o sócio majoritário possa deliberar individualmente sobre todos os assuntos que envolvam a sociedade. Embora a legislação não imponha a criação de Conselhos Fiscal ou Administrativo, tais órgãos poderão ser objeto de previsão no contrato social.

No que tange ao registro do empresário e da sociedade empresária prevê o art. 1.150 que “vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis” previsão esta repetida no artigo 967 como condição de exercício da atividade pelo empresário.

Além das previsões contidas no novo Código Civil sobre o registro de “empresas”, também deve ser observada a lei especial - Lei Ordinária 8.934/94. Essa lei denominada de “Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins”, permite a toda e qualquer sociedade e firma individual registrar-se na Junta Comercial sendo que, em alguns pontos, é possível perceber que não há total convergência com o novo Código Civil, vejamos: “Art. 2.º Os atos e 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.”

Primeiro – o novo Código Civil corretamente determina o registro da sociedade empresária e não o da empresa, enquanto no próprio “nome” da Lei 8.934/94, “Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins”, a proposta é de se registrarem atividades e não pessoas físicas ou jurídicas²⁶⁵.

²⁶⁵ Tal crítica não vale à luz dos comentários de GONÇALVES NETO, op. cit., p. 72. “A inscrição do empresário individual é, em princípio, um ato declaratório, visto que tem por fim dar publicidade à condição jurídica de quem exerce a atividade econômica reputada passível de registro perante o Registro Público de Empresas Mercantis. Incidem em erro palmar aqueles que acham ser a inscrição constitutiva da qualidade de pessoa jurídica do empresário”.

Segundo – a denominação *empresa* indica “atividade organizada dos fatores de produção para a obtenção de lucros, exercida com profissionalidade pelo empresário que assume o risco”. Essa atividade desenvolvida pode ser na área de alimentação, de corretagem, de propaganda etc. O próprio art. 2.º da Lei 8.934/94 diz que o registro independe do objeto; logo, se independe do objeto, parece impróprio denominar de registro de empresas mercantis uma vez que o objeto pode ser qualquer, até mesmo civil, caso a dicotomia ainda existisse e o próprio ‘sistema dos atos de comércio’. De fato, essa impropriedade na denominação pode ser consequência da não compreensão da superação da teoria dos atos de comércio e da unificação do direito privado pelo ato empresarial, conforme se verifica nas palavras do Senador José Carlos Aleluia, relator do projeto que originou a Lei nr.8.934/94: “...a principal inovação do Projeto diz respeito à mudança de denominação do registro do comércio para 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’, cuja interpretação conceitual causa inúmeras controvérsias sobre a competência registral (...)”²⁶⁶.

B.2) Sociedade não empresária – caracterização negativa e tipos societários

Dispõem os artigos 982 e 983 que a sociedade não empresária pode organizar-se como sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada e sociedade cooperativa.

Haja vista que os tipos societários em nome coletivo, em comandita simples e limitada já foram referidos no item anterior pelo fato de poderem ser adotados também para regular as sociedades consideradas empresária. Vejamos agora a sociedade simples, novidade introduzida no Código Civil de 2002 pelos artigos 997 a 1038 e a sociedade cooperativa que, embora não seja uma novidade, também está para as sociedades não empresárias como as sociedades anônima e comandita por ações estão para as sociedades empresárias.

²⁶⁶ Vale citar, também, o voto do deputado Roberto Magalhães, que embasou a colocação do relator: ‘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. OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A Possibilidade Jurídica da Declaração de Falência das Sociedades Civis com a Adoção da Teoria da Empresa no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 37, n. 113, p. 136-147, jan./mar. 1999.

A sociedade simples é criação originária do Código Suíço das Obrigações, de 1911, o qual unificou o direito obrigacional e criou a sociedade simples como modelo para as sociedades que não fossem nem comerciais, nem cooperativas e, posteriormente também foi adotada pelo Código Civil Italiano de 1942.

A sociedade simples foi criada para ser o tipo societário por excelência das sociedades não empresárias, daí porque, por vezes, possa ser tratada como um sinônimo de sociedade não empresária, afora um modelo genérico cujas regras podem ser aplicadas de forma supletiva às sociedades não personificadas (sociedade em comum e em conta de participação) e às sociedades em nome coletivo, em comandita simples, limitada e cooperativa²⁶⁷. Miguel Reale, em seus comentários ao projeto, disse que seu “escopo é a realização de operações econômicas de natureza não-empresarial” e que “(...) distinguem-se apenas as sociedades em simples e empresárias, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício”²⁶⁸.

Ressalta-se que o ‘objetivo econômico’ citado pelo autor do Código não é sinônimo de finalidade lucrativa, pois, pela análise realizada quando da conceituação de empresa, claro está que para os autores do novo Código Civil todas as sociedades têm essa finalidade²⁶⁹, caso contrário seriam associações²⁷⁰. Por isso, Miguel Reale, embora

²⁶⁷ “Com a instituição da sociedade simples, cria-se um modelo jurídico capaz de dar abrigo ao amplo espectro das atividades de fins econômicos não empresariais, com disposições de valor supletivos para todos os tipos de sociedade”. REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 100.

²⁶⁸ Vejamos, novamente, os comentários de Miguel Reale ao projeto, especificamente acerca das sociedades simples: “Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos: (...) 4) da sociedade simples, cujo escopo é a realização de operações econômicas de natureza não empresarial. Como tal, não se vincula ao Registro das Empresas, mas sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Note-se, outrossim, que uma *atividade de fins econômicos, mas não empresária, não se subordina às normas relativas ao ‘empresário’, ainda que se constitua segundo uma das formas previstas para a sociedade empresária, salvo se por ações*”. REALE, 1986, op. cit., p. 98. Onde há referência à atividade negocial é porque, no projeto original, antes da aprovação pela Câmara dos Deputados, o livro II chamava-se de “Da Atividade Negocial”.

²⁶⁹ Cabe transcrever o art. 981 do novo Código Civil, que também dá suporte a este entendimento, *verbis*: “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

²⁷⁰ Embora a crítica seja à distinção entre atividade civil e comercial pelo fim lucrativo, por sua atualidade as palavras de Philomeno J. da Costa, em *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 340-341, merecem ser transcritas e aplicadas ao aparente renascimento do fator lucro no novo Código Civil: “Não se compreende um direito comercial como ramo jurídico – privado destinado aos atos de circulação particular das riquezas com propósitos especulativos, distinto do outro que, residualmente, seja dos atos não especulativos, e daqueles que se relacionem com a produção e com o consumo, pois que, independentemente

compreenda que o elemento lucro compõe o conceito de empresa, expressamente também o previu para as sociedades simples²⁷¹. De fato, esta ênfase no “objetivo econômico” parece ser para frisar que algumas atividades econômicas, embora sejam atividades negociais (gênero), nem sempre serão classificadas como atividades empresárias (espécie de atividade negocial).

Quanto ao “modo de seu exercício”, reiteramos que conceituar pelo “modo” como se desenvolve uma atividade parece impossibilitar que se saiba, de antemão, se determinada sociedade é empresária ou não. Conseqüentemente, haveria a dificuldade em determinar qual o registro competente para a respectiva sociedade. Entretanto, não seria razoável pensar que o novo Código Civil, pela previsão das “sociedades em comum”, teria procurado conferir um prazo para que as sociedades em constituição pudessem auferir sua condição de empresárias ou não, para só depois providenciarem o respectivo registro²⁷². Com efeito, o art. 1.150 estabeleceu que a sociedade simples deve registrar-se junto ao Registro Especial das Pessoas Jurídicas, mesmo se adotar um dos tipos de sociedade empresária, cabendo ao registro “civil” observar as disposições particulares do tipo adotado; o empresário e a sociedade empresária “vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis”, de forma que o tipo societário adotado, sempre ressalvadas as exceções legais, não tem o condão de transformar a sociedade de simples em empresária.

do objetivo de lucro, há unidade da vida econômica, e, assim, o que é benéfico para a circulação também o é para a produção e o consumo; não pode o Direito cindir o que a Economia Política une. Nem se compreende um direito das atividades produtivas em geral, isto é, das atividades econômicas, distinto das demais, porque não há critério diversificador; admitido arbitrariamente, os dois galhos se intercomunicariam, como acontece na realidade do mundo jurídico”.

²⁷¹ Vejamos suas palavras sobre esse ponto:“(…) Fixados esses pressupostos para a disciplina de todos os tipos de sociedade, fica superada de vez a categoria imprópria, ora vigente, de ‘sociedade civil de fins econômicos’, pois, no âmbito do Código Civil unificado, são civis tanto as associações como as sociedades, qualquer que seja a forma destas. Distinguem-se apenas as sociedades em simples ou empresárias, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício.” REALE, 1986, op. cit., p. 99.

²⁷² Oportuno citar a exposição de motivos complementares de Sylvio Marcondes, acerca da sociedade em comum: “(…) A sociedade, acordo de vontades apto a constituir direitos subjetivos, é negócio jurídico, a produzir efeitos imediatos, de caráter societário e independentes de que ela adquira, ou não, personalidade jurídica. A personificação, fenômeno posterior, do qual a existência da sociedade é pressuposto, constitui a fonte geratriz de um novo sujeito de direito, capacitado a ser titular do patrimônio especial, que, previamente composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios, se desliga da titularidade destes, para transformar-se em patrimônio autônomo, objeto da nova titularidade. Mas, o dito patrimônio especial, preexistindo à personificação da sociedade, é, como tal, complexo das relações jurídicas que a *atividade social* tenha produzido e, por isso mesmo, *relações societárias*, quer entre os sócios, quer destes com terceiros. Por estes fundamentos, o anteprojeto considera a sociedade, na fase antecedente à personificação, não como um produto bastardo, que, denominado *sociedade de fato*, a lei atual manda viver nos quadros do direito comum, mas perfilhando-se à linhagem societária, no grupo das sociedades não personificadas. Aí, levada em conta a titularidade dos sócios, ainda não desligada do patrimônio especial que lhe serve de supedâneo, recebe o nome de *sociedade em comum*, regida por preceitos específicos e suprida pelas normas aplicáveis da sociedade simples.

Portanto, pode-se dizer que a caracterização de uma sociedade como simples se dá por exclusão, ou como uma ‘competência residual’: aquela que não tiver por objeto atividade empresarial, aquela que tiver por objeto, por exemplo, atividade exclusivamente intelectual, de natureza científica, literária ou artística e a cooperativa (esta quando a sociedade simples for tratada como sinônimo de sociedade não empresária)²⁷³.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto²⁷⁴ entende ao contrário, ou seja, que residual é o objeto da sociedade empresária, a qual assim será nominada quando a atividade que compõe seu objeto não for intelectual ou rurícola (com ressalvas), não estiver excluída do conceito de empresário, não for própria de sociedade simples. Dessa forma, poder-se-ia classificar como empresárias sociedades que, embora criadas para exercer atividade empresarial, o fazem talvez esporadicamente, ou não tão organizadamente. Mais ainda, segundo o autor, isso explicaria o fato pelo qual sociedades organizadas, estruturadas e com intensa produção como o caso das sociedades cujo objeto é a atividade intelectual não são consideradas empresárias, afora evitar que, com o passar do tempo e do desenvolvimento negocial, estrutural e organizacional de uma sociedade simples fosse dita sociedade obrigada a migrar para o tipo empresária.

²⁷³ Sobre a sociedade simples citamos a compreensão de Fábio Ulhoa Coelho em seus *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005: “(...)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(...), 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 nr. 8.906, de 4-7-1994), 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 TI do Título TI do Livro TI 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).

Além de tipo societário e de modelo geral, ela é, finalmente, uma categoria de sociedade. É esta a terceira função do conceito que interessa destacar para os objetivos deste item. Pelo art. 982 do Código Civil, 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 CC, qualquer um dos tipos das sociedades empresárias (exceto os de sociedades por ações: anônima e comandita por ações) e, se não o fizerem, subordinar-se-ão às regras que lhe são próprias. (...). Sobre sociedade simples ver também Nelson Abrão, em “Sociedade Simples, Novo Tipo Societário?”, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1975.

²⁷⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 119.

Com relação ao tipo societário especificamente, a sociedade simples (sociedade de pessoas e de natureza contratual) deve ser constituída por instrumento escrito, particular ou público, por agentes capazes, para o exercício de atividade econômica com objeto lícito, sendo que o artigo 997 prevê o conteúdo mínimo que o contrato social deve conter. A participação dos sócios nos ganhos e perdas da sociedade, quando não estiver expressamente estabelecido no contrato social, será conforme sua participação no capital social. Já a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais é ilimitada e subsidiária, nos termos do previsto nos artigos 1023 e 1024 do Código Civil, podendo os sócios estabelecer a responsabilidade solidária entre si. Outro aspecto importante é a imediata assunção, pelo sócio que ingressa na sociedade, das dívidas contraídas em período anterior ao seu ingresso.

Sobre as sociedades não empresárias cabe, ainda, tecer alguns comentários sobre dois pontos: 1) sociedades que tenham por objeto atividade exclusivamente intelectual, de natureza científica, literária ou artística e 2) a cooperativa.

A atividade intelectual é tratada em pontos distintos, pois impossível abordá-la em um só momento, haja vista que diz respeito tanto ao conceito de empresa, quanto ao de sociedade empresária e, por fim, ao enfrentamento da compreensão de ‘elemento de empresa’.

Neste momento, cabe dizer que é sociedade não empresária aquela que tem por objeto a atividade intelectual, de natureza científica literária ou artística, independentemente de sua organização, de seu profissionalismo ou objetivo econômico. A sociedade de profissionais liberais que atua organizadamente, exclusivamente no exercício da atividade da medicina ou da advocacia, por exemplo, é sociedade não empresária. Será empresária, porém, ou nela se transformará, uma sociedade que tiver por objetivo afora o exercício de uma profissão intelectual, o exercício de outra atividade econômica, organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, ao qual a atividade intelectual associar-se, será então a atividade intelectual parte integrante de outra – esta, empresária – conforme previsão contida no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil.

No que tange às cooperativas²⁷⁵, acredita-se que o objetivo do legislador tenha

²⁷⁵ Sobre as cooperativas cita-se comentário de Fábio Ulhoa Coelho, quando da análise da nova lei de falências e recuperação de empresas: “(...)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

sido de as excluir do regime falimentar, por força das disposições contidas no artigo 1.044²⁷⁶ do Código Civil e do artigo 1 da lei 11.101/2005²⁷⁷.

O ideal do cooperativismo foi forjado na Inglaterra, no ano de 1844, na cidade de Rochdale, pela iniciativa de vinte e oito tecelões que se reuniram para enfrentar as dificuldades impostas à sua atividade em decorrência de revolução industrial. Essa idéia foi copiada pelos alemães, pelos italianos e pelos franco-canadenses, chegando ao Brasil em 1902, tendo como modelo o sistema de crédito cooperativo canadense, sendo que nossa primeira experiência ainda se mantém em funcionamento, na cidade de Nova Petrópolis – no Rio Grande do Sul -, denominada Caixa de Crédito Rural de Nova Petrópolis²⁷⁸.

O Código Civil de 2002 arrolou os princípios gerais que norteiam as sociedades cooperativas, às quais deve ser, também, aplicada a Lei nr. 5.764/71, afora demais leis específicas, como é o caso da Lei nr. 4.595/1971 para as cooperativas de crédito. As sociedades cooperativas podem ser de vários tipos, como por exemplo, de trabalho, de beneficiamento e de produção industrial, de compras em comum, de vendas em comum, de crédito, e objetivam a união de esforços de pessoas físicas ou jurídicas (em caráter excepcional) objetivando o benefício de seus integrantes, os quais apresentam “dupla qualidade”²⁷⁹: são sócios e clientes. Os cooperados quando sócios são regulados pelas normas gerais de Direito Privado e quando clientes são regulados pelo Direito Cooperativo. Algumas características peculiares da cooperativa são a dispensa do capital social, circunstância na qual

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 CC: ‘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. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa’. 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 pelo menos desde 1971, não se submetem ao regime jurídico-empresarial. Quer dizer, não estão sujeitas à falência e não podem pleitear a recuperação judicial. Ela é, sempre, uma sociedade simples e nunca, empresária. (...)”. COELHO, 2005, op. cit., p. 18.

²⁷⁶ Art. 1044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.

²⁷⁷ Sobre a polêmica do órgão em que se deve registrar a sociedade cooperativa, ver o Parecer Jurídico nr. 17/2003 do DNRC/COJUR que encerrou a discussão no âmbito das Juntas Comerciais

²⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito da empresa* (Arts. 1.050 a 1.195). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 13, p.392.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 400.

a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade é ilimitada e solidária; a limitação do número de quotas que podem ser adquiridas; a limitação ao voto do cooperado independentemente de sua participação no capital social; quorum de instalação e deliberação das assembléias gerais, composto pelo número de presentes e não pelo capital social, entre outras. Às sociedades cooperativas também se aplicam, subsidiariamente, as normas que regulam as sociedades simples, muito embora se acredite que, na prática, tal não se fará necessário, uma vez que a legislação especial é bastante abrangente.

Repassado sucintamente os tipos societários, tanto das sociedades empresárias, quanto das não empresárias, é possível concluir que a nova proposta para o ramo do Direito Societário inaugurada pelo Código Civil de 2002 definiu as sociedades empresárias e previu os tipos societários que, independentemente da forma de exercício da atividade (objeto), não são consideradas empresárias. Isso porque, na sistemática do Código no qual o Direito Obrigacional foi unificado e a empresa serviu também como elemento de unificação do próprio Direito Privado, porém sem assim ser admitido por seus autores, toda sociedade que tenha por objeto atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços é empresária. Logo, justamente por se enquadrarem perfeitamente na definição de sociedade empresária e, ao mesmo tempo, desejando o legislador que algumas atividades não se submetessem aos efeitos da aplicação de alguns institutos empresariais, tratou de excluí-las (em certas circunstâncias - em parte - e, em outras, prevendo de alguma forma sua reinclusão), das previsões de empresário e de sociedade empresária, sem, no entanto, excluí-las da abrangência das disposições contidas no Livro II²⁸⁰. Outra, aliás, não poderia ser a posição do legislador, uma vez que uma sociedade limitada pode tanto ter por objeto atividade não considerada empresária como empresária, por força do artigo 983, de forma que o ‘ente sociedade limitada’ compreendido na esfera de sociedade empresarial está –

²⁸⁰ Importantíssimo citar aqui as palavras de Miguel Reale ao comentar o ‘LIVRO II – DA ATIVIDADE NEGOCIAL’ – “24. Como já foi ponderado, do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto estrutura para o exercício habitual dos negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou serviços. Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos: 1) do pequeno empresário (...); 2) dos que exercem profissão intelectual (...); 3) do empresário rural(...);4) da sociedade simples, cujo escopo é a realização de operações econômicas de natureza não empresarial. Como tal, não se vincula ao Registro das Empresas, mas sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Note-se, outrossim, que uma atividade de fins econômicos, mas não empresária, não se subordina às normas relativas ao “empresário”, ainda que se constitua segundo uma das formas previstas para a “sociedade empresária”, salvo se por ações.” REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 98.

concomitantemente – compreendido na esfera sociedade não empresarial, não se tratando pois – essa divisão - de uma dicotomia, nos dizeres de Bobbio²⁸¹. Tampouco, pelo exemplo acima citado, poder-se-ia cogitar de autonomia legislativa ou jurídica da sociedade empresária com relação à sociedade não empresária. No que tange à autonomia formal ou legislativa dela não se cogita pelo simples fato de que o Código Civil de 2002 regula tanto as sociedades empresárias quanto as não empresárias. Por outro lado, não se trata de autonomia jurídica, uma vez que os ‘princípios diretivos’ que orientam ‘o corpo orgânico de normas que regula’ as sociedades - sejam empresárias ou não - tem por base os mesmos ‘princípios diretivos’²⁸², os quais, conseqüentemente, não são diversos nem opostos. Por último, não se poderia cogitar de um ramo especial do Direito Societário não empresarial em relação ao empresarial, uma vez que as relações estruturais das sociedades empresárias e das não empresárias não são heterogêneas²⁸³. Por isso, a proposta original do projeto do Código Civil de 2002 talvez estivesse mais correta quando nominou o “Livro II” de “Atividade Negocial²⁸⁴” dentro da qual estavam previstos quatro títulos: “Título I - Do Empresário”, “Título II – Da Sociedade”, “Título III – Do Estabelecimento”; “Título IV – Dos Institutos Complementares”. Assim, vários institutos da atividade negocial aplicavam-se a todas as sociedades, fossem elas empresárias ou não e, dentro do título referente ao empresário, previa-se a exclusão de determinadas atividades da condição de serem exercidas por empresários²⁸⁵.

²⁸¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Segundo Bobbio há dicotomia quando um universo pode ser dividido em duas esferas, conjuntamente exaustivas, de modo que um ente compreendido na primeira não pode, concomitantemente, estar compreendido na segunda. Os dois termos de uma dicotomia podem ser definidos um independentemente do outro, ou então um deles é definido e o outro ganha definição negativa. Ver também sobre o assunto KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 297.

²⁸² FERRARA J., Francesco, em *Gli Imprenditori e le Società*. 2. ed. Milão: Dott. A Giuffrè, 1946. p. 8-9.

²⁸³ *Ibidem*, p. 8-9.

²⁸⁴ Sobre o caráter genérico do negócio jurídico, ver Pontes de Miranda em *Tratado de Direito Privado*: parte geral, tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970. p. 3: “(...) negócio jurídico que é apenas uma das classes de atos jurídicos em que há, como elemento fático, manifestação de vontade. O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito êsse acontecimento do mundo jurídico”.

²⁸⁵ Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em *Direito da Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 117, aponta, com base nos artigos do Código Civil de 2002, os institutos aplicáveis às sociedades empresárias e às não empresárias.

SEGUNDA PARTE

A ATIVIDADE EMPRESARIAL E AS PROFISSÕES INTELLECTUAIS, DE NATUREZA CIENTÍFICA, LITERÁRIA OU ARTÍSTICA

A) A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942 NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

A.1) A origem italiana da empresariedade da atividade intelectual

A referência legal a ‘elemento de empresa’ contida no Código Civil Brasileiro de 2002, mais precisamente no artigo 966, provavelmente foi influência direta da previsão contida no artigo 2238 do Código Civil Italiano de 1942.

Dispõe o nosso Código:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

A seu turno prevê a legislação italiana²⁸⁶:

²⁸⁶ Titolo II.

Del Lavoro nell’impresa

Capo I.

Dell’impresa in generale.

Sezione I.

Dell’imprenditore.

2082. (Imprenditore). É imprenditore chi esercita professionalmente (2070) una attività econômica (2062) organizzata (1655, 2135, 2195, 2238, 2247) al fine della produzione o dello scambio di bene o di servizi (2085, 2086).

Capo II

Delle professioni intellettuali

2238. Se l’esercizio della professione costituisce elemento di un’attività organizzata in forma d’impresa (2082), si applicano anche le disposizioni del titolo II.

In ogni caso, se l’esercente una professione intellettuale impiega sostitui o ausiliari, si applicano le disposizioni II, III e IV de capo I del titolo II (2094ss.).

Título II
 Do Trabalho na Empresa
 Capítulo I.
 Da empresa em geral.
 Seção I.
 Do Empreendedor.
 2082. (Empreendedor). O empreendedor é quem exercita profissionalmente (2070) uma atividade econômica (2062) organizada (1655, 2135, 2195, 2238, 2247) com a finalidade de produção ou de troca de bens ou serviços (2085, 2086).
 Capítulo II.
 Das profissões intelectuais
 2238. Se o exercício das profissões constitui elemento de uma atividade organizada sob forma de empresa (2082), aplicam-se também as disposições do título II²⁸⁷.
 De qualquer forma, se um profissional intelectual utiliza substitutos ou auxiliares, aplicam-se as disposições II, III e IV do capítulo I do título II²⁸⁸ (2094ss) (tradução nossa)

Alguns doutrinadores italianos como Ferrara²⁸⁹ e Ghidini²⁹⁰ tratam do elemento de empresa quando analisam o conceito de empresário sob o enfoque da definição jurídica de ‘atividade econômica para a produção ou troca de bens ou serviços’.

Segundo Mario Ghidini, essa exclusão ou requisito imposto aos profissionais intelectuais decorre da compreensão jurídica de atividade econômica e se trata de pura definição legal. Ou seja, a atividade desenvolvida pelos profissionais intelectuais não se enquadra nas atividades empresariais, pois embora econômica para outras ciências, não é assim considerada pela ciência jurídica. Ressalta que há doutrinadores que embora considerem-na econômica entendem que lhe falta organização no sentido empresarial. Cita, tal qual Ferrara, como exemplo, as clínicas nas quais os profissionais da área da Medicina compõem essa organização empresarial. Ferrara explica que, para ser empresarial, a atividade deve ser econômica, ou seja, deve objetivar a criação de uma riqueza e não ser puramente esportiva, intelectual ou cultural; a atividade deve ser exercida – os bens ou serviços devem ser produzidos – ambos para o fim de troca e não para um fim em si mesmos.

²⁸⁷ O título II trata “Del lavoro nell’impresa”.

²⁸⁸ As disposições II, III e IV do capítulo I, do título II, são - respectivamente: “Dei collaboratori dell’imprenditore”; “Del rapporto di lavoro”; “Del tirocínio”; “Dell’impresa in generali”.

²⁸⁹ FERRARA J., Francesco. *Gli Imprenditori e le Società*. 2. ed. Milão: Dott. A Giuffrè, 1946. p. 19.

²⁹⁰ GHIDINI, Mario. *Lineamenti Del Diritto Dell’impresa*. Milão: Dott. A Giuffrè, 1978. p. 15.

Expõe ainda o autor que, para a exata compreensão dessa exclusão legal que faz com que a atividade dos profissionais intelectuais, mesmo quando exercida por meio de colaboradores, não seja considerada empresarial, deve-se também analisar o significado de produção de bens e serviços.

Para Ferrara, neste momento sob o enfoque da produção de serviços, a atividade puramente intelectual ‘repugna’ a qualidade empresarial, sendo que essa vedação legal existe - exclusivamente - para o próprio exercente da atividade intelectual e não para os profissionais intelectuais ‘organizadores’ que de outros profissionais liberais se valem para o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Ou seja, o advogado²⁹¹ ou médico que se limita à direção e coordenação do trabalho dos demais advogados ou médicos exerce atividade empresarial, uma vez que a atividade legal ou médica que procura o cliente/paciente, não é a atividade intelectual sua e, por outro lado, é objetivo e resultado de uma organização. Nestes casos e, no exemplo de Ferrara, repetido por Ghidini, a prestação médica nada mais é que um componente da prestação complexa fornecida ao paciente e, o médico, por sua vez, nada mais é que um elemento desta organização.

Com a mesma linha de argumentação, porém analisando a produção de bens, segue Ferrara trazendo o exemplo do escritor, do músico, do cientista e do inventor que, mesmo com o auxílio de colaboradores, desenvolve uma obra intelectual, incompatível com a atividade empresarial, uma ‘obra do engenho, do espírito, do talento’. Entretanto, leciona o autor, caracteriza-se como empresária a produção intelectual quando contratada por terceiro para especulação deste terceiro: exemplificativamente é a contratação de um escritor para a

²⁹¹ Sobre sociedades entre profissionais, é interessante registrar que o direito italiano, pela Lei 1.815/1939, surgida no período de elaboração e promulgação do Codice (que se estendeu de 1938 a 1942), regulou as sociedades das chamadas profissões intelectuais protegidas (dependentes de habilitação ou autorização), não permitindo, de modo algum, a adoção de qualquer outro tipo societário, senão aquele por ela descrito. Nesse regime especial encontravam-se as chamadas sociedades profissionais puras, que tinham por objeto, essencial ou exclusivo, o exercício da profissão; nele não eram abrangidas as sociedades "nas quais o elemento da prestação profissional não assumia caráter prevalente, mas só instrumental, servindo a um complexo de atividades articuladas" (PETTITI, Priscilla. *Le Nuove Società di Professionisti. Rivista Del Diritto Commerciale*, n. 11-12, p. 1.021-1.036, nov./dic. 1997). Assim, jamais alguém que se dedicasse a uma profissão intelectual poderia, isoladamente, (i) ser reputado empresário ou (ii) constituir sociedade empresária tendo por fim o exercício de tal profissão. O objetivo dessa lei era evitar que pessoas desprovidas da necessária habilitação ou autorização exercessem a profissão ou encobrissem seu exercício através de uma sociedade para operar sem as condições legais exigidas. Estavam à margem dessa lei as sociedades em que a atividade intelectual era, apenas, uma faceta da atividade própria da sociedade, como, por exemplo, a sociedade construtora, de que participava um engenheiro civil. Referida proibição viveu por mais de sessenta anos, só tendo sido revogada pela Lei 266/1997. (Sobre o tema, antes da vigência desta lei, GALCANO, Francesco. *Diritto Commerciale Società*, p. 9-15.) Apud GONÇALVES NETO, op. cit., p.120.

produção de um novo romance que será colocado no mercado pelo próprio terceiro contratante.

Asquini²⁹² complementa o raciocínio acima exposto ao entender que ‘não basta que a atividade tenha por objeto a produção de bens ou serviços, sendo necessário, também, que estes bens e serviços tenham como destinação a troca, requisito da profissionalização da atividade econômica²⁹³ e, conclui “La legge há usato una formula abbreviata, ma il significato è chiaro”.

Nessa mesma linha é a posição de Francesco Galgano²⁹⁴, em seus comentários ao artigo 2238 do Código Civil Italiano. Para este autor, torna-se empresário o profissional intelectual quando – e, somente quando²⁹⁵ - exerce ulterior atividade diversa daquela intelectual ou artística e, desde que essa atividade exercida contenha as características de atividade empresarial, tal qual previsto na lei e definida doutrinariamente e, ‘em si considerada como atividade empresarial’. Cita, ainda, como exemplos o médico e o professor que administram a clínica e o instituto de educação, bem como do farmacêutico que não manipula medicações mas, sim, adquire medicamentos para a revenda. Por fim, salienta que o profissional intelectual pode, ao mesmo tempo, ser empresário.

Uma síntese das posições doutrinárias acima citadas poderia ser de que o profissional liberal não é, de direito – na Itália -, considerado empresário. Esta qualidade é conferida não ao profissional intelectual, mas sim ao administrador profissional intelectual, ou seja, aquele profissional intelectual exercente da atividade coordenadora e organizadora da atividade profissional intelectual de *outrem* e quando inserida em uma organização complexa na qual se somam atividades diversas daquelas exercidas diretamente pelo profissional

²⁹² Apud FERRARA em *Rivista Del Diritto Commerciale*, 1943, p. 8.

²⁹³ vide GHIDINI, op. cit., sobre definição de atividade econômica.

²⁹⁴ GALGANO, Francesco. *Commentario Breve al Código Civile*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2006. p. 1919.

²⁹⁵ Em outra de suas obras, foi mais didático ainda para eliminar qualquer dúvida: “As normas sobre empresa não se aplicam, porém, aos bens organizados pelo profissional intelectual para o exercício da sua profissão. Mesmo quando os escritórios profissionais apresentam, sob muitos aspectos, semelhanças com a empresa; mesmo que, na prática, essas semelhanças tendam a se acentuar, na medida em que cresce o espírito 'mercantil' de muitos profissionais intelectuais, e os conceitos de 'aviamento', de 'clientela', de 'cessão' do escritório profissional e de 'preço da cessão' sejam freqüentemente utilizados mesmo nesse campo, resta, porém, o fato de que os profissionais intelectuais não são, pelo nosso Código Civil, empresários e que sua atividade profissional não é legislativamente qualificada como atividade de empresa.” *Diritto commerciale - L'imprenditore*, n. 1.12, p. 31 apud GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

intelectual. No mesmo sentido são os comentários de Flavio Lapertosa, Stefano Leibman, Giuseppe Sbisà e Andréa Zoppinia acerca da primeira parte do artigo 2238 do Código Civil Italiano²⁹⁶, bem como de Pietro Rescigno o qual enfatiza a associação da atividade profissional intelectual ao desempenho de outras atividades integradas e complexas, porém cada qual facilmente identificável²⁹⁷.

Giorgio Cian e Alberto Trabucchi²⁹⁸, em seus comentários ao artigo 2238 seguem a mesma linha de raciocínio acima ao citarem Afferni, para quem o profissional

²⁹⁶ CODICE Civile Commentato, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Mariconda. Vicenza: IPSOA, 2005..

²⁹⁷ RESCIGNO, Pietro (dir.). *Trattato di Diritto Privato: impresa e lavoro*. 2. ed. Torino: UTET, 1986. vol. 15, t.1. p. 846-848. Para melhor compreensão, transcreve-se uma tradução livre sobre o excerto do comentário: “3. A organização da profissão e a qualificação empreendedora. As distinções em relação ao desempenho intelectual reaparecem quando se passa a interpretar parte do art. 2238 c.c. que dá importância ao exercício da profissão como elemento de uma atividade organizada como empresa com a finalidade de declarar a aplicabilidade do tratamento a que se refere. **O dado certo é o que se refere à hipótese de que o desempenho intelectual seja combinado com outros fatores de modo a oferecer serviços integrados: mas bem identificáveis, como acontece de acordo com um exemplo clássico, quando o médico de uma clínica fornece abrigo, alimentação, vigilância, assistência, além da sua atividade.** A percepção de que a exoneração do princípio é resultado de um privilégio de alguma forma datado, pelo qual se tem alguma intolerância, se une, porém, com novas exigências e aspirações, evidentes na problemática das sociedades de profissionais e, por sua vez, estimula o aprofundamento dos aspectos normativos que podem sugerir delimitações. A disposição constitucional das funções socialmente úteis e das relações econômicas não eliminou o privilégio, mesmo sendo uma perspectiva dominante e às vezes implícita. As diferentes atividades são largamente tipificadas e, em vários casos, destinatárias de liberdade com limites ou de suporte diversificado, mas nos preocupamos com as profissões somente em casos de habilitação. Não é possível deduzir que possam ser inseridas no trabalho objeto de particular atenção no art. 35 da Constituição porque as sucessivas aproximações o fazem coincidir com aquele subordinado, porque não existe motivo para aproximá-lo. Já a proximidade ao trabalho autônomo não profissional está diretamente ligada à centralidade da preparação técnica característica na função desenvolvida: nada poderia dar consistência à conclusão de que as profissões foram separadas com a finalidade, não coerente com as persistentes avaliações econômicas, de assimilá-las ao trabalho subordinado. Afinal, admite-se que nos preocupamos essencialmente pelo interesse geral, com o princípio na habilitação profissional: de outro modo surgiria a dúvida de que foram atraídas pela iniciativa global com a queda não premeditada, e portanto pouco sustentável, do privilégio. A solução constitucional concede, todavia, mais alguns argumentos aos elementos interpretativos que podem indicar limites, mesmo que o caminho da reavaliação das profissões liberais originárias pareça ser claramente perdedor.

Em uma primeira ordem de idéias, evidenciou-se quanto seja uma característica do trabalho autônomo a realização da obra ou do serviço com atividade prevalentemente própria e como a indicação seja reforçada com o desempenho intelectual quando se estabelece que o encargo assumido deva ser executado pessoalmente (art. 2232 c.c.). Procurou-se deduzir, com escasso sucesso, que o rendimento intelectual é superado devido também à utilização de colaborações especialmente qualificadas, da mecanização e da padronização com instrumentos muito sofisticados e caros, conseqüentemente ingressando nas áreas das empresas: há uma ênfase explícita do peso do comportamento como tal, sobre a qual falaremos mais adiante, e uma sub-avaliação da proibição da despersonalização.

Em uma outra ordem de idéias, nos remete à atribuição das empresas classificadas como auxiliares (art. 2195 c.c.): esclarecido que a exigência da inscrição não exclui desta esfera, tende a aliviar, na prática, o requisito da destinação dos serviços só e exclusivamente para as empresas comerciais com atividade tipificada, atribuindo a estas o sentido de designar um papel normal, porém não rígido na ordem da economia e também este reforçamento não obtém um grande sucesso. Portanto, em conclusão, a única distinção que geralmente se sustenta é aquela entre profissões sujeitas à vigilância ou protegidas e as outras porque a interpretação lógica e sistemática, amparadas pela reconstrução histórica, permite conectar o privilégio às primeiras”. (tradução nossa).

²⁹⁸ CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario Breve al Codice Civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2002. p. 2277.

intelectual não é, em si, empresário, não sendo, entretanto, o exercício da atividade profissional intelectual um óbice à aquisição da qualidade de empresário. Essa aquisição acontecerá quando e somente se a atividade intelectual desenvolvida pelo profissional constituir-se em mais um elemento da atividade organizada de forma empresarial.

Com efeito, o artigo 2238 encontra-se no título III do Código Civil Italiano que trata – especificamente – do trabalho autônomo. O título II trata do trabalho na empresa e o título I da disciplina da atividade profissional. Ou seja, de uma leitura sistemática, só se poderia concluir, do *caput* do referido artigo que se refere aos profissionais intelectuais. Daí porque os doutrinadores interpretam que, quando os profissionais intelectuais exercerem atividade própria da sua formação e esta atividade se associar, for mais um componente/elemento, a/de outras atividades – estas sim – ‘organizadas empresarialmente’, aplicam-se-lhes as disposições relativas à empresa. Com relação ao parágrafo único do referido artigo, dispõe o mesmo que, em sendo a atividade intelectual exercida de forma independente ou associada a uma atividade empresária, se a mesma for executada empregando-se auxiliares ou colaboradores, a relação destes para com o profissional intelectual será regida pelas disposições que regulam o trabalho na empresa – o trabalho subordinado (seção II, III e IV do capítulo I do título II, do livro V), sem com isso passar a considerar como empresária a atividade independentemente exercida²⁹⁹. Ou seja, poder-se-ia dizer que o Código Italiano prevê que o profissional intelectual - no exercício de sua atividade – não é empresário, este sim definido no Título II, no artigo 2082 do Código Civil Italiano.

²⁹⁹ CODICE Civile Commentato, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Mariconda. Vicenza: IPSOA, 2005. Na pág. 657 dos comentários, os autores sublinham que pelo fato de existirem colaboradores e organização no exercício da atividade profissional intelectual, tal não a torna empresarial, sendo esta organização compreendida como uma ‘função meramente instrumental’. No mesmo sentido são os comentários de Luisa Riva Sanseverino, em *Del Lavoro*: art 2060-224. Bologna: Nicola Zanichelli, 1943: “(...) No artigo aqui em análise o legislador considerou oportuno configurar também a hipótese que o exercício da profissão constitua elemento de uma atividade organizada em forma de empresa; esta circunstância verifica-se todas as vezes que a atividade do profissional, como tal, não tenha formalmente uma clara individualidade e prevalência, já que ele põe, ao mesmo tempo em ato, a título profissional, ou seja, a título não ocasional, uma atividade de organização. O acento cai, então, não sobre a obra do profissional liberal, mas sobre a organização de uma verdadeira empresa, já que esta organização não deve ser considerada como meramente instrumental em relação à atividade pessoal do profissional. Neste sentido se faz a hipótese do professor que gerencia uma escola particular, do farmacêutico que ao mesmo tempo chefia, também, uma empresa comercial, do medico que desenvolve a própria atividade em uma clínica por ele gerenciada. (...) 2. O profissional empregador. (...) Nestas hipóteses o profissional desenvolve, ao mesmo tempo, a função de empregador, confirmando a circunstância (ver a seguir, sub art. 2239) que, por ser empregador, não é imprescindível ser empreendedor (...)” (tradução nossa).

De fato, pela leitura do Código Italiano, parece que a exclusão dos profissionais intelectuais é imediata, ainda mais se levarmos em consideração que a legislação italiana, neste ponto em inferioridade técnica ao Código Civil Brasileiro, manteve categorias impróprias como ‘empresa comercial’.

A.2) A exclusão prevista no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil

Já o Código Civil Brasileiro, pela sistemática adotada, deixou claro que os profissionais intelectuais que exercem atividade de natureza literária, artística e científica, sem sombra de dúvidas, podem, tal qual qualquer outro profissional, organizar-se de forma empresarial. Ao mesmo tempo, não querendo, entretanto, permitir que esses profissionais se enquadrassem como empresários, excetuou-os – expressamente - no parágrafo único, da disposição contida no *caput* do mesmo artigo 966. Ou seja, mesmo que presentes todos os elementos caracterizadores da atividade empresarial, a atividade intelectual, de natureza científica, artística ou literária não será considerada empresária³⁰⁰.

Entretanto, esse mesmo parágrafo único do artigo 966 prevê a reinclusão dessas atividades na qualidade de empresárias. Isso ocorreria quando a atividade intelectual, de natureza literária, artística ou científica se desenvolvesse de forma econômica e organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços – elementos caracterizadores da atividade empresarial – necessitando de mais um elemento para ser compreendida como empresária: o ‘elemento de empresa’. À primeira vista, o ‘elemento de empresa’ parece tratar-se de um fator novo a ser adicionado à atividade que preenche os requisitos necessários para qualificá-la como empresarial. Contudo, se devemos somar um elemento, então denominado de ‘elemento de empresa’ às características da atividade empresarial, não pode este elemento ter o mesmo conteúdo daquele ao qual deve ser somado.

Diante de tamanho impasse é aconselhável retornarmos à fonte que inspirou os autores do Código Civil Brasileiro, para mais uma leitura do artigo 2238 do Codice de 1942. Nele consta referência semelhante à nossa: (...) Se o exercício da profissão constitui elemento

³⁰⁰ Nesse sentido é a conclusão contida no Enunciado nr. 193 da III Jornada de Direito Civil: “**193** – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.”

de uma atividade organizada em forma de empresa(...) ³⁰¹. Percebe-se, pois, que a legislação italiana não criou um elemento distinto daqueles que entende serem caracterizadores da atividade empresarial, de forma que se poderia questionar se o ‘elemento de empresa’ referido no Código Civil Brasileiro quer dizer ‘exercício de ulterior atividade diversa daquela intelectual ou artística’, tal qual proposto por Galgano, por exemplo, ou ‘componente da prestação complexa fornecida ao paciente/cliente’ como proposto por Ferrara e Ghidini, ou ‘organização não instrumental’ como referido nos comentários ao Codice organizado por Guido Alpa e Vincenzo.

Para auxiliar no raciocínio, imperioso que se retome também a redação do anteprojeto do Código Civil, especificamente da versão de 1973, na qual o “Livro II” ainda era denominado “Da atividade negocial” e, na qual a redação do parágrafo único do artigo 966, então Art. 1.009, era a seguinte: “(...) 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 atividade organizada em empresa.” Com efeito, se compararmos a redação do anteprojeto com a do ‘Codice’, percebe-se uma maior similitude e que não se está falando em um outro elemento isolado, denominado ‘elemento de empresa’, mas sim de que a atividade intelectual será somada a outra que, esta sim, será exercida na forma empresarial. A redação final do parágrafo único do artigo 966 parece ter ficado enxuta demais com a subtração da “atividade organizada em”, uma vez que também lhe foi retirado esse caráter de adição à outra atividade. Nesse regresso à fonte da redação do parágrafo único do artigo 966 e à sua versão precedente importante, também, trazer à colação os comentários dos autores do Código na época, especialmente de Sylvio Marcondes, em ‘Questões de Direito Mercantil’ ³⁰²:

6. Do empresário.

A definição do empresário, dada em relação ao empresário pessoa física, é fundamental no sistema, porque é o conceito básico, para, depois, distinguir as sociedades, em sociedades empresárias e sociedades não-empresárias. O conceito está no art. 1.003 do Projeto: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Esse conceito conjuga, ou nele se conjugam, três elementos que formam a noção de empresário.

³⁰¹ Tradução livre de “(...) Se l’esercizio della professione costituisce elemento di un’attività in forma d’impresa(...)”

³⁰² MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10-11

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.

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 produção de bens ou de serviços, que constitui a atividade considerada organizada, nos termos do preceito do Projeto.

Finalmente, ela é uma atividade profissional: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente ...", isto é, a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro. Essas duas idéias estão implícitas na profissionalidade do empresário.

7. Dos profissionais intelectuais.

Há, porém, pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários - referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual - pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores da produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente accidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem - embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços - ser considerados empresários.

A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante da sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa Física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços.

Nas colocações de Sylvio Marcondes, observa-se o caráter instrumental da organização dos fatores de produção pelo profissional intelectual referido pelos italianos, aqui chamado de accidental e, por outro lado, especifica o autor, de forma clara, a excludente legal ao dizer "Há, porém, pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas **não devem**³⁰³ e **não podem** ser consideradas empresários". Ao cabo e ao fim, define o 'elemento de empresa' como a organização dos fatores de produção.

³⁰³ Sobre mudanças sociais, sua influência no Direito, seja ele codificado ou *common law*, interessante é a leitura de Mudanças Institucionais, Rachel Sztajn e Basília Aguirre, pp. 228, em *Direito & Economia: análise econômica do direito de das organizações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005.

Mas afinal, se para o profissional intelectual que exerce atividade de cunho científico, literário ou artístico tornar-se empresário é necessário organizar os fatores de produção qual sua distinção com relação aos demais empresários? Retoma-se, aqui a posição de alguns doutrinadores italianos acima referidos. O profissional intelectual nunca será empresário quando no exercício exclusivo de sua atividade, mas somente quando a ela somar outras atividades. Ainda, no caso brasileiro, sob este prisma, haja vista a legislação específica que regulamenta o exercício da advocacia, por exemplo, a sociedade de advogados nunca será empresária uma vez que lhe é vedada a prestação de qualquer outro serviço que não o de advogado - exclusivamente³⁰⁴.

Para alguns autores nacionais, como por exemplo Luiz Antonio Soares Hentz³⁰⁵, entretanto, a prestação de serviços por profissionais liberais não se enquadra como empresarial pelo fato de não apresentar as características dessa atividade, uma vez que ‘não se prende aos mecanismos empresariais centrados na obtenção de resultado econômico, nem na organização e disposição de capital e trabalho. Nem se atrela ao intuito lucrativo normalmente vinculado ao conceito de empresa’. Embora cogite a possibilidade de o profissional liberal organizar-se ‘empresarialmente, aplicar capital e utilizar-se de colaboradores’, por exemplo, entende que as sociedades de profissionais liberais não são empresárias pelo fato de que não têm por finalidade uma atuação própria mas, sim, permitir que os profissionais que as compõem executem suas atividades de forma racional e organizada. Também seria uma excludente o tipo de responsabilidade atribuída aos sócios, de natureza pessoal e solidária³⁰⁶.

³⁰⁴ Lei nr. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). (...) Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). (...) Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

Art. 16. **Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados** que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, **que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.**

§ 1º A razão social deve ter, obrigatoriamente, o nome de, pelo menos, um advogado responsável pela sociedade, podendo permanecer o de sócio falecido, desde que prevista tal possibilidade no ato constitutivo.

§ 2º O licenciamento do sócio para exercer atividade incompatível com a advocacia em caráter temporário deve ser averbado no registro da sociedade, não alterando sua constituição.

§ 3º É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia. (grifo nosso)

Nesse sentido, vide íntegra do Recurso Especial nr. 623772 no Anexo, julgado em 01/06/04, de relatoria do Ministro Castro Meira.

³⁰⁵ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 164-166.

³⁰⁶ Vale a pena transcrever alguns excertos da posição do referido autor: (...) A vantagem da formação da sociedade de profissionais liberais aparece, em primeiro lugar, no âmbito tributário, pois em relação a elas se reconhece a possibilidade de contribuírem sobre os resultados obtidos diretamente pelos profissionais,

Diferente é a compreensão de Fábio Bellote Gomes³⁰⁷ e de Ricardo Fiúza para quem o profissional intelectual pode, sim, exercer atividade empresarial.

Fábio Bellote Gomes assevera que a prestação de serviços de natureza intelectual, científica, literária ou artística "poderão ser classificadas como atividades empresariais na medida em que o seu titular - o empresário - efetivamente organize o trabalho de terceiros, numa clara organização dos meios de produção, que nada mais é do que o elemento de empresa, também chamado de empresarialidade".

Com efeito, Ricardo Fiúza também chega a esta conclusão, porém, para tanto, desenvolve outro raciocínio. Compreende o autor que, de acordo com a proposta do Código Civil de 2002, o conceito de empresa abrange atividades até então consideradas eminentemente de Direito Civil e que a nova legislação afastou como elemento diferenciador entre atividade civil e comercial a lucratividade, sendo empresária toda e qualquer atividade devidamente organizada que objetive a circulação de riquezas. A par disso, há exceção prevista no *caput* do artigo 966, a qual se aplica aos 'profissionais liberais de nível universitário, que desempenham atividades nos campos da educação, saúde, engenharia, música e artes plásticas', exemplificativamente. (...) "Em sentido amplo, o conceito de empresário deve abranger tanto o empresário titular da firma individual como os administradores de sociedades, ficando agora as sociedades classificadas ou divididas entre

evitando-se a bitributação entre pessoa jurídica e pessoa física, o que, se não tem amparo em lei, conta com a aprovação do Poder Judiciário. Por aí se deduz que essa forma de sociedade não tem por fim uma atuação, um fim específico consistente na prestação de serviços da especialidade dos seus componentes, mas possibilitar que os profissionais liberais nela reunidos possam exercê-la de modo mais racional e organizado. Bem por isso, não se concebe a sociedade multiprofissional; todos os seus integrantes têm de pertencer à mesma profissão regulamentada, o que significa dizer-se que são uniprofissionais. Outra característica nesse tipo societário é a responsabilidade pessoal dos seus integrantes, que se mantém apesar da pessoa jurídica se formar com a sua instituição, podendo, não obstante, ser solidária com esta. Mais uma vez rememora-se que o novo direito privado não é tão rígido nas suas formas, mais amoldáveis à realidade das situações jurídicas. Com esse espírito, não se concebe a isenção de responsabilidade pessoal do médico, do dentista, do engenheiro, do advogado, etc., apenas por se encontrar protegido por uma pessoa jurídica. A responsabilidade pessoal perdura e é solidária com a da sociedade, jamais se podendo invocar o princípio da subsidiariedade. A sociedade de profissionais liberais nada mais é do que uma facilitação ao desempenho das atividades individuais por meio de um aparato comum, a propiciar o rateio dos custos fixos, com evidente vantagem econômica pessoal. Se não houver exigência específica da lei regulamentadora da profissão para registro no respectivo Conselho, os atos constitutivos da sociedade de profissionais liberais devem ser levados ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, regendo-se, nesse passo, em conformidade com o disposto para a sociedade simples (art. 997 do CCB)." HENTZ, op. cit.

³⁰⁷ GOMES, Fábio Bellote em *Manual de Direito Comercial*, p. 13 apud GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 69.

sociedade empresária (antiga sociedade comercial) e sociedades simples (antiga sociedade civil).”³⁰⁸

A seu turno, Fábio Ulhoa Canto³⁰⁹ posiciona-se, em alguns aspectos, de modo a lembrar alguns doutrinadores italianos antes mencionados. Assevera que, evidentemente, estão excluídos da qualidade de empresários aqueles que não se enquadram no conceito legal, ou seja, aquele que “presta serviços diretamente, mas não organiza uma empresa, mesmo que o faça profissionalmente (com intuito lucrativo e habitualidade)”. Cita como exemplo quem trabalha sozinho em casa, desenvolvendo atividade com bastante expressão econômica. Especificamente, no que tange à exceção prevista no parágrafo único do artigo 966 explica que profissionais intelectuais (profissionais liberais, escritores, artistas, técnicos em contabilidade, em eletrônica, em informática, corretor de seguros, de imóveis etc...) não serão reputados empresários mesmo que organizem o trabalho de empregados (um dos fatores de produção a ser articulado), haja vista que esses profissionais prestam serviços “intrinsecamente ligado à própria pessoa do prestador e independentemente da estrutura organizada para dar-lhe suporte.” A contrário senso, serão reputados empresários aqueles profissionais intelectuais que se dediquem “mais à atividade típica de empresário (organização dos fatores de produção) do que propriamente à função científica, literária ou artística”, sendo essa atuação distinta da sua formação propriamente dita, que se chamaria aqui de ‘elemento de empresa’.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto³¹⁰ segue de forma mais direta a doutrina italiana e, em parte, a compreensão de Sylvio Marcondes anteriormente referida sobre o então projeto de Código Civil. Para Alfredo Assis de Gonçalves Neto ‘elemento de empresa’ significa ‘ser parcela dessa atividade e não a atividade em si, isoladamente considerada; (...) um componente do conjunto que identifica uma empresa’, “(...) de tal sorte que a atividade intelectual, de natureza científica, artística ou literária, nunca poderá ser tomada isoladamente para identificar uma atividade capaz de subordinar quem a exerça ao regime jurídico próprio do empresário.(...)” Justifica seu posicionamento pela análise de versão anterior à Lei nr.

³⁰⁸ FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁰⁹ Fábio Ulhoa Coelho em seus *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

³¹⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

10.406, de 10 de janeiro de 2002, do então projeto de lei de Código Civil, antes mesmo da aprovação pela Câmara dos Deputados e, de se tornar Parecer nr. 842/1977, na qual o então art. 1027 - equivalente ao artigo 966 do atual Código Civil, continha redação mais parecida com aquela do Código Civil Italiano de 1942: "(...) salvo se o exercício da profissão constituir elemento de atividade organizada em empresa". Também assinala que tal interpretação está em consonância com o Enunciado nr. 195 da III Jornada de Direito Civil que assim concluiu: **"195 – Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.”**

De fato, se levarmos em consideração todos os pontos abordados anteriormente e compreendermos a evolução dos capítulos deste trabalho com base em uma lógica de raciocínio, percebemos que a construção da conclusão deste capítulo se dá no sentido de que o exercício profissional da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística de forma empresarial (com organização dos fatores de produção) poderia, sim, qualificar o exercente da atividade, seja pessoa física ou jurídica, como empresário. Entretanto, assim não desejaram os autores do Código Civil de 2002 e, seguindo a orientação italiana, que norteou nosso código na matéria empresarial, expressamente excluíram esses profissionais da abrangência da qualificação de empresários. Essas atividades, por si só, jamais serão consideradas empresariais porém, poderão somar-se a outras, estas empresárias, sendo que neste caso, ao invés de a atividade empresária ‘transformar-se’ em não empresária, conferirá à atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística a qualidade de empresária. Alcançada a conclusão poder-se-ia questionar se acertada a decisão dos autores do Código Civil de 2002.

À primeira vista, diante da alteração da denominação do Livro II de “DA ATIVIDADE NEGOCIAL” para “DO DIREITO DE EMPRESA”, somada à possibilidade fática do exercício profissional da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística ocorrer como uma organização empresarial, poderia parecer equivocada a decisão de excluir essas atividades da abrangência do conceito de empresa dentro do corpo do Código Civil, devendo delegar tal exclusão às leis aditivas. Para a compreensão deste ponto devemos analisar o pensamento dos autores do Código, dentre eles, de Miguel Reale, que foi o jurista que indicou, coordenou a comissão que elaborou o projeto e acompanhou a aprovação do Código. Miguel Reale não se contentava com as investigações lógico-formais ou lógico-

linguísticas, não as considerando ‘a última palavra da Ciência do Direito’ por entender que a teoria jurídica deve, necessariamente, levar em conta a problemática social e política, bem como as exigências histórico-axiológicas³¹¹. Em momento posterior, a aprovação do Código Civil de 2002 expôs o autor que, mesmo que os membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil não fossem todos culturalistas tal qual o próprio, “participavam, de maneira geral, da compreensão do Direito como uma experiência cultural, subordinada aos princípios ético-sociais acima recordados, pois o culturalismo não constitui uma escola filosófica, mas representa antes um movimento que se distingue por situar a cultura no foco de pessoa como valor-fonte de todos os valores existenciais”³¹². Todos os juristas que integraram a comissão coordenada por Miguel Reale compartilhavam uma afinidade de idéias e de pensamentos³¹³, dentre as quais, provavelmente, a de que “o Código Civil só abrange aquilo que já está, de certa maneira, consolidado à luz da experiência”³¹⁴. Somando-se essas colocações de Miguel Reale à sua própria e de a Sylvio Marcondes, no sentido de que algumas atividades negociais habituais como o exercício de profissão intelectual de natureza literária artística e científica foram ‘preservadas’ fora do conceito de empresa³¹⁵ e de que tais atividades **não devem e não podem** ser consideradas empresárias³¹⁶, conclui-se que os autores do Código entenderam que, de acordo com a nossa cultura e, conseqüentemente, nossa experiência, não estávamos prontos para reconhecer a empresariedade dessas atividades. Reconhecido o despreparo, imperioso o reconhecimento de que os autores adotaram a melhor técnica ao excluírem, no próprio corpo do Código Civil, a empresariedade das referidas atividades. Ademais, para muitas leis aditivas ou para os próprios operadores e aplicadores do Direito ainda não estão claras a estrutura e abrangência do “Do Direito De Empresa”, qualificando atividades como empresariais comerciais ou civis³¹⁷, donde se conclui

³¹¹ Prefácio de Miguel Reale à obra *Fontes e Modelos do Direito para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

³¹² Prefácio de Miguel Reale à *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, de autoria de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco.

³¹³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

³¹⁴ MARTINS-COSTA; BRANCO, op. cit., p. 48.

³¹⁵ Comentário de Miguel Reale, em *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 98, citado anteriormente.

³¹⁶ Sylvio Marcondes, em *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10-11

³¹⁷ Neste sentido apelação e reexame necessário nº 70006652879/TJRS: “(...) para fazer jus ao benefício previsto no art. 9º, parágrafos 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, não basta que se trate de sociedade constituída de profissionais que se dediquem à prestação, no caso, dos serviços elencados no referido dispositivo legal. O desate da lide prende-se em saber se a prestação de serviços feita deita (sic) pela Apelante reveste-se de caráter empresarial ou comercial. (...)”

que não estamos aptos a corretamente concretizar as definições sobre a qualidade empresarial do exercício profissional de determinadas atividades.

Portanto, esclarecido o conteúdo e abrangência do ‘elemento de empresa’, devemos, para concluir mais uma parte do raciocínio, enfrentar a recorrente tendência de ignorar a unificação do Direito Privado e, conseqüentemente, vislumbrar a exceção legal prevista no parágrafo único do artigo 966 como mantenedora da dicotomia e de uma possível casuística³¹⁸, tal qual referido no item B.1) Sociedade empresária – características e tipos societários, naquele momento tendo a análise recaído sobre os tipos de sociedades. Isso porque a própria Lei nr. 10.406/02 prevê a possibilidade das atividades de natureza científica, literária ou artística serem compreendidas como empresariais, desde que associadas a uma atividade empresarial (‘elemento de empresa’). Portanto, aplicando-se novamente os ensinamentos de Bobbio³¹⁹, o ‘ente’, ‘atividade intelectual de natureza científica, literária’ ou artística aparece, simultaneamente, compreendido nos dois universos, tanto no não-empresarial quanto no empresarial, o que impede o reconhecimento da dicotomia.

Ademais, independentemente da definição de ‘elemento de empresa’, devemos lembrar que a todas as atividades se aplicarão os princípios e disposições do novo Código Civil (CC).

Por fim, cabe ainda analisar outro aspecto do ‘elemento de empresa’, qual seja, sua caracterização como cláusula geral e, conseqüentemente, sua função de ‘reenvio’ dentro do novo CC. Antes de se alcançar a conclusão acima, acerca do ‘elemento de empresa’, tanto o artigo 966 quanto seu parágrafo único poderiam parecer cláusulas gerais. Estas, segundo Judith Martins Costa ao apontar algumas de suas características “(...) não são assim necessariamente nem gerais, nem genéricas, nem ambíguas; desde aí, aliás, poderia ser

³¹⁸ O termo casuismo foi aqui utilizado em sentido menos técnico e mais geral como ‘apego à jurisprudência’. Sobre aspectos técnicos do casuismo deve-se citar MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 296-297, exemplificativamente: “(...) O delinear dos traços característicos das cláusulas gerais pode ocorrer pela negativa. Esta reside na contraposição do modelo de técnica de legislar mediante cláusulas gerais ao modelo da técnica de legislar através da casuística. O modelo da cláusula geral, portanto, seria o modelo da ‘não-casuística’. (...) O que importa guardar, nesse passo, é a definição de casuística, também dita ‘técnica da regulamentação por fattispecie’, a qual, entre nós, se verifica em múltiplas passagens do Código Civil brasileiro.”

³¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

procedida a crítica da expressão derivada do alemão *Generalklauseln*, infelizmente já consagrada. O que as caracteriza enquanto técnica é, fundamentalmente, ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da “*fattispecie*” ou a conferência de um mandato – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as conseqüências normativas visadas. (...)”³²⁰” Ainda, da mesma autora, cabe trazer a explicação do adjetivo ‘geral’: “(...) Assim sendo, só se poderá conotar o adjetivo “geral” às cláusulas gerais se, por este, se estiver compreendendo que esta técnica permite, em razão da extensão do seu campo previsivo- estatutivo, uma “previsibilidade geral” de condutas, ao modo de ensejar o tratamento “em conjunto” de um vasto domínio de casos(...)”. Com efeito, a previsão contida no *caput* do artigo 966 do Código Civil parece dispor dessa habilidade de, com disposições amplas, a saber – ‘profissionalmente’, ‘atividade econômica organizada’, ‘produção ou circulação de bens ou serviços’ – abarcar, ‘em conjunto’, um amplo espectro de situações, afinal, quantas pessoas se enquadram nesta previsão?!

Entretanto, segue Judith Martins Costa³²¹ explicando que, para se saber ao certo se uma norma é de fato uma cláusula geral “(...) é preciso, portanto, que o aplicador do direito a) determine o seu campo e o seu grau de extensão – o que significará concretizar um standard ou o valor ao qual ela reenvia – b) defina, punctualmente, as suas conseqüências. O problema suscitará perguntas tais como: O que significa, no caso, o dever de comportamento segundo a boa-fé? Até onde se estende este subjetivo? Ou ele amplia a extensão de deveres já contratualmente ajustados? Ele apenas relativiza, ou afasta totalmente a autonomia da vontade?”

Nesse contexto e após demorada reflexão sobre o assunto, não parece ser este o caso do artigo 966 do Código Civil Brasileiro³²². Isso porque, embora o *caput* contenha

³²⁰MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 306. Da autora não há como evitar inúmeras citações acerca deste ponto, como, por exemplo, a que segue, em complementação ao transcrito no corpo do texto: “Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.” MARTINS-COSTA, op. cit., p. 286.

³²¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 367.

³²² Objetivando fomentar uma discussão sobre o tema, transcreve-se o seguinte excerto: “(...) Se já é tarefa não-isenta de dificuldades traçar a distinção entre princípios e as cláusulas gerais, muito mais sutil será o estabelecimento da distinção no plano analítico e funcional entre essas e os chamados conceitos jurídicos

previsões com larga abrangência, não são todas indeterminadas necessariamente e, tampouco, de cunho valorativo. A seu turno, o parágrafo único estabelece uma exceção, uma verdadeira exclusão da previsão geral do *caput* e, ao mesmo tempo, com um vocábulo aparentemente geral, reinclui a situação imediatamente antes excetuada. Por outro lado, as características para ser empresário estão arroladas no *caput* do artigo 966, de forma que ‘elemento de empresa’ deveria significar algo diferente daquilo que já serviu para enquadrar alguém como empresário, de forma genérica. Por isso, alguns autores falaram em ‘impessoalidade’ no exercício da atividade executada pelo profissional intelectual, como sinônimo de ‘elemento de empresa’; outros arrolaram a sub-contratação ou o exercício da atividade mediante o ‘concurso de auxiliares ou colaboradores’ como sinônimo de ‘elemento de empresa’. Porém, nenhuma dessas hipóteses se sustenta, seja porque pessoalidade ou impessoalidade é uma característica tênue, fugaz, uma qualidade do serviço que se encontra, ou não, em determinada atividade, seja porque contar ou não com auxiliares ou colaboradores é uma liberalidade da atividade empresarial que não a caracteriza ou descaracteriza, uma vez que o empresário individual pode exercer a atividade por si, ao passo que uma sociedade empresária pode contar com alguns ou muitos colaboradores³²³. Contudo, uma vez afastadas essas possibilidades e concluído que ‘elemento de empresa’ quer dizer ‘elemento de uma outra atividade a qual é empresarial’, cuja definição já foi alcançada pela definição de sociedade empresária e de empresário, não parece adequado falar-se em cláusula geral.

indeterminados, distinção esta negada por autores de peso, como Luzzatti, que engloba as duas espécies na categoria das normas vagas socialmente típicas. A razão está em que, tanto como nas cláusulas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados também se poderá ver, como traços de característicos, alto grau de vagueza semântica e o reenvio a standarts valorativos extra-sistemáticos. (...) Uma primeira classificação se impõe no universo dos conceitos indeterminados: é a que os subdivide entre aqueles que aludem a valores e os que referenciam realidades fáticas.(...) Não ocorre, pois, aqui, o reenvio às instâncias valorativas meta ou extrajurídicas que caracterizam as cláusulas gerais.” MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 324-325.

³²³ Vale citar a opinião de Fábio Ulhoa Coelho em *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15, para quem, segundo o Código “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”.

B) A APLICAÇÃO DAS LEIS ADITIVAS COM RELAÇÃO AO PROFISSIONAL INTELECTUAL

B.1) As discussões de ordem tributária

Em capítulo anterior analisou-se a definição de empresário e de sociedade empresária sob o enfoque dos autores do então projeto de Código Civil. Agora vejamos o tratamento conferido pela leis aditivas ao preceito do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002 e como os tribunais estão compreendendo esta disposição, tomando-se por base que o Código funciona como o eixo central do sistema normativo privado.

Sob esse prisma, um dos temas mais recorrentes nos tribunais de Justiça Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça é a base de cálculo para recolhimento do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN. Evidentemente que não se estará analisando aqui as questões constitucionais e tributárias especificamente, mas sim a discussão acerca da caracterização como empresarial de uma sociedade composta de profissionais que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística.

A origem das discussões travadas nos tribunais está no Decreto Lei nr. 406 de 31 de dezembro de 1968, especificamente no parágrafo 3º do artigo 9º, cuja redação atual é a seguinte: “(...) Quando os serviços a que se referem os itens 1,4,8,25,52,88,89,90,91 e 92³²⁴ da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do parágrafo primeiro³²⁵, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.(...)” Outrossim, dispunha o artigo oitavo do citado decreto que “o imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza,

³²⁴ 1. Médicos, inclusive análises clínicas, eletricidade médica, radioterapia, ultra-sonografia, tomografia e congêneres; 4. Enfermeiros, obstetras, ortópticos, fonoaudiólogos, protéticos (prótese dentária);8. Médicos veterinários; 25.Contabilidade, auditoria, guarda-livros, técnicos em contabilidade e congêneres; 52. Agentes da propriedade industrial; 88. Advogados, 89. Engenheiros, arquitetos, urbanistas, agrônomos, 90. Dentistas; 92. Psicólogos.

³²⁵ Art.9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. §1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviços constante da lista anexa.”

Em 2003, foi aprovada a Lei Complementar 116 que revogou – expressamente o inciso V do art. 3º do Decreto –Lei 834/69 e a Lei Complementar 56/87 que, pelo artigo 2º modificou a redação do artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto – Lei 406/68³²⁶.

Criaram-se duas frentes de discussões: 1) quais as características que deveria ter o trabalho prestado pelos profissionais cujos serviços constavam na lista anexa ao Decreto-Lei 406/68 para que gozassem do benefício da tributação por profissional; 2) se a Lei Complementar 116/03 revogou ou derogou o parágrafo terceiro, do artigo 9º do Decreto-Lei 406/68, acabando assim com a tributação privilegiada para alguns profissionais.

Da leitura dos dispositivos acima, não há motivo aparente para relacionar o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil com as duas discussões supra-elencadas. Com efeito, para a concreção da norma - especificamente, do parágrafo 3º do artigo 9º do Decreto-Lei 406/68, bastaria verificar se determinada atividade consta na lista anexa para, então, gozar da tributação privilegiada, por profissional³²⁷. Entretanto o legislador, ao fazer constar no parágrafo 3º, do artigo 9º, do Decreto – Lei 406/68 a referência a “que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável”, deu ensejo a uma enorme discussão. A partir da responsabilidade do profissional, seja ela decorrente da natureza da obrigação ou do tipo societário, a discussão se direcionou para o caráter empresarial da atividade, em evidente ampliação do conteúdo da norma, a exemplo do que foi objeto de análise na apelação cível 70011628609, julgada em 06/07/2005: “Direito Tributário. Sociedade de profissionais liberais de nível superior que prestam seus serviços de forma pessoal: sujeição ao INSS na forma privilegiada, por profissional habilitado, e não pelo movimento bruto, mesmo com o advento de LC Federal nr.116/03. (...) sempre que prestarem seus serviços sob a forma de trabalho pessoal (do próprio sócio) e não empresarial (isto é, não prestado pelo próprio sócio, o que nada tem a ver com o tipo jurídico da sociedade que os

³²⁶ A redação acima transcrita é a do texto modificado.

³²⁷ Neste sentido: “(...) Há também entendimento que segue critério puramente objetivo, por exemplo, o Resp. 153.588, DJU de 2-3-98, segundo o qual todas as sociedades de profissionais que prestam serviços previstos nos diversos itens declinados no §3º do art. 9º do DL 406/68 fazem jus à base de cálculo diferenciada do ISSQN. Para este, ao qual me filio, basta constar na lista. (...)” Apelação cível nr. 70014125983, julgada em 13.06.07. Ver íntegra no Anexo.

presta).³²⁸ De acordo com este julgado, a tributação privilegiada da sociedade de profissionais que prestava serviços de contabilidade, auditoria e assistência fiscal foi mantida pelo fato de que o serviço era prestado em caráter pessoal e não empresarial, ao passo que a lei fala em ‘responsabilidade pessoal’. Ademais, segundo o julgado, a sociedade empresária seria aquela composta por profissionais liberais, ou seja, presumivelmente de nível superior e sem vinculação hierárquica, para o exercício de atividade predominantemente técnica e intelectual, na qual – e eis seu marco distintivo da sociedade não empresária – o trabalho não era prestado pelo sócio.

Há muitos julgados que seguem essa linha, ou seja, ultrapassam os requisitos do Decreto – Lei 406 para, ao final, analisar a empresariedade da sociedade, cada qual com fundamentos distintos e, via de regra, sem seguir a orientação do Código Civil de 2002.

Em julgamento da apelação cível nr. 70008854606, em 31.03.2005, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³²⁹, referiu que:

Como se vê, a controvérsia posta nos autos reside em definir se se trata ou não de atividade **empresarial ou unipessoal**, como pretende a apelante. Com efeito, tanto o regramento dado pelo Decreto-Lei 406/68, cujo art. 9 não foi revogado pela LC 116/03, conforme dispõe o art.10 desta, quanto o disciplinado pela legislação municipal, asseguram tratamento privilegiado à prestação de serviços médicos, para fins de base de cálculo do imposto, prevendo a lei municipal o benefício à **sociedade uniprofissional**, assim compreendidos os serviços citados na Tabela “C, limitados os números de empregados habilitados ou não para cada sócio ou empregado habilitado. A demandante não se enquadra neste perfil, porquanto não se trata de **sociedade civil, e sim de sociedade empresarial**, observadas as disposições contratuais antes analisadas, bem como o apurado na diligência realizada pela fiscalização municipal, não tendo a demandante, a fim de desfazer tal constatação, produzido provas a fim de afastar o enquadramento realizado pelo Município, comprovando que não exerce atividade empresarial, em virtude de que, intimada, deixou de requere-las, descumprindo com o disposto no art. 333, I, do CPC, restando igualmente incomprovadas as alegações no sentido de que atualmente atua “apenas durante o dia, e não em finais de semana e feriados como outrora”, fl. 169. (grifos nossos)

Analisemos agora os pontos grifados nos excertos do acórdão acima citado. Se não vejamos:

³²⁸ Íntegra da decisão no Anexo.

³²⁹ Íntegra da decisão se encontra no Anexo.

- *Como se vê, a controvérsia posta nos autos reside em definir se se trata ou não de atividade **empresarial ou unipessoal**, como pretende a apelante.*

Dá a entender o acórdão, no trecho acima citado e nos demais em que há repetição da expressão, que ‘atividade empresarial’ é o oposto de ‘atividade unipessoal’. Entretanto, ‘atividade empresarial’, como referido, é atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, no conceito de Bulgarelli, por exemplo³³⁰. Por ‘atividade unipessoal’ só se pode entender aquela exercida por uma única pessoa. Ocorre que a atividade empresarial pode ser exercida por uma única pessoa – empresário individual, artigo 966 do Código Civil³³¹ – ou por uma sociedade empresária art. 982 do Código Civil. Ou seja, não se trata aqui de opostos, mas sim de uma especificação da forma pela qual a atividade empresarial pode ser exercida.

- (...) *prevendo a lei municipal o benefício à **sociedade uniprofissional**, assim compreendidos os serviços citados na Tabela “C, limitados os números de empregados habilitados ou não para cada sócio ou empregado habilitado.*

Nesse excerto, o acórdão refere-se à ‘sociedade uniprofissional’, o que poderia levar a crer que estivesse trabalhando o conceito de uniprofissional como sinônimo de ‘unipessoal’³³² e, não como referência à sociedade composta por profissionais de um ramo

³³⁰ BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 298.

³³¹ Sobre o tema vale citar a atualíssima ponderação de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em *Direito da Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67: “É oportuno esclarecer que o empresário individual não é figura em extinção, ou de reduzido interesse, como alguns costumam asseverar. É só lembrar que, na estatística do Departamento Nacional de Registro de Comércio, relativa à Constituição de Empresas por Tipo Jurídico no período compreendido entre 1985 e 2005, foram criadas mais empresas individuais do que sociedades limitadas. Do total de 8.915.890 empresas constituídas, 4.569.288 foram empresas individuais, 4.300.257 sociedades limitadas, 20.080 sociedades anônimas, 21.731 sociedades cooperativas e 4.534 referentes a outros tipos societários. (Os dados estão no sítio do DNRC, disponível em www.dnrc.gov.br).”

³³² Sobre a sociedade unipessoal vide ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de Bens dos Sócios*: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica: doutrina e jurisprudência. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 24-28. Transcreve-se curtos, porém preciosos excertos: “(...) A autonomia patrimonial é da essência das sociedades comerciais, razão por que a sociedade unipessoal foi sempre vista como verdadeira heresia jurídica. E que, admitida a sociedade constituída de um só sócio, não se poderia falar em autonomia patrimonial, já que o patrimônio permaneceria indivisível. Ademais disto, resultando de um contrato, o acordo de vontades é imprescindível à existência de uma sociedade. (...) Essa posição sectária, calcada na natureza contratual das sociedades comerciais, foi, todavia, gradativamente alterada, ensejando posicionamento diverso, com manifesto reflexo na própria legislação brasileira, com a aceitação entre nós da sociedade unipessoal de que é espécie inequívoca a *empresa pública*, que, constituída por lei, possuindo único acionista, a União, é organização econômica com patrimônio próprio, dotada de

somente; de uma profissão só. Porém, exemplifica a referida sociedade com tipos de serviços elencados na “Tabela “C” e, depois, trata do número de pessoas em atividade. Com efeito, dizer que determinada sociedade que desenvolve atividade intelectual de natureza literária, artística ou científica é ‘uniprofissional’ pode ser compreendido como sinônimo de sociedade não empresária, uma vez que, se para a atividade jurídica, por exemplo, tornar-se empresária deverá estar associada a outra atividade, esta de caráter empresarial, uma sociedade composta por advogados, exclusivamente, ou seja, uniprofissional, jamais será considerada empresária.

- (...) A demandante não se enquadra neste perfil, porquanto não se trata de sociedade civil, e sim de sociedade empresarial.

Por fim, o acórdão em análise estabelece a dicotomia entre sociedade civil e empresarial. Aqui, para evitar tautologia, não vamos citar as questões relativas à unificação do Direito Privado, simplesmente chamar atenção de que hoje, conforme previsto no artigo 982³³³ do Código Civil, há sociedades de duas naturezas: empresárias e não empresárias.

personalidade jurídica de Direito privado, como enfatiza o art. 5º do) decreto-lei n. 900/69, e o art. 173, II, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998⁵. Como observa Paulo Roberto Costa Figueiredo⁶, "ao contrário do tradicional repúdio à unipessoalidade originária, a redução incidental dos sócios a um só é largamente aceita como exceção à regra da pluralidade. Via de regra, estabelecem as legislações um prazo de tolerância da unipessoalidade que não afetaria assim a permanência a personalidade jurídica, dentro do qual o número mínimo de sócios seria restaurado". (...) Com efeito, nos termos do art. 206, I, d, da Lei n. 6.404/76, a sociedade anônima poderá subsistir com um único acionista, até a assembléia geral ordinária do ano seguinte, quando o número mínimo de dois sócios deve ser reconstituído: (...) Da sociedade unipessoal incidental partiu-se para a sociedade unipessoal originária, por força do disposto no art. 251 da Lei n. 6.404/76: "A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira". (...) Saudada por Fran Martins, a subsidiária integral é, inequivocamente, unipessoal: "A lei atual das sociedades por ações deu um passo avantajado no campo do direito comercial ao reconhecer e regular a sociedade com um só acionista, ou seja, a chamada sociedade unipessoal, admitindo a subsidiária integral". A subsidiária integral, como se conclui da leitura do art. 251 acima transcrito, deve, necessariamente, revestir-se da forma anônima. A sociedade controladora, ao revés, pode ser qualquer das espécies societárias admitidas no direito comercial brasileiro, devendo ser sociedade brasileira. (...) A sociedade unipessoal é, portanto, uma realidade no direito brasileiro, muito embora não se tenha adotado entre nós a limitação da responsabilidade do comerciante individual, o que poderá ser feito, acolhendo-se, à semelhança da Alemanha, a "*Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung*", empresa individual com responsabilidade de limitada, o mesmo ocorrendo com relação à França, como dá notícia J. A. Penalva Santos: "A despeito de algumas resistências buscou a França a solução para o problema da sociedade unipessoal, através da Lei n. 85.697, de 11 de junho de 1985, denominada 'Lei relativa à empresa unipessoal de responsabilidade limitada', a qual não contém, a nosso ver, menção no seu texto ao vocábulo empresa, do que se extrai a primeira conclusão, que a França encontrou o seu caminho através da sociedade unipessoal, como fizeram os alemães"(...)"

³³³ 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.

Portanto, o que se percebe dos excertos acima analisados³³⁴ é que, de fato, passados alguns anos da entrada em vigor da Lei nr. 10.406, de 10. 01. 2002, Novo Código Civil, as previsões legais e a sistematização do direito de empresa não foram aplicadas para ajudar na concretização da legislação tributária. O Código, no exemplo acima, não serviu como um eixo central norteador de um sistema que permite aplicar de forma sistemática e teleológica a lei tributária em relação ao sistema de Direito Privado.

Corroborando a conclusão acima, cita-se o acórdão proferido pela mesma Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na apelação nr. 70010862050, com composição um pouco distinta daquela que proferiu o acórdão antes mencionado³³⁵.

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISS. CLÍNICA MÉDICA SERVIÇOS DE HEMODIÁLISE E DIÁLISE. CARÁTER EMPRESARIAL. DECRETO-LEI Nº 406/68.

-Não faz jus à tributação privilegiada prevista no artigo 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68 a sociedade nitidamente empresarial, constituída por cotas de responsabilidade limitada, com previsão de distribuição de lucros, ainda que formada exclusivamente por médicos.

-Circunstância em que o exercício da profissão constitui elemento de empresa, sendo esta organizada como atividade econômica para produção de serviços especializados mas de caráter inequivocamente empresarial, desprezando a forma unipessoal e simples inerente à atividade intelectual e civil.

-Apelo não provido. (Apelação nr. 70010862050, de 16.06.2005, vigésima segunda câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)

Na ementa, consta a definição de ‘elemento de empresa’ aplicada ao caso concreto: “exercício da profissão organizada como **atividade econômica para a produção de serviços especializados mas de caráter inequivocamente empresarial, desprezando a forma unipessoal e simples inerente à atividade intelectual e civil**”.

³³⁴ Pela atualidade e pelo fato de ser oriundo do outro Estado da federação vale mencionar a notícia publicada na Revista Consultor Jurídico, 15/11/2008 que, em síntese, narrava que em agosto de 2007, a Prefeitura do Rio editou o Decreto 28.340 para acrescentar mais restrições à tributação por profissional, exemplificativamente o fato dos sócios não serem especializados na mesma área, o caráter empresarial, a distribuição de lucros como indicativa de ‘elemento de empresa’. O referido decreto foi tão questionado que, um mês depois, a Prefeitura voltou atrás e o revogou.

³³⁵ Pela riqueza de elementos acosta-se como anexo o acórdão na íntegra.

Vejam os um a um desses componentes que formaram a convicção sobre o caráter empresarial da atividade médica e da própria compreensão de elemento de empresa: a) **atividade econômica para a produção de serviços** – se retomamos o conceito de empresa proposto por Bulgarelli³³⁶, percebemos que ausente somente a ‘organização’ e ‘bens’ para a total coincidência da definição de atividade empresarial; b) **caráter inequivocamente empresarial** – nada define, senão reconhece os elementos que definem a atividade empresária; seria o conjunto dos próprios elementos definidores da atividade empresarial; c) **desprezando a forma unipessoal e simples inerente à atividade intelectual e civil** – a atividade intelectual hoje, tanto é exercida de forma unipessoal, quanto pluripessoal, tal qual qualquer atividade, inclusive a de natureza empresarial. Em complementação a esse ponto vale citar o seguinte excerto do voto: “(...) A individualidade cedeu lugar à atividade empresarial.” No que tange à forma ‘simples’ do profissional que desenvolve a atividade intelectual, provavelmente o acórdão faz menção ao adjetivo derivado do latim *simplice*, aquilo que não é duplo, múltiplo ou desdobrado em partes; formado por poucos elementos e não, à sociedade simples prevista no Código Civil, artigo 982. Por fim, ao referir que a ‘atividade civil’ se desenvolve de maneira simples, classificando essa atividade intelectual como ‘civil’, retroagimos à separação dicotômica do direito privado.

No corpo do acórdão, na fl. 04, consta: “(...) Como bem referiu o Julgador a quo ‘das sócias originais, uma era médica e a outra era comerciante, conforme as qualificações constantes à fl. 22. A cláusula VII trata da repartição de lucros, afigurando-se como uma sociedade comercial, agora empresarial.’” O fato de uma sócia ter sido comerciante, de acordo com o ‘sistema’ vigente antes da entrada em vigor da Lei 10.406/02, de fato induziria a sociedade à condição de comercial. No entanto, a existência de disposição contratual regrido a repartição dos lucros não torna a sociedade empresária, haja vista que, de acordo com o Código Civil de 2002, todas as sociedades são lucrativas, no sentido de que objetivam a distribuição de lucros entre os sócios, enquanto que as associações constituem-se ‘pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos’ art. 53 do Código Civil. Ou seja, conforme referido em capítulo anterior, sociedade com ou sem fins lucrativos é divisão proposta pela legislação revogada, Código Civil de 1916, de forma que hoje todas as sociedades têm fins econômicos, podendo, independentemente dessa finalidade, ser empresária ou não empresária. Tal assertiva é repetida: “As circunstâncias específicas

³³⁶ BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 298.

analisadas não permitem compreender que se trata de uma sociedade sem caráter empresarial; pelo contrário, trata-se de sociedade por cotas de responsabilidade limitada que prevê a realização e distribuição de lucros e que tem funcionários que obviamente percebem salários.”

Segue o acórdão asseverando que, no caso concreto, não há a prestação de serviços ‘na forma de responsabilidade exclusiva dos sócios’. Reitera-se: forma de prestação de serviços é matéria distinta de responsabilidade de sócios³³⁷. Esta decorre do tipo societário eleito (com relação à responsabilidade pela qualidade do serviço tal é apurado em conformidade com a natureza da obrigação assumida) – matéria jurídica; aquela da forma como o cliente/paciente é atendido – matéria metajurídica. Ainda, assevera a decisão: “(...) Restou desprezado o caráter unipessoal de responsabilidade própria das atividades intelectuais científicas de natureza civil.” Esta colocação engloba quase todas acima referidas, com exceção do aspecto lucratividade. Com efeito aqui há uma série de conceitos e institutos de natureza distinta tratados conjuntamente: responsabilidade civil, tipo societário, ramo do Direito....

Percebe-se novamente essa problemática dos conceitos na afirmação de que a “sociedade em análise desempenha atividade empresarial pelo fato de que afora prever a distribuição de resultados, “a responsabilidade dos sócios está limitada ao valor do capital social”. Também prevê o *decisum* que a sociedade é empresária pelo fato de que optou pelo tipo societário de limitada, em franca oposição ao previsto no artigo 983 do Código Civil, segundo o qual, a limitada é tipo societário que pode ser adotado tanto pelas sociedades empresárias quanto pelas não empresárias.

Ao mesmo tempo em que se enfrentam essas barreiras conceituais, o próprio julgado parece adotar - um pouco - de parte da teoria italiana ao dar a entender que a atividade empresarial estaria presente pelo fato de que aos serviços médicos outros foram somados: “Os sócios são médicos, mas a atividade vai além da clínica médica pessoal (sic), presta serviços de hemodiálise e diálise, com aparelhagem e pessoal contratado, atividade econômica organizada para a produção de serviços³³⁸.”

³³⁷ Salienta-se, porém, a intenção da lei. Aparte à evolução conceitual de ‘empresa’ e as inadequadas aplicações dos institutos de direito societário, acredita-se que o objetivo da legislação supra citada era de beneficiar aquele profissional que mesmo em sociedade exercia e percebia a receita de forma autônoma, de modo a observar a real capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária.

³³⁸ Neste mesmo sentido: Apelação Cível Nº 70009823907 – julgada em Porto Alegre, 16 de novembro de 2004, pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cuja ementa transcreve-se abaixo, sendo que a íntegra do acórdão consta no Anexo.

Também no Superior Tribunal de Justiça percebemos essa ampliação da previsão contida no Decreto – Lei 406/68 e a não aplicação do novo Código Civil para a identificação de sociedades empresárias, tampouco a compreensão da superação da teoria dos atos de comércio e a unificação do Direito Privado. Exemplificativamente cita-se ementa do acórdão do julgamento do Recurso Especial nr. 555.624 – PB³³⁹:

RECURSO ESPECIAL Nº 555.624 - PB (2003/0067417-9)

Julgado em 19.02.2004

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA

(...)

RECORRIDO : INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA E OUTROS

(...)

RECORRIDO : CLÍNICA E CENTRO DE HIDRATAÇÃO INFANTIL S/C LTDA

EMENTA

SOCIEDADES - MÉDICOS - ISS – SERVIÇOS PRESTADOS POR LABORATÓRIOS DE ANÁLISES – ITENS 1 E 2 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 - NÃO INCIDÊNCIA DO §3º DO ARTIGO 9º DO REFERIDO DECRETO.

De pronto, impende ressaltar que as sociedades de profissionais liberais, malgrado formadas exclusivamente por médicos, constituíram-se formalmente como sociedades comerciais, de modo que a simples presença desses não representa elemento hábil a desfigurar a natureza comercial da atividade exercida.

Conquanto seu corpo de sócios seja formado exclusivamente por médicos, as sociedades constituídas sob a modalidade de limitadas desempenham atividade empresarial, uma vez que seus contratos sociais dispõem até mesmo como devem ser distribuídos os dividendos.

Sobeja asseverar, por oportuno, que uma sociedade comercial formada exclusivamente por médicos também se encontra apta a praticar atos de comércio, de sorte que o principal fator a ser verificado para se identificar a

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ISS. SOCIEDADE MÉDICA, COM OBJETIVO TAMBÉM COMERCIAL, SENDO UM SÓCIO MÉDICO E OUTRO COMERCIANTE. Não é nula a sentença proferida em julgamento antecipado, não só ante ausência de pedido de provas pela parte irresignada, como diante de pleito expresso de que sobreviesse a decisão, por versar-se matéria de direito. Preliminar rejeitada.

O benefício do art. 9º, §§ 1º e 3º do Dec. Lei nr. 406/68 não se estende à sociedade por quotas de responsabilidade limitada entre um sócio médico e um sócio comerciante, onde ainda consta do objeto social a comercialização de fitas de eletrocardiograma. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

E ainda, Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ISS – SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – CLÍNICA MÉDICA – CARÁTER EMPRESARIAL NÃO COMPROVADA CARACTERIZAÇÃO COMO SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – DECISÃO RECORRIDA CONSENTÂNEA COM A ORIENTAÇÃO JURISDICIONAL DO STJ – CONHECIMENTO PARCIAL – IMPROVIMENTO. (REsp. nº 334.554/ES, rel. Min. Garcia Vieira, j. 6.12.01, Primeira Turma, DJ 11.3.02, p. 0202). DO EXPOSTO, o voto é no sentido de rejeitar a preliminar e negar provimento ao apelo. (...)

³³⁹ Integra do acórdão no Anexo.

finalidade da sociedade é seu objeto social. Em espécie, resta inequívoco que o objeto social das sociedades comerciais recorridas é a prestação de um serviço especializado, todavia, inequivocamente associado ao exercício da empresa.

Merece reparo, portanto, o v. acórdão recorrido, porquanto nem todos os laboratórios de análises e clínicas que possuem profissionais de medicina entre seus sócios devem ser beneficiados pelo regime privilegiado de tributação concedido aos serviços previstos no item 1 daquela Lista pelo § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68. Para tanto, é imprescindível seja aferido se os médicos que integram tais entidades desempenham a atividade de forma uniprofissional e sem finalidade empresarial.

Recurso especial provido. (grifos nossos)

Neste recurso encontramos a síntese de todas as observações que desenvolvemos relativamente aos julgados do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul. Com efeito, o julgado não considera superada a teoria dos atos de comércio e, conseqüentemente, tampouco a unificação do Direito Privado; não observa a previsão contida no artigo 983 do Código Civil (a possibilidade de tanto as sociedades empresárias quanto as não empresárias adotarem o tipo da limitada); a superação da distinção entre sociedades com ou sem fins lucrativos e sua imprestabilidade para a distinção entre sociedades empresárias e não empresárias.

Outra discussão tributária que vem sendo travada nos tribunais e que envolve a compreensão do artigo 966 do Código Civil é a que versa sobre a contribuição ao SESC e SENAC. Aliás, essa disputa foi mencionada no capítulo próprio da empresa, quando nos valem da jurisprudência anterior à entrada em vigor do novo Código Civil, pela qual procuramos apresentar a falta de unicidade em torno do sentido conferido às sociedades empresárias e aos empresários, bem como à dificuldade criada pela teoria dos atos de comércio. Observa-se, no entanto, que, apesar de a atividade interpretativa ter evoluído muito ainda permanecem as dificuldades acima referidas, sobretudo no aspecto conformação com a previsão contida no Código Civil. Exemplo disso é o acórdão proferido pela 4ª turma do Tribunal Regional da 3ª Região na apelação nr. 2000.61.00.029147-0, julgada em 13/02/2008, no qual ficou consignado que “(...) as prestadoras que auferem lucros são, inequivocadamente, estabelecimentos comerciais, quer por força de seu ato constitutivo, quer em função da novel caracterização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa(...)”³⁴⁰. A seu turno, o próprio acórdão refere o voto proferido pelo Ministro Franciulli Neto no julgamento do Recurso Especial nr. 326.491, no qual o Ministro se filia ao

³⁴⁰ Acórdão na íntegra em anexo.

entendimento da Ministra Eliana Calmon no sentido de que “(...) O novo Código Civil, Lei nr. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a nova figura do empresário, atribuindo a esse conceito uma amplitude muito maior do que a noção de comerciante, limitada àquele que pratica atos de comércio, pois abarcará atividades econômicas diversas, incluindo-se, dentre elas, pela preponderância do setor nos dias atuais, a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo”³⁴¹.

B.2) A Lei de Falência e Recuperação de Empresas

A Lei nr. 11.101/2005 substituiu o Decreto – Lei nr. 7.661, de 21 de junho de 1945 o qual, até então regulava a falência e a concordata preventiva e suspensiva de comerciantes, conforme previsão do artigo 1º “Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva”.

A Lei nr. 11.101/2005, a seu turno, prevê que estão sujeitos a recuperação judicial, recuperação extrajudicial e a falência o ‘empresário’ e a ‘sociedade empresária’, *verbis*: “Art.1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”

A nova lei representa uma grande evolução³⁴² em relação ao Decreto Falimentar. A legislação de 2005 está mais de acordo com os interesses e paradigmas atuais de manutenção das empresas que são reconhecidamente propulsoras da economia, da concorrência e, por consequência lógica, do desenvolvimento e bem estar da pessoa humana. O foco na atualidade não está em punir pela falência, para tanto hão de ser desenvolvidos outros mecanismos, pois dúvida não há de que quem labora contrário a lei deve ser punido. Com efeito, o que se apreendeu com a experiência da lei anterior é que, muitas vezes, a lei era

³⁴¹ Acórdão na íntegra no Anexo.

³⁴² Fábio Ulhoa Coelho, em seus *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, nota XII e XIII, critica dois pontos da nova lei. Entende este autor, o qual participou da revisão dos projetos, que deveria ser possível 1) a suspensão dos pagamentos por declaração unilateral do devedor, sem participação do Poder Judiciário, 2) a desvinculação do indeferimento da recuperação judicial à decretação de falência. Em ambos os casos justifica sua posição demonstrando que o credor é o grande prejudicado tanto na frustração da composição extra-judicial quanto na judicial.

desvirtuada, até mesmo pelos credores que, ao cabo e ao fim, juntamente com a sociedade em geral, acabavam sendo prejudicados com o resultado da quebra. A concordata era, muitas vezes, tratada como uma preliminar da quebra e ensejava a deterioração do patrimônio a ser liquidado, enquanto que a falência, depois de anos de tramitação acabava não contemplando qualquer outro credor senão o Fisco.

De fato, a falência deve ser vista como última instância e uma execução extraordinária, concursal e coletiva daquele devedor que não possui recursos para satisfazer seus compromissos, acometido de tamanho desequilíbrio entre créditos e débitos, que atitudes ordinárias e individuais não solucionam o problema, restando somente a liquidação judicial do patrimônio do devedor insolvente, de forma a reequilibrar o ambiente empresarial e manter a garantia do crédito necessário à produção e circulação de bens e serviços. Especificamente com relação à falência, a nova lei prevê sua origem na impontualidade do cumprimento de obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados, ou pela prática de determinados atos arrolados no artigo 94, merecendo destaque o estabelecimento de valor mínimo apto a ensejar o pedido de falência pelo credor insatisfeito. Há ainda a possibilidade de o próprio devedor requerer a falência, sendo que seus efeitos são os mesmos daquela requerida por terceiro.

Um dos efeitos importantes da decretação da falência é o vencimento antecipado das dívidas e a suspensão da fluência dos juros, nos termos dos artigos 77 e 124 da legislação em vigor. Após a quebra, não mais correm juros enquanto não se pagar o principal corrigido a todos os credores. Já a correção monetária deverá ser aplicada normalmente, uma vez que apenas mantém o valor da moeda³⁴³. No que tange à multa fiscal moratória, ao contrário da legislação pretérita e da orientação do STF que a reconhecia como pena administrativa e, por isso, não era incluída no crédito habilitado em falência (Súmula 565 do

³⁴³ Antes da entrada em vigor da nova lei, a correção monetária cessava na data da sentença declaratória de falência, ficando suspensa por um ano, a partir desta data (Dec.-lei 858/69). Nesse sentido, decisão do STJ abaixo, *in verbis*: Execução Fiscal. Falência. Correção Monetária. Decreto-Lei 858/69. Lei 6.899/81. 1. Sem revogação expressa, como norma especial, dispondo sobre a correção monetária, continua vigente o Decreto-Lei nr. 858/69, prevendo que a correção monetária será feita até a data da sentença declaratória, ficando suspensa por um ano. Nesse circunlóquio mostra-se a inaplicabilidade da Lei nr. 6.899/81. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso sem provimento. (RESP 122060/SP, Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, STJ, j. 02/12/1999), ver Anexo.

Para Fábio Ulhoa Coelho, 2005, op. cit., p. 231, a correção monetária não deixa de ser aplicada em virtude da declaração de falência: “(...) a correção monetária será sempre integral, devendo ser paga junto com o principal. O administrador judicial, ao realizar os pagamentos e distribuir rateios, deve, em outros termos, simplesmente ignorar o valor histórico das obrigações e considerar exclusivamente o atualizado.”

STF)³⁴⁴, a nova Lei de Falência prevê em seu artigo 83, que dispõe sobre a classificação dos créditos, que as multas tributárias serão incluídas no procedimento falimentar, consoante inciso VII do dispositivo legal em comento³⁴⁵.

No mesmo sentido da legislação pretérita, a nova Lei de falências mantém a *vis attractiva*, conforme art. 76, exceto para a) ações não reguladas pela lei de falências em que a massa for autora ou litisconsorte ativa; b) ações que demandam quantia ilíquida, caso já estivessem em tramitação ao tempo da decretação da falência; c) reclamações trabalhistas – competência Justiça do Trabalho, norma constitucional; d) execuções tributárias, conforme 187 do CTN; e) ações de conhecimento nas quais é parte ou interessada a União.

³⁴⁴ Súmula 565 - A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vinha decidindo nesse sentido:

COMERCIAL. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA MORATÓRIA. SÚMULA Nº 565 DO STF E ARTIGO 23, III, DA LEI DE QUEBRAS.

Impossibilidade da cobrança de multa fiscal moratória em se tratando de massa falida em razão do caráter de penalidade por infração de lei administrativa de que se reveste. Aplicação da Súmula nº 565 do STF e artigo 23, III, do Decreto Lei nº 7.661/45. Apelo improvido. Sentença confirmada em reexame. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70001199975, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Carlos Alberto Bencke, julgado em 08/02/2001), íntegra no Anexo.

³⁴⁵ EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - TAXA SELIC - FALÊNCIA SUPERVENIENTE - LEI Nº 11.101/2005 - JUROS - MULTA. 1. Legitimidade da aplicação da Taxa SELIC - Tratando-se de empresa cuja falência foi decretada, impõe-se duas situações: devidos os juros de mora antes da quebra, independentemente da existência de ativo suficiente e, após, somente se a massa os comportar (Art. 124, *caput*, da Lei nº 11.101/2005). 2. Multa Moratória - Decretação superveniente da falência, na vigência da Lei nº 11.101/2005 - Subsistência - Multa fiscal expressamente arrolada entre os créditos sujeitos a concurso (Art. 83, VII). 3. Embora parcialmente procedentes os embargos, o ônus da sucumbência recairá integralmente sobre a Embargante, pois a falência foi decretada no curso do processo executivo - Devidos os honorários advocatícios - Precedentes jurisprudenciais. 4. Reexame necessário e recurso voluntário da Fazenda providos. (TJSP - Apelação Sem Revisão 6768815300 - Relator(a): Osvaldo José de Oliveira - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 17/12/2008 - Data de registro: 26/01/2009) EXECUÇÃO FISCAL - Falência - Multa moratória - Juros de mora - Exceção de pré-executividade - Cabível o conhecimento da incidência da multa e dos juros, diante da declaração da falência, na exceção de pré-executividade - Mesmo diante da nova lei, a multa moratória não pode ser exigida com as preferências do crédito fiscal, somente podendo ser cobrada após o pagamento dos créditos quirografários - Os juros tornarão a incidir caso sobre recursos para seu pagamento - Confronto parcial com a jurisprudência dominante de tribunal superior - Art.557, par.1º-A, do Cód. de Proc. Civil - Dado provimento ao recurso. (TJSP - AI 8666345700 - Relator(a): Teresa Ramos Marques - Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 18/12/2008 - Data de registro: 13/01/2009) (ver Anexo)

EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Imposto declarado e não pago. Falência. Taxa Selic. Multa. Juros. - 1. Taxa Selic. Legalidade. O Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento e convalidou a cobrança da taxa Selic no campo tributário. Igual entendimento tem este Tribunal, por seu Órgão Especial, ao rejeitar incidente de inconstitucionalidade no AI nº 263.237.5/9-00. - 2. Multa moratória. Massa Falida. LF n. 11.101/05, art. 83, inciso VI. Há, hoje, expressa previsão de cobrança na recuperação judicial da multa administrativa, classificada após os créditos quirografários; a lei torna superada a jurisprudência que, na vigência do regime anterior, afastava a cobrança da penalidade na falência. - 3. Juros de mora. Massa Falida. LF n. 11.101/05, art. 124. Incluem-se na execução fiscal os juros devidos até a data da quebra, contando-se os vencidos após se as forças da Massa os comportarem. - Embargos parcialmente acolhidos. Recurso oficial e da Fazenda providos. (TJSP - Apelação Sem Revisão 4626395400 - Relator(a): Torres de Carvalho - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 15/12/2008 - Data de registro: 28/01/2009) (ver Anexo)

A atual legislação em seu art. 6º, *caput*, em consonância com a legislação pretérita, também prevê, tanto para a falência, quanto para a recuperação judicial, a suspensão do curso da prescrição de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas movidas pelos credores particulares do sócio solidário. Como exceções à regra de suspensão do curso da prescrição: a) execuções fiscais (art. 187 do CTN); b) execução individual com hasta já designada (medida de economia processual), porém seu produto não é entregue ao exequente e sim, à massa, devendo o credor habilitar o seu crédito; c) execução individual com hasta já realizada; neste caso, a execução individual atingiu o objetivo antes da decretação da falência, devendo o credor receber a quantia; caso o valor não seja suficiente, o mesmo deverá habilitar o seu crédito.

Com relação ao falido, pode-se destacar que a decretação da falência poderá gerar: a) a proibição para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência (antes da sentença penal) e até a sentença que extingue suas obrigações, nos termos do art. 102; b) a perda do direito de administrar os seus bens ou deles dispor, conforme art. 103, c) restrições à sua capacidade de ir e vir, conforme art. 104, III, d) decretação da prisão preventiva do falido quando requerida com fundamento em provas de prática de crimes definidos nesta Lei, conforme art. 99, VII.

A nova lei mantém os efeitos quanto aos bens do falido, perdendo este o direito de administrar seus bens ou deles dispor, conforme art. 103. Não são abrangidos pela falência, entretanto, os bens absolutamente impenhoráveis (art. 108, § 4º) e inalienáveis, quer por força de lei, quer por ato voluntário.

No que se refere aos contratos bilaterais, estes não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir/evitar o aumento da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê, conforme determina o art. 117, *caput*. Quanto aos contratos unilaterais, o administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a estes se, como nos bilaterais, esse fato reduzir/evitar o aumento do passivo da massa falida, ou for necessário à manutenção e preservação da massa falida, conforme art. 118, *caput*.

A nova legislação também trouxe alterações com relação a prazos: a) o prazo máximo para retroação do termo legal de falência passa de 60 para 90 dias a contar do pedido de falência, do pedido da recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, excluídos, para esta finalidade, os que tenham sido cancelados; b) não há mais necessidade de indicação da hora em que a falência foi decretada; c) o juiz deve, na sentença de quebra, decidir se autoriza a continuação provisória da empresa do falido ou a lacração do estabelecimento; d) pode decidir que se instale o Comitê. Na hipótese de autofalência, o termo legal não pode retroair por mais de 90 dias da petição inicial.

No que se refere aos atos praticados antes da decretação da falência, sobretudo do prazo para a propositura da ação revocatória, interessante frisar a dilação de um para três anos, a contar da decretação da falência. Também vale mencionar a expressa previsão de declaração de ofício pelo juiz dos atos ineficazes (ineficácia objetiva) praticados no período em que a lei pressupõe crise da sociedade.

Outro aspecto que convém mencionar diz respeito à preferência dos créditos. O art. 83 da nova Lei de Falências alterou a ordem dos créditos tributários que passaram para terceiro lugar na ordem estabelecida para recebimento, perdendo a preferência para aqueles que detêm créditos com garantia real.

Tal qual ocorria na lei pretérita, encerrada a liquidação, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias, conforme arts. 154 a 157, sendo que a nova lei exige para a extinção das obrigações do falido, ao invés de 40% do rateio, 50% dos créditos quirografários pagos.

No que tange ao patrimônio abrangido pela falência e a responsabilidade dos sócios, as legislações se equiparam, de forma que somente o patrimônio do falido (empresário individual ou sociedade) fica sujeito aos efeitos da falência, prevendo-se como exceção extensiva aos sócios: a) quando participarem de deliberação social infringente à Lei ou ao Contrato Social – Responsabilização por ato ilícito; ou b) não integralização do capital social. Igualmente mantida a responsabilidade dos administradores que respondem quando agirem com excesso de mandato, dentro de suas atribuições se tiverem procedido com dolo ou culpa, ou com violação da lei, ou do estatuto ou do contrato (exegese do art. 158 da Lei 6404/76 e do art. 135, II, do CTN) ou ainda, caso não tenham agido de forma diligente.

Importante frisar que, com a nova legislação, a indisponibilidade dos bens dos réus pode ser requerida pela parte interessada, ou decretada de ofício, podendo ser pleiteada quando houver fundado receio de frustração da execução da sentença condenatória. A indisponibilidade será sempre limitada aos bens do demandado, em valor suficiente para a indenização do dano alegado. Salienta-se que o juiz apenas poderá determinar a indisponibilidade dos bens dos sócios, acionistas e/ou administradores, caso já tenha sido distribuída a petição inicial da ação de responsabilização dos mesmos.

Quanto à responsabilização criminal, mister destacar que o art. 179 da nova Lei de Falências determina a equiparação do falido aos seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, para todos os efeitos penais.

Por fim, destaca-se que a nova Lei de Falências surgiu com o objetivo, dentre outros, de viabilizar as operações de compra e venda de sociedades. Isso porque, no passado recente, o adquirente de ativos de uma sociedade estava fadado à responsabilização pelo passivo já existente o que, em última análise, era um obstáculo, tanto para o adquirente, quanto para os credores. A nova lei procura fomentar a compra e venda de ativos, prevendo a venda da empresa com a exclusão da responsabilidade sucessória do adquirente desde que a arrematação não se dê pelo sócio da sociedade falida; por sociedade controlada pelo falido; por parente em linha reta ou colateral até quarto grau, consangüíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou, ainda agente do falido com finalidade de fraudar a sucessão.

Na recuperação, a seu turno, trata-se de uma série de providências que, se devidamente desenvolvidas, tendem a melhorar a capacidade produtiva e devolver o equilíbrio econômico-financeiro à empresa, de forma que a crise seja passageira e adequadamente superada mediante um acordo judicializado, com o qual não todos, mas a maioria dos credores anuiu, concedendo flexibilização de prazos para adimplemento das obrigações, condicionada a tomada das medidas apontadas como necessárias pela sociedade empresária, ou pelo empresário para que a crise seja superada. Os requisitos para que o devedor possa requerer a recuperação judicial, nos termos do art. 48 da Lei nr. 11.101/2005 são cumulativamente: (i) exercício regular de suas atividades há mais de 2 (dois) anos; (ii) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; (iii) não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão

de recuperação judicial; (iv) não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de recuperação para microempresas e empresas de pequeno porte; e, (v) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na referida lei. Preenchidos os requisitos, poderá o juiz deferir o processamento da ação de recuperação judicial e para tanto, prevê o art. 52 que o magistrado deverá no mesmo ato: (i) nomear o administrador judicial; (ii) determinar a dispensa da apresentação de quaisquer certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades comerciais, exceto para contratar com o poder público e para recebimento de incentivos fiscais ou creditícios; (iii) ordenar a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, com exceção daquelas decorrentes de financiamento de valores a receber garantidos por penhor sobre direitos creditórios, títulos de crédito, valores imobiliários e aplicações financeiras, (iv) determinar ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial. Ainda, para que seja deferido o pedido de recuperação judicial, a empresa deverá demonstrar que possui viabilidade econômica, o que será analisado em conjunto com a importância social da empresa, a mão-de-obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e do passivo, o tempo de existência empresa e o porte econômico da postulante³⁴⁶. Isso tudo deve ser demonstrado pela empresa através de um plano de recuperação judicial que possua viabilidade de ser posto em prática pela requerente, sendo – por isso - o plano de recuperação judicial peça fundamental no processo, pois dele depende a realização ou não dos objetivos do instituto em estudo, quais sejam, a preservação da atividade econômica e cumprimento de sua função social³⁴⁷. O prazo para apresentação do plano de recuperação judicial, é de 60 (sessenta) dias

³⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 128-130.

³⁴⁷ Interessante citar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que ratifica essa intenção de preservação da empresa, revelando a atualidade da lei e, por outro lado, a correta aplicação da mesma pelo Poder Judiciário: “CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS. USO DAS ÁREAS OBJETO DA REINTEGRAÇÃO PARA O ÊXITO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

1. O *caput* do art. 6º, da Lei 11.101/05 dispõe que “a decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”. Por seu turno, o § 4º desse dispositivo estabelece que essa suspensão “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação.

2. Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

3. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do

da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial³⁴⁸.

Convém destacar que, mesmo tendo sido deferido o processamento do pedido de recuperação judicial, não é completamente afastada a possibilidade de ser decretada a falência, uma vez que a mesma pode ser caracterizada se não for cumprido pela empresa o plano de recuperação apresentado³⁴⁹.

Acerca dos créditos atingidos pela recuperação judicial, prevê a lei, no artigo 49, que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, com especificações nos cinco parágrafos que complementam o artigo³⁵⁰. Entretanto, os parágrafos 3º, 4º e 5º trazem exceções à regra do *caput* do art. 49, excluindo dos efeitos da recuperação judicial o credor fiduciário³⁵¹, o arrendador mercantil³⁵² ou o negociante de imóvel, se houver cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade no contrato. Também estão excluídos os Bancos credores por adiantamento aos exportadores, que são aqueles Bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de

estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa.

4. Precedentes: CC 90.075/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 04.08.08; CC 88661/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 03.06.08.

5. Conflito positivo de competência conhecido para declarar o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos da Viação Aérea São Paulo - VASP.

(CC 79.170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 19/09/2008). Ver Anexo.

³⁴⁸ Conforme o art. 53. da Lei nr. 11.101/2005.

³⁴⁹ Conforme o art. 73, IV, combinado com o art. 61, §1º da Lei nr. 11.101/2005.

³⁵⁰ § 1º. Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. § 2º. As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial. §3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. §4º. Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. §5º. Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o §4º do art. 6º desta Lei.

³⁵¹ A alienação fiduciária acontece quando um comprador adquire um bem a crédito. O credor toma o próprio bem em garantia, de forma que o comprador fica impedido de negociar o bem com terceiros.

³⁵² Arrendamento mercantil é também conhecido como contrato de leasing.

câmbio. Saliente-se que os credores excluídos dos efeitos da recuperação judicial *não são minimamente atingidos pela medida e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais*³⁵³.

Os créditos tributários, a seu turno, deverão ser objeto de negociação em separado, fora do âmbito do processo de recuperação judicial.

Por outro lado, o artigo 57 da Lei nr. 11.101/05 prevê apresentação de certidões tributárias. Nesse ponto, deve-se levar em conta o art. 206 do Código Tributário Nacional – CTN que dispõe sobre a certidão positiva com efeito de negativa, sendo aquela na qual consta a existência de créditos em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa. Considerando-se ainda o disposto pelo art. 191-A do CTN, que diz que “A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei”, entendemos que tal norma deve ser interpretada no sentido de possibilitar a concessão do benefício de recuperação judicial mediante a apresentação de certidão positiva com efeito de negativa ou deverá ser afastada sua exigência, sob pena de tornar letra morta toda a parte da nova legislação que dispõe sobre a recuperação judicial³⁵⁴.

³⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

³⁵⁴ Os tribunais já se posicionaram sobre o tema e estão buscando meios de afastar a exigência da certidão negativa. Vejamos alguns exemplos:

Recuperação Judicial - Deferimento - Ausência de Certidão Fiscal Negativa – Possibilidade - Empresarial, Tributário e Processual Civil - Agravo de Instrumento - Recuperação Judicial - Deferimento - Ausência de Certidão Fiscal Negativa - Possibilidade. Inexistência de Lei Complementar sobre parcelamento do débito tributário. Risco de lesão ao Princípio norteador da Recuperação Judicial. Improvimento da irrisignação. Inteligência dos arts. 47, 57 e 68, todos da Lei nº 11.101/2005, e art. 155-A, §§ 2º e 3º, do CTN. A Recuperação Judicial deve ser concedida, a despeito da ausência de certidões fiscais negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário procedente de tal natureza, sob risco de sepultar a aplicação do novel instituto e, por conseqüência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador (*TJMG - 5ª Câm. Cível; AI nº 1.0079.06.288873-4/001-Contagem-MG; Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira; j. 29/5/2008; v.u.*). Íntegra no Anexo.

Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação as certidões negativas de débitos tributários exigidas pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pelo INSS. Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como "terceiro prejudicado", mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação em recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo desprovido. (*TJSP: Agravo de Instrumento 5169824200 - Relator(a): Pereira Calças - Comarca: Jundiaí - Órgão julgador: Câmara Especial de Falências e Recup. Judiciais - Data do julgamento: 30/01/2008 - Data de registro: 31/01/2008*). Íntegra no Anexo.

Sobre a recuperação extrajudicial, totalmente nova em relação à legislação anterior, importante frisar que não abrange os créditos tributários, derivados da legislação do trabalho, os não vencidos, de titularidade fiduciária (parágrafo terceiro do artigo 49), créditos oriundos de adiantamento de contrato de câmbio para exportação (artigo 86, inciso II, *caput*). Tampouco suspende direitos, ações, execuções ou impede requerimento de decretação de falência pelos credores não abrangidos pelo plano. Para requerer a recuperação extrajudicial deverá o requerente preencher os requisitos previstos para o pedido de recuperação judicial (artigo 48). O plano homologado constitui-se em título executivo e, mesmo que não conte com mais de 3/5 de cada espécie de credor, uma vez homologado, abrangerá todos os credores da mesma natureza cujos créditos estivessem constituídos até a data do pedido de homologação. Como demonstração de sua atualização, prevê a lei que as partes poderão entabular outras modalidades de acordo, observados, evidentemente, todos os requisitos previstos para a homologação do acordo.

Feito este breve comentário sobre a nova lei, vejamos o principal foco da análise da Lei 11.101/2005. Busca-se, neste momento, observar sua relação com o novo Código Civil e, neste quesito, a inovação é total. Há, sem sombra de dúvidas, convergência entre a nova lei de falências e o novo Código Civil e, por via de consequência, basta ao

Recuperação judicial - Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57 da Lei U. 101/05) - Inadmissibilidade - Exigência abusiva e inócua - Meio coercitivo de cobrança - Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art. 57, a legislação específica a que faz referência o art. 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS - Dispensa da juntada de tais certidões - Agravo de instrumento provido. (TJSP: AI 4563934800 - Relator(a): Romeu Ricupero - Data de registro: 22/11/2006) Íntegra em anexo.

Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que determina à devedora para apresentar as certidões negativas de débitos tributários, exigidas pelo artigo 57, da Lei nº 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pela devedora. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial, o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei, que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo provido. (TJSP - Agravo de Instrumento 5749054700 - Relator(a): Pereira Calças - Comarca: Valinhos - Órgão julgador: Câmara Especial de Falências e Recup. Judiciais - Data do julgamento: 30/07/2008 - Data de registro: 11/08/2008) Íntegra no Anexo.

Recuperação judicial - Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57 da Lei 11 101/05) Inadmissibilidade - Exigência abusiva e inócua - Meio coercitivo de cobrança - Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art 57, a legislação específica a que faz referência o art 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS - Dispensa da juntada de tais certidões - Agravo de instrumento provido. (TJSP - AI 5079904800 - Relator(a): Romeu Ricupero - Data de registro: 06/08/2007) Íntegra no Anexo.

Processo 000.05.068.090-0 - 1ª Vara de Recuperação e Falência de Empresas de São Paulo. PARMALAT BRASIL S/A - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS – recuperação requerida em 24/06/2005. (íntegra no Anexo).

aplicador da lei buscar no Código Civil a definição de empresário e de sociedade empresária, para a correta concreção legal³⁵⁵. Adaptou-se a lei ao postulado pelo código central de Direito Privado.

Com efeito, estão excluídas da recuperação e da falência as sociedades e as pessoas físicas que desenvolvem atividade não econômica, bem como aquelas que desenvolvem atividade econômica não empresarial (exemplificativamente as atividades intelectuais, de natureza literária, artística ou científica quando não associadas a outras atividades empresariais; as sociedades organizadas como simples, as sociedades cooperativas) às quais se aplicam as normas do Código de Processo Civil que disciplinam a insolvência civil. Entretanto, a importante exclusão e reinclusão legal da atividade desenvolvida pelos profissionais intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, por exemplo, bem como as exceções societárias como a sociedade simples e a cooperativa e a atividade rural não registrada na Junta Comercial, ensejam muita discussão, inclusive – surpreendentemente -

³⁵⁵ Importante apresentar neste ponto o posicionamento jurisprudencial sobre o tema, cuja íntegra segue em anexo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMPRESA QUE SE DEDICA À VIGILANCIA DE BANCOS - ATIVIDADE EMPRESÁRIA - SUJEIÇÃO AO PROCESSO FALIMENTAR - AINDA QUE REGISTRADA NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS - AGRAVO DESPROVIDO - DESPACHO AGRAVADO CONFIRMADO. 1 - Pela nova lei de falências, Lei Federal 11.105/05, sujeita-se ao processo falimentar ou à recuperação judicial ou extrajudicial, o empresário e a sociedade empresária. 2 - Pelo novo Código Civil, art. 982, salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria do empresário sujeita a registro (art.967); e simples, as demais. 3 - No novo ordenamento civil, art. 966, empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. 4 - Pelo disposto no parágrafo único do mencionado art. 966, não é empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa. 5 - A vigilância em bancos e sociedades em geral é uma atividade empresária, pouco importando se a sociedade tem seu registro inscrito no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e está sujeita ao processo falimentar e não à insolvência civil. 6 - Agravo desprovido. 7 - Despacho agravado ratificado. (TJMG - Processo:1.0024.05.812057-7/001(1) - Relator: Fernando Bráulio - Julgamento: 14/09/2006 - Publicação: 29/11/2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE FALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO INOCORRENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. REPRESENTAÇÃO REGULAR. FALÊNCIA DECLARADA. REQUISITOS ATENDIDOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A possibilidade jurídica do pedido tem natureza processual e consiste em existir, dentro da ordem jurídica, abstratamente, a pretensão desejada pela parte. E a ordem jurídica brasileira, em abstrato, prevê a ação de falência para o caso de impontualidade do devedor. 2. O cerceamento de defesa ocorre quando o órgão julgador impede a produção de prova necessária. O suposto defeito da petição inicial não gera o vício mencionado. 3. Tem-se como regular a representação de sociedade empresária que resulta de cisão da emitente dos títulos de crédito não liquidados e da qual é procuradora. 4. Embora a falência não possa ser utilizada como sucedâneo de cobrança, presente a impontualidade do devedor e sem relevante razão de direito a justificar o inadimplemento, revela-se correta a decisão interlocutória que declara a quebra. 5. Agravo de instrumento conhecido e não provido, mantida a decisão interlocutória que declarou a falência da agravante rejeitadas três preliminares. (TJMG – Agravo nº 1.0024.06.203162-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Exmo. Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Julgamento: 09/09/2008 - Publicação: 30/09/2008).

sobre a dicotomia do Direito Privado, como se depreende da colocação de Fábio Ulhoa Coelho³⁵⁶:

A adoção da teoria da empresa pelo direito brasileiro não implicou a superação da bipartição do direito privado, que o legado jurídico de Napoleão tornou clássica nos países de tradição romana.

Alterou, isto sim, 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 suprimiu a dicotomia entre o regime jurídico civil e comercial. A partir da introdução da teoria da empresa no direito positivo brasileiro, 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)(...).

Assim, de acordo com o Código Civil de 2002, continuam excluídas da disciplina do direito comercial algumas atividades econômicas. A nova Lei de Falências reforçou a bipartição do direito privado brasileiro, ao manter um regime diferenciado para os empresários e sociedades empresárias, quando a crise se abate sobre a empresa. São quatro as atividades econômicas não-empresariais, cujos exercentes não são empresários e não podem, por exemplo, pleitear o benefício da recuperação judicial, nem falir(...).

Ainda, no que tange à abrangência da nova lei, por exceção e levando em conta a específica regulamentação e necessária fiscalização, embora empresárias, estão excluídas – parcialmente³⁵⁷ - da abrangência da lei as companhias seguradoras, operadoras de planos privados de saúde e instituições financeiras. As companhias seguradoras estão sujeitas, inclusive para sua constituição (mediante autorização) à SUSEP – Superintendência de Seguros Privados - a qual se encarrega de promover a liquidação compulsória se entender assim pertinente. Trata-se, entretanto, de exclusão parcial pelo fato de que, a partir de 2001, por força da Lei 10.190, uma vez frustrada a liquidação extrajudicial da companhia, caberá à SUSEP requerer a falência da mesma³⁵⁸. O mesmo se aplica às operadoras de planos de saúde privados (Lei nr. 9.656/98³⁵⁹) e às companhias abertas de previdência complementar (Lei

³⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14-15.

³⁵⁷ Fábio Ulhoa Coelho divide as exclusões em total e parcial. (COELHO, op. cit., p. 75-76).

³⁵⁸ Art. 26. As sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar.

³⁵⁹ Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão somente ao regime de liquidação extrajudicial. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Complementar nr. 109/01³⁶⁰), às quais se aplicam a nova lei falimentar quando verificada frustração da liquidação extrajudicial, sendo o ativo insuficiente para fazer frente ao passivo, ou quando verificada a ocorrência de crime falimentar, momento em que a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, requer a falência da companhia. Por fim, também estão parcialmente excluídas as instituições financeiras que se sujeitam a liquidação extrajudicial conforme previsto na lei nr. 6.024/74³⁶¹, as quais podem ter sua falência requerida por um credor³⁶² até o momento em que o Banco Central decreta sua intervenção ou liquidação extrajudicial, transferindo-lhe, então a exclusiva legitimidade para o requerimento e condução da extinção da sociedade. Às instituições financeiras equiparam-se as sociedades que exploram operações de leasing (resolução do BACEN nr. 2.309/96), administradoras de consórcio (Lei nr. 5.768/71³⁶³) e sociedades de capitalização (Decreto – Lei nr. 261/67) que

Parágrafo 1º As operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses: I – o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários; II – o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial.; ou III – nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto – Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

³⁶⁰ Lei Complementar nr. 109/2001 (Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências) (...) Art. 47. As entidades fechadas não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas a falência, mas somente a liquidação extrajudicial.” Acredita-se que a conclusão de Fábio Ulhoa Coelho decorra da interpretação do referido artigo, a contrário senso, embora o artigo 43 da referida lei somente preveja intervenção e liquidação extrajudicial para as entidades abertas.

³⁶¹ Lei nr. 6.024/1974 (Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências) (...) Art . 12. À vista do relatório ou da proposta do interventor, o Banco Central do Brasil poderá: a) determinar a cessação da intervenção, hipótese em que o interventor será autorizado a promover os atos que, nesse sentido, se tornarem necessários; b) manter a instituição sob intervenção, até serem eliminadas as irregularidades que a motivaram, observado o disposto no artigo 4º; c) decretar a liquidação extrajudicial da entidade; d) autorizar o interventor a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida. (...) Art . 21. A vista do relatório ou da proposta previstos no artigo 11, apresentados pelo liquidante na conformidade do artigo anterior o Banco Central do Brasil poderá autorizá-lo a: a) prosseguir na liquidação extrajudicial; b) requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares. Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto neste artigo, em qualquer tempo, o Banco Central do Brasil poderá estudar pedidos de cessação da liquidação extrajudicial, formulados pelos interessados, concedendo ou recusando a medida pleiteada, segundo as garantias oferecidas e as conveniências de ordem geral.

³⁶² Em sentido contrário: APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA ATACADA. NÃO CONHECIMENTO. Deixa-se de conhecer da apelação que não impugna os fundamentos da sentença. Inteligência do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que, ainda que o recurso fosse conhecido, não seria provido, dada a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade passiva da instituição financeira demandada (Lei nº 11.101/2005, art. 2º, II). APELO NÃO CONHECIDO. (TJRS - Apelação Cível. Nº 70015094535. Sexta Câmara Cível. Porto Alegre, 19 de julho de 2007). Ver Anexo.

³⁶³ Essa referência de Fábio Ulhoa Coelho é de sua publicação anterior à entrada em vigor da nova lei de consórcios, sendo que o art.7, I, da Lei 5.768 foi revogado pela Lei 11.795, de 08/10/08, que “Dispõe sobre o Sistema de Consórcio”, a qual prevê a liquidação judicial ou extrajudicial, verbis: (...) Art. 7º Compete ao Banco Central do Brasil: (...) VII – intervir nas administradoras de consórcio e decretar sua liquidação

são espécies do gênero instituições financeiras³⁶⁴.

A seu turno, por critério de conveniência e interesse público, estão totalmente excluídas da abrangência da nova lei de falências, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, sendo que estas se sujeitam às regras de liquidação do Banco Central.

extrajudicial na forma e condições previstas na legislação especial aplicável às instituições financeiras. (...). Art. 39. A administração especial e a liquidação extrajudicial de administradora de consórcio são regidas pela Lei nr. 6.024, de 13 de março de 1974, pelo Decreto-Lei nr. 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, pela Lei nr. 9.447, de 14 de março de 1997, e por legislação superveniente aplicável às instituições financeiras, observado o disposto nesta Lei. Segundo a Lei nr. 5.768/ 1971 – (...) Art 10. O Banco Central do Brasil poderá intervir nas empresas autorizadas a realizar as operações a que se refere o artigo 7º, e decretar sua liquidação extrajudicial na forma e condições previstas na legislação especial aplicável às entidades financeiras.

³⁶⁴ Com posicionamento contrário assevera Sérgio Campinho que essas sociedades estão excluídas da abrangência da Lei nr. 11.101/2005. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006. Para Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn em *Falência e Recuperação da Empresa em Crise: comparação com as posições do Direito Europeu*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 301, a aplicação da lei de falências é parcial depois de requerida pelo Banco Central.

CONCLUSÃO

Na introdução ao presente trabalho, foi o mesmo apresentado como uma decorrência lógica e natural de um trabalho anterior, mais especificamente, de uma dissertação de mestrado intitulada “A Empresa como Elemento de Unificação no Direito Privado”. Nela se concluiu que o Direito Comercial regulou uma realidade que hoje não mais existe e, por outro lado, regulou algumas matérias, como é o caso dos atos de comércio, sem o embasamento científico que permite às legislações subsistirem ao tempo. Também se disse que o empirismo que assolou a teoria dos atos de comércio não seria de todo criticável se tivesse sido associado ao racionalismo. Porém, como aplicado isoladamente, foi sinônimo de estagnação pelo fato de não generalizar, de se manter adstrito ao particularismo dos fenômenos, sendo sempre casual. Faltou-lhe a união do empirismo com o racionalismo, pela soma do sentimento do real (fato) com a apreensão do geral, única forma de se alcançar a evolução científica. Justamente à ciência cabe elaborar este percurso, esta ponte que liga o fato ao geral e, conseqüentemente, ao método científico cabe a revelação do direito. Em assim ocorrendo, as variações dos fatos e a inserção de elementos heterogêneos na substância social transformam-se em elementos renovadores da própria lei e das relações jurídicas. Esse ‘autofomentar-se’ é que, em parte, não se verificou no Direito Comercial, justamente pela ausência de critério científico. Sobretudo, poder-se-ia dizer que o resultado dessa inadequação da Lei Comercial à realidade e da ausência de critério científico, como no caso dos atos de comércio, era a dualidade de sistemas legislativos, na maioria das vezes concorrentes, pois orientavam os mesmos fatos, valorados de forma idêntica. Essa situação permitia que cada um decidisse aplicar a lei que lhe aprovesse, fato este que explica o motivo de tantas decisões dissonantes nos tribunais, acerca da determinação da natureza jurídica de uma relação privada. Como o Direito Comercial não justificava a manutenção de princípios e instituições de forma a sustentar cientificamente a dicotomia, defendeu-se a unificação do Direito Privado.

Aplaudimos nosso novo Código Civil que, embora negue a unificação do Direito Privado, representa uma grande evolução, inclusive quando comparado ao Código Civil Italiano. Enquanto, na Itália, conceitos de naturezas distintas foram trabalhados no mesmo plano, de forma que a empresa, entendida como atividade, subdividiu-se em civil, comercial, industrial, prestadora de serviços..., ou seja, somando o conceito de ramo de atividade econômica com ramo da ciência jurídica, nosso novo código aboliu o ‘sistema dos

atos de comércio'. O novo Código Civil (CC), aceitou o ato empresarial como sucessor dos atos de comércio, sepultou a denominação 'comercial', que, na atualidade, não corresponde a um conjunto de relações jurídicas em específico. O novo CC também acabou com a conturbada distinção entre sociedades civis com e sem fins lucrativos. De acordo com o novo Código, toda sociedade objetiva lucro e as organizações cujo objetivo final não é o lucro são denominadas de associações (sempre com a ressalva de que também às associações o resultado é necessário sob pena de não serem administráveis).

Apresentadas as conclusões que foram alcançadas naquele trabalho e que fundamentaram e serviram de premissas para o presente estudo, vejamos a quais conclusões chegamos sobre a proposta do Código Civil de 2002 no que tange a divisão das sociedades em empresárias e não empresárias, bem como sobre o conteúdo e abrangência do 'elemento de empresa' previsto no parágrafo único do artigo 966, o qual age como um fator de reinclusão das atividades de natureza científica, literária ou artística na definição das atividades empresariais.

Em consonância com a proposta do novo Código Civil, é lógico e sistemático afirmar que toda pessoa que exercita uma atividade econômica (independentemente do seu objeto) de forma organizada para a produção de bens ou serviços, deve ser reputada empresária, aplicando-se-lhe as disposições relativas ao Livro II – Do Direito da Empresa. Há, entretanto, pessoas que exercem atividade econômica sem alguma das características que qualificam o empresário e, por isso, serão igualmente reguladas pelo Livro II do Código Civil, porém não se lhes aplicando as previsões do Título I e algumas dos Títulos II e III.

A par do conceito legal do *caput* do artigo 966, o novo Código, por força do previsto no parágrafo único do referido artigo 966, excetuou da possibilidade de serem reputados empresários aqueles que exercem atividade intelectual 'de natureza científica, literária ou artística, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa'.

A previsão contida no artigo 966 do Código Civil de 2002 seguiu a previsão do Código Civil Italiano de 1942, mais especificamente do artigo 2238. Com efeito, o artigo 2238 encontra-se no título III do Código Civil Italiano que trata – especificamente – do trabalho autônomo. O título II trata do trabalho na empresa e o título I, da disciplina da atividade profissional. Ou seja, de uma leitura sistemática, só se poderia concluir, do *caput* do

referido artigo, que se refere aos profissionais intelectuais, os quais não são, a priori, considerados empresários, estes sim, definidos no Título II, no artigo 2082 do Código Civil Italiano. Daí porque os doutrinadores italianos interpretam que, quando os profissionais intelectuais exercerem atividade própria da sua formação, e esta atividade se associar, for mais um componente/elemento, a/de outras atividades – estas sim – ‘organizadas empresarialmente’, aplicam-se as disposições relativas à empresa. Ademais, o parágrafo único do referido artigo, dispõe que, em sendo a atividade intelectual exercida de forma independente ou associada a uma atividade empresária, se a mesma for executada empregando-se auxiliares ou colaboradores, a relação destes para com o profissional intelectual será regida pelas disposições que regulam o trabalho na empresa – o trabalho subordinado (seção II, III e IV do capítulo I do título II, do livro V), sem com isso passar a considerar como empresária a atividade intelectual exercida independentemente.

Já o Código Civil Brasileiro, pela sistemática adotada, deixou claro que os profissionais intelectuais que exercem atividade de natureza literária, artística e científica, sem sombra de dúvidas, poderiam, tal qual qualquer outro profissional, organizar-se de forma empresarial. Ao mesmo tempo, não querendo, entretanto, permitir que esses profissionais se enquadrassem como empresários, excetuou-os – expressamente - no parágrafo único, da disposição contida no *caput* do mesmo artigo 966. Ou seja, mesmo que presentes todos os elementos caracterizadores da atividade empresarial, a atividade intelectual, de natureza científica, artística ou literária não será considerada empresária.

Esta expressa exclusão é reconhecida pelos autores do Código, especificamente por Sylvio Marcondes e por Miguel Reale que originariamente denominaram o “Livro II” como “Da atividade negocial”. Não só o título do Livro II foi alterado, como também a redação do parágrafo único do artigo 966 que anteriormente previa ‘salvo se o exercício da profissão constituir elemento de atividade organizada em empresa’, ou seja, de forma bastante semelhante à da redação italiana. Percebe-se, pois, que não se está falando em um outro elemento isolado, denominado ‘elemento de empresa’, mas sim que a atividade intelectual será somada a outra que, esta sim, será exercida na forma empresarial. A redação final do parágrafo único do artigo 966 ficou suscinta demais com a subtração da “atividade organizada em”, uma vez que também lhe foi retirado esse caráter de adição à outra atividade.

Portanto, pela exceção categórica do Código, essas atividades, por si só, jamais serão consideradas empresariais. Porém, poderão somar-se a outras, estas, empresárias, sendo que neste caso, ao invés de a atividade empresária ‘transformar-se’ em não empresária, conferirá à atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística a qualidade de empresária. Alcançada a conclusão poder-se-ia questionar se acertada a decisão dos autores do Código Civil de 2002. Os juristas que elaboraram o Código entenderam que, de acordo com a nossa cultura e, conseqüentemente, nossa experiência, não estávamos prontos para reconhecer a empresariedade dessas atividades. Percebido o despreparo, imperioso o reconhecimento de que os autores adotaram a melhor técnica ao excluírem, no próprio corpo do Código Civil, a empresariedade das referidas atividades. Com efeito, para muitas leis aditivas ou para os próprios operadores e aplicadores do Direito ainda não estão claras a estrutura e abrangência do ‘Direito de Empresa’, qualificando atividades como empresariais comerciais ou civis, de onde se conclui que não estamos aptos a corretamente concretizar as definições sobre a qualidade empresarial do exercício profissional de determinadas atividades.

Entretanto, a exceção formulada pelo Código não pode ser considerada uma dicotomia, de vez que a própria Lei nr. 10.406/02 prevê a possibilidade de serem essas atividades compreendidas como empresariais, desde que o ‘elemento de empresa’ ocorra. Neste caso, o ‘ente’, ‘atividade intelectual de natureza científica, literária’, ou artística aparece simultaneamente compreendido nos dois universos, tanto no não-empresarial quanto no empresarial. Ademais, independentemente da definição de ‘elemento de empresa’, devemos lembrar que a todas as atividades aplicar-se-ão os princípios e disposições do novo CC.

O mesmo raciocínio vale para a qualificação de sociedades empresárias e não-empresárias. A nova proposta para o ramo do Direito Societário inaugurada pelo Código Civil de 2002 definiu as sociedades empresárias e previu os tipos societários que, independentemente da forma de exercício da atividade (objeto), não são consideradas empresárias, ou como também é usualmente nominado, entre sociedades empresárias e sociedades simples “lato senso”. Com efeito, a denominação sociedade simples “stricto senso” define um tipo societário, uma organização societária, tal qual o tipo limitada, sociedade por ações, em nome coletivo etc... Entretanto, como o tipo societário simples é o tipo característico das sociedades não empresárias por excelência, passou a ser usado como um sinônimo de sociedade não empresária, muito embora possa a mesma adotar o tipo limitada, em nome coletivo, cooperativa e em comandita simples. Por outro lado, o tipo

societário simples é também tipo societário de aplicação supletiva para outros que servem para organizar tanto as sociedades empresárias como as não empresárias, como é o caso das sociedades em nome coletivo e da sociedade limitada, por exemplo. Isso porque, na sistemática do Código no qual o Direito Obrigacional foi unificado e a empresa serviu também como elemento de unificação do próprio Direito Privado, porém sem assim ser admitido por seus autores, toda sociedade que tenha por objeto atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços é empresária. Logo, justamente por se enquadrarem perfeitamente na definição de sociedade empresária e, ao mesmo tempo, desejando o legislador que algumas atividades não se submetessem aos efeitos da aplicação de alguns institutos empresariais, como antes referido, tratou de excluí-las (em certas circunstâncias - em parte - e, em outras, prevendo de alguma forma sua reinclusão), das previsões de empresário e de sociedade empresária, sem, no entanto, excluí-las da abrangência das demais previsões contidas no Livro II. Outra, aliás, não poderia ser a posição do legislador, uma vez que uma sociedade limitada pode tanto ter por objeto atividade não considerada empresária como empresária, por força do artigo 983, de forma que o ‘ente sociedade limitada’ compreendido na esfera de sociedade empresarial está – concomitantemente – compreendido na esfera sociedade não empresarial, não se tratando, pois, – essa divisão - de uma dicotomia. Tampouco, pelo exemplo acima citado, poder-se-ia cogitar de autonomia legislativa ou jurídica da sociedade empresária com relação à sociedade não empresária. No que tange à autonomia formal ou legislativa, dela não se cogita pelo simples fato de que o Código Civil de 2002 regula tanto as sociedades empresárias quanto as não empresárias. Por outro lado, não se trata de autonomia jurídica, uma vez que os ‘princípios diretivos’ que orientam ‘o corpo orgânico de normas que regula’ as sociedades - sejam empresárias ou não - tem por base os mesmos ‘princípios diretivos’, nos dizeres de Ferrara, os quais, conseqüentemente, não são diversos nem opostos. Por último, não se poderia cogitar de um ramo especial do Direito Societário não empresarial em relação ao empresarial, uma vez que as relações estruturais das sociedades empresárias e das não empresárias não são heterogêneas. Por isso, a proposta original do projeto do Código Civil de 2002 talvez estivesse mais correta quando nominou o “Livro II” de “Atividade Negocial” dentro da qual estavam previstos quatro títulos: “Título I - Do Empresário”, “Título II – Da Sociedade”, “Título III – Do Estabelecimento”; “Título IV – Dos Institutos Complementares”. Assim, vários institutos da atividade negocial aplicar-se-iam a todas as sociedades, fossem elas empresárias ou não e, dentro do título referente ao empresário, previa-se a exclusão de determinadas atividades da condição de serem exercidas por empresários.

E, por fim, como o que determinava, mesmo que erroneamente, a dicotomia do Direito Privado eram os atos praticados e não, os sujeitos que os praticavam, tampouco se pode dizer que a existência da sociedade simples em oposição à sociedade empresária é mantenedora da dicotomia. Não poderia a consequência da existência, ou não, da dicotomia ser ao mesmo tempo sua causa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade Simples: novo tipo societário?* São Paulo: LEUD, 1975.

ALFANDARDI, Elie; JEANTIN, Michel. Sociétés Civiles, Associations et Autres Groupements. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, ano 46, n. 4, p. 675-689, out./dez. 1993.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Execução de Bens dos Sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica: doutrina e jurisprudência*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES JÚNIOR, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2002.

ANDRADE Jr., Attila de Souza Leão. *Comentários ao Novo Código Civil: direito das sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 4.

ANTEPROJETO de Código Civil. Publicação do Ministério da Justiça, 1972.

ARAÚJO, José Francelino (coord.). *Direito Empresarial*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

ARENDDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Novo Código Civil a Unificação das Obrigações e o Novo Direito*. Barueri: Manole, 2002.

ASCARELLI, Tulio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1946.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1962.

_____. O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do

Direito Privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 37, vol. 114, p.237-252, abr./jun. 1999.

_____. *Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução e notas de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nova série, ano 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ATLAS of the World History. Londres: Dorling Kindersley Limited, 1999.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 7.

BELLARGENT, G. L'unification des Sociétés Civiles et des Sociétés Commerciales: les Règles de constitution des sociétés civiles et des sociétés commerciales. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, ano 36, n. 2, p.189-208, abr./jun. 1983.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise de crítica da relação de consumo*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1972.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis, 1989.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BULGARELLI, Waldírio. Problemática do Direito Empresarial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nova série, ano 30, n. 82, p.62-68, abr./jun. 1991.

_____. *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial (O Direito das Empresas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Tratado de Direito Empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CÁMARA, Hector. Una aproximacion al Proyecto de Unificacion Legislativa Civil y Comercial. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba*, tomo XXVI, p.253-287, 1987

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARBONE, Paolo L. Uno Statuto dell'impresa per i paesi del Mercosur. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazione*, Roma, Dr. Francesco Vallardi, p. 34-79, jan./fev. 1996.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito da empresa (Arts. 1.050 a 1.195)*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 13.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario Breve al Codice Civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2002.

CODICE Civile Annotato com la Giurisprudenza della Corte Costituzionale, Dekka Corte di Cassazione e delle Giurisdizione Amministrative Superiori, a cura di Franceso Felicetti. 13. ed. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2005. t. 2.

CODICE Civile Commentato, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Mariconda. Vicenza: IPSOA, 2005.

CÓDIGO Civil dos Estados Unidos do Brasil. Commentado por Clovis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. 2 vol.

CÓDIGO Civil, Projeto de Lei n. 634-13m de 1975 (Redação final) aprovada pela Câmara dos Deputados em 17 de maio de 1984. Suplemento n. 47. Brasília: Julex Livros, 1984.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa*. 20. ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

_____. *O Empresário e os Direitos do Consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, Luiz Fernando. Dialética e Modelo em Reale. *Revista Brasileira de Filosofia*. v. 33, p.397-423, out./dez. 1983.

_____. *Teoria Crítica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4. ed. Boston: Addison-Wesley, c2004.

CORLAY, Paul. La Protection des Tiers dans le Nouveau Droit Commum des Sociétés Civiles. *Revue Trimestrielle de droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, n.34, p.233-277, 1981.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. *A Nova Etapa da Reforma do Código Civil*. São Paulo: Saraiva/IASP, 2002.

COSTA, Philomeno J. da. *Autonomia do Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 37, p. 42-59, jul. 1986.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. vol. 8.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Lineamentos Jurídicos da Empresa e o Código do Consumidor, *Revista dos Tribunais*, n. 671, p. 63-69, set. 1991.

DAUBLON, Georges. Le Domaine des Sociétés Civiles. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, ano 36, n. 1, p.19-49, jan./mar. 1993.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DERRUPPÉ, Jean. Chroniques de Législation et de Jurisprudence Françaises – Organisation Générale du Commerce. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, ano 36, n. 4, p.545, out./dez. 1983.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 vol.

DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ESCARRA, Jean. *Manuel de Droit Commercial*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. vol.1.

ESTRELA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.

FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FALLA, Laureano F. Gutiérrez. *Derecho Mercantil: la empresa*. Buenos Aires: Astrea, 1985. v. 1.

FERRARA J., Francesco. *Gli Imprenditori e le Società*. 2. ed. Milão: Dott. A Giuffrè, 1946.

_____. *La Teoria Jurídica de la Hacienda Mercantil*. Florença: Casa Editrice de Dott. Carlo Cya, 1948.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial: o estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

_____. *Tratado de Direito Comercial: o estatuto do comerciante*. São Paulo: Saraiva, 1961. vol. 2.

_____. *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*. São Paulo: São Paulo Editora, 1934. vol. 1.

FISCHER, José Flávio Bueno. Sociedades Civas e Sociedades Comerciais: aspectos distintivos. *Revista Estudos Jurídicos*, ano 25, n. 64, p. 29-44, jan./abr. 1992.

FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FORGIONI, Paula A. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

_____. Apontamentos sobre Algumas Regras de Interpretação dos Contratos Comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 141, p. 31-40, jan./mar. 2006.

FRANCESCHELLI, Remo. *Imprese e Imprenditori*. Milano: Dott, 1972.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise: comparação com as posições do Direito Europeu*. São Paulo: Elsevier, 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira. *Código Civil: esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. 2 vol.

_____. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910. 2 vol.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GALGANO, Francesco. *L'Impeditore*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1974.

_____. *Commentario Breve al Codice Civile*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2006

_____. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Padova: Cedam, 1978. vol. 2.

GARCIA, Manoel Calvo. *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*. Zaragoza: Tecnos, 1994.

GHIDINI, Mario. *Disciplina Giuridica dell' Impresa*. Milano: Dott, 1950.

_____. *Lineamenti Del Diritto Dell'impresa*. Milão: Dott. A Giuffrè, 1978.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale del Diritto Commerciale*. (Trad. Pouchain & Scialoja). Berlin: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1913.

_____. *Storia Universale Del Diritto Commerciale*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1913.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais Inovações no Código Civil 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOSSELIN, Antoinette. La Réforme du 13 Avril 1995: la Fin de la Théorie des Cadres Égaux Obligatoires et l'Apparition d'une Société Commerciale à Forme Civile. *Revue de la Faculté de Droit de Liège, Actualités du Droit*, p. 717-751, set. 1997.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GUHL, Theo *Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*. 9. ed. Zürich : Schulthess, 2000.

GUIGOU, Hubert. L'Unification des Sociétés Civiles et Comerciales vers un Droit Commum? Gestion et contrôle. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. vol. 36, n. 4, p. 526-543, out./dez. 1983.

GUIZZI, Giuseppe. Il Concetto di Impresa tra Diritto Comunitario, Legge Antitruste e Codice Civile. *Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Padova, n.3-4, p.277-313, mar./apr. 1993.

GUSMÃO, Mônica. *Curso de Direito Empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GUYON, Yves. La Situation des Associés dans les Sociétés Civiles et les Sociétés Commerciales ne Faisant pas Publiquement Appel à lé Épargne. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, ano 36, n. 3, p.355-367, jul./set. 1983.

HARBICH, Ricco. *Conceito e Destinação do Lucro na Nova Lei das Sociedades por Ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Direito Empresarial*. São Paulo: De Direito, 1998.

INZITARI, Bruno. *L'impresa nei Rapporti Contrattuali*”, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia: L'impresa*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio milani, 1978. vol.2.

IRTI, Natalino. Consolidazione e Codificazioni delle Leggi Civili. *Revista di Diritto Civile*, parte I, p.304-09, 1993.

_____. *L'Età della Decodificazione*. Roma: Giuffrè, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KÜMPEL, Siegfried. *Direito do Mercado de Capitais: do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LE PERA, Sergio. *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

LOBO, Jorge; PIMENTEL, Sérgio. A Recuperação da Empresa em Crise no Direito Francês. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 37, vol. 113. p. 148-153, jan./mar 1999.

_____. A Empresa: novo instituto jurídico. *Seleções Jurídicas/Coad*, n. 01, p. 12-20, 1998.

LOMACO, José Antônio. Falência – A Lei de Falências no Direito Brasileiro e a Conveniência de sua Modificação – Sugestão Legislativa. *Jornal Síntese - Caderno Doutrinas e Comentários*, ano 3, n.29, p.19-22, jul. 1999.

MACDONALD, Norberto da Costa Caruso. O projeto de Código Civil e o Direito Comercial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.16, p.139-160, 1999.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958.

MARCONDES, Sylvio. Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil. *Revista Forense*, n.210, p.28-38, abr./jun. 1965.

_____. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad. 1970.

_____. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARQUES, Claudia Lima. Normas de Proteção do Consumidor (Especialmente, no Comércio Eletrônico) Oriundas da União Européia e o Exemplo de sua Sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – Notícia sobre as profundas modofocações no BGB para Incluir a Figura do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n.4, p.51-93. out./dez. 2000.

_____. Cem Anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revistas dos tribunais*, n. 741, jul. 1997.

_____. Das neue brasilianische zivilgesetzbuch von 2002 : bemerkungen zum neuen unternehmensrecht (Direito de Empresa) und der quellendialog mit dem verbraucherschutzgesetzbuch von 1990. *Cadernos do programa de pós-graduação em direito - PPGDir./UFRGS*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 2, n. 4, p. 295-316, jun. 2004.

MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O Direito Privado como um Sistema em Construção. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n.15, p.129-153, 1998.

_____. *Sistema e Cláusula Geral: a boa-fé objetiva no processo obrigacional*. 1996. 2v. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1996.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASCHERONI, H. Fernando; MUGUILLO, A. Roberto. *Régimen Jurídico del Socio*. Buenos Aires: Astrea, 1996.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MAYO, Jorge; CABANA, Roberto M. Lopez; ALTERINI, Atilio A. *Obligaciones: Limitacion Cuantitativa de la Indemnizaron*. *Temas de Derecho Privado*, Buenos Aires, vol. 11, 1999.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. v.1.

MERCADAL, Barthélémy. Le Critéri de Distinctions des Sociétés Civiles et Commerciales. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, vol. 35, n. 4, p. 513-517. out./dez. 1982.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. vol. 1, 22 e 39,

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970. vol. 3.

MONTS, Roger Dorat des. L'unification des sociétés civiles et commerciales: vers un droit commun? *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. vol. 35, n. 4, p. 507-509, out./dez. 1982.

MOSSA, Lorenzo. Brevi Note per lo Studio del Nuovo Diritto Commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, Parte Primeira, v.41, 1943.

_____. Historia del Derecho Mercantil en Los Siglos XIX y XX,— Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Serie C, v. 31, 1948.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, Fernando. Pessoas Jurídicas, Organizações Sociais e Patrimônios Especiais. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, v.1, p.41, 1998.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Desenvolvimento da Teoria da Empresa: fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. *Seleções jurídicas/Coad*, n. 01, p. 18-22, 1998.

_____. A Possibilidade Jurídica da Declaração de Falência das Sociedades Civis com a Adoção da Teoria da Empresa no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 37, n. 113, p. 136-147, jan./mar. 1999.

OLIVEIRA, Milton. *Direito Civil: 1200 perguntas e respostas*, adaptado à redação do Novo Código Civil, Lei n. 10.406/02. São Paulo: LTr, 2002.

PALMA, João Augusto da. *O Novo Código Civil e Comercial Aplicado ao Tratado*. Porto Alegre: LTr, 2002. 567p.

PETTITI, Priscilla. Le nuove società di professionisti. *Rivista Del Diritto Commerciale*, n. 11-12, p. 1.021-1.036, nov./dic. 1997

RAISER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, v. 9, n. 25, p.1-199, 1979.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, São Paulo: Paulinas, 1990.

REALE, Miguel. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Fontes e Modelos do Direito para um Novo Paradigma Hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O Direito como Experiência*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O Projeto do Novo Código Civil – Situação após a Aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial* São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995.

RESCIGNO, Pietro (dir.). *Trattato di Diritto Privato: impresa e lavoro*. 2. ed. Torino: UTET, 1986. vol. 15.

RIVOLTA, Gian Carlo M. Gli atti d'impresa. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, ano 40, n. 1, p. 121, jan./fev. 1994.

ROBÉ, Jean Philippe. L'entreprise en droit. *Revista Droit et Société*, Paris, n. 29, p.117-136. 1995.

ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. México: Nacional, 1981.

ROVAI, Armando Luiz. *Direito de Empresa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SADDI, Jairo; CASTELAR, Armando. *Direito, Economia e Mercados*. São. Paulo: Campus, 2005.

SAINT-ALARY-HOUIN, Corine. Les Critères Distinctifs de la Société et de l'Indivision depuis les Réformes Récentes du Code Civil. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, ano 32, n. 4, p. 647-95, set./dez. 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A Fattispecie "Empresário" no Código Civil de 2002, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, ano 45, n. 144, out./dez., 2006.

SAMTLEBEN, Jürgen. Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano. *Revista Informativa Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, p.257-277, jan./mar. 1985.

SANSEVERINO, Luisa Riva. *Del Lavoro*: art 2060-224. Bologna: Nicola Zanichelli, 1943.

SENDIN, Paulo M. Sistemas de Direito Comercial a partir do Século XIX. *Revista Direito e Justiça*, v. 12, t. 1, p.247-208, 1998.

SOUZA, Herculano Marcos Inglês de. *Prelecções do Dr. Inglês de Souza*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & C., 1910.

_____. *Projecto de Codigo Commercial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1912.

TAPAI, Gisele de Melo Braga. *Novo Código Civil: Lei 10.406/2002, em vigor a partir de 11/01/2003*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOWARDS a European Civil Code. 2. ed. rev. and exp. Boston: Kluwer Law International, 1998.

TREITEL, G. H. *An Outline of the Law of Contract*. 5. ed. London: Butterworths, 1995.

VALERI, Giuseppe. Autonomia e Limiti del Nuovo Codice Commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, parte primeira, v.41, 1943.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Novo Código Civil: texto comparado*. São Paulo: Atlas, 2002.

VERÓN, Alberto Victor. *Nueva Empresa y Derecho Societário*. Buenos Aires: Astrea, 1996.

VICTORIA, Basz et al. Derecho Internacional Privado: Régimen de los Contratos para la Integración del Mercosur. *Temas de Derecho Privado*, Buenos Aires, v. 11, p.129-150, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 3. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1906.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. (Trad. AM. Botelo Hespanha). Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1980.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito de das organizações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005.

ANEXO

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 623.772 - ES (2004/0001607-6)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : **RODRIGUES OLIVEIRA E MODESTO ADVOCACIA**
ADVOGADO : **CRISTIANO TESSINARI MODESTO E OUTROS**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**
ADVOGADO : **JOSÉ EDUARDO COELHO DIAS E OUTROS**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. SOCIEDADES DE ADVOGADOS.

1. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68 estabelece alguns requisitos, sem os quais a sociedade estará obrigada a recolher o ISS com base na sistemática geral, vale dizer, sobre o valor do seu faturamento. São eles: a) que a sociedade seja uniprofissional; b) que os profissionais nela associados ou habilitados prestem serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal.

2. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) permite concluir que as sociedades de advogados, qualquer que seja o respectivo contrato social, caracterizam-se como sociedades uniprofissionais. O dispositivo proíbe que essas entidades realizem "atividades estranhas à advocacia" ou incluam em seus quadros "sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar".

3. Os profissionais que compõem os quadros de uma sociedade de advogados prestam serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal. Essa conclusão é possível diante da leitura do art. 15, § 3º, da Lei n.º 8.906/94, segundo o qual "as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte"; do art. 17, que fixa a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia; bem como do art. 18, do mesmo diploma legal, que estabelece que "a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia".

4. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 espanca qualquer dúvida acerca da natureza não-empresarial das sociedades de advogados. Segundo a previsão normativa, não serão admitidas a registro, nem poderão funcionar, "as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis".

5. Tranqüila a conclusão de que a sociedade civil de advocacia, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68, já que são necessariamente uniprofissionais, não possuem natureza mercantil, sendo pessoal a responsabilidade dos profissionais nela associados ou habilitados.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator". Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 1º de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 623.772 - ES (2004/0001607-6)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : **RODRIGUES OLIVEIRA E MODESTO ADVOCACIA**
ADVOGADO : **CRISTIANO TESSINARI MODESTO E OUTROS**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**
ADVOGADO : **JOSÉ EDUARDO COELHO DIAS E OUTROS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, interposto contra acórdão que concluiu que o benefício estabelecido pelo art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68 não se aplica à recorrente - sociedade de advogados - em face de seu "caráter empresarial".

Sustenta a recorrente, em síntese, violação ao art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68, bem como aos artigos 15, 16, 17 e 18 da Lei n.º 8.906/94. Segundo entende, as sociedades de advogados não apresentam natureza mercantil, sendo certo que as cláusulas constantes dos respectivos contratos sociais são exigências da própria legislação que rege a advocacia, sem as quais os atos constitutivos da sociedade não são admitidos a registro.

Aduz, ainda, dissídio pretoriano entre a decisão recorrida e inúmeros precedentes que colaciona, inclusive desta Corte de Justiça.

Às fls. 619/625, o recorrido sustenta, preliminarmente, a inadmissibilidade do recurso em razão do óbice existente nas Súmulas 05 e 07 desta Corte. Quanto ao mérito, defende a correção do acórdão hostilizado.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 623.772 - ES (2004/0001607-6)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. SOCIEDADES DE ADVOGADOS.

1. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68 estabelece alguns requisitos, sem os quais a sociedade estará obrigada a recolher o ISS com base na sistemática geral, vale dizer, sobre o valor do seu faturamento. São eles: a) que a sociedade seja uniprofissional; b) que os profissionais nela associados ou habilitados prestem serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal.

2. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) permite concluir que as sociedades de advogados, qualquer que seja o respectivo contrato social, caracterizam-se como sociedades uniprofissionais. O dispositivo proíbe que essas entidades realizem "atividades estranhas à advocacia" ou incluam em seus quadros "sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar".

3. Os profissionais que compõem os quadros de uma sociedade de advogados prestam serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal. Essa conclusão é possível diante da leitura do art. 15, § 3º, da Lei n.º 8.906/94, segundo o qual "as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte"; do art. 17, que fixa a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia; bem como do art. 18, do mesmo diploma legal, que estabelece que "a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia".

4. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 espanca qualquer dúvida acerca da natureza não-empresarial das sociedades de advogados. Segundo a previsão normativa, não serão admitidas a registro, nem poderão funcionar, "as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis".

5. Tranqüila a conclusão de que a sociedade civil de advocacia, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68, já que são necessariamente uniprofissionais, não possuem natureza mercantil, sendo pessoal a responsabilidade dos profissionais nela associados ou habilitados.

6. Recurso provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Conheço do recurso pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Discute-se, na hipótese, se as sociedades civis de advocacia devem recolher o ISS sobre o valor do seu faturamento (regra geral prevista no *caput* do art. 9º do Decreto-lei n.º

Superior Tribunal de Justiça

406/68) ou se deve o imposto ser calculado com base em um valor fixo multiplicado pelo número de profissionais que compõem a sociedade (art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68).

Inicialmente, afasto a aplicação dos enunciados das Súmulas 05 e 07 desta Corte. O deslinde da controvérsia prescinde do revolvimento dos aspectos de fato constantes do processo. Dispensável, também, é a análise das cláusulas do contrato social da recorrente, para que se possa chegar a uma conclusão relativa ao alcance da norma contida no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68, que apresenta a seguinte redação:

"Art 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável".

Quanto às inúmeras sociedades civis uniprofissionais (médicos, dentistas, farmacêuticos, contabilistas, engenheiros, dentre outras), constituídas perante o registro civil, efetivamente, torna-se necessária a análise das cláusulas dos respectivos contratos sociais, para que então seja possível concluir pela aplicação ou não da norma em destaque.

O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68 exige alguns requisitos, sem os quais a sociedade estará obrigada a recolher o ISS com base na sistemática geral, vale dizer, sobre o valor do seu faturamento. São eles: a) que a sociedade seja uniprofissional; b) que os profissionais nela associados ou habilitados prestem serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal.

Assim, a comprovação de que a sociedade preenche os requisitos legais faz-se, rotineiramente, através da análise das cláusulas constantes de seus atos constitutivos. Essa conclusão não se aplica, entretanto, às sociedades de advogados. A razão é simples. O contrato social que constitui uma banca de advocacia, registrado perante a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, é regido pela Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), que estabelece uma série de cláusulas obrigatórias, sem as quais o contrato não é admitido a registro. Os artigos 15, 16, 17 e 18 da Lei sob referência encontram a seguinte redação:

"Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço

Superior Tribunal de Justiça

de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

§ 1º A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.

§ 2º Aplica-se à sociedade de advogados o Código de Ética e Disciplina, no que couber.

§ 3º As procurações devem ser **outorgadas individualmente** aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

§ 4º Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

§ 5º O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios obrigados à inscrição suplementar.

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos".

"Art. 16. **Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.**

§ 3º É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia".

"Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde **subsidiária e ilimitadamente** pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer".

"Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, **não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.**

Parágrafo único. O advogado empregado não está obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego".

A Lei que rege a advocacia em nosso país estabelece uma série de condições, de conteúdo obrigatório, para as sociedades de advogados, sob pena de não terem seus contratos sociais admitidos a registro. Essas notas características fazem com que esse tipo de sociedade civil preencha os requisitos legais para gozar do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68.

Assim, se a sociedade de advogados encontra-se regularmente constituída, presume-se que o seu contrato social atende às exigências da Lei n.º 8.906/94, em especial, dos

Superior Tribunal de Justiça

já mencionados artigos 15, 16, 17 e 18.

A regra do art. 16, diferentemente da conclusão a que chegou o Tribunal de origem, espanca qualquer dúvida acerca da natureza não-empresarial das sociedades de advogados. Segundo a previsão normativa, não serão admitidas a registro, nem poderão funcionar, **"as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis"** ou **"que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar"**.

Analisando-se a norma em destaque, fica claro que as sociedades de advogados serão sempre uniprofissionais, já que não se admite que as mesmas realizem **"atividades estranhas à advocacia"** ou incluam em seus quadros **"sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar"**.

De igual modo, os profissionais nela associados ou habilitados prestam serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal. A essa conclusão chegamos quando da leitura do art. 15, § 3º, da Lei n.º 8.906/94, segundo o qual "as procurações devem ser **outorgadas individualmente** aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte"; do art. 17, que fixa a responsabilidade **pessoal e ilimitada do sócio** pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia; bem como do art. 18 do mesmo diploma legal, que estabelece que "a relação de emprego, na qualidade de advogado, **não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia"**. Esses dispositivos deixam claro que os profissionais que compõem a sociedade de advogados prestam serviços em seu nome, mas sob responsabilidade pessoal.

Tranqüila a conclusão de que a sociedade civil de advocacia, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68, já que são necessariamente uniprofissionais, não possuem natureza mercantil, sendo pessoal a responsabilidade dos profissionais nela associados ou habilitados.

Nesse sentido, colho o seguinte precedente:

"TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADVOGADO. DECRETO-LEI 406/68 (ART. 9º, §§ 1º E 3º). DECRETO-LEI 834/69. LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87. LEIS MUNICIPAIS/RJ 691/84 E 2080/93.

1. Sociedade profissional, sem caráter empresarial ou comercial, integrada por advogados para a prestação de serviços especializados, com responsabilidade pessoal, beneficia-se de tratamento fiscal diferenciado previsto em lei de específica regência (Dec. Lei 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º).

2. Precedentes jurisprudenciais.

Superior Tribunal de Justiça

3. Recurso provido" (STJ - 1ª Turma, REsp n.º 125947/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, J. à unanimidade em 31.08.1999, DJ de 03.11.1999).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2004/0001607-6

RESP 623772 / ES

Números Origem: 011000429057 16448

PAUTA: 01/06/2004

JULGADO: 01/06/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RODRIGUES OLIVEIRA E MODESTO ADVOCACIA

ADVOGADO : CRISTIANO TESSINARI MODESTO E OUTROS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO COELHO DIAS E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - ISS - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 01 de junho de 2004

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária



MIAS
Nº 70006652879
2003/CÍVEL

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS.

1. A autoridade coatora, em mandado de segurança, só tem legitimidade para prestar informações. O ato de recorrer é privativo da pessoa jurídica de direito público.

2. O mandado de segurança não é a via idônea para o reconhecimento de pretensão que depende de produção de provas. Pedido de enquadramento no artigo 9ª, § 3º, do Decreto-lei nº 406, que exige prova de que a sociedade presta o serviço em caráter pessoal.

Recurso não conhecido. Sentença modificada em reexame necessário.

APELAÇÃO E REEXAME VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
NECESSÁRIO

Nº 70006652879

RIO GRANDE

JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA
CÍVEL DA COMARCA DE RIO
GRANDE

APRESENTANTE

SECRETÁRIO MUNICIPAL DA
FAZENDA DO RIO GRANDE

APELANTE

CLÍNICA ORTRA LTDA

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, não conhecer do recurso e modificar a sentença em reexame necessário.

Custas na forma da lei.



MIAS
Nº 70006652879
2003/CÍVEL

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Desembargador Augusto Otávio Stern e Desembargadora Mara Larsen Chechi.

Porto Alegre, 12 de agosto de 2003.

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

CLÍNICA ORTRA LTDA impetrou mandado de segurança contra o SECRETÁRIO MUNICIPAL DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE que, na constituição do crédito tributário devido a título de ISS, enquadrou-a, equivocadamente, no art.12 da Lei Municipal 3.812/83 e na lista de serviços do Decreto-lei n.º 406/68. Nos dizeres da inicial, a empresa é uma sociedade civil prestadora de serviços médicos de traumatologia e ortopedia, serviços estes prestados de forma direta e pessoal pelos sócios que a compõe e, por isso, deve ser enquadrada no item 1 da referida lista, devendo o tributo ser calculado nos termos do art.9^a,§§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68 e do art. 14 da Lei Municipal 3.812/83. A medida liminar foi deferida a fl. 200/201. Notificada, a autoridade coatora prestou informações. O Ministério Público opinou pela denegação da segurança. Na sentença de fls. 252/259, a MM.^a Juíza *a quo* concedeu a segurança para (I) determinar a autoridade coatora proceda ao recolhimento do ISS segundo a Tabela “c”, item II da Lei Municipal 3812/83, (II) declarar o direito à compensação dos valores indevidamente



MIAS
Nº 70006652879
2003/CÍVEL

pagos e (III) condenar o Impetrado ao pagamento das custas processuais. Inconformada, tempestivamente apela a autoridade coatora. Apresentadas as contra-razões, os autos foram remetidos a este Tribunal. Nesta instância, o Ministério Público opinou pelo não conhecimento do recurso e pela manutenção da sentença em reexame necessário. É o relatório.

VOTO

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE E RELATORA)–

Apelação. Não merece ser conhecido o presente recurso, porquanto não tem a autoridade coatora, no mandado de segurança, legitimidade para recorrer. Isto porque, na ação mandamental, a parte passiva é a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade coatora. Esta apenas “presenta, no primeiro grau de jurisdição, a pessoa jurídica em cujo nome agiu; trata-se de atuação processual peculiar, seja porque limitada ao dever de prestar informações e ao de cumprir a ordem, se concedida pela sentença, seja porque é levada pessoalmente, sem o concurso de procurador ou de advogado”.¹ Quem suporta os efeitos da sentença concessiva da segurança é a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade coatora. Ora, o presente *mandamus* tem por objeto o enquadramento, pela Fazenda Municipal, de sociedade civil de prestação de serviços médicos nos privilégios previstos no art. 9^a, §1^o e 3^o do Decreto-lei 406/68. Com efeito, “os autores mais modernos são quase unânimes em afirmar que o sujeito passivo do mandado de segurança é a pessoa de direito público ou, eventualmente, privado nas hipóteses descritas no texto constitucional (art. 5^o, LXIX). Em última análise, a que deverá arcar com as conseqüências advindas da

¹ Recurso Especial nº 29.186, SP, Rel. Min. Ari Pargendler, *in* D.J.U de 15.09.97, p. 44.336.



MIAS
Nº 70006652879
2003/CÍVEL

responsabilidade extracontratual do Estado se concedida a ordem. Ou a pessoa jurídica que, de qualquer forma, sofrerá os efeitos da sentença”.² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no mesmo sentido, conforme se depreende do julgamento do Recurso Extraordinário nº 97.282/PA, Rel. Min. Soares Muñoz, *in* D.J.U. de 24.09.1982, p. 9.446, a cujo teor “O coator é notificado para prestar informações. Não tem legitimidade para recorrer da decisão deferitória do ‘mandamus’. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada”. Nesse sentido, também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL – MANDADO DE SEGURANÇA – LITISCONSÓRCIO ENTRE A AUTORIDADE COATORA E O ESTADO – IMPOSSIBILIDADE. I – O processo de Mandado de Segurança tem como partes, de um lado, o Impetrante e de outro, o Estado. Nele, a denominada ‘autoridade coatora’ atua como órgão anômalo de comunicação processual. (...)³.

Assim, figurando como Apelante o Secretário Municipal da Fazenda de Rio Grande, não é de ser conhecido o presente recurso.

Reexame Necessário. De acordo com o artigo 9º, parágrafo 3º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, em se tratando de **serviços prestados por sociedades, em caráter pessoal**, o ISS será calculado em relação a cada profissional habilitado. A contrario *sensu*, na

² Lúcia Valle Figueiredo, *A Autoridade Coatora e o Sujeito Passivo do Mandado de Segurança*, São Paulo: RT, 1991, *apud* Gelson Amaro de Souza, *Parte Passiva no Mandado de Segurança*, RT, n. 763, 1999.

³ Recurso Especial nº 99.271, 1ª Turma, Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 10.10.96.



MIAS
Nº 70006652879
2003/CÍVEL

hipótese de prestação em caráter empresarial, as sociedades de profissionais não têm direito ao privilégio acima referido. Nesse sentido a jurisprudência do STJ.:

TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PROFISSIONAL COM CARÁTER EMPRESARIAL. MÉDICOS QUE PRESTAM SERVIÇOS ESPECIALIZADOS, SEM RESPONSABILIDADE PESSOAL. DECRETO-LEI Nº 406/68. ARTIGO 9º, PARÁGRAFOS 1 E 3º. PRECEDENTES STJ.

As sociedade profissionais, constituídas exclusivamente por médicos, para prestação de serviços especializados, com caráter empresarial ou comercial, não fazem jus ao privilégio do §3º, do artigo 9º, do D.L. 406/68, que beneficia apenas as sociedades que prestam serviços em caráter pessoal, ou seja, em que o sócio assume a responsabilidade profissional, individualmente. Recurso não conhecido.” (Resp nº 124.908/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, D.J.U 23.08.99, p. 98).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ISS – SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – CLÍNICA MÉDICA – CARÁTER EMPRESARIAL – NÃO COMPROVADA CARACTERIZAÇÃO COMO SOCIEDADE UNIPORFISSIONAL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INCORRÊNCIA – DECISÃO RECORRIDA CONSENTÂNEA COM A ORIENTAÇÃO JURISDICIONAL DO STJ – CONHECIMENTO PARCIAL – IMPROVIMENTO.

Não cabe conhecer do recurso especialmente quanto à alegativa de violação a dispositivo legal não prequestionado.

Rejeitados os embargos de declaração porque já examinados os pontos essenciais para o deslinde da questão, não há como divisar violação ao artigo 535, inciso II, do CPC.

É devido o ISS pelas sociedades profissionais quando estas assumem caráter empresarial.

As sociedades civis, para terem o direito ao tratamento privilegiado previsto pelo artigo 9º, parágrafo 3º do Decreto-lei nº 406/68, têm que ser constituídas exclusivamente por médicos, ter por objeto social a prestação de serviço especializado com responsabilidade pessoal e



MIAS
Nº 70006652879
2003/CÍVEL

sem caráter empresarial. Recurso parcialmente provido. (Resp nº 334554/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, D.J.U 11.03.2002, p.202)

Assim, para fazer jus ao benefício previsto no art. 9º, parágrafos 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68, não basta que se trate de sociedade constituída de profissionais que se dedicam à prestação, no caso, dos serviços elencados no referido dispositivo legal. O desate da lide prende-se em saber se a prestação de serviços deita pela Apelante reveste-se de caráter empresarial ou comercial. Trata-se, portanto, de questão que não prescinde da realização de prova. Por isso, a via processual eleita revela-se inadequada. Diante disto, impossível apreciar o direito ao enquadramento no presente feito, sendo caso de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Ante o exposto (I) não se conhece do recurso e (II) modifica-se a sentença em reexame necessário, para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

DES. AUGUSTO OTÁVIO STERN – De acordo.

DES.ª MARA LARSEN CHECHI – De acordo.

A PRESIDENTE (DES.ª MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA) – Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70006652879, de Rio Grande: “Não conheceram do recurso e modificaram a sentença em reexame. Unânime.”

Julgador de 1º Grau: Alessandra Couto de Oliveira.



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

DIREITO TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS LIBERAIS DE NÍVEL SUPERIOR QUE PRESTAM SEUS SERVIÇOS DE FORMA PESSOAL: SUJEIÇÃO AO ISS NA FORMA PRIVILEGIADA, POR PROFISSIONAL HABILITADO, E NÃO PELO MOVIMENTO BRUTO, MESMO COM O ADVENTO DA LC FEDERAL Nº 116/03. Com a edição da LC federal nº 116/03 em nada mudou a tributação do ISS prevista no art. 9º do DL nº 406/68, que subsiste integralmente em relação às sociedades de profissionais liberais de nível superior, que continuam sujeitas à tributação privilegiada, por profissional habilitado e não segundo seu movimento bruto, sempre que prestarem seus serviços sob a forma de trabalho pessoal (do próprio sócio) e não empresarial (isto é, não prestado pelo próprio sócio, o que nada tem a ver com o tipo jurídico da sociedade que os presta). O que importa ao usuário do serviço, nesse tipo de sociedade, não é a existência desta (que se justifica apenas pela necessidade de conjugarem seus sócios esforços para melhor atingirem os fins que, isoladamente, não lhes seria possível alcançar), mas o trabalho pessoal dos que a integram, ainda que se socorram eles de auxiliares para a execução de tarefas não técnicas. Atendidos os requisitos da personalidade da prestação dos referidos serviços, é o quanto basta para que a sociedade seja tributada de forma privilegiada (fixa e anual, por profissional habilitado), e não sobre o movimento bruto.

APELO PROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O DR. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS.

APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70011628609

COMARCA DE SANTA CRUZ DO
SUL

JUIZ DE DIR DA 3 VARA DA
COMARCA DE SANTA CRUZ DO
SUL

APRESENTANTE

ORGANIZACAO CONTABIL E FISCAL
ELITE LTDA.

APELANTE

SECRETARIO DA FAZENDA DO
MUNICIPIO DE SANTA CRUZ DO
SUL

APELADO



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, dar provimento, vencido o Dr. Túlio de Oliveira Martins.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO E DR. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS.**

Porto Alegre, 06 de julho de 2005.

DES. ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

DES. ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS (PRESIDENTE E RELATOR)

Trata-se de apelação cível interposta pela sociedade **ORGANIZAÇÃO CONTÁBIL E FISCAL ELITE LTDA.** à sentença de fls. 160 e seguintes, datada de 04/08/2004, que denegou seu pedido de pagar o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) de forma privilegiada, inclusive a partir da Lei Complementar federal nº 116/03, por profissional habilitado, e não pelo seu movimento bruto, que deduziu no Mandado de Segurança que impetrou contra ato do **SECRETÁRIO MUNICIPAL DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL** e, via de consequência, a condenou ao pagamento das custas processuais, sem honorários. A sentença fundamentou suas conclusões no fato de ter sido, com a edição da Lei Complementar federal nº 116/03, revogado o dispositivo que garantia às empresas prestadoras de serviço o direito de pagar seu ISS de forma privilegiada, garantido via Decreto-Lei nº 406, alterado pelo Decreto-Lei nº 864/69.

Ao mandado, ajuizado em 27/05/2004, foi atribuído o valor de R\$ 500,00.



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

Refere a impetrante, em sua inicial, ser uma sociedade civil de prestação de serviços de contabilidade, auditoria e assistência fiscal, regularmente constituída, prestando unicamente tais serviços de forma pessoal, via seus componentes, não sendo, pois, cabível que o Município lhe exija o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) pelo seu movimento ou receita bruta, mas por profissional habilitado, benefício este que lhe é legalmente assegurado desde a edição do Decreto-Lei nº 406, alterado pelo Decreto-Lei nº 864/69, mantido pela Lei Complementar nº 116/2003, embora a autoridade coatora insista em aplicar-lhe a Lei Complementar municipal nº 211/2003, que prevê a tributação sobre a receita bruta. Este é, portanto, o objeto do presente mandado: seja-lhe reconhecido o direito de pagar seu ISS, não sobre seu movimento bruto, mas de forma pessoal, por profissional habilitado.

Foi autorizado o depósito dos valores sob discussão.

Em suas razões de apelo reitera a impetrante as razões de fato e de direito já expendidas em sua inicial, sustentando, em especial, não ter sido revogado o benefício. Pede, assim, o provimento do presente apelo, para que a segurança seja concedida.

Em suas contra-razões recursais pede o Município a manutenção da sentença recorrida, pelos fundamentos por ela adotados.

O MP de primeiro grau é pela admissibilidade do apelo e, no mérito, pelo seu provimento, no que é acompanhado pela PJ, deste grau de jurisdição.

É o relatório, que submeto à douda revisão.

VOTOS

DES. ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS (PRESIDENTE E RELATOR)

Tenho como cabível o mandado de segurança na hipótese, não havendo que falar-se em falta de direito líquido e certo. Segundo HELY LOPES MEIRELLES (*in* Mandado de Segurança e Ação Popular, Editor Revista dos Tribunais, SP, 1975, 3ª edição, p. 16),

“Direito líquido e certo” é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver determinada; se o seu exercício depender de situações e fatos não



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

esclarecidos nos autos, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”.

É o próprio HELY quem adverte a impropriedade da citada expressão, utilizada na atual lei do Mandado de Segurança (nº 1.533/51):

“A atual expressão “direito líquido e certo” substituiu a precedente, da legislação criadora do mandado de segurança, “direito certo e incontestável”. Nenhuma satisfaz. Ambas são impróprias e de significação equívoca, ... O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimento para propiciar a aplicação do direito invocado pelo postulante”.

E completa, enfaticamente, o citado autor:

“As provas tendentes a demonstrar a “liquidez e certeza” do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (art. 6º, parágrafo único). O que se exige é “prova preconstituída” das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante.

Quanto à complexidade dos fatos e à dificuldade da interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem o seu julgamento de mérito. Isto porque, embora emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir “líquido e certo” a ensejar a proteção reclamada”.

Feitas essas considerações, é preciso que se ponha, de uma vez por todas, uma pá de cal na pretensão de todos aqueles que, simplisticamente, pugnam pelo não conhecimento do mandado de segurança ou pela não-concessão desta, ao vazio e repetido argumento de que o direito não se ostenta líquido e certo a ponto de ensejar a impetração de mandado, ou, o que é pior, que a matéria é complexa ou de alta indagação jurídica. Diga-se, de uma vez por todas: se os fatos, em que se baseia a tese jurídica invocada, estão claros, devidamente provados nos autos, é o quanto basta para a admissibilidade dos mandado de segurança. Se vai este, ou não, ser provido, é outra preocupação, completamente distinta.

No caso dos autos, os fatos estão absolutamente claros e provados: a impetrante, ora impetrada, é uma sociedade civil de profissionais da contabilidade que, de forma pessoal, prestam seus serviços de contabilidade, auditoria e assistência fiscal. Isso é indiscutível, e está nos autos suficientemente provado. Não se trata, como costumeiramente se ouve dizer, de “sociedade empresarial”, pelo simples fato de ser uma “sociedade limitada.

No mérito, o extinto Decreto-Lei nº 406/68, alterado pelo Decreto-Lei nº 834/69 e pela Lei Complementar nº 56/87, já previam o pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), pelas sociedades civis de prestação de serviços



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

de contabilidade, por profissional habilitado e não sobre seu movimento bruto, conforme inúmeros precedentes jurisprudenciais a respeito.

A atual Lei Complementar de regência (nº 116/03) não dispõe de forma diferente.

Com efeito, assim dispõe o art. 10 da Lei Complementar Federal nº 116/03, que redisciplina o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), da competência institucional dos Municípios, sendo minhas as observações entre parênteses:

"Art. 10. Ficam revogados os arts. 8º, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei no 406, de 31 de dezembro de 1968 (que, a partir do seu art. 8º, alterou o CTN a respeito do ISS); **os incisos III, IV, V e VII do art. 3º do Decreto-Lei no 834, de 8 de setembro de 1969** (que alterou o referido DL 406); **a Lei Complementar no 22, de 9 de dezembro de 1974** (que deu ao art. 11 do DL 406 a sua atual redação); **a Lei no 7.192, de 5 de junho de 1984** (que inclui na Lista de Serviços a que alude o art. 8º do Decreto-Lei nº 406, os prestados pelos profissionais autônomos de Relações Públicas); **a Lei Complementar no 56, de 15 de dezembro de 1987** (que deu redação ao § 3º do art. 9º do DL 406, e definiu a anterior lista de serviços sujeitos ao ISS); **e a Lei Complementar no 100, de 22 de dezembro de 1999** (que introduziu os §§ 4º a 6º do art. 9º, bem como a alínea "c" do art. 12, do DL 406)".

Observe-se que o art. 9º do DL nº 406/68 não foi expressamente revogado por esse art. 10. Pergunta-se, então: subsiste ele, ainda, e, em especial, o seu § 3º, que manda tributar algumas sociedades de profissionais liberais levando em conta seus sócios e não sua receita?

Regra clássica acerca da revogação das leis está, contudo, em que um dispositivo alterado por nova lei não perde a sua vigência com a revogação da lei alteradora. Assim, subsiste integralmente em vigor o art. 9º do DL nº 406/68, com a edição da LC nº 116/03.

No entanto, para aqueles que consideram revogado um dispositivo pelo simples fato de ter sido revogada a lei que o introduziu ou modificou, demonstraremos, a seguir, que, mesmo assim, ainda subsiste a tributação privilegiada das sociedades de profissionais liberais que prestem seus serviços de forma pessoal.

Esta é a redação do citado dispositivo (art. 9º), do qual já excluímos os §§ 2º, 4º, 5º e 6º, por não terem interesse às conclusões ora visadas:

"Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º. Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

§ 2º. Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços;

b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto. (Redação dada ao parágrafo pelo inciso IV - agora revogado - do art. 3º do Decreto-Lei nº 834, de 08.09.1969).

§ 3º. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. (Redação dada ao parágrafo pelo inciso V - agora expressamente revogado - do art. 3º do DL nº 834/69, e, mais uma vez alterada pela LC nº 56, de 15.12. 1987, totalmente revogado).

§ 4º. Na prestação do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa, o imposto é calculado sobre a parcela do preço correspondente à proporção direta da parcela da extensão da rodovia explorada, no território do Município, ou da metade da extensão de ponte que uma dois Municípios. (Parágrafo acrescentado pela Lei Complementar nº 100, de 22.12.1999, totalmente revogado).

§ 5º. A base de cálculo apurado nos termos do parágrafo anterior:

I - é reduzida, nos Municípios onde não haja posto de cobrança de pedágio, para sessenta por cento de seu valor;

II - é acrescida, nos Municípios onde haja posto de cobrança de pedágio, do complemento necessário à sua integralidade em relação à rodovia explorada. (Parágrafo acrescentado pela Lei Complementar nº 100, de 22.12.1999, totalmente revogado).

§ 6º. Para efeitos do disposto nos §§ 4º e 5º, considera-se rodovia explorada o trecho limitado pelos pontos equidistantes entre cada posto de cobrança de pedágio ou entre o mais próximo deles e o ponto inicial ou terminal da rodovia". (Parágrafo acrescentado pela Lei Complementar nº 100, de 22.12.1999, totalmente revogado).

O § 2º desse artigo recebeu sua redação via inciso IV do art. 3º do DL nº 834/69, o § 3º via inciso V deste e, após, com modificações, via LC nº 56/87, enquanto seus §§ 4º a 6º foram acrescentados pela LC nº 100/99. Todas essas disposições alteradoras foram agora expressamente revogadas pela LC nº 106/03. Expurgando-se, pois, do texto do art. 9º, os dispositivos revogados, remanesce ele assim:

"Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º - Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho".

Alíquota "fixa" (ou "específica") é quando se paga o imposto em valor certo, independentemente da receita havida, enquanto alíquota "variável"



RJV

Nº 70011628609

2005/CÍVEL

(ou "ad valorem") é um percentual que se aplica (proporcionalmente) sobre a receita, obtendo-se, assim, o valor do imposto a pagar. Observe-se que o revogado § 3º (dispondo que, "quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável", que são os contadores – inclusive técnicos em contabilidade –, advogados, médicos – inclusive veterinários –, economistas, dentistas, enfermeiros, engenheiros – inclusive arquitetos, urbanistas e agrônomos –, psicólogos e agentes da propriedade industrial) estava diretamente ligado ao § 1º, estabelecendo que tais serviços, quando prestados por sociedades por eles formadas, deveriam pagar o ISS mediante alíquota "fixa" (valor certo), e não "variável" (percentual sobre a receita), tributação essa conhecida como "privilegiada".

Tudo indica que a manutenção do § 1º desse art. 9º foi intencional, afim de garantir a sobrevivência da tributação privilegiada de todos os profissionais liberais que, individualmente ou em sociedade, prestarem, por força de lei, seus serviços de forma e responsabilidade pessoal. A razão é simples: quando prestados por sociedades, o que interessa ao usuário do serviço não é a existência destas, que se justifica apenas pela necessidade de seus sócios conjugarem esforços para melhor atingirem os fins visados, que, individualmente, não lhes seria possível de forma eficiente, mas os profissionais em si, que são os que, na verdade, prestam e assumem a responsabilidade pelos serviços, diversamente das sociedades do tipo "empresarial", em relação às quais pouco importa a pessoa dos sócios, que, particularmente, nenhum serviço prestam e nenhuma responsabilidade pessoal assumem perante o usuário.

Parece evidente, pois, que a manutenção do § 1º, com a correlata revogação do § 3º, ambos do art. 9º do DL nº 406/68, foi realmente intencional, a fim de permitir a extensão do benefício da tributação privilegiada a todos os profissionais que, individualmente ou em sociedade, vierem a prestar seus serviços sob a forma e responsabilidade pessoal, na forma da lei, e não, apenas, aos profissionais referidos no revogado § 3º, porquanto inúmeros outros profissionais liberais de prestação de serviços pessoais vêm de ser contemplados na (nova) lista (anexa à LC nº 116/03).

Em outras palavras, o remanescente § 1º do art. 9º do DL nº 406 prevê os critérios a serem levados em conta para a tributação dos serviços constantes da lista, classificando-os em dois tipos: os prestados "sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte", e os prestados "sob a forma de trabalho impressoal do contribuinte". O primeiro tipo deverá adotar alíquotas



RJV

Nº 70011628609

2005/CÍVEL

“fixas” (valor certo), enquanto o segundo tipo deverá adotar alíquotas “variáveis” (“*ad valorem*”), aplicáveis estas sobre a receita, pouco importando, em qualquer caso, sejam eles prestados individualmente ou em sociedade. A essa conclusão se chega à vista da regra nele inserida, de que o imposto será calculado por meio de alíquotas “fixas” (*em função da natureza pessoal do serviço*) ou “variáveis” (*em função de outros fatores pertinentes, nestes – nos “outros fatores pertinentes” – “não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho”, que exige tributação mediante alíquotas “fixas”*).

Parece, pois, não haver dúvidas de que a manutenção (pela Lei Complementar federal nº 116/03) do § 1º, e a revogação do § 3º, ambos do art. 9º do DL nº 406/68, se deu para o efeito de permitir que a tributação privilegiada das sociedades de profissionais liberais (contadores – inclusive técnicos em contabilidade –, advogados, médicos – inclusive veterinários –, economistas, dentistas, enfermeiros, engenheiros – inclusive arquitetos, urbanistas e agrônomos –, psicólogos e agentes da propriedade industrial), tão comuns nos dias de hoje, seja também estendida a todos os demais profissionais (farmacêuticos, nutricionistas, terapeutas, etc.) que, previstos na nova lista, mais ampla do que a anterior, vierem a prestar, nos termos da lei aplicável, em sociedade (com personalidade jurídica a ser adquirida mediante registro dos seus atos constitutivos no conselho ou órgão de classe respectivo), seus serviços sob a forma de trabalho e responsabilidade pessoal, ainda que com a colaboração de auxiliares, mas a nível interno, como digitadores, telefonistas, escrituradores, etc., mas o trabalho técnico junto ao cliente é sempre *pessoal* dos sócios. Assim, também, restou decidido recentemente:

DIREITO TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS LIBERAIS DE NÍVEL SUPERIOR, QUE PRESTAM SEUS SERVIÇOS DE FORMA PESSOAL: SUJEIÇÃO AO ISS NA FORMA PRIVILEGIADA, POR PROFISSIONAL HABILITADO, E NÃO PELO MOVIMENTO BRUTO, MESMO COM O ADVENTO DA LC FEDERAL Nº 116/03. Com a edição da LC federal nº 116/03 em nada mudou a tributação do ISS prevista no art. 9º do DL nº 406/68, que subsiste integralmente em relação às sociedades de profissionais liberais de nível superior, que continuam sujeitas à tributação privilegiada, por profissional habilitado e não segundo seu movimento bruto, sempre que prestarem seus serviços sob a forma de trabalho pessoal (do próprio sócio) e não empresarial (isto é, não prestado pelo próprio sócio, o que nada tem a ver com o tipo jurídico da sociedade que os presta). O que importa ao usuário do serviço, nesse tipo de sociedade, não é a existência desta (que se justifica apenas pela necessidade de conjugarem seus sócios esforços para melhor atingirem os fins que, isoladamente, não lhes seria possível alcançar), mas o trabalho pessoal dos que a integram, ainda que se socorram eles de auxiliares para a execução de tarefas não técnicas. Atendidos os requisitos da pessoalidade da prestação dos referidos serviços, é o quanto basta para que a sociedade seja tributada de forma privilegiada (fixa e anual, por profissional habilitado), e não sobre o movimento bruto. (AC nº 70010020824, julg. em 16/02/2005, 2ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS).



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

Assim, não subsiste a pretensão do Município, no sentido de que o ISS seja calculado mediante aplicação de alíquota proporcional sobre o movimento bruto (arrecadação) da impetrante, que, indubitavelmente, é uma sociedade de profissionais liberais que presta seus serviços sob a forma de trabalho pessoal, em relação às quais o STF já pacificou a questão à vista do anterior Decreto-Lei nº 406/68, alterado pelo Decreto-Lei nº 834/69 e pela Lei Complementar nº 56/87:

"ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 236.604, assim decidiu: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ADVOCACIA. D.L. 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º, C. F., art. 151, III, art. 150, II, art. 145, § 1º. I - O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88: CF/88, art. 146, III, "a". Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88. II - R.E. não conhecido". - E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993. I - As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no "caput" do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da C.F., com a redação da EC nº 3, de 1993. II - Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68. III - R.E. não conhecido". - Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido". (RE Nº: 277806/MG, 10/10/2000, unânime, DJ DE 01/12/00, p. 99, Ement. Vol. 2014-09, p. 2015, Rel. MOREIRA ALVES, 1ª Turma, STF. Veja : RE-220323).

Não pode a lei municipal pois, em outras palavras, a pretexto de ampliar a arrecadação do seu ISS, adotar **contribuinte** ou **base de cálculo** diversos dos previstos em lei complementar federal, vale dizer, a forma de tributação prevista em normas superiores a ela, porque a disciplinação da matéria compete exclusivamente à *lei complementar* federal (cf. art. 146, III, a, da CF).

Aliás, o eminente Des. VASCO DELLA GIUSTINA, desta Corte (ADIn 70001267517, j. em 06/09/2001, *in* "Leis Municipais e seu Controle Constitucional pelo Tribunal de Justiça", Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, autor: Vasco Della Giustina, p. 242 e 243), enfocando inconstitucionalidade do ISS do Município de Porto Alegre, assim ementou o referido acórdão:

"... Não pode a lei instituidora do imposto adotar contribuinte ou base de cálculo diversos dos que lhe define lei complementar federal, ..., sob pena de violar o princípio constitucional da isonomia e de invadir e usurpar competência legislativa federal. É inconstitucional, via de consequência, o inciso IV do art. 25 do Decreto nº 10.549/93, com a redação que lhe deu o art. 4º do Decreto nº 12.665/00, do Município de Porto Alegre, ao considerar sociedades de profissionais liberais, para fins do art. 17, § 7º



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

(pagamento do imposto calculado em relação a cada profissional, e não sobre a receita bruta), do mesmo decreto, somente aquelas "cujo número de funcionários auxiliares na atividade-fim da sociedade não exceda a proporção de um para cada grupo de três profissionais habilitados, sócios, empregados ou não". O enquadramento há de ser feito levando em conta as citadas normas federais, o critério da prestação pessoal do serviço pelo profissional habilitado, pouco importando o número de seus auxiliares, vedada, conseqüentemente, a prestação impessoal ou empresarial do serviço, em que a pessoa do titular é inteiramente irrelevante. ..."

No caso dos autos, o contrato social da impetrante deixa indubitado que a sociedade é civil, de prestação de serviços contábeis, e que estes são prestados de forma pessoal, pelos sócios respectivos, pouco importando, ademais que se socorram de auxiliares para melhor atingir seus objetivos, como antes visto.

Assim, com a edição da Lei Complementar federal nº 116/03 em nada mudou a tributação do ISS prevista no art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, que subsiste integralmente em relação às sociedades de profissionais liberais de advogados, contadores, médicos, economistas, engenheiros e outros de nível superior, que continuam sujeitas à tributação privilegiada, por profissional habilitado e não segundo seu movimento bruto, sempre que prestarem seus serviços sob a forma de trabalho pessoal (do próprio sócio) e não empresarial (isto é, não prestado pelo próprio sócio, o que nada tem a ver com o tipo jurídico da sociedade que os presta). O que importa ao usuário do serviço, nesse tipo de sociedade, não é a existência desta (que se justifica apenas pela necessidade de conjugarem seus sócios esforços para melhor atingirem os fins que, isoladamente, não lhes seria possível alcançar), mas o trabalho pessoal dos que a integram, ainda que se socorram eles de auxiliares para a execução de tarefas não técnicas. Atendidos os requisitos da pessoalidade da prestação dos referidos serviços, é o quanto basta para que a sociedade seja tributada de forma privilegiada (fixa e anual, por profissional habilitado), e não sobre o movimento bruto.

Por essas razões, dou provimento ao apelo, para que se submeta ela ao regime privilegiado em relação ao ISS, pagando-o de forma pessoal, por sócio habilitado, e não pelo seu movimento bruto.

É o voto.

DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO (REVISOR) - De acordo.

DR. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

O pedido da ordem de segurança diz com o reconhecimento da inexigibilidade da alíquota de 2,55% de ISSQN sobre o faturamento de receitas de um escritório de prestação de serviços de contabilidade, tributo cobrado a partir da vigência da Lei Complementar 211/2003, a qual se deu no dia 1º de janeiro de 2004.

O pleito pois é de adimplemento de tributo na forma do Decreto Lei 406/68, e não como pretendido pelo Município de Santa Cruz do Sul.

Em substanciosas razões de trinta laudas a impetrante narrou o fato e os fundamentos da nova legislação, argumentou que não foram revogados os artigos 3º e 9º do Decreto Lei 406/68, historiou o processo legislativo e invocou doutrina e jurisprudência que tem como aplicáveis a tese.

Pugnou pela manutenção da base e forma de cálculo anteriores e apontou como ato de autoridade a sanção e publicação da Lei Complementar Municipal 211/03, vislumbrando tanto a ilegalidade quanto o seu direito líquido e certo em conflito aparente de normas. Tal a essência do presente mandado de segurança.

Tenho, data vênia, que aqui sequer temos a hipótese de mandado de segurança contra lei em tese, o que já seria excepcional, mas, mais do que isto, o remédio heróico foi impetrado para ser declarada uma forma de aplicação e interpretação das leis tributárias, em especial a já referida Lei Complementar 211/2003, e seus consectários lógicos e jurídicos.

Por menor que seja meu apego ao formalismo não vislumbro como ser utilizado o mandado de segurança em tal hipótese, que diz claramente com ação declaratória.

No erudito voto do eminente relator é citado o saudoso Hely Lopes Meireles em seu "Mandado de Segurança e Ação Popular", lecionando que direito líquido e certo é o que "se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de impetração", acrescentando que o mesmo "deve vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante".

Na hipótese em exame se discute a eficácia repristinatória da Lei 116/2003, de competência federal, que em seu artigo 7º regulou o conteúdo do artigo 9º e parágrafo e também do artigo 3º do decreto Lei 406/68, o que por sua vez já havia sido alterado pela Lei Complementar 56/87, que foi revogada pelo artigo 10 da Lei Complementar 116/03.

Por apreço à dialética manifesto meu entendimento de que foi absolutamente acertada a conclusão da respeitável sentença que invocou a última parte do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, tanto que houve revogação integral da matéria tratada pela lei anterior.



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

Em sede recursal, a longa e consistente análise de toda a legislação que diz com imposto de serviço, em especial em sua base de cálculo e incidência de alíquota, conclui, em análise sistemática, que aparentemente foi intencional a suposta manutenção do parágrafo primeiro já mencionado, permitindo a extensão do benefício da tributação privilegiada aos profissionais liberais prestadores de serviço com responsabilidade pessoal, e não empresarial.

Do acima exposto, conclui-se que não há direito líquido e certo a ser amparado, mas sim, como já afirmado no início deste voto, a busca de um provimento judicial absolutamente declaratório; sequer o depósito dos valores controvertidos cabe nos estreitos limites do mandado de segurança, pois passível de concessão na forma legal da antecipação de tutela em ação ordinária.

Assim a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. PRELIMINARES RECURSAIS. 1. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE COATORA. A legitimação passiva par a causa, no mandado de segurança, consiste na coincidência entre a pessoa do impetrado e a pessoa da autoridade coatora que ao praticar ato ilegal atingiu direito líquido e certo do impetrante. Na espécie, legitimado para a causa é a Secretária das Finanças do Município, que determinou a cobrança de tributo nos termos previstos na Lei Municipal nº 5.349, de 16 de dezembro de 2003. Preliminar rejeitada. 2. DESCABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. O pedido deduzido no mandamus é claro e preciso no sentido da ordem à autoridade coatora de cessação da exigibilidade do ISS na forma da Lei Municipal nº 5.349/03 relativamente aos serviços de advocacia prestados pela sociedade profissional impetrante. Visa, portanto, à determinação de afastamento dos efeitos concretos daquele ato normativo no tocante à cobrança do tributo. Mostra-se adequada a pretensão mandamental deduzida pela via do mandado de segurança, existindo o interesse processual. Preliminar rejeitada. 3. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Não há falar em inadequação do mandado de segurança para tutela jurisdicional da pretensão deduzida diante da ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo do impetrante, pois estão presentes os elementos probatórios suficientes à análise acerca de sua existência. Preliminar rejeitada. ISS. SOCIEDADE PROFISSIONAL. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do ISS, em conformidade com o Decreto-Lei nº 406/68, em se tratando de serviços prestados por sociedade, em caráter pessoal, obedece ao disposto em seu artigo 9º, parágrafos 1º e 3º, que foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Rejeitadas as preliminares, apelo desprovido, mantida a sentença em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70010204204, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Armando Bezerra Campos, Julgado em 01/06/2005)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RJV
Nº 70011628609
2005/CÍVEL

Na hipótese dos autos a prova documental pré-existente é singela e foi juntada ao processo; o que não existe – insisto – é o direito líquido e certo, pelo que, pelas breves razões acima explicitadas, nego provimento ao recurso.

Foi o voto.

DES. ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS - Presidente - Apelação Reexame Necessário nº 70011628609, Comarca de Santa Cruz do Sul: "DERAM PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: SADILO VIDAL RODRIGUES



IM

Nº 70014125983
2006/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. PERÍODOS ANTERIOR E POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LC 116/03. TRIBUTAÇÃO COMUM (POR PREÇO DO SERVIÇO) E PRIVILEGIADA (POR PROFISSIONAL). VOTOS PARCIALMENTE VENCIDOS DO REVISOR E DO VOGAL. PREVALÊNCIA DO VOTO MÉDIO DO RELATOR.

1. Período anterior à entrada em vigor da LC 116/03. Tributação privilegiada (por profissional).

Toda sociedade prestadora de algum serviço previsto nos itens declinados no § 3º do art. 9º do DL 406/68, redação da LC 56/87, quais sejam os de nºs 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92, da Lista Anexa, fazia jus ao cálculo do ISSQN na forma do respectivo § 1º, ou seja, alíquotas fixas, ou variáveis conforme a natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, excluída a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho. Critério objetivo eleito pelo legislador, desca-bendo ao intérprete articular juízos subjetivos.

2. Período posterior à entrada em vigor da LC 116/03. Tributação comum (por preço do serviço). Extinta a tributação privilegiada.

Se o art. 7º da LC 116/03, definiu, como regra, que a base de cálculo do ISS é o **preço do serviço**, e os §§ 1º e 2º estabeleceram as exceções, conclui-se que regularam inteiramente a matéria. Assim, o fato de o art. 10 não ter referido o art. 9º e §§ do DL 406/68, que disciplinava a matéria, estabelecendo a regra e as exceções, não quer dizer que não tenham sido revogados. Ocorreu, no caso, revogação implícita, mais precisamente derrogação, por ter regulado inteiramente a matéria e por incompatibilidade, conforme previsto no art. 2º, § 2º, da LICC. Ademais, como é sabido, as exceções, por princípio de hermenêutica, seja quando subtraem direitos seja quando adicionam direitos face à regra, são interpretadas restritivamente. Não há, pois, como sustentar, inclusive por serem exceções, a vigência de tal dispositivo após a LC 116/03. Ainda, se o § 3º do art. 9º do DL 406 referia números da Lista de Serviços, admitir a sua vigência após a LC 116 significa admitir também que, pelo menos quanto à numeração, parte da Lista anterior continua vigente. Assim, com o advento da LC 116/03, a base de cálculo, salvo as exceções nela previstas, é **por preço do serviço**. Não mais existe a tributação privilegiada **por profissional**. Voto vencido do revisor.



IM

Nº 70014125983
2006/CÍVEL

3. Não há falar em ferimento ao princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, *b*), na medida em que a LC 116, entrando em vigor em 1º-8-03, não instituiu e tampouco aumentou o imposto, mas apenas **deixou de prever** um regime de tributação privilegiada. Tratando-se de **privilégio**, mantido por juízo de conveniência e oportunidade do legislador, pode ele a qualquer tempo extinguir; logo, no caso, o retorno à tributação normal não caracteriza aumento de imposto. O princípio da anterioridade não é de tal modo amplo, rígido e radical que abrange inclusive reverberações distantes, indiretas ou remotas.

4. Por maioria, deram parcial provimento ao apelo, vencidos o Revisor que proveu integralmente, e o Vogal que desproveu integralmente. Prevalência do voto médio do Relator.

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70014125983

COMARCA DE PORTO ALEGRE

ORGANON ASSESSORIA TRIBUTÁRIA
SOCIEDADE SIMPLES LTDA

APELANTE

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em dar parcial provimento ao apelo, vencidos o Revisor que proveu integralmente, e o Vogal que desproveu integralmente. Prevalência do voto médio do Relator.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK (PRESIDENTE)** E **DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL**.

Porto Alegre, 13 de junho de 2007.



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

DES. IRINEU MARIANI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

Adoto o relatório elaborado pela Dr.^a Jandira de Campos (fls. 344-5): *ORGANON ASSESSORIA TRIBUTÁRIA SOCIEDADE SIMPLES LTDA. impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do GESTOR DA CÉLULA DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA, afirmando tratar-se de sociedade civil integrada somente por dois advogados e um administrador cujo objetivo social é a prestação de assessoria tributária, fato que, nos termos do Decreto-lei nº 406/68, enseja a incidência do Imposto Sobre Serviços de qualquer Natureza em relação a cada profissional habilitado. Refere que o Município de Porto Alegre, fundamentado na Lei Complementar Municipal nº 773, vem exigindo o referido tributo com base na receita bruta da sociedade impetrante, ensejando o pagamento de valores indevidos.*

A medida liminar postulada foi indeferida na decisão de fls. 100, verso/101, a qual foi reformada em sede de agravo de instrumento.

*Processado o **mandamus**, foi proferida a sentença de fls. 210/214, que denegou a segurança pleiteada, revogando a liminar concedida.*

A impetrante interpôs recurso de apelação (fls. 235/289), postulando a reforma da decisão hostilizada, reeditado a argumentação inicialmente expendida.

O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE apresentou contra-razões (fls. 298/307), pugnando pela manutenção da sentença.

Prosseguindo, a douta Procuradoria de Justiça opina pelo provimento (fls. 345-8).

É o relatório.

VOTOS



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

O mandado de segurança foi ajuizado em 21-9-04, portanto quando já em vigor a LC 116/03, mas, conforme o pedido, tendo em conta a resposta à consulta (fl. 29, alínea **a**), envolve também período anterior, motivo por que faço análise distinta.

1. Período anterior (DL 406/68). Fazendo ligeira relembração, compete aos Municípios *instituir* imposto sobre *serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar* (CF, art. 156, III). A competência para *instituir* está sujeita a três limitações: **(a)** os serviços sobre os quais podem instituir o imposto são os definidos em lei complementar federal; **(b)** a lei complementar, conforme a exclusão feita pela Constituição, não pode incluir os serviços compreendidos no art. 155, II (comunicação e transporte interestadual e intermunicipal); e **(c)** compete à lei complementar federal estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a *definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes* (CF, art. 146, III, **a**).

Se a própria Constituição delega à lei complementar a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, a disciplina por ela estabelecida, no tocante a estes itens, não fere a competência deferida aos municípios pelo art. 156, III, para *instituir* o imposto.

É sabido que, fazendo as vezes da lei complementar prevista no art. 146, III, **a**, temos o DL 406, de 31-12-68, com as modificações do DL 834, de 8-9-69, e LC 56, de 15-12-87, recepcionado pela CF-88 porque não incompatível com o novo sistema tributário nacional (ADCT, art. 34, § 5º, vide a respeito RE 200.324 do Pleno do STF, Rel. Min. Marco Aurélio).

Pois bem, dizia o DL 406 no art. 9º: *A base de cálculo do imposto é o preço do serviço*. Esta é a regra. Mas havia as exceções estabelecidas nos parágrafos: § 1.º – *Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de*



IM

Nº 70014125983

2006/CÍVEL

trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendidos a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho. § 2.º – Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes: a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços; b) ao valor das sub-empregadas já tributadas pelo imposto. § 3.º – Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem **prestados por sociedades**, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1.º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. Os citados itens identificam os seguintes serviços: **1** – Médicos, inclusive análises clínicas, eletricidade médica, radioterapia, ultra-sonografia, radiologia, tomografia e congêneres; **4** – Enfermeiros, obstetras, ortópticos, fonoaudiólogos, protéticos (prótese dentária); **8** – Médicos veterinários; **25** – Contabilidade, auditoria, guarda-livros, técnicos em contabilidade e congêneres; **52** – Agentes de propriedade industrial; **88** – Advogados; **89** – Engenheiros, arquitetos, urbanistas, agrônomos; **90** – Dentistas; **91** – Economistas; **92** – Psicólogos.

Portanto, quando os serviços a que se referem os diversos itens do § 3.º forem prestados por **sociedade**, a base de cálculo não é o **preço do serviço** como previsto no **caput**, pois aplica-se o § 1º, ou seja, a base de cálculo segue **alíquotas** fixas, ou variáveis conforme a natureza do serviço e de outros fatores pertinentes, excluído destes o valor pago como remuneração do próprio trabalho.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial. Por exemplo, do STJ: Resp. 3.356, 1ª Turma, DJU de 20-4-92, Resp. 157.875, 1ª Turma, DJU de 21-6-85, e Resp. 145.051, DJU 22-6-98, p. 34, todas reconhecendo o privilégio do art. 9º, § 3º, do DL 406-68, a sociedades civis constituídas por médicos, prestadoras de serviços especializados, sem caráter empresarial; e



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

Resp. 136.701, DJU de 01-12-97, Resp. 139.947, 1ª Turma, DJU de 9-12-97, p. 64.628.

Há também o entendimento que segue critério puramente objetivo, por exemplo, o Resp. 153.588, DJU de 2-3-98, segundo o qual todas as sociedades de profissionais que prestam serviços previstos nos diversos itens declinados no § 3º do art. 9º do DL 406/68 fazem jus à base de cálculo diferenciada do ISSQN.

Para este, ao qual me filio, basta constar na lista. Assim como no caso dos impressos gráficos descabe diferenciar personalizado e não-personalizado, e dentro do primeiro examinar se o encomendante é, ou não, consumidor final, assim também no caso dos serviços prestados por meio de sociedades.

O chamado **princípio da preponderância**, tal como no caso das gráficas, foi definido pela própria lei. Se consta na lista do § 3º, o legislador entendeu que prepondera o caráter pessoal; logo, descabe ao intérprete dizer, caso a caso, quando prepondera o caráter pessoal e quando o empresarial. Entendo que é preciso acabar com essa zona **gris** fonte da interminável polêmica. A fórmula para tanto é adotar um critério objetivo, mediante interpretação literal da lei tributária, conforme consta no art. 111 do CTN.

O que está dito no art. 9º, § 3º, do DL 406/68, com a redação do DL 834/68, é que os serviços incluídos na **lista anexa** sob os nºs 1, 4, 8, 25, 52,88, 89, 90, 91 e 92, mesmo quando forem **prestados por sociedades** o imposto deve ser calculado na forma do § 1º **em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não**.

Literalmente, o legislador definiu que, em tais casos, mesmo havendo sociedade, prepondera o caráter pessoal. Então, **tollitur quaestio**.

Transpondo essas considerações abstratas para o caso concreto, a atividade da impetrante e apelante é abrangida pelo então item 88 da Lista.



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

Portanto, merece provida a apelação neste ponto.

2. Período posterior (LC 116/03). A partir da entrada em vigor da LC 116, de 31-7-03, entendo que não assiste razão à apelante, sendo aplicável a nova lei por força do art. 462 do CPC. Sustenta-se que, pelo fato de o art. 10 da LC 116 não ter revogado expressamente o § 3º do art. 9º do DL 406/68, ele continua em vigor, e por decorrência a **tributação privilegiada**.

É verdade, o art. 10 da LC 116/03 (*Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências*), ao se dirigir ao DL 406/68 revogou os arts. 8º, 10, 11 e 12, ou seja, omitiu o art. 9º, e isso, ocorreu por emenda supressiva no Congresso Nacional, durante a tramitação do Projeto de Lei n.º 161, do Senado, que resultou no novo Diploma.

Assim, pela intenção do legislador, foi mantido o art. 9º do DL 406, e com ele o § 3º relativo à tributação privilegiada. Por certo, a mencionada emenda supressiva resultou de *lobby*, as coisas que acontecem nas ante-salas do Poder Legislativo, mas foi um lavor absolutamente inócio ao fim almejado. Óbvio que eventual divergência entre aquilo que o legislador quis escrever e aquilo que escreveu, entre a ***mens legislatoris*** e a ***mens legis***, prevalece a inteligência desta. A intenção do legislador serve apenas de fonte de consulta nos casos de dúvida. Não é o caso.

É que a revogação – mais precisamente, no caso, derrogação – não precisa ser expressa. Pode também ser implícita. Isso ocorre *quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior* (LICC, art. 2º, § 2º).

Bem sei, há entendimento no sentido de que o § 3º do art. 9º do DL 406 foi preservado pela LC 116, no entanto peço vênias para concluir de modo diverso, pois o art. 7º do novo Diploma não só disciplina inteiramente a matéria relativa à base de cálculo como há incompatibilidade com a disciplina anterior.



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

Veja-se o caso.

Diz o art. 7º da LC 116: *A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.* Dizia o art. 9º do DL 406: *A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.* Redações idênticas. Então, como **regra**, a base de cálculo do ISS era e continua sendo **por preço do serviço**.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do DL 406 é que estabeleciam as **exceções**, as quais, resumidamente, definiam a base de cálculo **por profissional**.

As exceções, como é sabido, assim diz a hermenêutica, seja quando subtraem direitos previstos na regra, seja quando adicionam direitos nela não previstos, como era o caso, são sempre interpretadas restritivamente. Aliás, não sem motivo consagrou-se a expressão **tributação privilegiada**.

Assim, tivesse o art. 7º da LC 116 omitido qualquer exceção, já seria muito difícil, para não dizer impossível, admitir a continuação das exceções privilegiadoras contempladas nos parágrafos do art. 9º do DL 406. Mas não. O mencionado art. 7º também estabeleceu exceções nos 1º e 2º.

Diz o § 1º: *Quando os serviços descritos pelo subitem 3.04 da lista anexa forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.* Consta no subitem 3.04: *Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza.*

Por sua vez, o § 2º: *Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza: I – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.04 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar; II – (vetado). § 3.º (vetado).* Consta no subitem 7.02: *Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de constru-*



IM

Nº 70014125983

2006/CÍVEL

ção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). E o subitem 7.04: Demolição.

Ora, se o art. 7º da LC 116, que disciplina a base de cálculo do ISS, estabelece as exceções, entende-se que elas são as únicas. Não há como – inclusive pelo já invocado motivo da interpretação restritiva – manter as exceções previstas nos §§ do art. 9º do DL 406 se o próprio **caput** foi revogado. Isso, **cum grano salis**, equivale a dar vida a um corpo sem cabeça, máxima vênia, figura assombrosa, monstruosa.

Ademais, o fato de a LC 95, de 26-2-98 (*Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da CF, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona*), dizer no art. 9º que *a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas*, não que dizer não mais exista a derrogação implícita nas situações do § 2º do art. 3º da LICC.

Por fim, considerando que a LC 116 entrou em vigor na data da sua publicação (art. 9º), o que ocorreu em 1º-8-03, vem a questão da anualidade, mais precisamente anterioridade (CF, art. 150, III, **b**).

Entendo, eminentes colegas, não haver ferimento a tal princípio na medida em que na prática a nova lei não instituiu e tampouco aumentou o imposto, mas apenas **deixou de prever** um regime de tributação privilegiada. Tratando-se de **privilégio**, mantido por juízo de conveniência e oportunidade do legislador, pode ele a qualquer tempo extinguir; logo, no caso, o retorno à tributação normal não caracterizou aumento de imposto.



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

Assim como o legislador complementar, quando declara a existência de novas hipóteses de apropriação de crédito de ICMS, relativamente à **integração simbólica**, não diminui imposto, também não o aumenta quando extingue hipóteses existentes, ou modifica a forma de apropriação, como foi – lembro aos eminentes colegas – o caso do parcelamento. No mesmo sentido, cito mais um exemplo, a questão do prazo para o contribuinte recolher o ICMS em época de inflação galopante. Os governos estaduais começaram a reduzir os prazos, o fazendo por meio de Decretos. Muitas empresas contestaram na Justiça alegando que, por causa da expressiva inflação, o encurtamento do prazo tinha o efeito prático de aumento de imposto, e por isso não podia vigorar no mesmo exercício nem ser feito por Decreto. A tese foi desacolhida por todos os tribunais.

Quer isso dizer que o princípio da anterioridade não é de tal modo amplo, rígido e radical que abrange inclusive reverberações distantes, indiretas ou remotas.

Portanto, pedindo vênias ao ilustre e culto advogado que ocupou a tribuna, desacolho a respeitável argüição.

3. Dispositivo. Nesses termos, provejo em parte, ou seja, para admitir a tributação privilegiada apenas antes da entrada em vigor da LC 116/03, procedendo-se na prática, conforme aqui deliberado, inclusive quanto a eventuais lançamentos e depósitos judiciais realizados pela impetrante (liberação apenas dos eventuais relativos ao período anterior), respondendo as partes meio a pelas custas, o Município na forma da lei (50%), sem honorários advocatícios (STF, Súm. 512; STJ, Súm. 105).

DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL (REVISOR)

Máxima vênias ao eminente relator para divergir.

A meu ver, as disposições do art. 9º, §§ 1º e 3º do DL 406/68 não foram revogadas pela LC 116/03.



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

Isto porque, na forma do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual **“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”**, a nova LC 116/03 não revoga expressamente o art. 9º do Dec.-Lei 406/68, não é com ele, no que pertine à matéria, incompatível, nem regula inteiramente a matéria tratada por ela tratada.

Aliás, cumpre-se dizer, é exatamente nesse ponto que surge o problema, haja vista que a LC 116, além de omitir-se quanto à revogação do art. 9º da lei anterior (omissão proposital do legislador, a meu ver), em nada regula a matéria referente à tributação privilegiada de sociedades de profissionais na forma do art. 9º, §§ 1º e 3º.

E não é só. A Lei complementar 95, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, refere no seu art. 9º que **“a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.”**

E a LC 116/03, como dito, enumerou expressamente, para fins de revogação os **“arts. 8º, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei no 406, de 31 de dezembro de 1968; os incisos III, IV, V e VII do art. 3º do Decreto-Lei no 834, de 8 de setembro de 1969; a Lei Complementar no 22, de 9 de dezembro de 1974; a Lei no 7.192, de 5 de junho de 1984; a Lei Complementar no 56, de 15 de dezembro de 1987; e a Lei Complementar no 100, de 22 de dezembro de 1999.”**

Constata-se, pois, facilmente, a omissão ao art. 9º do Dec.-Lei 406/68, razão pela qual entendo que esta tenha sido a real intenção do legislador, estando, pois, tal norma em pleno vigor.

O fato de a LC 116 ter revogado o inciso V do art. 3º do Decreto-Lei no 834, que instituiu a tributação privilegiada, bem como a Lei Com-



IM

Nº 70014125983

2006/CÍVEL

plementar 56/87 que, no seu art. 2º, modificou a redação do art. 9º, § 3º, do Dec.-Lei 406/68, são irrelevantes para sustentar eventual tese no sentido de revogação, haja vista que os textos introduzidos e modificados por tais dispositivos se incorporaram ao Dec.-Lei 406/68. Logo, era neste último dispositivo que a revogação deveria se dar. Vale dizer, uma vez incorporado no texto legal, não basta para solapar determinada norma do ordenamento jurídico positivo a mera revogação das leis modificadoras, mas sim a revogação expressa, como determinado pela LC 95 supra referida, da lei que incorporou o texto e suas modificações.

Destarte, tal constatação, além da omissão do legislador, levam-me a crer que a norma concernente à tributação privilegiada das sociedades de médicos, laboratoristas de análises clínicas, hospitais, clínicas, sanatórios, médicos veterinários, contadores, auditores e guarda-livros, agentes da propriedade industrial, advogados, economistas e psicólogos continua em vigor.

Tal entendimento, diga-se de passagem, encontra escopo na doutrina de Hugo de Brito Machado (Internet: disponível em http://www.fenacon.org.br/pdf/lei116_2003.pdf):

“O regime de determinação do valor do ISS devido pelos profissionais autônomos e pelas sociedades de profissionais de que tratam os §§ 1º e 3º, do art. 9º do Decreto-Lei 406/68, continua em vigor, porquanto a Lei Complementar 116/03 não revogou os referidos dispositivos legais.

A Lei Complementar 116/03 não revogou expressamente tais dispositivos porque a eles não fez referência em seu art. 10; a revogação da Lei Complementar 56/87 não implicou revogação do § 3º, do art. 9º, do Decreto-Lei 406/68, porque este, mesmo alterado por aquela lei, a seu texto não se incorporou, posto que seguiu o próprio Decreto-Lei 406/68.

Com a Lei Complementar 116/03 não se operou a revogação tácita dos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do



IM

Nº 70014125983
2006/CÍVEL

Decreto-Lei 406/68. Primeiro porque não regulou toda a matéria tratada nas lei anteriores que alterou. Menos ainda de toda a matéria a que se reporta sua matriz constitucional, seja esta todo o art. 146 da CF/88, seja esta apenas o seu inciso III, alínea 'a'. Segundo porque entre ela e os citados dispositivos legais não há qualquer incompatibilidade.

Seja como for, há que no caso de que se cuida um elemento que não pode ser desprezado pelo intérprete. É o denominado silêncio eloqüente, posto que o art. 10, da Lei Complementar 116/03, referiu-se especificamente a vários dispositivos, inclusive do Decreto-Lei 406/68, mas silenciou quanto ao seu art. 9º, §§ 1º e 3º."

Convém destacar o entendimento da Egrégia 2ª Câmara Cível deste Tribunal:

DIREITO TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS LIBERAIS DE NÍVEL SUPERIOR QUE PRESTAM SEUS SERVIÇOS DE FORMA PESSOAL: SUJEIÇÃO AO ISS NA FORMA PRIVILEGIADA, POR PROFISSIONAL HABILITADO, E NÃO PELO MOVIMENTO BRUTO, MESMO COM O ADVENTO DA LC FEDERAL Nº 116/03. Com a edição da LC federal nº 116/03 em nada mudou a tributação do ISS prevista no art. 9º do DL nº 406/68, que subsiste integralmente em relação às sociedades de profissionais liberais de nível superior, que continuam sujeitas à tributação privilegiada, por profissional habilitado e não segundo seu movimento bruto, sempre que prestarem seus serviços sob a forma de trabalho pessoal (do próprio sócio) e não empresarial (isto é, não prestado pelo próprio sócio, o que nada tem a ver com o tipo jurídico da sociedade que os presta). O que importa ao usuário do serviço, nesse tipo de sociedade, não é a existência desta (que se justifica apenas pela necessidade de conjugarem seus sócios esforços para melhor atingirem os fins que, isoladamente, não lhes seria possível alcançar), mas o trabalho pessoal dos que a integram, ainda que se socorram eles de auxiliares para a execução de tarefas não técnicas. Atendidos os requisitos da pessoalidade da prestação



IM
Nº 70014125983
2006/CÍVEL

dos referidos serviços, é o quanto basta para que a sociedade seja tributada de forma privilegiada (fixa e anual, por profissional habilitado), e não sobre o movimento bruto.

APELO PROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O DR. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS.

(TJRS. 2ª C. Cível. Ap. cível 70011628609, rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, julgada em 6/7/2005)

Vênia, pois, para divergir no que diz respeito à tal questão. No mais, acompanho o eminente relator.

Assim, dou provimento à integralidade do apelo, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

É o voto.

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK (PRESIDENTE)

Vênia ao eminente Relator para desprover o apelo. No que respeita ao período anterior à vigência da LC 116/03, o desprovimento se dá pelos fundamentos da sentença. Quanto ao período posterior, pelos fundamentos do voto do digno Relator, porquanto revogada tacitamente a regra da tributação privilegiada antes prevista no Decreto-lei n.º 406/68.

Desprovejo, portanto.

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK - Presidente - Apelação Cível nº 70014125983, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, VENCIDOS O REVISOR QUE PROVEU INTEGRALMENTE, E O VOGAL QUE DESPROVEU INTEGRALMENTE. PREVALÊNCIA DO VOTO MÉDIO DO RELATOR."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



IM

Nº 70014125983

2006/CÍVEL

Julgador(a) de 1º Grau: FABIANA ZILLES



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. ISS. CLÍNICA DE TRAUMATOLOGIA. BASE DE CÁLCULO. TRATAMENTO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. SOCIEDADE EMPRESARIAL.

Caracterizada a atividade da sociedade médica, clínica de traumatologia, como empresarial, impossibilita-se a concessão de tratamento privilegiado no recolhimento do ISS, uma vez que não caracterizada como unipessoal.

Inaplicabilidade do § 3º do art. 9º do DL 406/68.

Precedentes do TJRS e STJ.

Apelação desprovida.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA
CÍVEL

Nº 70008854606

COMARCA DE RIO GRANDE

TRAUMAR CLÍNICA DE
TRAUMATOLOGIA LTDA.

APELANTE

MUNICÍPIO DO RIO GRANDE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à apelação.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, as eminentes Senhoras **DESA. MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE) E DRA. LEILA VANI PANDOLFO MACHADO.**

Porto Alegre, 31 de março de 2005.

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO,
Relator.



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

RELATÓRIO

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO (RELATOR)

TRAUMAR CLÍNICA DE TRAUMATOLOGIA LTDA. ajuizou ação ordinária contra o MUNICÍPIO DO RIO GRANDE, referindo ter iniciado suas atividades em 1984, à época formada pelos médicos Eduardo Griepel Loureiro de Ivo Luiz Votto Lima, sendo o recolhimento do ISS feito em relação a cada profissional sócio, nos termos do art. 14, parágrafo único, e tabela “c”, da Lei nº 3.812/83 e do art. 9º, § 3º, do Decreto 406/68. Mencionou que com o passar dos anos algumas modificações foram feitas na sociedade, que atualmente conta com cinco sócios, entendendo o Município por alterar a modalidade de recolhimento do tributo da demandante, enquadrada como clínica, o que implica recolher 4% sobre a nota fiscal.

Salientou que continua sendo sociedade civil uniprofissional, devendo cada sócio recolher o tributo em uma única parcela anual, calculada sobre valor fixo em razão do número de profissionais habilitados, tendo indeferido o pedido administrativo formulado, tendo em vista o enquadramento da sociedade como empresa, devido à existência de dez funcionários. Afirmou haver ofensa ao art. 150, II, da CF, aduzindo a possibilidade do recolhimento do tributo na forma privilegiada. Salientou que, nos termos do art. 146, III, da CF, é da União a competência para legislar sobre o ISS, de modo que, enquanto não editada lei complementar, vige o Decreto-Lei nº 406/68. Requereu a concessão de tutela antecipada, com a procedência da ação ao final, condenando-se o demandado na devolução do imposto recolhido nos moldes atuais.

Manifestou-se o demandado pela impossibilidade do deferimento da tutela antecipada, sendo no mesmo sentido o parecer do Ministério Público, restando desacolhido o pedido, fl. 96-verso, razão pela qual a autora interpôs agravo de instrumento, fl. 99, ao qual foi negado provimento, fl. 127.



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

Citado, certificou-se o decurso do prazo legal sem manifestação do réu, fls. 110 e verso e 111.

O réu ofereceu contestação, asseverando que a pretensão trazida na inicial fere o princípio da isonomia, insculpido no art. 150, II, da CF, sendo indiscutível que a sociedade possui caráter empresarial, já que os sócios, de acordo com os atos constitutivos da autora, exercem suas atividades em nome desta, e não de maneira individualizada, não demonstrando a condição de sociedade uniprofissional. Registrou-se que a autora não comprovou não se encontrar dotada de estrutura empresaria, não obstante a existência de seis médicos e dez funcionários, além de estar estabelecida em dois endereços profissionais, mantendo convênios e atendimento a particulares, com serviço de Raio-X, inclusive 24 horas, sendo óbvio que a prestação de serviços não é exercida individualmente, e sim em nome da sociedade. Colacionando jurisprudência, requereu a improcedência da ação.

Houve réplica.

A autora requereu a desistência da ação, fl. 125, concordando o Município, porém desde que a demandante renunciasse ao direito de ação, fl. 130, requerendo esta o prosseguimento do feito, fl. 135.

Opinou o Ministério Público pela improcedência da ação.

Sobreveio sentença julgando improcedente a ação, condenando a autora a suportar as custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00, na forma do art. 20 do CPC.

Inconformada, apela a demandante, reiterando argumentação anteriormente expendida. Refere que pela natureza de sua atividade econômica, prestação de serviços médicos, está obrigada ao pagamento do ISS, uma vez que integra a lista de serviços anexa do Decreto-Lei 406/68, observada a redação dada pela LC 56/87, tendo o art. 9º do mencionado decreto estipulado os critérios da base de cálculo, o geral sobre o preço do serviço, e o específico, previsto nos §§ 1º e 3º, em função da natureza do



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

serviço, desconsiderando o preço dos serviços, para ser calculado sobre alíquotas fixas ou variáveis. Afirma que por ser uma sociedade que presta os serviços referidos no item 1 da lista anexa deve apurar a base de cálculo do imposto de acordo com o segundo critério mencionando, conforme prevê o § 3º do art. 9º do Decreto-Lei 406/68, que determina que a alíquota fixa deve ser calculada em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, mas assumindo responsabilidade pessoal, concluindo-se que a apelante está sujeita ao recolhimento do ISS considerando-se cada profissional à alíquota específica, e não sobre o preço dos serviços, não sendo este, todavia, o entendimento do Fisco Municipal, que exige o pagamento do tributo sobre o preço do serviço cobrado, ou seja, sobre suas receitas, onde consta a alíquota de 4% a incidir sobre a receita bruta.

Pretende apurar a base de cálculo do ISS de acordo com o critério do número de profissionais, salientando que apesar de o apelado considerar que as sociedades profissionais estariam sujeitas ao regime geral de ISS, as mesmas nunca deixaram de star submetidas às normas fixadas pelos §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei 406/68, ou seja, à apuração da base de cálculo por alíquotas específicas e pelo número de profissionais, não se sujeitando a apelante à legislação municipal que afronta ao Decreto-Lei, sendo a legislação municipal inferior à legislação federal, não podendo contrariá-la, sob pena de inconstitucionalidade.

Afirma que a sentença foi fundamentada no caráter empresarial da apelante, característica que, além de não estar evidenciada nos autos, vai de encontro ao princípio da isonomia, pois não há sentido no tratamento diferenciado dos profissionais médicos pela simples razão de estarem associados, havendo na atividade da apelante uma comunhão de esforços para melhor atender à população. Refere que hoje a clínica atende apenas durante o dia e não atende em finais de semana e feriados como outrora, aduzindo que, ao continuar tendo o tratamento fiscal imposto pela



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

municipalidade, será desmembrada e seus sócios voltarão a atender em seus consultórios, em prejuízo à população local. Requer o provimento da apelação.

As contra-razões propugnam pela manutenção da sentença.

Opinou o Ministério Público pelo provimento do recurso.

A apelação foi inicialmente distribuída ao Des. Antonio Janyr Dall'Agnoll Junior, havendo a redistribuição, em face da aposentadoria do Relator originário, ao Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, sendo os autos a mim redistribuídos, em cumprimento à Portaria 02/2005-OE.

É o relatório.

VOTOS

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO (RELATOR)

A presente apelação não merece acolhimento, devendo ser mantida a respeitável sentença hostilizada.

Com efeito, pretende a recorrente, Traumar – Clínica de Traumatologia Ltda., ver declarado o direito ao recolhimento de ISS na forma descrita no art. 14, parágrafo único, e Tabela “C”, da Lei Municipal nº 3.812/83, bem como no § 3º do art. 9º do Decreto-Lei 406/68, ou seja, em parcela única e fixa anual.

Compulsando os autos, verifica-se que a autora foi instituída mediante contrato social firmado em 15/12/83, pelos sócios Eduardo Greipel Loureiro e Ivo Luiz Votto Lima, com atividade de prestação de serviços de clínica de Ortopedia e Traumatologia, fl. 43.

Posteriormente, por meio do instrumento de alteração contratual datado de 29/05/00, fls. 29-36, houve a admissão de quatro novos sócios, bem como o aumento do capital social, de R\$ 1.137,58 para R\$ 30.000,00.



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

Por final, por meio da última alteração contratual, ocorrida em 30/06/01, fls. 16-21, deu-se a retirada do sócio Ivo Luiz Votto Lima, por falecimento ocorrido em 27/05/01, restando como sócios Eduardo Greipel Loureiro, Paulo Cezar Gonçalves, Flávio Amado Hanciau, Paulo Roberto da Silva Duarte e Rafael Chesa Avancini, cada qual com uma cota do capital social total de R\$ 60.000,00, R\$ 12.000,00 para cada um, fl. 18, limitada a responsabilidade de cada sócio até o valor total do capital social (cláusula sexta, fl. 19), todos médicos, fl. 16. Consta do referido instrumento ainda que a gerência da sociedade passava a ser exercida exclusivamente pelo sócio Paulo Cezar Gonçalves, o qual fazia jus a um pró-labore mensal, dentro do limite determinado pelo art. 152 da Lei nº 6.404/76, tendo a sociedade o nome fantasia de Pronto Trauma (cláusula primeira, fl. 18), podendo estabelecer filiais e sucursais (cláusula segunda, fl. 18), sendo a atividade da empresa a “prestação de serviço de ortopedia e traumatologia” (cláusula terceira, fl. 18), e os lucros apurados em balanço distribuídos entre os sócios na proporção de sua produtividade individual (cláusula décima primeira, fl. 20).

O indeferimento do pedido formulado pela recorrente na esfera administrativa deu-se em virtude de a fiscalização, em diligência, ter constatado que *“a requerente apresenta estrutura empresarial, com 6 (seis) médicos e 10 (dez) funcionários e que suas atividades não são desenvolvidas unicamente pelos médicos que constituem a sociedade, caracterizando-se como ‘clínica médica’, o que realmente é”*, preenchendo todas as características de empresa, *“concorrendo com as demais em situação de igualdade e não poderá receber tratamento tributário diferenciado, sob pena de ferir o princípio da isonomia”*, descabendo, assim, o enquadramento como sociedade uniprofissional, *“devendo a requerente emitir notas fiscais para todos os serviços prestados e recolher pela receita auferida.”*, fl. 15.



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

Como se vê, a controvérsia posta nos autos reside em definir se se trata ou não de atividade empresarial ou unipessoal, como pretende a apelante.

Com efeito, tanto o regramento dado pelo Decreto-Lei 406/68, cujo art. 9º não foi revogado pela LC 116/03, conforme dispõe o art. 10 desta, quanto o disciplinado pela legislação municipal, asseguram tratamento privilegiado à prestação de serviços médicos, para fins de base de cálculo do imposto, prevendo a lei municipal o benefício à sociedade uniprofissional, assim compreendidos os serviços citados na Tabela “C”, limitados os números de empregados habilitados ou não para cada sócio ou empregado habilitado.

A demandante não se enquadra neste perfil, porquanto não se trata de sociedade civil, e sim de sociedade empresarial, observadas as disposições contratuais antes analisadas, bem como o apurado na diligência realizada pela fiscalização municipal, não tendo a demandante, a fim de desfazer tal constatação, produzido provas a fim de afastar o enquadramento realizado pelo Município, comprovando que não exerce atividade empresarial, em virtude de que, intimada, deixou de requerê-las, descumprindo com o disposto no art. 333, I, do CPC, restando igualmente incomprovadas as alegações no sentido de que atualmente atende *“apenas durante o dia, e não em finais de semana e feriados como outrora”*, fl. 169.

Outrossim, no anúncio de fl. 119, constam Prontotrauma Clínica de Traumatologia e Ortopedia e Prontofísio Clínica de Fisioterapia e Ginástica Médica, cada qual em um endereço diverso, constando ainda *“convênios e particulares”*, *“serviços de Raio X”* e *“atendimento 24 horas”*.

Em réplica, referiu a autora não ter havido prova de estar constituída em dois endereços, e que a cópia de fl. 119 atesta que a demandante e outra sociedade, prestadora de serviços fisioterápicos e de ginástica, utilizaram o mesmo espaço comercial para anunciar seus serviços,



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

não havendo relação jurídica entre ambas, tirante a parceria comercial, fls. 121-123.

Todavia, tal alegação igualmente não foi comprovada pela recorrente, a quem cabia demonstrar a veracidade de sua argumentação, não tendo produzido a competente contraprova ao anúncio acostado pela Municipalidade.

É importante referir passagem da sentença, onde consta que a recorrente é *“moderna e conceituada clínica médica, verdadeiro pronto-socorro ortopédico e traumatológico em prédio de excelente localização central, com óbvia estrutura empresarial”*, fl. 155, de modo que a observação feita pelo Magistrado, que reside na Comarca há quase 15 anos, conhecendo bem a cidade, é fidedigna e deve ser considerada para o efeito de reconhecer a estrutura empresarial da recorrente.

Desta forma, não obstante a decisão prolatada no AI 252003 AgR/PR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma do STF, publicado no DJ em 02-08-2002, pp-00096, tenha reconhecido que os preceitos normativos estabelecidos pelo art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68 foram recebidos pela Constituição de 1988, reconhecendo, por sociedade civil prestadora de serviços profissionais, o direito de recolher o ISS na forma estabelecida pelas normas legais em questão, não se aplica o precedente ao caso ora em exame, observadas as características da sociedade, cujo aumento do capital social e do número de sócios, bem como de sua estrutura, com o passar dos anos, levaram à modificação do enquadramento pelo fisco, uma vez que constatado o desempenho de atividade empresarial.

Mesmo raciocínio aplica-se ao decidido no RE 220.323-MG, invocado pela recorrente.

Sob esta ótica, a nem toda sociedade de prestação de serviços médicos é possível o enquadramento no § 3º do art. 9º do DL 406/68, salientando-se que o serviço “clínica”, inclusive, encontra-se no item 2 da lista



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

de serviços, e não no item 1, para os quais há possibilidade de tratamento privilegiado.

Sendo assim, ofensa haveria ao princípio da isonomia caso deferido o privilégio à demandante, em detrimento ao tratamento dispensado a outras clínicas médicas empresariais.

Cumpre referir que a matéria foi enfrentada por esta Câmara na Apelação e Reexame Necessário nº 70006652879, Rel.^a Des.^a Maria Isabel de Azevedo Souza, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS.

1. A autoridade coatora, em mandado de segurança, só tem legitimidade para prestar informações. O ato de recorrer é privativo da pessoa jurídica de direito público.

2. O mandado de segurança não é a via idônea para o reconhecimento de pretensão que depende de produção de provas. Pedido de enquadramento no artigo 9^a, § 3^o, do Decreto-lei nº 406, que exige prova de que a sociedade presta o serviço em caráter pessoal.

Recurso não conhecido. Sentença modificada em reexame necessário.

Na oportunidade, consignou a eminente Relatora que *“na hipótese de prestação em caráter empresarial, as sociedades de profissionais não têm direito ao privilégio”* e que *“para fazer jus ao benefício previsto no art. 9^o, parágrafos 1^o e 3^o, do Decreto-lei nº 406/68, não basta que se trate de sociedade constituída de profissionais que se dedicam à prestação, no caso, dos serviços elencados no referido dispositivo legal. O desate da lide prende-se em saber se a prestação de serviços deita pela Apelante reveste-se de caráter empresarial ou comercial. Trata-se, portanto, de questão que não prescinde da realização de prova.”*

De igual sorte, Apelação Cível nº 70009823907, Rel.^a Des.^a Rejane Maria Dias de Castro Bins:



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ISS. SOCIEDADE MÉDICA, COM OBJETIVO TAMBÉM COMERCIAL, SENDO UM SÓCIO MÉDICO E OUTRO COMERCIANTE.

Não é nula a sentença proferida em julgamento antecipado, não só ante ausência de pedido de provas pela parte irresignada, como diante de pleito expresso de que sobreviesse a decisão, por versar-se matéria de direito. Preliminar rejeitada.

O benefício do art. 9º, §§ 1º e 3º do Dec. Lei nº 406/68 não se estende à sociedade por quotas de responsabilidade limitada entre um sócio médico e um sócio comerciante, onde ainda consta do objeto social a comercialização de fitas de eletrocardiograma.

PRELIMINAR REJEITADA.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

O mesmo tem sido o entendimento do STJ, citando-se:

RESP 555624 / PB ; RECURSO ESPECIAL

Relator Ministro FRANCIULLI NETTO

Órgão Julgador SEGUNDA TURMA

Data da Publicação/Fonte DJ 27.09.2004 p. 324

SOCIEDADES - MÉDICOS - ISS - SERVIÇOS PRESTADOS POR LABORATÓRIOS DE ANÁLISES - ITENS 1 E 2 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 - NÃO INCIDÊNCIA DO §3º DO ARTIGO 9º DO REFERIDO DECRETO.

De pronto, impende ressaltar que as sociedades de profissionais liberais, malgrado formadas exclusivamente por médicos, constituíram-se formalmente como sociedades comerciais, de modo que a simples presença desses não representa elemento hábil a desfigurar a natureza comercial da atividade exercida.

Conquanto seu corpo de sócios seja formado exclusivamente por médicos, as sociedades constituídas sob a modalidade de limitadas desempenham atividade empresarial, uma vez que seus contratos sociais dispõem até mesmo como devem ser distribuídos os dividendos.

Sobeja asseverar, por oportuno, que uma sociedade comercial formada exclusivamente por médicos também se encontra apta a praticar atos de comércio, de sorte que o principal fator a ser verificado para se identificar a



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

finalidade da sociedade é seu objeto social. Em espécie, resta inequívoco que o objeto social das sociedades comerciais recorridas é a prestação de um serviço especializado, todavia, inequivocamente associado ao exercício da empresa.

Merece reparo, portanto, o v. acórdão recorrido, porquanto nem todos os laboratórios de análises e clínicas que possuem profissionais de medicina entre seus sócios devem ser beneficiados pelo regime privilegiado de tributação concedido aos serviços previstos no item 1 daquela Lista pelo § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68.

Para tanto, é imprescindível seja aferido se os médicos que integram tais entidades desempenham a atividade de forma uniprofissional e sem finalidade empresarial.

Recurso especial provido.

RESP 334554 / ES ; RECURSO ESPECIAL

Relator Ministro GARCIA VIEIRA

Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA

Data da Publicação/Fonte DJ 11.03.2002 p. 202

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ISS – SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – CLÍNICA MÉDICA – CARÁTER EMPRESARIAL – NÃO COMPROVADA CARACTERIZAÇÃO COMO SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – DECISÃO RECORRIDA CONSENTÂNEA COM A ORIENTAÇÃO JURISDICCIONAL DO STJ – CONHECIMENTO PARCIAL - IMPROVIMENTO.

Não cabe conhecer do recurso especialmente quanto à alegativa de violação a dispositivo legal não prequestionado.

Rejeitados os embargos de declaração porque já examinados os pontos essenciais para o deslinde da questão, não há como divisar violação ao artigo 535, inciso II, do CPC.

É devido o ISS pelas sociedades profissionais quando estas assumem caráter empresarial.

As sociedades civis, para terem direito ao tratamento privilegiado previsto pelo artigo 9º, § 3º do Decreto-lei nº 406/68, têm que ser constituídas exclusivamente por médicos, ter por objeto social a prestação de serviço



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial.

Recurso parcialmente conhecido, mas improvido.

RESP 58311 / SP ; RECURSO ESPECIAL

Relator MIN. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Órgão Julgador SEGUNDA TURMA

Data da Publicação/Fonte DJ 23.11.1998 p. 159

TRIBUTÁRIO - ISS - SOCIEDADE PROFISSIONAL COM CARÁTER EMPRESARIAL - MÉDICOS QUE PRESTAM SERVIÇO ESPECIALIZADO, SEM RESPONSABILIDADE PESSOAL - INCIDÊNCIA - DEL 406/68, ART. 9º, PARÁGRAFOS 1º E 3º - PRAZO DECADENCIAL - TERMO INICIAL - CTN, ARTS. 173, I E 150, § 4º - FIXAÇÃO DE ALÍQUOTA INICIAL - CTN, ARTS. 173, I E 150, § 4º - FIXAÇÃO DE ALÍQUOTA - PROVA PERICIAL - REEXAME - IMPOSSIBILIDADE - SUM. 07 STJ - MULTA - OMISSÃO DO ACÓRDÃO - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS.

- O prazo decadencial de 05 (cinco) anos tem seu termo inicial a contar do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador do tributo.

- As sociedades profissionais, constituídas exclusivamente por médicos, para a prestação de serviços especializados, com caráter empresarial ou comercial, não fazem jus ao privilégio contido no § 3º, do art. 9º do DEL 406/68, que beneficia apenas as sociedades que prestam serviços em caráter pessoal, em que o sócio assume a responsabilidade profissional, individualmente.

- Matéria decidida no Tribunal, à vista de provas periciais trazidas aos autos, descabe apreciar no âmbito do recurso especial face o entendimento sumulado da jurisprudência desta Eg. Corte, no Verbete nº 07.

- Tema não decidido pelo v. aresto hostilizado, mesmo após a interposição dos embargos de declaração, carece de prequestionamento, se não houve alegação de violação ao art. 535, I e II CPC, no recurso especial manifestado.

- Descumpridas as determinações legais e regimentais para comprovação do dissídio pretoriano, tem-se por não configurada a divergência jurisprudencial alegada.

- Recurso não conhecido.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



CEZD
Nº 70008854606
2004/CÍVEL

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

DRA. LEILA VANI PANDOLFO MACHADO (REVISORA) - De acordo.

DESA. MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE) - De acordo.

DESA. MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA - Presidente - Apelação Cível nº 70008854606, Comarca de Rio Grande: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME"

Julgador(a) de 1º Grau: BENTO FERNANDES DE BARROS JUNIOR



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISS. CLÍNICA MÉDICA .SERVIÇOS DE HEMODIÁLISE E DIÁLISE. CARÁTER EMPRESARIAL. DECRETO-LEI Nº 406/68.

-Não faz jus à tributação privilegiada prevista no artigo 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68 a sociedade nitidamente empresarial, constituída por cotas de responsabilidade limitada, com previsão de distribuição de lucros, ainda que formada exclusivamente por médicos.

-Circunstância em que o exercício da profissão constitui elemento de empresa, sendo esta organizada como atividade econômica para produção de serviços especializados mas de caráter inequivocamente empresarial, desprezando a forma unipessoal e simples inerente à atividade intelectual e civil.

-Apelo não provido.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA
CÍVEL

Nº 70010862050

COMARCA DE ESTRELA

CLINICA DO RIM LTDA

APELANTE

PREFEITO MUNICIPAL DE
ESTRELA

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam as Magistradas integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em negar provimento ao recurso.**

Custas na forma da lei.



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

Participaram do julgamento, além da signatária, as eminentes Senhoras **DESA. MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE E REVISORA) E DESA. MARA LARSEN CHECHI.**

Porto Alegre, 16 de junho de 2005.

LEILA VANI PANDOLFO MACHADO
Relatora.

RELATÓRIO

DRA. LEILA VANI PANDOLFO MACHADO (RELATORA)

CLÍNICA DO RIM LTDA impetrou mandado de segurança contra ato do **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ESTRELA** alegando que é pessoa jurídica constituída na forma de sociedade civil, sem caráter empresarial, composta por três profissionais, cujo objeto é a prestação de serviços médicos. Afirmou que possui quatro funcionários auxiliares. Disse que a fazenda municipal pretende cobrar-lhe o ISS com base no preço do serviço, mediante aplicação mensal de alíquota de 2,5%, conforme prevê a Lei nº 3.790/03. Ocorre que o Decreto-lei nº 406/68 prevê, no caso, o recolhimento o ISS com base em valor anual fixo, em decorrência do serviço prestado e de acordo com número de profissionais. Dessa forma, a novel legislação municipal contraria disposição de lei federal. Referiu que as disposições do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68 não foram revogadas pela Lei Complementar nº 116/03. Postulou a concessão de liminar para que fosse suspensa a cobrança do imposto com base na receita bruta e, ao final, requereu a concessão da ordem para que lhe seja assegurado o direito de pagar o ISS mediante aplicação de alíquota anual fixa, calculado em relação ao número de profissionais que integra a sociedade.



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

Liminar deferida (fl. 88). Houve interposição de agravo de instrumento da decisão, que não foi conhecido (fl. 140).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações sustentando, em preliminar, que inexistente direito líquido e certo a ser amparado, tendo em vista que não houve qualquer discussão na esfera administrativa. No mais, alegou que os parágrafos 1º e 3º do Decreto-lei nº 406/68 foram revogados, ao menos tacitamente, pela Lei Complementar nº 116/2003. Afirmou que o art. 9º da LC nº 116/03 estabelece que o preço do serviço é a base de cálculo do tributo, exceto em relação aos serviços prestados de forma pessoal, o que não corresponde ao caso. Salientou que em relação às sociedades que se revestem de caráter empresarial na prestação dos serviços o tributo é cobrado com base no valor do serviço prestado. Postulou a extinção do *writ* ou sua improcedência (fls. 92 a 102).

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e, no mérito, pela denegação da segurança (fls. 143 a 149).

Em sentença (fls. 204 a 207), foi denegada a segurança pleiteada e condenado o impetrante ao pagamento das custas processuais.

A IMPETRANTE apelou aduzindo que a jurisprudência consolidada desta Corte refere que as disposições do art. 9, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68 não foram revogadas pela LC nº 116/03. Repisou os argumentos expendidos na inicial e requereu o provimento do recurso para que seja concedida a segurança pleiteada (fls. 210 a 231).

Contra-razões às fls. 236 a 240.

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 249 a 252).



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

É o relatório.

VOTOS

DRA. LEILA VANI PANDOLFO MACHADO (RELATORA)

Inicialmente, saliento que a autoridade coatora não tem legitimidade para recorrer ou contra-arrazoar o recurso, pois somente a pessoa jurídica de direito público tem legitimidade para praticar tais atos. Autoridade é mero executor do ato inquinado de ilegal ou abusivo praticado pelo ente público.

No mais, de acordo com o contrato social e alterações (fls. 22 a 24) a sociedade, de responsabilidade limitada, tem por objeto os “serviços de hemodiálise, diálise peritorial e diálise peritorial ambulatorial contínua”. Como bem referiu o Julgador *a quo* “das sócias originais uma era médica e a outra era comerciante, conforme as qualificações constantes à fl. 22. A cláusula VII trata da repartição de lucros, afigurando-se como uma sociedade comercial, agora empresarial.

Quando da primeira alteração contratual (fl. 27), retirou-se a sócia comerciante e ingressou outro sócio médico. As demais cláusulas continuaram em vigor. As alterações 2 e 3 não modificaram o objeto da sociedade. A alteração 4 (fl.35) admitiu mais uma sócia médica, retirando-se o sócio. Pela alteração 5 (fl. 40) ingressou mais uma sócia médica e a sociedade mudou de endereço. Permaneceu o objeto social.

Os documentos de fls. 50 a 65 indicam que no corrente ano de 2004 a sociedade teve, além das próprias sócias, sempre o mínimo de quatro empregados.

As circunstâncias específicas analisadas não permitem compreender que se trata de uma sociedade sem caráter empresarial; pelo contrário, trata-se de sociedade por cotas de responsabilidade limitada que



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

prevê a realização e distribuição de lucros e que tem funcionários que obviamente percebem salários.

Evidencia-se que não se encontra aqui a prestação de serviços na forma de responsabilidade exclusiva unipessoal. Os sócios são médicos, mas a atividade vai além da clínica médica pessoal, presta serviços de hemodiálise e diálise, com aparelhagem e pessoal contratado, atividade econômica organizada para a produção de serviços. Aqui, o exercício da profissão se constitui em elemento para a formação da empresa, dado o objeto social especializado. Restou desprezado o caráter unipessoal de responsabilidade próprio das atividades intelectuais científicas de natureza civil. A individualidade cedeu lugar à atividade empresarial.

Os elementos decisivos para a tributação privilegiada disposta no artigo 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 56/87, são o objeto social, (devendo este constar de um dos números da lista, referidos no parágrafo 3º) e a responsabilidade pessoal.

No caso, mesmo que formada somente por médicos, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada desempenha atividade empresarial, pois o contrato social prevê a distribuição de lucros, bem como a responsabilidade é limitada ao valor do capital social. Inaplicável, portanto, na hipótese o item 01 da Lista de Serviços anexa ao mencionado Decreto-Lei.

Nesse sentido,

DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. ISS. CLÍNICA DE TRAUMATOLOGIA. BASE DE CÁLCULO. TRATAMENTO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. SOCIEDADE EMPRESARIAL. Caracterizada a atividade da sociedade médica, clínica de traumatologia, como empresarial, impossibilita-se a concessão de tratamento privilegiado no recolhimento do ISS, uma vez que



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

não caracterizada como unipessoal. Inaplicabilidade do § 3º do art. 9º do DL 406/68. Precedentes do TJRS e STJ. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70008854606, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 31/03/2005) .

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ISS – SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – CLÍNICA MÉDICA – CARÁTER EMPRESARIAL – NÃO COMPROVADA CARACTERIZAÇÃO COMO SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – DECISÃO RECORRIDA CONSENTÂNEA COM A ORIENTAÇÃO JURISDICIONAL DO STJ – CONHECIMENTO PARCIAL - IMPROVIMENTO.

Não cabe conhecer do recurso especialmente quanto à alegativa de violação a dispositivo legal não prequestionado.

Rejeitados os embargos de declaração porque já examinados os pontos essenciais para o deslinde da questão, não há como divisar violação ao artigo 535, inciso II, do CPC.

É devido o ISS pelas sociedades profissionais quando estas assumem caráter empresarial.

As sociedades civis, para terem direito ao tratamento privilegiado previsto pelo artigo 9º, § 3º do Decreto-lei nº 406/68, têm que ser constituídas exclusivamente por médicos, ter por objeto social a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial.

Recurso parcialmente conhecido, mas improvido. (RESP 334554 / ES ; RECURSO ESPECIAL, Ministro GARCIA VIEIRA , T1 - PRIMEIRA TURMA, DJ 11.03.2002).

SOCIEDADES - MÉDICOS - ISS - SERVIÇOS PRESTADOS POR LABORATÓRIOS DE ANÁLISES - ITENS 1 E 2 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 - NÃO INCIDÊNCIA DO §3º DO ARTIGO 9º DO REFERIDO DECRETO.

De pronto, impende ressaltar que as sociedades de profissionais liberais, malgrado formadas exclusivamente por médicos, constituíram-se formalmente como sociedades comerciais, de modo que a simples presença



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

desses não representa elemento hábil a desfigurar a natureza comercial da atividade exercida.

Conquanto seu corpo de sócios seja formado exclusivamente por médicos, as sociedades constituídas sob a modalidade de limitadas desempenham atividade empresarial, uma vez que seus contratos sociais dispõem até mesmo como devem ser distribuídos os dividendos.

Sobeja asseverar, por oportuno, que uma sociedade comercial formada exclusivamente por médicos também se encontra apta a praticar atos de comércio, de sorte que o principal fator a ser verificado para se identificar a finalidade da sociedade é seu objeto social. Em espécie, resta inequívoco que o objeto social das sociedades comerciais recorridas é a prestação de um serviço especializado, todavia, inequivocamente associado ao exercício da empresa. Merece reparo, portanto, o v. acórdão recorrido, porquanto nem todos os laboratórios de análises e clínicas que possuem profissionais de medicina entre seus sócios devem ser beneficiados pelo regime privilegiado de tributação concedido aos serviços previstos no item 1 daquela Lista pelo § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68. Para tanto, é imprescindível seja aferido se os médicos que integram tais entidades desempenham a atividade de forma uniprofissional e sem finalidade empresarial.

Recurso especial provido. (RESP 555624 / PB ;Ministro FRANCIULLI NETTO, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 27.09.2004).

Ante o exposto, voto negar provimento ao recurso.

DESA. MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE E REVISORA)

Eminentes Colegas, acompanho o voto da eminente Relatora.

Aduziria, ainda, que das três sócias apenas duas atuam pessoalmente na execução do objeto do contrato social, quer dizer, não há o trabalho pessoal de todos os sócios da Apelante. Portanto, resta descaracterizada a hipótese prevista no artigo 9º e parágrafos do Decreto-Lei nº 406/68.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



LVPM
Nº 70010862050
2005/CÍVEL

DESA. MARA LARSEN CHECHI - De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: EDUARDO BECKER



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ISS. SOCIEDADE MÉDICA, COM OBJETIVO TAMBÉM COMERCIAL, SENDO UM SÓCIO MÉDICO E OUTRO COMERCIANTE.

Não é nula a sentença proferida em julgamento antecipado, não só ante ausência de pedido de provas pela parte irresignada, como diante de pleito expresso de que sobreviesse a decisão, por versar-se matéria de direito. Preliminar rejeitada.

O benefício do art. 9º, §§ 1º e 3º do Dec. Lei nº 406/68 não se estende à sociedade por quotas de responsabilidade limitada entre um sócio médico e um sócio comerciante, onde ainda consta do objeto social a comercialização de fitas de eletrocardiograma.

**PRELIMINAR REJEITADA.
APELAÇÃO DESPROVIDA.**

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA
CÍVEL

Nº 70009823907

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

CARDIOCLÍNICA CAXIAS LTDA.

APELANTE

MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar a preliminar e negar provimento à apelação.

Custas na forma da lei.



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE)** e **DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO.**

Porto Alegre, 16 de novembro de 2004.

DES.^a REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS (RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto por **CARDIOCLÍNICA CAXIAS LTDA.** relativamente à sentença (fls. 100-6) em que foi julgada improcedente ação declaratória movida contra o **MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL.**

A apelante é uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que tem por atividade a realização de exames complementares em cardiologia. Tendo em vista o fato de estar sendo descontado ISS de seu faturamento, ingressou em juízo postulando a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 6º da Lei Complementar Municipal nº 23/95, que teria alterado a sistemática de incidência do imposto em questão, passando a exigi-lo das sociedades de profissionais, no percentual de 4% (quatro por cento) sobre o faturamento. Alegou que o referido dispositivo estaria em desacordo com o que dispõem o art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68 e os art. 146, inc. III, a e 156, inc. IV e § 4º, estes da Constituição



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

Federal. Postulou, ainda, a condenação do demandado à devolução dos valores indevidamente recebidos, com base na legislação impugnada.

Contestando, o Município situou a discussão na recepção do art. 9º, § 3º do Decreto-Lei nº 406/68, que negou, pela Constituição Federal; bem como sua oponibilidade aos Municípios, defendendo que a prestação do serviço através de máquinas e equipamentos não seria pessoal, além de a alteração contratual juntada pela autora retratar, no objeto social, também o comércio de fitas para eletrocardiograma, sendo sócios um médico e uma comerciante, cada um com 50% do capital social. Invocou o art. 69 da Lei Municipal Complementar nº 12/94, o qual, no parágrafo primeiro, excluía da regra benéfica do *caput* a sociedade onde existisse sócio não habilitado ao exercício da atividade correspondente aos serviços prestados, caso em que o imposto deveria ser pago tendo como base de cálculo o preço cobrado pela execução dos serviços. Referiu que o art. 69 fora revogado pela Lei Complementar nº 23/95, com base na competência constitucional do ente público. Advogou a necessidade da edição de normas consoante art. 34, §§ 3º e 5º das Disposições Transitórias e observância da Lei Complementar nº 116/03, que deu nova redação à lista de serviços do Decreto-lei nº 406/68, revogando o recolhimento do ISS de forma privilegiada, pelo número de profissionais. Sinalou que o recolhimento pela receita bruta da autora só ocorreu a partir de fevereiro de 1993, o que deveria ser observado em caso de procedência, quanto à repetição. Acostou procuração e documentos.

Em réplica, a demandante negou exercer o comércio, embora constasse em seu contrato social, sequer estando inscrita no ICMS, imposto que incidiria, fosse o caso. A existência de sócia não médica não seria considerável, a seu juízo, por não ter responsabilidade profissional ou administrativa, de fato.



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

O Ministério Público opinou pela improcedência da ação.

O Magistrado julgou antecipadamente o feito, declarando que a autora não teria direito ao tratamento privilegiado previsto no art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, tendo em vista não atender ao requisito de que todos os sócios fossem médicos.

Irresignada com a sentença de improcedência, a demandante apelou, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, à medida que não lhe fora dado demonstrar que jamais exercera qualquer atividade comercial ou de caráter empresarial. No demais, reiterou as teses expendidas na inicial (fls. 108-24).

Com resposta (fls. 138-51), foram remetidos os autos a esta eg. Corte, tendo a Dr.^a Procuradora de Justiça opinado pelo desacolhimento da preliminar e pelo desprovimento do recurso (fls. 156-66).

É o relatório.

VOTOS

DES.^a REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS (RELATORA)

Eminentes colegas.



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

Enfrento a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Na inicial, a demandante apenas protestou pela produção de provas (fls. 12). Na réplica, requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 85), por versar matéria exclusivamente de direito. O julgamento de pronto, desta forma, não acarretou qualquer cerceamento, antes tendo atendido ao pleito da ora recorrente.

Rejeito a prefacial.

Passo ao mérito.

A apelante é sociedade por quotas de responsabilidade limitada, formada por dois sócios, um médico e uma comerciante, sua esposa, cada qual com 50% das quotas sociais, até a alteração produzida em dezembro de 2003, quando Airton passou a 75% e Joraci a 25%, mesma ocasião em que foi retirada do objeto social a comercialização de fitas de eletrocardiograma.

Portanto, no período que o pleito envolve, nenhum efeito produz a alteração em tela.

Resta saber, assim, se o benefício previsto para as sociedades de médicos no Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º, combinado com o item 1 da Lista Anexa, já com as alterações do Decreto-Lei nº 834/69 pode ou não ser estendido à recorrente. Pois foi esta a motivação da sentença para o julgamento de improcedência, isto é, concluiu o Magistrado que, numa



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

sociedade de médicos, para a obtenção do privilégio legal, todos os integrantes deveriam ser médicos, o que não é o caso presente (fls. 103).

A Lei Complementar nº 116/03, no art. 10, estatuiu:

Ficam revogados os arts. 8º, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; os incisos III, IV, V e VII do art. 3º do Decreto-Lei nº 834, de 8 de setembro de 1969; a Lei Complementar nº 22, de 9 de dezembro de 1974; a Lei nº 7.192, de 5 de junho de 1984; a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987; e a Lei Complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999.

O Decreto-lei nº 406/68 dispunha, no art. 8º, como visto revogado pela Lei Complementar nº 116, de 31.07.2003 (DOU 01.08.2003):

Art. 8º O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2º O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias. (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto-Lei nº 834, de 08.09.1969)

Já o art. 9º, que não foi revogado pela Lei Complementar nº 116/03, rezava:

Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

[...]

§ 3º. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da Lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. (Redação dada ao parágrafo pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.1987, DOU 16.12.1987) [grifei].

O art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no § 5º, previu: “*Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.*”

Vale lembrar, a propósito, a súmula nº 663 do col. Supremo Tribunal Federal: “*Os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68 foram recebidos pela Constituição*”. Resultou de julgamentos como o seguinte:

5019739 – 1 – ISS – SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS – O Plenário desta Corte ao julgar o RE 236.604, assim decidiu: CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – ISS – SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS – ADVOCACIA – DECRETO-LEI Nº 406/68, ART. 9º, §§ 1º e 3º, CF, ART. 151, III, ART. 150, II, ART. 145, § 1º – I – O art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68, que cuidam da base de cálculo do ISS, foram recebidos pela CF/88, art. 146, III, a. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88. II – RE não conhecido. E, no RE 220.323, o mesmo Plenário assim julgou: CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – ISS – SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO – Decreto-lei nº 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º, CF; ar.



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993 – I – As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da CF, com a redação da EC nº 3, de 1993. II – Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/68. III – RE não conhecido. Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (STF – RE 286.385-8 – MG – rel. Min. Moreira Alves – DJU 18.05.2001 – p. 88) (RET 20/84)

Ora, uma vez que o Decreto-Lei nº 406/68 foi recepcionado pela nova ordem constitucional, a Lei Complementar Municipal de Caxias do Sul se apresenta como instrumento inidôneo a alterar previsão de norma geral, tendo excedido sua competência. A disciplina da Lei Complementar não pode ser modificada pelo ente tributante, fazendo recair o tributo sobre a receita bruta, ausente isenção heterônoma. As normas inscritas nos §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406 não implicam redução da base de cálculo do ISS, porém regulam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no *caput* do art. 9º, não tendo sido revogadas pelo art. 150, § 6º da CF, com a redação da Emenda Constitucional nº 3/1993, a qual estabeleceu que qualquer subsídio, isenção ou redução da base de cálculo de impostos só poderia ser concedido mediante lei específica.

Sobre o tema, registro decisão do Pretório Excelso:

5019550 – ISS DE SOCIEDADES PROFISSIONAIS – 1 – Os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68, que tratam do ISS devido por sociedades civis prestadoras de serviços profissionais, foram recebidos pela CF/88. Com esse entendimento, o Tribunal manteve acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que reconheceu à sociedade de advogados o direito de recolher o ISS pelo regime fixo anual calculado com base



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

no número de profissionais habilitados, negando a pretensão do Município de Curitiba no sentido de cobrar o ISS sobre o rendimento bruto da sociedade, recolhido mensalmente. Afastou-se a alegada ofensa ao princípio da isonomia tributária (CF, art. 150, II) uma vez que os mencionados dispositivos não configuram isenção, sequer parcial, mas sim tratamento peculiar devido às características próprias das sociedades de profissionais liberais, tendo em vista a responsabilidade pessoal de cada profissional. Refutou-se ainda a pretendida violação ao princípio da capacidade econômica (CF, art. 145, § 1º) e à proibição de instituir isenções de tributos da competência dos Municípios imposta à União (CF, art. 151, III). (STF – RE 236.604 – PR – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 26.05.1999 – Informativo nº 151 – 09.06.1999 – p. 01)

Todavia, o caso concreto não se dirime em saber da constitucionalidade ou não, da legalidade ou não da disciplina prevista na legislação municipal, mas sim no exame da natureza da sociedade em pauta.

Cuida-se de sociedade comercial, que reúne dois sócios, um médico e outra comerciante. Não se encaixa, portanto, no benefício legal. Pessoalmente penso que as sociedades cujo trabalho conserve a marca individual de seus sócios merecem o tratamento benéfico previsto na lei. Mas, aqui, não se está diante de uniprofissionalidade e foi a própria apelante quem dispensou a prova de que não praticaria o comércio, ao contrário do previsto em seu contrato social.

Adequa-se a espécie, portanto, às seguintes decisões, colhidas em Juris Síntese:

5017955 – ISS – TRIBUTAÇÃO FIXA – SOCIEDADES "UNIPROFISSIONAIS" – DL 406/68, ART. 9º, §§ 1º E 2º INCIDÊNCIA – Hipótese diversa da examinada pelo Plenário no julgamento dos RREE 236.604 e 220.323,



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

quando se decidiu pela validade, em face da CF/88, dos §§ 1º e 2º do art. 9º do DI 406/68. Fundou-se, no caso, o acórdão recorrido em que o regime de tributação dos citados dispositivos legais não incide em se tratando de sociedade empresarial, fundamento de natureza infraconstitucional, não infirmado, de resto, pela recorrente. (STF – RE – 244149 – RJ – 1ª T. – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 20.04.2001 – p. 00140) (RET 18/107)

2025101 – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DO INDÉBITO – ISS – SOCIEDADE PLURIPROFISSIONAL – INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 3º DO ART. 9º DO DECRETO 406/68 – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO ADESIVO PREJUDICADO – PROVIDA – A sociedade formada por médico e farmacobi químico não é considerada uniprofissional e sim pluriprofissional, de forma que não se beneficia do tratamento fiscal diferenciado previsto no artigo 9º, § 3º do Decreto-Lei nº 406/68. (TJMS – AC 2003.006302-1/0000-00 – Campo Grande – 4ª T.Cív. – rel. Des. Rêmolo Letteriello – J. 11.11.2003)

17025333 – TRIBUTÁRIO MUNICIPAL – MEDIDA CAUTELAR E AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – ISS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS CRIADA SOB A ÉGIDE DO DECRETO Nº 3.708/1919 – EVIDENTE NATUREZA COMERCIAL – VIOLAÇÃO À LEI Nº 8.906/94 – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO UNIPROFISSIONAL – CONDIÇÃO NÃO DEMONSTRADA – REGRA DO ART. 9º, PARÁGRAFOS 1º E 3º DO DECRETO-LEI Nº 406/68 – INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE – RECURSO IMPROVIDO – Tratando-se de sociedade de advogados prestadora de serviços na área de consultoria tributária de pessoas jurídicas, criada sob a égide do Decreto nº 3.708, de 10/01/1919, a evidenciar natureza comercial, e violação ao disposto nos artigos 15, parágrafo 1º e 16 da Lei no 8.906, de 04/07/1994 (o vigente Estatuto da Advocacia), não fosse ainda o aspecto de que os sócios, de acordo com os atos constitutivos, exercem suas atividades em nome daquela e não de maneira individualizada, significa que a mesma não demonstra a condição de sociedade uniprofissional, o que afasta o seu enquadramento, para fins de incidência do ISS, na regra favorecida do artigo 9º, parágrafos 1º e 3º do Decreto-Lei



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

nº 406, de 31/12/1968, bem como na situação própria indicada na Lei Municipal que regula a matéria. Assim, em tal hipótese, referida sociedade fica sujeita ao recolhimento do ISS com base no preço do serviço, ou receita bruta, e não com base em valores fixos e pertinentes à tributação individual, daí resultando, via de consequência, que improcedente se mostra a pretensão por ela formulada em ação declaratória cumulada com restituição do indébito e precedida de cautelar inominada, onde almeja que se reconheça a inexistência de relação jurídico-tributária oriunda da Lei Municipal menos benéfica, no que tange ao modo de cálculo do aludido imposto. De outro lado, nessa espécie, inócua se apresenta a discussão no sentido de ser vedado ao Município legislar sobre normas gerais relativas ao mencionado imposto senão após Lei Complementar ainda não editada, como também acerca do fato de que a Constituição Federal recepcionou os aludidos dispositivos do Decreto-Lei nº 406/68. (TJRJ – AC 22116/2000 – (2000.001.22116) – 3ª C.Cív. – rel. Des. Antônio Eduardo F. Duarte – J. 27.11.2001)

E ainda, no eg. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ISS – SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – CLÍNICA MÉDICA – CARÁTER EMPRESARIAL NÃO COMPROVADA CARACTERIZAÇÃO COMO SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – DECISÃO RECORRIDA CONSENTÂNEA COM A ORIENTAÇÃO JURISDICIONAL DO STJ – CONHECIMENTO PARCIAL – IMPROVIMENTO. (REsp. nº 334.554/ES, rel. Min. Garcia Vieira, j. 6.12.01, Primeira Turma, DJ 11.3.02, p. 0202)

DO EXPOSTO, o voto é no sentido de rejeitar a preliminar e negar provimento ao apelo.

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO (REVISOR) - De acordo.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



RMDCB
Nº 70009823907
2004/CÍVEL

DES.^a MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA (PRESIDENTE) - De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: SERGIO AUGUSTIN

gm/rb

RECURSO ESPECIAL Nº 555.624 - PB (2003/0067417-9)

RELATOR : **MINISTRO FRANCIULLI NETTO**
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA
ADVOGADO : JOSÉ AUGUSTO DA SILVA NOBRE FILHO
RECORRIDO : INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA
LTDA E OUTROS
ADVOGADO : JULIANA BRAVO DE A COELHO E OUTROS
RECORRIDO : CLÍNICA E CENTRO DE HIDRATAÇÃO INFANTIL S/C
LTDA
ADVOGADO : CAIUS MARCELLUS LACERDA E OUTROS

EMENTA

SOCIEDADES - MÉDICOS - ISS - SERVIÇOS
PRESTADOS POR LABORATÓRIOS DE ANÁLISES - ITENS
1 E 2 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N.
406/68 - NÃO INCIDÊNCIA DO §3º DO ARTIGO 9º DO
REFERIDO DECRETO.

De pronto, impende ressaltar que as sociedades de profissionais liberais, malgrado formadas exclusivamente por médicos, constituíram-se formalmente como sociedades comerciais, de modo que a simples presença desses não representa elemento hábil a desfigurar a natureza comercial da atividade exercida.

Conquanto seu corpo de sócios seja formado exclusivamente por médicos, as sociedades constituídas sob a modalidade de limitadas desempenham atividade empresarial, uma vez que seus contratos sociais dispõem até mesmo como devem ser distribuídos os dividendos.

Sobeja asseverar, por oportuno, que uma sociedade comercial formada exclusivamente por médicos também se encontra apta a praticar atos de comércio, de sorte que o principal fator a ser verificado para se identificar a finalidade da sociedade é seu objeto social. Em espécie, resta inequívoco que o objeto social das sociedades comerciais recorridas é a

Superior Tribunal de Justiça

prestação de um serviço especializado, todavia, inequivocamente associado ao exercício da empresa.

Merece reparo, portanto, o v. acórdão recorrido, porquanto nem todos os laboratórios de análises e clínicas que possuem profissionais de medicina entre seus sócios devem ser beneficiados pelo regime privilegiado de tributação concedido aos serviços previstos no item 1 daquela Lista pelo § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68. Para tanto, é imprescindível seja aferido se os médicos que integram tais entidades desempenham a atividade de forma uniprofissional e sem finalidade empresarial.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2004 (Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCIULLI NETTO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 555.624 - PB (2003/0067417-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Município de João Pessoa, com amparo no artigo 105, III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal, contra v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, o qual sedimentou entendimento nos seguintes termos, *verbis*:

"ISS. SOCIEDADE CIVIL. PROFISSIONAIS LIBERAIS. MÉDICOS. BENEFÍCIO DO §3.º DO ART. 9.º DO DEC.-LEI 406/68. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DA FORMA DE TRIBUTAÇÃO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO JULGADA PROCEDENTE. REMESSA OFICIAL CONHECIDA E DESPROVIDA.

Tratando-se de sociedade de profissionais liberais, no caso médicos, que apesar de se constituírem formalmente como sociedades comerciais, assumem características essencialmente civis, pois no seu quadro de sócios se encontram médicos especialistas e nenhum empresário, caracterizando a sua prestação de serviços profissionais autônomos, sem fins lucrativos, afastando a possibilidade da presença do caráter empresarial, vindo a se incluir no disposto no Decreto-Lei n. 406/68, modificado pela Lei Complementar n. 56/87" (fl. 344).

A Municipalidade paraibana, irresignada com o provimento jurisdicional denegatório de sua pretensão, interpõe o presente recurso especial, amparada pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, mediante o qual alega negativa de vigência ao Decreto-Lei n. 406/68, sob o argumento de que as entidades ora recorridas desempenham atividade

Superior Tribunal de Justiça

notadamente empresarial, embora formadas exclusivamente por médicos.

A ensejar o confronto analítico hábil a permitir o conhecimento do recurso especial pela alínea "c", colaciona precedentes dos egrégios Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de que o benefício contido no §3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68 somente seria passível de incidência em relação às sociedades de médicos - ainda que voltadas para análises clínicas e laboratoriais - que não desempenhassem suas atividades com natureza empresarial.

Apresentadas as contra-razões, sustentam os recorridos que exercem suas atividades com inequívoca natureza uniprofissional e destituídas de finalidade empresarial. A corroborar tais argumentos, aduzem que a exclusiva presença de médicos entre o corpo de sócios é suficiente para a aplicação do referido benefício tributário.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 555.624 - PB (2003/0067417-9)

EMENTA

SOCIEDADES - MÉDICOS - ISS - SERVIÇOS PRESTADOS POR LABORATÓRIOS DE ANÁLISES - ITENS 1 E 2 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68 - NÃO INCIDÊNCIA DO §3º DO ARTIGO 9º DO REFERIDO DECRETO.

De pronto, impende ressaltar que as sociedades de profissionais liberais, malgrado formadas exclusivamente por médicos, constituíram-se formalmente como sociedades comerciais, de modo que a simples presença desses não representa elemento hábil a desfigurar a natureza comercial da atividade exercida.

Conquanto seu corpo de sócios seja formado exclusivamente por médicos, as sociedades constituídas sob a modalidade de limitadas desempenham atividade empresarial, uma vez que seus contratos sociais dispõem até mesmo como devem ser distribuídos os dividendos.

Sobeja asseverar, por oportuno, que uma sociedade comercial formada exclusivamente por médicos também se encontra apta a praticar atos de comércio, de sorte que o principal fator a ser verificado para se identificar a finalidade da sociedade é seu objeto social. Em espécie, resta inequívoco que o objeto social das sociedades comerciais recorridas é a prestação de um serviço especializado, todavia, inequivocamente associado ao exercício da empresa.

Merece reparo, portanto, o v. acórdão recorrido,

porquanto nem todos os laboratórios de análises e clínicas que possuem profissionais de medicina entre seus sócios devem ser beneficiados pelo regime privilegiado de tributação concedido aos serviços previstos no item 1 daquela Lista pelo § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68. Para tanto, é imprescindível seja aferido se os médicos que integram tais entidades desempenham a atividade de forma uniprofissional e sem finalidade empresarial.

Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator):

O § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/87, dispõe, *in verbis*:

"§ 3º. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável". (Redação dada pela Lei complementar nº 56, de 15.12.1987)

Por outro lado, os itens 1 e 2 da Lista de Serviços anexa ao mencionado Decreto-Lei estão assim redigidos:

"1. Médicos, inclusive análises clínicas, eletricidade médica, radioterapia, ultra-sonografia, radiologia, tomografia e congêneres;

2. Hospitais, clínicas, sanatórios, **laboratórios de análise**, ambulatorios, prontos-socorros, manicômios, casas de saúde, de repouso, de recuperação e congêneres" (grifo não original).

De pronto, impende ressaltar que as sociedades de profissionais liberais, malgrado formadas exclusivamente por médicos, constituíram-se formalmente como sociedades comerciais, de modo que a simples presença desses não representa elemento hábil a desfigurar a natureza comercial da atividade exercida (fl.344).

Compulsando-se os autos, depreende-se que os aludidos médicos juntaram-se com o escopo de constituir pessoas jurídicas especializadas na prestação de análises clínicas e laboratoriais. Tal atividade, à evidência, possui inequívoca natureza empresarial, consoante depreende-se de seus contratos sociais, bem como não é exercida em caráter uniprofissional.

Conquanto seu corpo de sócios seja formado exclusivamente por médicos, as sociedades constituídas sob a modalidade de limitadas desempenham atividade empresarial, uma vez que seus contratos sociais dispõem até mesmo como devem ser distribuídos os dividendos.

Sobeja asseverar, por oportuno, que uma sociedade comercial formada exclusivamente por médicos também se encontra apta a praticar atos de comércio, de sorte que o principal fator a ser verificado para se identificar a finalidade da sociedade é seu objeto social. Em espécie, resta inequívoco que o objeto social das sociedades comerciais recorridas é a prestação de um serviço especializado, todavia, inequivocamente associado ao exercício da empresa.

Dessa forma, consoante alega o recorrente, o item 1 da Lista

Superior Tribunal de Justiça

de Serviços não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que o mencionado item incide em relação aos médicos e profissionais liberais que exercem atividades em análises clínicas, sem natureza empresarial e com caráter uniprofissional.

Merece reparo, portanto, o v. acórdão recorrido, porquanto nem todos os laboratórios de análises e clínicas que possuem profissionais de medicina entre seus sócios devem ser beneficiados pelo regime privilegiado de tributação concedido aos serviços previstos no § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68. Para tanto, é imprescindível seja aferido se os médicos que integram tais entidades desempenham a atividade de forma uniprofissional e sem finalidade empresarial.

Como bem salientou a egrégia Primeira Turma desta colenda Corte, em recente julgado, *"nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial"* (REsp 458.005/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 04.08.2003).

Em consonância com precedente da lavra do eminente Ministro Demócrito Reinaldo (REsp 45.894-3/PR, DJ de 27.11.95), o qual referia-se a laboratório com características eminentemente empresariais, embora não integrado exclusivamente por médicos, a análise dos autos demonstra que os laboratórios e clínicas, ora recorridos, possuem manifesta finalidade comercial.

A prevalecer a tese de que a presença exclusiva de médicos no corpo de uma sociedade comercial impõe a concessão do benefício previsto no § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68, todas as entidades não contempladas por tal preceito incluiriam clandestinamente médicos entre seus sócios apenas para desfrutar de tal prerrogativa.

Superior Tribunal de Justiça

Dessarte, definidos os contornos da incidência, ou seja, a inadequação aos preceitos "sociedade uniprofissional", "responsabilidade pessoal" e "ausência de finalidade comercial", cumpre seja negado aos recorridos o benefício contido no § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68.

Ao Superior Tribunal de Justiça, pela competência que lhe fora outorgada pela Constituição Federal, cumpre uniformizar a aplicação da legislação federal infraconstitucional, sendo-lhe defeso apreciar pretensa inconstitucionalidade de lei municipal.

Por fim, a título de mera informação, é de bom alvitre evidenciar que o Excelso Supremo Tribunal Federal, por meio de sua recente Súmula n. 663, pacificou o entendimento segundo o qual *"os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68 foram recebidos pela Constituição"*.

Pelo que precede, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

Ministro FRANCIULLI NETTO, Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2003/0067417-9

RESP 555624 / PB

Números Origem: 19970034169 20010058327 200960022669

PAUTA: 19/02/2004

JULGADO: 19/02/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA
ADVOGADO : JOSÉ AUGUSTO DA SILVA NOBRE FILHO
RECORRIDO : INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA E OUTROS
ADVOGADO : JULIANA BRAVO DE A COELHO E OUTROS
RECORRIDO : CLÍNICA E CENTRO DE HIDRATAÇÃO INFANTIL S/C LTDA
ADVOGADO : CAIUS MARCELLUS LACERDA E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - ISS - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária



Tribunal Regional Federal da 3ª Região

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
MINUTA DE JULGAMENTO FLS.

*** QUARTA TURMA ***

2000.61.00.029147-0 281302 AMS-SP
PAUTA: 06/12/2007 JULGADO: 06/12/2007 NUM. PAUTA: 00046

RELATOR: DES.FED. ROBERTO HADDAD
PRESIDENTE DO ÓRGÃO JULGADOR: DES.FED. FABIO PRIETO
PRESIDENTE DA SESSÃO: DES.FED. FABIO PRIETO
PROCURADOR(A) DA REPÚBLICA: Dr(a). PAULA BAJER F. M. DA COSTA

AUTUAÇÃO

APTE : CIA ELDORADO DE HOTEIS
APDO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
APDO : Serviço Social do Comércio SESC
APDO : Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial SENAC

ADVOGADO(S)

ADV : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
ADV : RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA
ADV : AUREA DELGADO LEONEL
ADV : HERMES ARRAIS ALENCAR
ADV : FERNANDA HESKETH
ADV : ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA

SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

Votaram os(as) DES.FED. SALETTE NASCIMENTO e DES.FED. FABIO PRIETO.

WALDIRO PACANARO FILHO
Secretário(a)



Tribunal Regional Federal da 3ª Região



Tribunal Regional Federal da 3ª Região

PROC. : 2000.61.00.029147-0 AMS 281302
ORIG. : 6 Vr SAO PAULO/SP
APTE : CIA ELDORADO DE HOTEIS
ADV : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
ADV : RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA
APDO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADV : AUREA DELGADO LEONEL
ADV : HERMES ARRAIS ALENCAR
APDO : Serviço Social do Comércio SESC
ADV : FERNANDA HESKETH
APDO : Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial SENAC
ADV : ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA
RELATOR : DES. FED. ROBERTO HADDAD / QUARTA TURMA

RELATÓRIO

O EXMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD (Relator).

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença proferida em mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado com o intuito de garantir o direito líquido e certo da impetrante eximir-se do recolhimento das contribuições ao SENAC, SESC, com fundamento na inconstitucionalidade das exações.

Em síntese, sustenta a impetrante a inexigibilidade das contribuições destinadas ao SENAC e SESC argumentando que se trata de empresa prestadora de serviços do ramo hoteleiro, não se encontrando subordinada à Confederação Nacional de Comércio e tampouco beneficiada pelas atividades desenvolvidas pelos referidos serviços sociais (fls. 02/31).

A liminar pleiteada foi indeferida às fls. 88/92. Contra essa decisão foi interposto Agravo de Instrumento pelo SESC, SENAC e pelo INSS (fls. 672/781). Agravos com baixa definitiva à vara de origem.

As autoridades rotuladas como coatoras prestaram informações às fls. 60/68, 147/182 e 454/500. Em sede preliminar, o SESC alegou ilegitimidade passiva ad causam, somente poderá figurar como litisconsórcio passivo necessário, ao passo que o SENAC arguiu inépcia da inicial e carência da ação e, no mérito, INSS, SENAC e SESC pugnaram pela denegação da segurança em razão da legalidade da exação.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 777/781).

A MMª. Juíza, analisando o feito, afastou as preliminares e, no mérito, julgou improcedente a ação, denegando a segurança, por não vislumbrar qualquer inconstitucionalidade na exação imposta, entendendo que a parte impetrante se encontra sujeita aos ditames dos Decretos-Lei nº 8.621/46 e 9.853/46 e da Lei nº 8.029/90, alterada pela Lei nº 10.669/2003. Sem condenação em verba honorária, a teor das Súmulas nº 105 do STJ e nº 512 do STF. Custas ex vi legis. Foram interpostos Embargos de Declaração os quais foram rejeitados (fls. 829/832).

Irresignada, a impetrante interpôs recurso de apelação em que pugna pela reforma da r. sentença, sustentando, em síntese, a inexigibilidade das exações impostas pelos Decretos-Lei nº 8.621/46 e 9.853/46 (fls. 735/745).

Com contra-razões, subiram os autos a este E. Tribunal e, após distribuição, vieram-me conclusos.

O representante do Ministério Público Federal opinou pelo improvimento da apelação (fls. 1132/1136).

Foi requerido a devolução do prazo para intimação do SESC apresentar as contra-razões. Convertido o julgamento em diligência, baixaram os autos à origem para o cumprimento do requerido (fls. 1147).

Após o cumprimento da diligência subiram os autos.

Dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, inciso VIII do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

ROBERTO HADDAD
Desembargador Federal
Relator



Tribunal Regional Federal da 3ª Região

PROC. : 2000.61.00.029147-0 AMS 281302
ORIG. : 6 Vr SAO PAULO/SP
APTE : CIA ELDORADO DE HOTEIS
ADV : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
ADV : RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA
APDO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADV : AUREA DELGADO LEONEL
ADV : HERMES ARRAIS ALENCAR
APDO : Serviço Social do Comércio SESC
ADV : FERNANDA HESKETH
APDO : Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial SENAC
ADV : ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA
RELATOR : DES. FED. ROBERTO HADDAD / QUARTA TURMA

VOTO

O EXMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD (Relator).

Controverte-se sobre a exigibilidade das contribuições destinadas ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, ao Serviço Social do Comércio - SESC e ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, por parte de empresa que tem por objeto social a administração de bens, especialmente a organização e a administração de consórcios de bens duráveis.

A questão, tal como foi posta na r. sentença de improcedência, foi acertadamente decidida, sendo medida de rigor sua manutenção pelos argumentos que passo a expor a seguir:

O SENAC e o SESC são entidades privadas sociais criadas em 1946, com o intuito de contribuir para o fortalecimento e bem estar das classes comerciais. Para o financiamento do referidos serviços, foram instituídas contribuições pelos Decretos-Lei nº 8.621/46 e 9.853/46, in verbis:

"Decreto-Lei nº 8.621/46

Art. 4º - Para custeio dos encargos do 'SENAC', os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, foram obrigados ao pagamento mensal de uma contribuição equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade de seus empregados."

"Decreto-Lei 9.853/46

Art. 3º - Os estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio (art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943) e os demais empregadores que possuam empregados segurados no Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social do Comércio, para custeio dos seus encargos."

De início, impende consignar que tais contribuições parafiscais foram expressamente recepcionadas pela Constituição Federal, no art. 240, com o fito de concretizar a promessa insculpida no princípio pétreo de "valorização do trabalho e do progresso social do trabalhador", encartado no art. 170 da Carta Magna.

Posto isto, passemos a diante.

O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240 da CF), é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Justamente por isso, deve-se examinar a questão da vigência do enquadramento sindical previsto no art. 577 da CLT à luz da atual Constituição.

É certo que o art. 8º da Constituição Federal não mais permite o enquadramento oficial e compulsório, promovido, como era, pelo Ministério do Trabalho, em consonância com a disposição do art. 577 da CLT.

Isto não quer dizer, entretanto, que o enquadramento das categorias profissionais e econômicas desenhado tradicionalmente no quadro a que alude o art. 577 da CLT tenha sido revogado ou ab-rogado. O enquadramento sindical é compatível com a Constituição Federal de 1988 na medida em que o princípio do pluralismo prepondera sobre o critério da unidade sindical, observando-se, ainda, a liberdade de associação e organização segundo os interesses dos trabalhadores e empregados.

Em análise aprofundada sobre o assunto, Mozart Victor Russomano, no livro "Princípios Gerais do Direito Sindical", assinala:

"... De certo modo, procede a opinião de Amauri Mascaro Nascimento quando diz que, por força da nova orientação constitucional, o enquadramento dos sindicatos através de reconhecimento de categorias (profissionais e econômicas) deixou de ser oficial, passando a ser espontâneo (Direito do Trabalho na Constituição de 1988, pág. 230, 1989, São Paulo). De qualquer modo, nosso entendimento é que, apensar disso, o quadro das categorias profissionais e econômicas desenhado, tradicionalmente, no mapa a que



Tribunal Regional Federal da 3ª Região

alude o art. 577, da Consolidação, não está revogado, nem é, presentemente inútil... (...) ...o mapa de enquadramento sindical perdura, apenas, como indicação prática, eventualmente útil, ao processo sindicalista nacional. Por um lado, com base no inciso I, do art. 8º, da Constituição Federal de 1988, o mapa sindical perdeu seu antigo caráter obrigatório; por outro lado, com respaldo no mesmo preceito, não mais compete às autoridades administrativas decidir sobre o propósito de sua estrutura (nem acrescentamos, sobre o limite da representatividade profissional ou econômica de cada sindicato)... (Forense, 2ª edição, 1998, Rio de Janeiro, fls. 81/82).

A respeito da questão, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o artigo 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio Farias de Mello, ao relatar o RMS nº 21.305-21 (Revista LTr, SP, janeiro de 1992, p. 13/14), proferiu a seguinte decisão:

"O Pleno da Corte já teve oportunidade de assentar a recepção, pela atual carta, das normas de índole ordinária em tudo em que não contrariem a proibição constitucional alusiva à interferência e à intervenção do Poder Público na organização sindical. (...) Concluiu que normas da Consolidação das Leis do Trabalho envolvidas neste caso - artigos 511 e 570 - estão em pleno vigor (...). O artigo 570 dispõe sobre a organização sindical por categorias econômicas ou profissionais específicas, conforme discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o artigo 577 ou de acordo com subdivisões que, por proposta da Comissão de Enquadramento Sindical, forem aprovados pelo Ministério do Trabalho."

Seguindo a linha de raciocínio de que a empresa vinculada à Confederação Nacional de Comércio conforme o enquadramento dado pelo art. 577 da CLT e seu anexo, está obrigada ao pagamento das contribuições destinadas ao SENAC e SESC, cumpre-se analisar a hipótese versada nos autos.

No caso presente, segundo o objetivo constante do Contrato Social acostado às fls. 33/36 dos autos, a impetrante tem por objeto a exploração comercial e lucrativa do ramo da hotelaria em todo o território nacional e demais atividades afins e correlatas no mesmo ramo, encontrando-se vinculada ao quadro da Confederação Nacional do Comércio, Grupo nº 04 (empregados no comércio hoteleiro e similares), o que a torna, por conseguinte, sujeito passivo das contribuições in foco.

Mesmo que assim não fosse, a exegese da expressão "estabelecimentos comerciais" contida nos diplomas instituidores das referidas contribuições precisa ser feita segundo a concepção moderna de comércio, de forma a refletir a atual realidade econômica e social. Consoante destacou o ilustre Ministro Franciulli Netto no julgamento do Recurso Especial nº 326.491, o art. 4º do Decreto-Lei nº 8621/46 e o art. 3º do Decreto-Lei nº 9.853/46 devem ser interpretados à luz do novo conceito de empresa e da ordem constitucional em vigor. Eis breve trecho de sua brilhante decisão:

"...A atividade de prestação de serviços, vista em face da teoria dos atos de comércio, fica afastada do âmbito do direito comercial mas a sua crescente importância econômica tem pressionado o direito a dar-lhe o tratamento peculiar dispensado a atividades comerciais típicas. É o conceito moderno de empresa, entendida como a exploração econômica da produção e circulação de bens e serviços.

Poder-se-ia argumentar que o entendimento ora esposado consistiria em interpretação extensiva de dispositivos de Direito Tributário, vedado pelo princípio da tipicidade cerrada ínsita a esse ramo de direito.

Tal raciocínio, data máxima vencia, não merece prosperar.

(...)o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a nova figura do empresário, atribuindo esse conceito uma amplitude muito maior do que a noção de comerciante, limitada àquele que pratica atos de comércio, pois, abarcará atividades econômicas diversas, incluindo-se, dentre elas, pela preponderância do setor nos dias atuais, a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo."

(STJ, 2ª T, Resp. nº 326.491, Rel.Min. Eliana Calmon, por maioria, DJ 30.06.03)

Em resumo, o que se verifica, no caso vertente, é a mera interpretação atual do conceito de "estabelecimento comercial", qual seja, de atividade econômica, contemplado pelos Decretos-Lei de 1946.

No caso em concreto, a impetrante elegeu como seu objeto social uma atividade eminentemente capitalista, voltada a consecução de lucro. Além disso, o contrato social prevê expressamente a remuneração mensal dos sócios-gerentes (cláusula 11) e o escopo lucrativo (cláusula 7).

Neste diapasão, como restou assentado no aresto supra transcrito, a inclusão da impetrante dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento das contribuições, não configura ilegalidade frente o § 1º do art. 108 do CTN.

Por outro lado, cumpre assinalar que a existência de um benefício, contraprestação ou vantagem, não constitui elemento essencial para a cobrança de contribuição social, e sua ausência não implica, como tentou fazer crer a impetrante, na impossibilidade de sua exigência.

Ademais, deve-se ter presente que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, colocou uma pá de cal sobre a questão, decidindo que "as prestadoras de serviços que auferem lucros e com esse produto remuneram seus 'sócios' são, inequivocadamente, estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer pela novel caracterização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa."

O Recurso Especial acima referido foi assim ementado:



Tribunal Regional Federal da 3ª Região

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC E SENAC. ENTIDADE HOSPITALAR. ENTIDADE VINCULADA À CONFEDERAÇÃO CUJA INTEGRAÇÃO É PRESSUPOSTO DA EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 577 CLT E SEU ANEXO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA CONCRETIZADORA DA CLÁUSULA PÉTREIA DE VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DIGNIFICAÇÃO DO TRABALHADOR. EMPRESA COMERCIAL. AUTOQUALIFICAÇÃO, MERCÊ DOS NOVOS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DO CONCEITO. VERIFICAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA Lei À LUZ DO PRINCÍPIO DE SUPRA DIREITO DETERMINANDO A APLICAÇÃO DA NORMA AOS FINS SOCIAIS A QUE SE DESTINA, À LUZ DE SEU RESULTADO, REGRAS MAIORES DE HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO.

1. As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e para o SENAC, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art.240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.
2. Deveras, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 240, que: " Ficam ressalvas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. "
3. As Contribuições referidas visam a concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da "valorização do trabalho humano" encartado no art. 170 da Carta Magna: verbis: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)"
4. Os artigos 3º, do Decreto-Lei 9.853 de 1946 e 4º, do Decreto-Lei 8.621/46 estabelecem como sujeitos passivos da exação em comento os estabelecimentos integrantes da Confederação a que pertence e sempre pertenceu a recorrente (antigo IAPC; DL 2.381/40), conferindo "legalidade" à exigência tributária.
5. Os empregados do setor de serviços dos hospitais e casas de saúde, ex - segurados do IAPC, antecedente orgânico das recorridas, também são destinatários dos benefícios oferecidos pelo SESC e pelo SENAC.
6. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.
7. O SESC e o SENAC têm como escopo contribuir para o bem-estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam.
8. À luz da regra do art. 5º, da LICC - norma supralegal que informa o direito tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação, passa por esse aspecto teleológico - sistêmico - impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um "direito universal do trabalhador", cujo dever correspectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.
9. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações sub judice, implica em que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutro serviço social, visando a evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação antiisonômica e injusta.
10. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame recepcionada constitucionalmente em benefício dos empregados, encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através a via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.
11. Recurso especial Improvido."

(STJ, RE nº 431.347 - SC (2002/0046184-1), 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, V.U., DJ23.10.2002)

De todo o exposto, emerge a conclusão de que a impetrante está obrigada ao recolhimento da contribuição social aos serviços sociais autônomos .

Posto isto, nego provimento à apelação.

É o voto.

ROBERTO HADDAD
Desembargador Federal
Relator



Tribunal Regional Federal da 3ª Região

PROC. : 2000.61.00.029147-0 AMS 281302
ORIG. : 6 Vr SAO PAULO/SP
APTE : CIA ELDORADO DE HOTEIS
ADV : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
ADV : RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA
APDO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADV : AUREA DELGADO LEONEL
ADV : HERMES ARRAIS ALENCAR
APDO : Serviço Social do Comércio SESC
ADV : FERNANDA HESKETH
APDO : Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial SENAC
ADV : ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA
RELATOR : DES. FED. ROBERTO HADDAD / QUARTA TURMA
EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC E SENAC. ART. 577 DA CLT. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. CONCEITO MODERNO DE EMPRESA. EXIGIBILIDADE.

1. As contribuições devidas a serviços sociais autônomos foram recepcionadas, expressamente, pelo artigo 240 da Constituição Federal, sendo sujeito passivo o empregador de qualquer espécie de atividade econômica.
2. O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da CLT.
3. Consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, o art. 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988
4. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocadamente estabelecimentos comerciais, quer por força de seu ato constitutivo, quer em função da novel caracterização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.
5. Ao instituir a referida contribuição como um "adicional" às contribuições ao SENAI, SENAC, SESI e SESC, o legislador indubitavelmente definiu como sujeitos ativo e passivo, fato gerador e base de cálculo, os mesmos daquelas contribuições e como alíquota, as descritas no § 3º do art. 8º da Lei nº 8.029/90.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação nos termos do relatório e do voto do Senhor Desembargador Federal Relator e na conformidade da ata de julgamento que fica fazendo parte integrante do presente julgado. São Paulo, 06 de dezembro de 2007. (data do julgamento).

ROBERTO HADDAD
Desembargador Federal
Relator

200061000291470
200061000291470

10

1

gbm

RECURSO ESPECIAL Nº 326.491 - AM (2001/0077008-6)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO FRANCIULLI NETTO**
RECORRENTE : SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA LTDA
- SAMESP
ADVOGADO : MÁRIO CORDELLA FILHO E OUTROS
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : HAMILTON OLIVEIRA LEITE E OUTROS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS "A" E "C" – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL COMPULSÓRIA PARA O SESC E O SENAC – EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES – EXIGIBILIDADE.

As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e o SENAC.

O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240 da Constituição Federal) é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o artigo 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988.

No quadro anexo à CLT, relativo ao artigo 577, há expressa previsão de que os estabelecimentos de serviços de saúde integram o plano da Confederação Nacional do Comércio.

A exegese dos artigos 4º do Decreto-lei n. 8.621/46 e 3º do Decreto-lei 9.853/46, à luz do novo conceito de empresa e da ordem constitucional em vigor, leva à conclusão de que as prestadoras de serviços se incluem dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento da contribuição.

O novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a figura do empresário, atribuindo a esse conceito uma amplitude maior do que a noção de comerciante. No caso vertente, o que se verifica é a mera interpretação atual do mesmo conceito de "estabelecimento comercial" contemplado pelos decretos de 1946, que instituíram as contribuições para o SESC e o SENAC.

Divergência jurisprudencial não conhecida, porquanto não há

Superior Tribunal de Justiça

similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados. Os arestos chamados à colação se referem à prestação de serviços de vigilância, enquanto o caso vertente trata das prestadoras de serviços médicos e hospitalares, e àqueles não se afina na especificidade.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, por maioria, vencida a Sra. Ministra Relatora, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Franciulli Netto, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Franciulli Netto os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 06 de junho de 2002(Data do Julgamento).

MINISTRA ELIANA CALMON, Presidente

MINISTRO FRANCIULLI NETTO, Relator para o acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 326.491 - AM (2001/0077008-6)

RECORRENTE : SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA
LTDA - SAMESP
ADVOGADO : MÁRIO CORDELLA FILHO E OUTROS
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : HAMILTON OLIVEIRA LEITE E OUTROS

RELATÓRIO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: O Tribunal Regional Federal da Primeira Região decidiu em acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC/SENAC. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES.

1. A empresa prestadora de serviços médicos e hospitalares, em caráter profissional, com fins lucrativos (sociedade civil com fins econômicos), está obrigada a contribuir para o SESC/SENAC, nos termos da legislação de regência, como acontece com as empresas comerciais em sentido estrito.

2. Conquanto a atividade econômica de prestação de serviços, vista ao lume da teoria dos atos de comércio, esteja afastada do âmbito do direito comercial, a sua crescente importância econômica tem levado o direito moderno a dar-lhe o mesmo tratamento jurídico reservado para as atividades comerciais típicas.

3. Apelação a que se nega provimento.

(fl. 146)

Interpõe **SAMESP - SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA LTDA.** recurso especial, com fulcro nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, alegando contrariedade ao art. 3º, § 1º do Decreto-lei 9.853/46 e ao art. 4º do Decreto-lei 8.621/46, além de dissídio jurisprudencial.

Nas contra-razões, sustenta o **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS** que o conceito de empresa, modernamente, inclui a sociedade prestadora de serviços, dispondo a CLT, no art. 352, § 1º, alínea "n", que as atividades exercidas nos estabelecimentos hospitalares, cujos serviços sejam remunerados, possuem natureza comercial.

Subindo os autos, vieram-me conclusos.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 326.491 - AM (2001/0077008-6)

RECORRENTE : SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA
LTDA - SAMESP
ADVOGADO : MÁRIO CORDELLA FILHO E OUTROS
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : HAMILTON OLIVEIRA LEITE E OUTROS

VOTO

VENCIDO

EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): Estando prequestionados os dispositivos indicados e caracterizado o dissídio jurisprudencial, passo ao exame do recurso.

Esta Corte há precedente sobre o tema, tendo sido enfrentada a questão pela Primeira Turma, que recentemente decidiu:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC E SENAC - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE VIGILÂNCIA - INEXIGIBILIDADE.

Em se tratando de empresa prestadora de serviços de vigilância, cuja natureza jurídica não é tipicamente comercial, está desobrigada de recolher a contribuição social para o SESC e SENAC.

Recurso provido.

(REsp 322.952/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, unânime, DJ 27/08/2001)

Esta posição coincide com o entendimento desta Segunda Turma, expresso em antigo precedente relatado pelo Ministro Hélio Mosimann:

AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O SESC E SENAC. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. INEXIGIBILIDADE.

Sendo a autora empresa prestadora de serviços de vigilância, e não empresa tipicamente comercial, não está sujeita ao pagamento da contribuição.

(REsp 168.892/PR, 2ª Turma, unânime, DJ 10/08/98)

O acórdão impugnado apresenta-se muito bem posto sob o enfoque isonômico, tendo o relator conduzido o seu raciocínio para o entendimento de que se a empresa prestadora de serviço é como a vendedora de mercadoria, sociedade comercial, no sentido clássico, é natural que recebam ambas igual tratamento.

Contudo, a visão que tenho sobre o tema sobrepõe-se, *data venia*, à aplicação do princípio isonômico, porque há previsão legal expressa. Vejamos:

O SESC e o SENAC são custeados pelos estabelecimentos comerciais com atividade enquadrada na CLT e por empresas de atividade mista e que explorem, em assessoria ou concorrentemente, qualquer ramo econômico peculiar aos estabelecimentos comerciais.

Superior Tribunal de Justiça

Esta é a previsão contida nos DL's 8.621/46 e 9.853/46, regulamentadores das atividades do SENA e SESC, respectivamente.

Pelo artigo 577 da CLT, por seu turno, o enquadramento sindical de uma empresa era o traço determinante para a sua qualificação.

Contudo, revogado o dispositivo da consolidação pela CF/88, a qual lhe tirou a eficácia, não mais prevalece o critério do enquadramento sindical, o que ensejou a adotar-se, como sucedâneo, o critério do direito mercantil.

Entendo, entretanto, que não se pode eleger contribuinte por simetria, isonomia ou equidade, sendo tal imposição matéria de absoluta legalidade, pois só a lei pode eleger sujeito passivo de obrigação tributária ou similar.

O meu entendimento é o de que, após a CF/88, só se pode aceitar novas vinculações aos serviços autônomos quando a lei impuser a vinculação.

Observe-se, para a exata compreensão, que estão obrigadas a contribuir para o SESC/SENAC:

1º) as empresas comerciais e as já vinculadas por critério anterior à CF/88 (artigos 3º do DL 9.953/46 e art. 4º do DL 8.621/46); e

2º) as empresas que venham a vincular-se por imposição legal expressa.

A disposição contida no artigo 352, § 1º da CLT, referente à nacionalidade do trabalho, não tem valia na disciplina da matéria de que se cuida.

Observe-se que esta assertiva deriva do texto legal que impõe como contribuinte do SESC/SENAC:

1º) os estabelecimentos comerciais, enquadrados como tal antes da CF/88;

2º) as empresas de atividades mistas e que explorem, em assessoria ou concorrentemente, qualquer ramo econômico peculiar aos estabelecimentos comerciais.

Com estas considerações, conheço e dou provimento ao recurso, para reformar o acórdão e conceder a segurança pleiteada pela empresa, ora recorrente.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0077008-6

RESP 326491 / AM

Número Origem: 9732000004793

PAUTA: 02/10/2001

JULGADO: 04/10/2001

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ EDUARDO DE SANTANA**

Secretária

Bela **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA
LTDA - SAMESP
ADVOGADO : MÁRIO CORDELLA FILHO E OUTROS
RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : HAMILTON OLIVEIRA LEITE E OUTROS

ASSUNTO: TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - SOCIAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra-Relatora, dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Franciulli Netto".

Aguardam os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 04 de outubro de 2001

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 326.491 - AM (2001/0077008-6)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator para o acórdão):

SAMESP – SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA LTDA. impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, com o intuito de não ser compelida ao pagamento de contribuição social para o SESC – Serviço Social do Comércio e o SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, pois, entende que referidas contribuições são devidas pelas empresas comerciais, dentre as quais não se inclui por ser sociedade civil prestadora de serviços médicos e hospitalares.

O r. Juízo sentenciante denegou a ordem (fls. 112/117). Irresignada, a parte aviou apelação, à qual o egrégio Tribunal de origem houve por bem negar provimento. Entendeu o douto Órgão Colegiado *a quo* que “*a empresa prestadora de serviços médicos e hospitalares, em caráter profissional, com fins lucrativos (sociedade civil com fins econômicos), está obrigada a contribuir para o SESC/SENAC, nos termos da legislação de regência, como acontece com as empresas comerciais em sentido estrito*” (fl. 146).

Diante desse desate, sobreveio o presente recurso especial, no qual sustenta a recorrente, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, que restaram violados os comandos dos artigos 3º, § 1º, do Decreto-lei n. 9.853/46 e 4º do Decreto-lei n. 8.621/46. Afirma que não exerce atividade comercial e, por isso, não lhe deve ser exigida a contribuição, e que o SESC e o SENAC não têm qualificação técnico-profissional para ministrar formação aos seus profissionais, pelo que não há benefício a ser auferido. A fim de configurar divergência jurisprudencial, aponta precedentes deste Sodalício e do TRF da 4ª Região, todos relativos a prestadoras de serviço de vigilância (fls. 148/161).

Superior Tribunal de Justiça

O INSS, nas contra-razões, pugna pela manutenção do acórdão (fls. 163/166).

Distribuído o feito à ilustre Ministra Eliana Calmon, a digna Relatora votou pelo provimento do recurso por considerar que “*não se pode eleger contribuinte por simetria, isonomia ou eqüidade, sendo tal imposição matéria de absoluta legalidade, pois só a lei pode eleger sujeito passivo de obrigação tributária ou similar. (...) Após a CF/88, só se pode aceitar novas vinculações aos serviços autônomos quando a lei impuser vinculação*”. Na seqüência, pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

Prosseguindo-se o julgamento, após os votos dos ilustres Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Peçanha Martins, a Turma, por maioria, vencida a eminente Ministra relatora, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do subscritor deste, designado relator para o acórdão.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 326.491 - AM (2001/0077008-6)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS “A” E “C” –
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL COMPULSÓRIA PARA O SESC E
O SENAC – EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS
MÉDICOS E HOSPITALARES – EXIGIBILIDADE.

As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e o SENAC.

O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240 da Constituição Federal), é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o artigo 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988.

No quadro anexo à CLT, relativo ao artigo 577, há expressa previsão de que os estabelecimentos de serviços de saúde integram o plano da Confederação Nacional do Comércio.

A exegese dos artigos 4º do Decreto-lei n. 8.621/46 e 3º

do Decreto-lei 9.853/46, à luz do novo conceito de empresa e da ordem constitucional em vigor, leva à conclusão de que as prestadoras de serviços se incluem dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento da contribuição.

O novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a figura do empresário, atribuindo-se a esse conceito uma amplitude maior do que a noção de comerciante. No caso vertente, o que se verifica é a mera interpretação atual do mesmo conceito de “estabelecimento comercial” contemplado pelos decretos de 1946, que instituíram as contribuições para o SESC e o SENAC.

Divergência jurisprudencial não conhecida, porquanto não há similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados. Os arestos chamados à colação se referem à prestação de serviços de vigilância, enquanto o caso vertente trata das prestadoras de serviços médicos e hospitalares, e àqueles não se afina na especificidade.

Recurso especial não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator para o acórdão):

Centra-se a discussão em determinar se as empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e o SENAC.

Superior Tribunal de Justiça

Cumprе ressaltar, preambularmente, que, no julgamento do RE 138.284/CE, relator Ministro Carlos Velloso, in DJU 28.08.92, a Excelsa Corte, ao descrever o regime jurídico das contribuições sociais, entendeu que as contribuições previstas no artigo 240 da Constituição da República, denominadas contribuições para o Sistema “S”, têm a natureza jurídica de contribuição social geral, e não de contribuição especial de interesse de categorias.

Nesse sentido, pontifica Ives Gandra da Silva Martins que “o Sistema “S” tem como escopo maior exatamente a integração da juventude no mercado de trabalho, razão pela qual entendo que a natureza jurídica da contribuição para o sistema “S” não está entre aquelas voltadas para o interesse das categorias, mas sim as de natureza social” (“Contribuições Sociais para o Sistema 'S' – constitucionalização da imposição por força do art. 240, da Lei Suprema – recepção pela nova ordem do art. 577, da CLT – parecer”, in Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, Editora Jurid Vellenich Ltda., Jan/Mar 2001, vol. 180, p. 109).

O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240 da Constituição Federal) é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Essa assertiva encontra amparo no Decreto-lei n. 8.621, de 10 de janeiro de 1946, que, ao criar o SENAC, determinou que:

“Art. 4º. Para custeio dos encargos do SENAC, os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação da Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, ficam obrigados ao pagamento mensal de uma contribuição equivalente a um por cento sobre o montante da

Superior Tribunal de Justiça

remuneração paga à totalidade dos seus empregados”.

O Decreto-lei n. 9.853, de 13 de setembro de 1946, que instituiu o SESC, por seu turno, estabelece:

“Art. 3º. Os estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio (art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943), e os demais empregadores que possuam empregados segurados no Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social do Comércio, para custeio dos seus encargos”.

Nada obstante a existência de posições doutrinárias divergentes, e com a devida vênia do entendimento da eminente Relatora, bem é de ver, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a redação do artigo 240 da Constituição Federal leva à conclusão de que o artigo 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988.

No julgamento do RMS 21.305-1-DF, publicado no DJU de 29.11.91, o eminente relator, Ministro Marco Aurélio, asseverou:

“Concluo que as normas da Consolidação das Leis do Trabalho envolvidas neste caso – artigos 511 e 570 – estão em pleno vigor (...). O artigo 570 dispõe sobre a organização sindical por categorias econômicas ou profissionais específicas, conforme discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o artigo 577 ou de acordo com

Superior Tribunal de Justiça

subdivisões que, por proposta da Comissão de Enquadramento Sindical, forem aprovadas pelo Ministério do Trabalho”.

Ao comentar o tema, afirma Arnaldo Wald que *“quanto à alegação de que o art. 577 da CLT não teria sido recepcionado pela CF, deve-se lembrar que o constituinte recepcionou, de forma expressa não só a contribuição, mas a própria legislação do SENAC”* (in *“A contribuição para o SENAC e as prestadoras de serviços”*, Revista de Estudos Tributários, Ano IV, n. 20, Jul-Ago 2001, p. 6).

Ives Gandra da Silva Martins, na mesma linha de raciocínio, afirma que:

“A conclusão lógica que sobressai do conteúdo dos acórdãos acima é a seguinte: se o Supremo Tribunal Federal declara a recepção das categorias pela Constituição Federal; se o Tribunal Superior do Trabalho declara que o paralelismo do art. 577 está íntegro, devendo-se entender como paralelismo a correspondência entre as categorias econômicas e as categorias profissionais, é corolário lógico destas declarações a conclusão de que o art. 577, da CLT está íntegro, recepcionado pela Constituição Federal e que o paralelismo por categorias por ele estabelecido é plenamente vinculante, devendo, por conseguinte, ser obedecido em toda sua extensão” (op. cit. p. 117).

No quadro anexo à CLT, que se refere ao artigo 577, há expressa previsão de que os estabelecimentos de serviços de saúde integram o plano da Confederação Nacional do Comércio. Confira-se:

“CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
TRABALHADORES DO COMÉRCIO

6º GRUPO – ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS
DE SAÚDE

Hospitais, clínicas, casas de saúde e laboratórios de pesquisas e análises clínicas, cooperativas de serviços médicos, bancos de sangue, estabelecimentos de duchas, massagens e fisioterapias, e empresas de prótese dentária.

Empresas de medicina de grupo”.

Ainda que assim não fosse, a exegese dos artigos 4º do Decreto-lei n. 8.621/46 e 3º do Decreto-lei n. 9.853/46, à luz do novo conceito de empresa e da ordem constitucional em vigor, é forçoso concluir que as prestadoras de serviços se incluem dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento da contribuição. Aliás, consoante restou consignado na r. sentença, *“a impetrante constituiu-se sob a forma de sociedade por cota de responsabilidade limitada, tendo sido o seu contrato social registrado na Junta Comercial do Estado do Amazonas”* (fl. 114), e não se trata de sociedade civil, conforme sustenta nas razões do recurso especial.

Assim, não merece censura o entendimento do douto Órgão Colegiado *a quo* ao considerar que a impetrante caracteriza-se como contribuinte dos serviços autônomos. Afirma, para tanto, que *“conquanto não se trate de sociedade comercial no sentido clássico do termo, que indica a intermediação da venda de mercadorias (atos de comércio), a sociedade civil com fins lucrativos, como é a apelante, que se dedica à prestação de serviços em caráter profissional, é considerada modernamente como comercial. A atividade de prestação de serviços, vista em face da teoria dos atos de comércio, fica afastada do âmbito do direito comercial, mas a sua crescente importância econômica tem pressionado o direito a dar-lhe o tratamento peculiar dispensado à atividades comerciais típicas. É o conceito*

moderno de empresa, entendida como a exploração econômica da produção ou circulação de bens e serviços” (fls. 138/139).

Poder-se-ia argumentar que o entendimento ora esposado consistiria em interpretação extensiva de dispositivos de Direito Tributário, vedado pelo princípio da tipicidade cerrada ínsita a esse ramo do Direito. Tal raciocínio, *data maxima venia*, não merece prevalecer. No caso vertente, o que se verifica é a mera interpretação atual do mesmo conceito de “*estabelecimento comercial*” contemplado pelos decretos de 1946 que instituíram as contribuições para o SESC e o SENAC, que, como é de convir, adquiriu novos contornos.

Aliás, o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a nova figura do empresário, atribuindo a esse conceito uma amplitude muito maior do que a noção de comerciante, limitada àquele que pratica atos de comércio, pois, abarcará atividades econômicas diversas, incluindo-se, dentre elas, pela preponderância do setor nos dias atuais, a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo.

Para bem dilucidar essa assertiva, oportuna a transcrição do artigo 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

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

Cumprе ressaltar, por outro lado, que, a despeito de opiniões doutrinárias divergentes, a existência de um benefício, contraprestação ou vantagem, não constitui elemento essencial para cobrança de contribuição social, e sua ausência não implica, necessariamente, a impossibilidade de sua exigência.

Ao estudar o tema, assevera Marco Aurélio Greco que:

“Nem sempre é possível identificar a existência de uma “vantagem” para o contribuinte, no modelo da contribuição. Assim, por exemplo, na contribuição no interesse de categoria profissional ou econômica não há nenhuma vantagem direta: existe apenas um grupo institucionalizado que exerce certa profissão ou integra a categoria econômica e uma entidade com atribuições no respectivo âmbito. Só de forma difusa e etérea é que se pode dizer existir uma “vantagem” à qual se relaciona o pagamento da contribuição”.

E prossegue o autor:

“Esta (a vantagem), em certos casos, pode existir e, quando isto ocorrer, poderá servir como critério de dimensionamento do montante da contribuição; mas pode também não existir, sem que isto desnature a figura. Não é característica essencial, é contingente. Logo, não deve integrar sua definição. Essencial é a idéia de alguém fazer parte de um conjunto de pessoas e interesses identificados em função da finalidade qualificada” (“Contribuições (uma figura 'sui generis')”, São Paulo, Dialética, 2000, p. 237/238).

Ademais, os serviços sociais autônomos “são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinadas a propiciar assistência social, médica ou ensino à população ou a certos grupos profissionais” (Odete Medauar, in “Direito administrativo moderno”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 107), e não é exigir-se em demasia

Superior Tribunal de Justiça

que as empresas prestadoras de serviços contribuam com iniciativas em que há evidente incremento social, o que, em certo sentido, se pode considerar a contraprestação para todas as empresas que mantêm o Sistema “S”.

Convém esclarecer, por derradeiro, que melhor sorte não assiste à irrisignação pelo fundamento da alínea “c”, porquanto não há similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados. Os arestos chamados à colação se referem à prestação de serviços de vigilância, enquanto o caso vertente trata das prestadoras de serviços médicos e hospitalares, e àqueles não se afina na especificidade.

De todo o exposto, emerge a conclusão de que a recorrente está obrigada ao recolhimento da contribuição social aos serviços autônomos.

Pelo que precede, peço vênua para divergir do voto da eminente Relatora e não conhecer do presente recurso especial.

É como voto.

Ministro FRANCIULLI NETTO

Relator para o acórdão

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0077008-6

RESP 326491 / AM

Números Origem: 9732000004793 9801000544377

PAUTA: 02/10/2001

JULGADO: 16/04/2002

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA LTDA - SAMESP

ADVOGADO : MÁRIO CORDELLA FILHO E OUTROS

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR : HAMILTON OLIVEIRA LEITE E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Franciulli Netto, divergindo da Sra. Ministra-Relatora, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina."
Aguardam os Srs. Ministros Laurita Vaz e Francisco Peçanha Martins.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 16 de abril de 2002

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 326.491 - AM (2001/0077008-6)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO MEDINA: Trata-se de recurso especial interposto por SAMESP - SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA LTDA., visando à reforma de v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa a seguir transcrevo, para ilustrar a **quaestio iuris**:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC/SENAC. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES.

A empresa prestadora de serviços médicos e hospitalares, em caráter profissional, com fins lucrativos (sociedade civil com fins econômicos), está obrigada a contribuir para o SESC / SENAC, nos termos da legislação de regência, como acontece com as empresas comerciais em sentido estrito.

Conquanto a atividade econômica de prestação de serviços, vista ao lume da teoria dos atos de comércio, esteja afastada do âmbito do direito comercial, a sua crescente importância econômica tem levado o direito moderno a dar-lhe o mesmo tratamento jurídico reservado para as atividades comerciais típicas.

Apelação a que se nega provimento."

Sustenta a recorrente, em suas razões de apelo extremo, ter o v. aresto **a quo** malferido o art. 3º, §1º, do Decreto-lei n. 9853/46, bem como o art. 4º do Decreto-lei n. 8621/46, ao incluí-la no rol dos sujeitos passivos da obrigação tributária, concernente ao recolhimento de contribuições para o SESC/SENAC.

Superior Tribunal de Justiça

Aduz não ser empresa comercial, senão de natureza civil e que do desempenhar das suas atividades não lhe advém nenhum benefício vinculado à contribuição do SESC/SENAC, ressaltando, neste íterim, "que em toda a contribuição há de se supor que o sujeito passivo tenha um especial interesse na atividade administrativa correspondente, traduzindo-se tal interesse em uma vantagem (...)".

Por fim, alega a existência de dissídio jurisprudencial entre o julgado de origem e outros provenientes do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Os autos foram distribuídos à em. Ministra Eliana Calmon que solucionou a controvérsia utilizando-se do raciocínio seguinte : (a) revogado o art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Carta Republicana de 1988, afastado **mutatis mutandi**, o enquadramento sindical dos estabelecimentos comerciais, para fins de sujeição passiva da obrigação tributária **sub examine**, prevalecendo, a partir de então, o critério do direito mercantil; (b) não é possível o eleger do contribuinte por simetria, isonomia ou equidade, somente podendo advir tal imposição do aplicar do princípio da estrita legalidade.

Assim, votou a il. Relatora pela reforma do v. acórdão recorrido e conseqüente concessão da segurança pleiteada.

Após pedido de vista, o em. Ministro Franciulli Netto exprimiu o seu pensar em decisão ementada nos termos a seguir, **verbatim**:

"RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" -

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL COMPULSÓRIA PARA O SESC E O SENAC - EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES - EXIGIBILIDADE.

As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e o SENAC.

O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social de formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240 da Constituição Federal) é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o art. 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988.

No quadro anexo à CLT, relativo ao art. 577, há expressa previsão de que os estabelecimentos de serviços de saúde integram o plano da Confederação Nacional do Comércio.

A exegese dos artigos 4º do DL n. 8621/46 e 3º do DL 9853/46, à luz do novo conceito de empresa e da ordem constitucional em vigor, leva à conclusão de que as prestadoras de serviços se incluem dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento da contribuição.

O novo Código Civil, Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a figura do empresário, atribuindo-se a esse conceito uma amplitude maior do que a noção de comerciante. No caso vertente, o que se verifica é a mera interpretação atual do

Superior Tribunal de Justiça

mesmo conceito de 'estabelecimento comercial' contemplado pelos decretos de 1946, que instituíram as contribuições para o SESC e o SENAC.

Divergência jurisprudencial não conhecida, porquanto não há similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados. Os arestos chamados à colação se referem à prestação de serviços de vigilância, enquanto o caso vertente trata das prestadoras de serviços médicos e hospitalares, e àquelas não se afina na especificidade.

Recurso especial não conhecido."

Estas as considerações prefaciais e indispensáveis ao adequar dos fatos à memória de meus Pares. Uma vez delineada a divergência, passo a votar.

O **punctum saliens** do recurso de que se cuida é a sujeição passiva de empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares, no que concerne a contribuições para o SESC/SENAC.

Primordial à solução da controvérsia, num primeiro momento, é a eficácia ou não do art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, posteriormente à promulgação do Texto Constitucional vigente. Tal dispositivo tem a seguinte redação: "o quadro de atividades e profissões em vigor fixará o plano básico do enquadramento sindical".

Por sua vez, o mencionado quadro de atividades e profissões revela-se em anexo da C.L.T. e é de importância ímpar no apreciar da **quaestio iuris**, em razão das disposições contidas no art. 4º do Decreto-lei n. 8621/46, que criou o SENAC, e no art. 3º do Decreto-lei n. 9853/46, que criou o SESC e estão redigidos nestas palavras, respectivamente:

Superior Tribunal de Justiça

"art. 4º. Para custeio dos encargos do SENAC, os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo como quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, ficam obrigados ao pagamento mensal de uma contribuição equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados.

"art. 3º. Os estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio (art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5452, de 1º de maio de 1943), e os demais empregadores que possuam empregados segurados no Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social do Comércio, para custeio dos seus encargos."

Destarte, são sujeitos passivos da obrigação tributária relativa a contribuições para ao SESC/SENAC, os estabelecimentos comerciais vinculados a entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio, nos termos das referidas leis.

De outro turno, o enquadramento dos estabelecimentos comerciais, como contribuintes, é verificável mediante a leitura do anexo da Consolidação das Leis do Trabalho, consubstanciado no quadro de atividades e profissões aludido pelo seu art. 577.

Conforme ressaltou o em. Ministro Franciulli Netto, "no

quadro anexo à C.L.T, que se refere ao artigo 577, há expressa previsão de que os estabelecimentos de serviços de saúde integram o plano da Confederação Nacional do Comércio. Confira-se:

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO COMÉRCIO. 6ºGRUPO - ESTABELECIMENTO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

Hospitais, clínicas, casas de saúde e laboratórios de pesquisas e análises clínicas, cooperativas de serviços médicos, bancos de sangue, estabelecimento de duchas, massagens e fisioterapias, e empresas de prótese dentária.

Empresas de medicina de grupo."

Tais as razões, reafirmo ser, não imprescindível, mas de grande importância ao solucionar da questão jurídica controvertida, a receptibilidade ou não pela Constituição de 1988, do art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Defronte à autonomia do sindicalismo brasileiro, instituída pela atual Carta da República, cessaram os efeitos da obrigatoriedade do plano básico de enquadramento sindical estabelecido pelo anexo à C.L.T, previsto no art. 577.

Consoante comentado por Mozart Victor Russomano, Victor Russomano Junior e Geraldo Magela Alves, in "CLT Anotada", 3ª ed., p. 169, "como o sindicalismo nacional se organizou, durante décadas, pelo art. 577, a maioria dos sindicatos existentes no país - como se nota, inclusive, de suas denominações - resultam do mapa sindical, hoje meramente facultativo."

Assim, não há que se falar em não ter havido a revogação do

Superior Tribunal de Justiça

art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, que deixou de ter aplicação obrigatória. Fazendo os decretos instituidores das contribuições para o SESC/SENAC, remissão ao referido dispositivo de lei, no tocante ao enquadramento das empresas incumbidas do dever de contribuir, e não estando mais as empresas constantes daquele rol, necessariamente, vinculadas à Confederação Nacional do Comércio, **a priori**, cessada a sujeição passiva tributária das empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares.

Entretanto, se tomarmos esta assertiva como verdade absoluta, estaremos a inviabilizar a cobrança das contribuições para o SESC/SENAC, não somente das empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares - que, anteriormente, eram, sem dúvida, contribuintes -, mas de toda e qualquer empresa que não se enquadre no conceito puro de estabelecimento comercial, advindo do Direito Mercantil, em afronta ao princípio da isonomia tributária.

Desse modo, valho-me das palavras do em. Ministro Franciulli Netto que, em seu voto-vista, revclou o seguinte pensar: "Poder-se-ia argumentar que o entendimento ora esposado consistiria em interpretação extensiva de dispositivos de direito tributário, vedado pelo princípio da tipicidade cerrada ínsita a esse ramo do direito. Tal raciocínio, *data maxima venia*, não merece prevalecer. No caso vertente, o que se verifica é a mera interpretação atual do mesmo conceito de 'estabelecimento comercial' contemplado pelos decretos de 1946, que instituíram as contribuições para o SESC e o SENAC, que, como é de convir, adquiriu novos contornos".

Para confirmar a sua tese, trouxe à colação no Nobre Ministro, a nova redação do art. 969 do Código Civil, concedida pelo Lei n.

10406, de 10 de janeiro de 2002, que ora transcrevo: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Assim, de fato, bem mais condizente com a característica de dinamismo da Ciência do Direito, o conceito de comerciante, tendo-se em conta a prestação de serviços, habitual e profissional, com fins lucrativos.

Este raciocínio não guarda originalidade no âmbito desta Colenda Corte, a qual julgou pela incidência da COFINS sobre a venda de bens imóveis comercializados por empresa construtora, afastando a definição de mercadoria existente no Código Comercial, em verdadeiro exercício de interpretação - não extensiva, mas de adequação de um conceito, à realidade jurídica recente.

Neste sentido, destaco a ementa do EREsp n. 157035/SC, publicado no DJ de 10/09/2001 e cuja relatora para acórdão foi a em. Ministra Eliana Calmon:

"TRIBUTÁRIO – COFINS – VENDA DE IMÓVEIS: INCIDÊNCIA.

1. O fato gerador da COFINS é o faturamento mensal da empresa, assim considerada a receita bruta de vendas de mercadorias e de serviços (LC n. 70/91).

2. A empresa que comercializa imóveis é equiparada a empresa comercial, e, como tal, tem faturamento com base nos imóveis vendidos, como resultado econômico da atividade empresarial exercida.

3. A noção de mercadoria do Código Comercial não é um instituto, e sim um conceito

Superior Tribunal de Justiça

que não pode servir de fundamento para a não-incidência de um segmento empresarial que exerce o comércio.

4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos."

Outrossim, referindo-me agora à alegativa feita pela recorrente de que "em toda a contribuição há de se supor que o sujeito passivo tenha um especial interesse na atividade administrativa correspondente, traduzindo-se tal interesse em uma vantagem (...)", destaco as explicitações de Marco Aurélio Greco, Doutor em Direito e Professor universitário, no livro Contribuições (uma figura *sui generis*), Ed. Dialética, em que distingue as contribuições dos demais tributos, da seguinte maneira:

"As contribuições são diferentes de impostos e taxas porque partem de um conceito básico diverso. Ainda que tenham natureza tributária, isto não lhes retira esta diferença. Enquanto o imposto apóia-se no poder de império (o *casus necessitatis*), ou seja, o Estado precisa de determinado montante em dinheiro para atender às despesas relativas ao exercício de suas funções e, para tanto, exerce (nos limites da Constituição) seu poder de império sobre os contribuintes, nas taxas o conceito básico que as informa não é o do puro império, mas o de benefício (que, segundo alguns é formulado a partir de uma noção de contraprestação que seria ínsita à figura).

Por sua vez, nas contribuições (não vou ampliar agora o exame deste conceito, mas talvez

Superior Tribunal de Justiça

mais adiante fique claro) o conceito básico não é o poder de império do Estado, nem o benefício que o indivíduo vai obter diretamente de uma atividade do Estado (nem necessariamente o seu custo), mas sim o conceito de solidariedade em relação aos demais integrantes de um grupo social ou econômico, em função de certa finalidade.(...)"

Logo, no que tange às contribuições, estas não estão vinculadas ao benefício que o contribuinte vai obter diretamente de sua cobrança, mas ao "conceito de solidariedade em relação aos demais integrantes de um grupo social ou econômico, em função de certa finalidade."

Tais as razões expendidas, considero plenamente exigível as contribuições ao SESC/SENAC, das empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares, motivo porque mantenho o v. aresto recorrido, quando à denegação da segurança pleiteada, na esteira da divergência inaugurada pelo voto exarado pelo il. Ministro Franciulli Netto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 326.491 - AM (2001/0077008-6)

VOTO

EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ : Sra. Ministra-Presidente, na sessão passada, já havia acompanhado a divergência, e resolvi aguardar o pedido de voto antecipado do Sr. Ministro Paulo Medina. Mantenho a divergência.

Não conheço do recurso especial.

MINISTRA LAURITA VAZ



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0077008-6

RESP 326491 / AM

Números Origem: 9732000004793 9801000544377

PAUTA: 02/10/2001

JULGADO: 18/04/2002

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA LTDA - SAMESP

ADVOGADO : MÁRIO CORDELLA FILHO E OUTROS

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR : HAMILTON OLIVEIRA LEITE E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina, acompanhando a divergência, não conhecendo do recurso, e também do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, no mesmo sentido, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de abril de 2002

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária

VOTO-VISTA

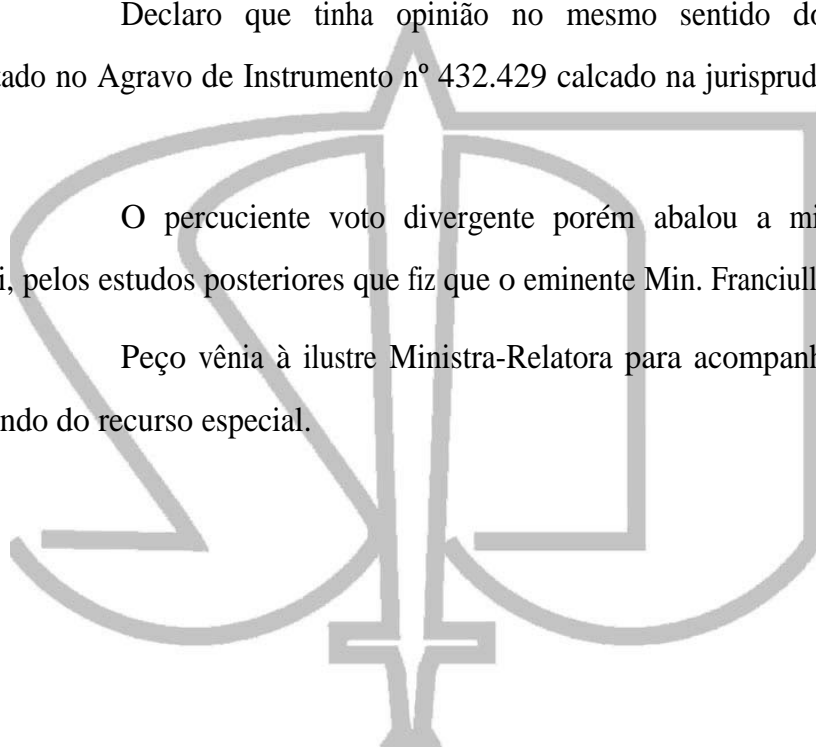
EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS:

Pedi vista dos autos face à divergência inaugurada pelo eminente Ministro Franciulli Netto com o voto da ilustre Relatora.

Declaro que tinha opinião no mesmo sentido do voto da Relatora, manifestado no Agravo de Instrumento nº 432.429 calcado na jurisprudência das Egs. 1ª e 2ª Turmas.

O percuciente voto divergente porém abalou a minha convicção e me convenci, pelos estudos posteriores que fiz que o eminente Min. Franciulli Netto tem razão.

Peço vênias à ilustre Ministra-Relatora para acompanhar a divergência, não conhecendo do recurso especial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0077008-6

RESP 326491 / RESP

Números Origem: 9732000004793 9801000544377

PAUTA: 02/10/2001

JULGADO: 06/06/2002

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PRESIDENTE DO STJ**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SOCIEDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ESPECIALIZADA LTDA - SAMESP

ADVOGADO : MÁRIO CORDELLA FILHO E OUTROS

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR : HAMILTON OLIVEIRA LEITE E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, a Turma, por maioria, vencida a Sra. Ministra Relatora, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Franciulli Netto, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Franciulli Netto os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 06 de junho de 2002

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 122.060 - SÃO PAULO (1997/0015451-3)

RELATOR : **MIN. MILTON LUIZ PEREIRA**
RECTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLA PEDROZA DE ANDRADE E OUTROS
RECDO : METALÚRGICA SÃO JUSTO LTDA
ADVOGADO : ANA MARIA PARISI

EMENTA

Execução Fiscal. Falência. Correção Monetária. Decreto-Lei 858/69. Lei 6.899/81.

1. Sem revogação expressa, como norma especial, dispondo sobre a correção monetária, continua vigente o Decreto-Lei nº 858/69, prevendo que a correção monetária será feita até a data da sentença declaratória, ficando suspensa por um ano. Nesse circunlóquio mostra-se a inaplicabilidade da Lei nº 6.899/81.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso sem provimento.

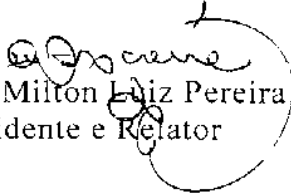
ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, **negar provimento do recurso**, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Senhores Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro José Delgado. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Milton Luiz Pereira.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 2 de dezembro de 1999 (data do julgamento).


Ministro Milton Luiz Pereira
Presidente e Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 122.060 - SÃO PAULO (1997/0015451-3)

RELATOR : MIN. MILTON LUIZ PEREIRA
RECTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CARLA PEDROZA DE ANDRADE E OUTROS
RECDO : METALÚRGICA SÃO JUSTO LTDA
ADVOGADO : ANA MARIA PARISI

Relatório

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assentou o seguinte entendimento:

“Execução fiscal – Suspensão da eficácia da sentença que decretou a falência – Correção monetária do débito – Dec. 858/69 – Admissibilidade – Recurso provido.” (fl. 112).

Inconformado o Estado interpôs Recurso Especial, com base no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, sob a alegação de negativa de vigência ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 858/69.

Disse que:

“É totalmente inviável que uma empresa assuma obrigações contratuais, pratique atos mercantis e ao mesmo tempo queira se furtar das conseqüências de seu funcionamento regular alegando estar em estado de falência, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, dando ensejo a que empresas em estado de falência, abram suas portas em detrimento das empresas que pagam regularmente seus débitos.”

omissis

“Logo, se a recorrida obteve aquela liminar supra referida para suspender os efeitos da falência e contra texto expresso de lei, a liminar que lhe foi concedida restabeleceu, ainda que ‘provisoriamente’, mas efetivamente restabeleceu, sua condição de empresa regular, pois senão jamais poderia reiniciar suas atividades encontrando-se em estado de falência.

Basta trazer para o mundo prático, a situação virtual criada pela recorrida através do seguinte exemplo: suponha-se que determinada ação de despejo foi julgada procedente em primeira instância e mantida pelo Tribunal. Transitada em julgado a decisão, a locatária ingressa com ação rescisória alegando que o acórdão

infringiu expressa disposição de lei. Para dar efeito suspensivo à ação rescisória, ingressa com medida cautelar inominada para manter-se no imóvel até julgamento da rescisória. Deferida a liminar e mantida a locação, a locatária ingressa com petição nos autos principais alegando inexistir mais a obrigação de pagar os aluguéis, já que apesar de ainda residir no imóvel, está em Estado de Despejo, e sendo locatário despejado, desapareceu a obrigatoriedade de pagar os aluguéis." (fls. 122/124).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 131/137.

Ao admitir o Recurso Especial, o nobre 4º Vice-Presidente, em substituição, assim discorreu:

"A matéria controvertida foi satisfatoriamente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

Há expressa indicação do dispositivo legal tido como violado e não se vislumbra a incidência dos demais vetos regimentais ou sumulares." (fls. 139/140).

É o relatório.



V o t o

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): conforme ensaiado no relatório, plasma-se que, em execução fiscal movida contra pessoa jurídica falida, aplicando o Decreto-Lei nº 858/69 (art. 1º), o vergastado v. Acórdão excluiu a **correção monetária**, provocando o presente recurso, fundamentado na afirmação de que foi contrariado o artigo 1º do Decreto-Lei 858/69.

Presentes os requisitos de admissibilidade, como bem demonstrado na respeitável decisão de fls. 139 a 140, o recurso deve ser conhecido (art. 105, III, a. C.F.).

Na memória dessas notícias, o exame, inicialmente, sobreconcentra-se na interpretação do art. 1º e § 1º, do Decreto-Lei nº 858/69, de logo, pela pertinência, mercendo comemoração os fundamentos colhidos do voto condutor do v. Acórdão; textualmente:

“Em caso análogo já decidiu a Colenda Oitava Câmara de Direito Público deste E. Tribunal que: ‘É incontroverso nos autos que foi decretada a falência da agravante, tendo o acórdão transitado em julgado.

‘Por esse motivo, os diretores da falida promoveram ação rescisória do acórdão e, em separado, promoveram ação cautelar inominada, objetivando a suspensão dos efeitos da quebra.

‘Pela r. decisão de fls. 20, o eminente Desembargador Terceiro Vice-Presidente desta Corte deferiu a liminar.

‘Assim sendo, enquanto a liminar não for revogada, os efeitos da decretação da quebra estão suspensos.

‘A liminar concedida nesta Corte, à evidência, não afasta o benefício do Decreto-lei 858/69, pleiteado pela agravante.

‘É que nos termos do artigo 485 do Código de Processo Civil, a ação rescisória somente é cabível de sentença ou acórdão que apreciou o mérito, e com trânsito em julgado.” (fls. 112/113).

Em verdade, e verdadeiro é, o Decreto-Lei nº 858/69, em face da sua finalidade específica, por evidente, estadeia disposições de natureza **especial**, não revogadas por outras de índole **geral ou comum**, como desponta a Lei nº 6.899/81 que, inclusive, não revogou expressamente aqueles padrões legais. Com efeito, as disposições do Decreto-Lei nº 858/69 são aplicáveis às exceções que regulou.

Não bastasse, a relação jurídico-litigiosa é conhecida e com reiterada solução pela Turma, assim:

“Executivo Fiscal. Falência. Correção Monetária. DL 858/69. Lei 6.899/81. Revogação.

I - Na execução fiscal contra devedor falido, a correção monetária fica suspensa durante o período estabelecido pelo DL 858/69.

II - A Lei 6.899/81 não revogou o art. 1º do DL 858/69' (REsp 74.116-RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU de 4.3.96);

“Tributário. Falência. Correção Monetária. Decreto-Lei Nº 858/69.

A teor do disposto no caput do art. 1º e seu parágrafo 1º do Decreto-Lei nº 858/69, a correção monetária dos débitos fiscais do falido será apurada até a data da sentença declaratória da falência ficando suspensa, por um ano, a partir desta data, podendo ser liquidados até 30 dias após transcorrido esse período anual.

Recurso provido (REsp 68.425-RS. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, in DJU de 4.3.96);

“Tributário. Execução Fiscal. Falência. Correção Monetária do Débito Fiscal do Falido. Apuração e Suspensão. Decreto-Lei 858/69 Manutenção da Sua Normatividade, Face a Lei Geral da Correção Monetária (Lei 6.899/81).

I - O Decreto-Lei 858, de 1969, manteve sua normatividade, continuando em vigor, mesmo após o advento da Lei 6.899/81, por se tratar de diploma legal específico sobre cobrança e correção monetária dos débitos fiscais nos casos de falência.

II - A apuração da correção monetária dos débitos fiscais do falido será feita até a data da sentença declaratória da falência, ficando suspensa, por um ano, a partir desta data, nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei 858/69, precedentes.

III - Recurso a que se nega provimento, sem discrepância.” (REsp 86.472-RS. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJU de 10.6.96)

Nesse contexto, relatando o REsp 74.116-RS, com precisão, o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros aduziu:

“No Acórdão paradigma referente à Remessa Ex-officio 114.652/RS, a 6ª Turma do TFR, conduzida pelo atual Ministro Eduardo Ribeiro, proclamou:

‘Falência. Execução Fiscal. Correção Monetária. Fica suspensa em vista do disposto no Decreto-Lei 858/69. Não efetuado o pagamento no prazo ali estatuído, a correção volta a correr e abrangerá também o período da suspensão’.

5

Com efeito, o preceito do disposto do DL. 858/69 cuida, especificamente, de falência, enquanto a Lei 6.899/81 tem abrangência genérica.

Ora, 'a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.' (Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 2º, § 2º)" - **in** DJU de 4.3.96.

Particularizando a aplicação do Decreto-Lei 858/69 (art. 1º e § 1º), no mesmo sentido: REsp 68.425-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. **in** DJU de 4.3.95.

Confluyente à motivação comemorada, porque mais dizer seria apoucar a preciosidade do tempo, reanimando-a. **voto negando provimento ao recurso**, com a finalidade de espancar a correção monetária, pleiteada, obviando-se a sua aplicação se o pagamento não se realizar no prazo estatuído legalmente.

É o voto.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Nro. Registro: 1997/0015451-3

RESP 122060/SP

Pauta: 02 / 12 / 1999

JULGADO: 02/12/1999

Relator

Exmo. Sr. Min. MILTON LUIZ PEREIRA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. MILTON LUIZ PEREIRA

Subprocurador-Geral da República

EXMO. SR. DR. JOSE FLAUBERT MACHADO ARAUJO

Secretário (a)

RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS

AUTUAÇÃO

RECTE : FAZENDA DO ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADO : CARLA PEDROZA DE ANDRADE E OUTROS
RECDO : METALURGICA SAO JUSTO LTDA
ADVOGADO : ANA MARIA PARISI

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA ao apreciar o processo em epigrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.
Votaram com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros.
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jose Delgado.

O referido é verdade. Dou fé.
Brasília, 2 de dezembro de 1999



SECRETÁRIO(A)

CAB
Nº 70001199975
2000/CIVEL



**COMERCIAL. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL.
MULTA MORATÓRIA. SÚMULA Nº 565 DO STF E
ARTIGO 23, III, DA LEI DE QUEBRAS.**

**Impossibilidade da cobrança de multa fiscal
moratória em se tratando de massa falida em razão
do caráter de penalidade por infração de lei
administrativa de que se reveste. Aplicação da
Súmula nº 565 do STF e artigo 23, III, do Decreto Lei
nº 7.661/45.**

**APELO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM
REEXAME.**

**APELAÇÃO E REEXAME QUINTA CÂMARA CÍVEL
NECESSÁRIO**

Nº 70001199975 SÃO LEOPOLDO

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL APELANTE;

**JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª CÍVEL DA
COMARCA DE SÃO LEOPOLDO RS APRESENTANTE;**

**MASSA FALIDA DE CALÇADOS
GLÓRIA LTDA., REPRESENTADA
POR SUA SÍNDICA MARGIT PETRY
DOS SANTOS APELADO(A) E**

CALÇADOS GLÓRIA LTDA INTERESSADO(A).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, negar provimento ao apelo.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores, Sergio Pilla da Silva, Presidente, e Clarindo Favretto.

CAB
Nº 70001199975
2000/CIVEL



Porto Alegre, 08 de fevereiro de 2001.

DES. CARLOS ALBERTO BENCKE,
Relator.

RELATÓRIO

DES. CARLOS ALBERTO BENCKE (RELATOR) – ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL apela da sentença que, nos autos dos Embargos à Execução que move contra **MASSA FALIDA DE CALÇADOS GLÓRIA LTDA**, julgou procedentes os embargos, desconstituindo a CDA de fl. 03 do apenso e, em consequência, declarando a nulidade da execução, condenando o embargado ao pagamento das custas processuais, inclusive aquelas não adiantadas pela massa falida, bem assim à verba honorária arbitrada em 100 URHs.

Alega o apelante que o art. 23, III, do Decreto Lei nº 7.661/45, que dispõe sobre a impossibilidade de serem cobradas da massa falida as penas pecuniárias, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Tocante à aplicação das Súmulas nº 192 e 565 do STF, resultará, extreme de dúvidas, em cristalina contrariedade à Carta Política, vez que seu campo de abrangência, no atual contexto, está reduzido aos casos em que o tributo envolvido é de competência da União, quando a exclusão do crédito resultante de multa com apoio na Lei de Quebras configura concessão autônoma – e, pois, constitucional – de favor fiscal. Em se tratando de créditos tributários, *ex vi* do artigo 139 do CTN, a eles deve-se dar o tratamento determinado pelo artigo 141 do mesmo diploma legal. Na hipótese de manutenção do *decisum*, requer a redução da verba honorária arbitrada. Postula a reforma da sentença.

CAB
Nº 70001199975
2000/CIVEL



Contra-razões às fls. 41/43.

Parecer do representante do Ministério Público exarado às fls. 50/53, propugnando pelo provimento parcial do apelo.

É o relatório.

VOTO

DES. CARLOS ALBERTO BENCKE (RELATOR) – Merece parcial reparo a decisão monocrática.

A questão *sub judice* é singela e dispensa maiores digressões.

Com efeito, aplica-se *in casu* a Súmula nº 565 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe sobre a impossibilidade da cobrança da multa fiscal moratória em relação à massa falida, por constituir-se em penalidade por infração de lei penal ou administrativa, inaplicável ao devedor e não incluída no crédito habilitado em falência, nos moldes do artigo 23, III, do Decreto Lei nº 7.661/45.

Tocante aos honorários de advogado, entendo terem sido estes bem fixados, consoante preceitua o artigo 20, § 4º, do CPC para a condenação da Fazenda Pública e levando em conta o valor da multa em cobrança.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso do Estado, mantendo, no restante, o *decisum* de primeiro grau em reexame necessário.

É o voto.

DES. SERGIO PILLA DA SILVA – De acordo.

DES. CLARINDO FAVRETTO – De acordo.

Decisor(a) de 1º Grau: Pedro Luiz Pozza.

6



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL SEM REVISÃO nº 462.639-5/4-00, da Comarca de SÃO PAULO-EXEC.FISCAL, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelado COMERCIAL HIRATA LTDA (MASSA FALIDA):

ACORDAM, em Décima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO, COM OBSERVAÇÃO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente, sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 15 de dezembro de 2008.

TORRES DE CARVALHO
Relator



54

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº AC-2.893/08

Apelação nº 462.639.5/4-00 – 10ª Câmara de Direito Público

Apte: Fazenda Estadual e outro

Apdo: Comercial Hirata Ltda

Origem: Anexo Fiscal (Capital) – Proc. nº 112.565.755

Juiz: Paulo Guilherme Amaral Toledo

EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Imposto declarado e não pago. Falência. Taxa Selic. Multa. Juros.
– **1. Taxa Selic. Legalidade.** O Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento e convalidou a cobrança da taxa Selic no campo tributário. Igual entendimento tem este Tribunal, por seu Órgão Especial, ao rejeitar incidente de inconstitucionalidade no AI nº 263.237.5/9-00. – **2. Multa moratória. Massa Falida.** LF nº 11.101/05, art. 83, inciso VII. Há, hoje, expressa previsão de cobrança na recuperação judicial da multa administrativa, classificada após os créditos quirografários; a lei torna superada a jurisprudência que, na vigência do regime anterior, afastava a cobrança da penalidade na falência. – **3. Juros de mora. Massa Falida.** LF nº 11.101/05, art. 124. Incluem-se na execução fiscal os juros devidos até a data da quebra, contando-se os vencidos após se as forças da Massa os comportarem. – Embargos parcialmente acolhidos. Recurso oficial e da Fazenda providos.

1. A sentença de fls. 47/51 julgou parcialmente procedentes os embargos, declarou subsistente a penhora e afastou a incidência da taxa Selic para aplicar os juros de mora como previsto no art. 161, § 1º do CTN e correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça. Condenou a embargante a arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários de advogado fixados em 15% sobre o valor do débito atualizado, substituindo-se os arbitrados *initio litis*.

Apela a Fazenda (fls. 57/62); diz que a LE nº 10.175/98 estabeleceu a aplicação da taxa Selic em nada contrariando o disposto no art. 161, § 1º do CTN. Este artigo dispõe expressamente que os juros so-



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 462.639.5/4-00 – fls. 2

mente serão de 1% em não havendo disposição legal contrária. A LE nº 10.175/98 estabeleceu de modo diverso, respeitados os limites legais e constitucionais, tendo inclusive afastado a incidência de correção monetária em função da aplicação da taxa Selic. Tais juros, por se tratar de valor tributário, não se subordinam ao Código Civil nem à legislação federal, mas sim a lei tributária local. Pede a reforma da decisão e a total improcedência dos embargos.

Apelo tempestivo e isento de preparo. Contra-razões não apresentadas. No dia 5-10-2007 o juiz da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais decretou a falência da embargante (fls. 72); o administrador judicial, Dr. Julio Kahan Mendel, se manifestou em 4-6-2008 para requerer que os valores obtidos em eventual leilão sejam remetidos ao Juízo falimentar universal (fls. 86/87). O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso da Fazenda (fls. 90/92).

É o relatório.

2. Taxa Selic. É meu entendimento que a taxa Selic não se coaduna com o direito tributário, adotando os argumentos do Ministro Domingos Franciulli Neto nos casos em que suscitou questão no Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que esse Tribunal entendeu que seu uso é válido também no campo tributário, não há mais divergência e não há sustentação para o pedido. Na mesma direção inclinou-se o Tribunal de Justiça; o Órgão Especial rejeitou incidente de inconstitucionalidade da lei estadual por mim suscitado, nos autos do AI nº 263.237.5/9-00, Riberpiso Distribuidora de Pisos e Azulejos Ltda vs Fazenda Estadual, voto 2556, igualmente convalidando seu uso no âmbito local. No mesmo sentido a posição do Superior Tribunal de Justiça como se extrai do caso *Gelo 1001 Indústria e Comércio de Gelo Ltda vs Estado do Paraná* (AgRg no Ag nº 898.384/PR, 2ª Turma, 11-9-2007, Rel. Herman Benjamin, DJ 22-10-2007, p.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 462.639.5/4-00 – fls. 3

241):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, DO CPC. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO DECLARADO E NÃO-PAGO. DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. (...). 3. "É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos débitos tributários pagos em atraso diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: REsp 437632/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01.02.2006; REsp 623822/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 06.12.2004" (REsp 843948/PR, 1ª Turma, Rel. Ministro José Delgado, DJ de 14.12.2006). 4. Na hipótese dos autos, há previsão legislativa estadual autorizando a aplicação da taxa SELIC (Lei 11.580/96). 5. Agravo Regimental não provido.

3. Massa falida. Multa. Na antiga lei de falências, DL nº 7.661/45, nos termos do seu art. 23, § único, inciso II, a multa moratória, de natureza administrativa, não podia ser exigida da Massa (Súmula nº 565 do STF: '*a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência*'). A falência da embargante foi decretada em 5-10-2007 (fls. 72), já na vigência da nova Lei de Falências, LF nº 11.101/05 de 9-2-2005, que não repetiu o teor do antigo art. 23, § único, II do DL nº 7.661/45. Acerca da multa tributária reza o artigo 83 da LF nº 11.101/05:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 462.639.5/4-00 – fls. 4

- a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
- c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

- a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
- c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

- a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
- b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
- c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

(.)

A alteração legislativa torna ultrapassada a Súmula STF nº 565; há previsão legal e a multa pode ser cobrada da Massa, respeitadas as preferências estabelecidas em lei. Igual previsão se vê na LCF nº 118/05 de 9-2-2005 que alterou, dentre outros, o art. 186 do CTN, estabelecendo em seu inciso III que “a multa tributária *prefere apenas aos créditos subordinados*”. Não há óbice à cobrança da multa.

4. Massa falida. Juros. Nos termos do art. 26 da antiga lei de falências, DL nº 7.661/45, os juros incidiam até a data da liquidação judicial (*‘contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal’*). A Nova Lei de Falências, LF nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 462.639.5/4-00 – fls. 5

11.101/05 manteve a mesma determinação, dispondo no art. 124:

Art. 124. Contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados. Parágrafo único. Excetuam-se desta disposição os juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia

A partir da decretação da falência os juros serão incidentes apenas se as forças da Massa os comportar.

O voto é pelo **provimento do recurso oficial e da Fazenda** para manter a incidência da taxa Selic, com a observação dos itens 3 e 4 e julgar improcedentes os embargos em sua totalidade. A sucumbência fica mantida nos termos da sentença.

TORRES DE CARVALHO

Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO: 866.634.5/7-00
AGRAVANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADA: ELOFLEX IND E COM DE MANGUEIRAS E CONEXÕES
LTDA MASSA FALIDA REPRESENTADA P/ SÍNDICO
(FERNANDO CELSO DE AQUINO CHAD)
COMARCA: SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

DECISÃO Nº 2165



EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL – Falência – Multa moratória – Juros de mora – Exceção de pré-executividade – *Cabível o conhecimento da incidência da multa e dos juros, diante da declaração da falência, na exceção de pré-executividade – Mesmo diante da nova lei, a multa moratória não pode ser exigida com as preferências do crédito fiscal, somente podendo ser cobrada após o pagamento dos créditos quirografários – Os juros tornarão a incidir caso sobre recursos para seu pagamento – Confronto parcial com a jurisprudência dominante de tribunal superior – Art.557, par.1º-A, do Cód. de Proc. Civil – Dado provimento ao recurso.*

RELATÓRIO

Determinada a exclusão da multa moratória e dos juros após a quebra, agrava a Fazenda, alegando que a matéria deve ser deduzida em embargos à execução, após penhora. No mérito, a falência foi decretada em 22.6.07. sob a égide da Lei nº 11.101/05 que prevê a cobrança das multas, inclusive tributárias, como crédito quirografário (art.83. inciso VII). Nesse sentido, Apelação Cível nº 545.219.5/2, relatada pelo Desembargador COIMBRA SCHMIDT, julgada em 18.8.08. Os juros de mora também não podem ser



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afastados pois, embora suspensos, continuam sendo exigíveis caso sobre recursos que possibilitem seu pagamento.

FUNDAMENTOS

1. Trata-se de crédito de ICMS declarado e não pago, relativo ao mês 06/97 (fls.11/12).

Foram penhoradas 2.250 peças de conexão hidráulica, fabricada em aço (fls.16); os embargos opostos foram julgados improcedentes (fls. 21/24 – sentença confirmada em Segundo Grau: fls.132/136).

No período de julho de 2001 a dezembro de 2005, a execução se restringiu a designações de datas para leilão e pedidos da executada de suspensão, em razão de parcelamento (fls.27/83).

Em dezembro de 2005 a Fazenda requereu o prosseguimento pelo saldo remanescente, posto que rompido o acordo. (fls.84)

Reavaliados os bens e infrutíferos os leilões (fls.89/97), requereu a substituição dos bens penhorados, quando foi noticiada a quebra da executada (fls.100).

Citada, a massa falida, por simples petição, impugnou a multa, os honorários e os juros de mora pós-falência (fls.108).

2. Cabível a exceção de pré-executividade, consoante tem sustentado a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART 535 DO CPC NÃO-CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL MASSA FALIDA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE CABIMENTO JUROS E MULTAS FISCAIS EXCLUSÃO NATUREZA DE PENA ADMINISTRATIVA. SÚMULAS 192 E 565 DO STF.

(..)



De outro lado, importa destacar que 'a aplicação de multa e juros em processo falimentar, por versar matéria essencialmente de direito que diz respeito a própria liquidez e certeza do título é passível de ser arguida em sede de exceção de pré-executividade' (REsp 949.319/MG. Rel Min Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 10.12.2007)

(...)" (Decisão monocrática proferida no REsp 953422/MG, relatado pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, publicada em 1.12.08)

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – FALÊNCIA – APLICAÇÃO DE MULTA E JUROS – POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO MEDIANTE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRECEDENTES – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(.)

No mérito recursal, cabe destacar que este Tribunal Superior firmou entendimento no sentido de admitir a exceção de pré-executividade para arguir a ilegalidade na cobrança de multas e juros em processo de execução fiscal cuja executada teve sua falência decretada. Nesse sentido, transcrevo a ementa do julgado que uniformizou esta questão:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA E DE JUROS. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO MEDIANTE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECEDENTES.

1 A aplicação de multa e juros em processo falimentar, por versar matéria essencialmente de direito que diz respeito a própria liquidez e certeza do título é passível de ser arguida em sede de exceção de pré-executividade.

2 In casu o Tribunal a quo deu provimento ao recurso por entender cabível a exceção de pré-executividade proposta com fim de exclusão da multa moratória exigida e dos juros de mora, no caso de se verificar que não existe saldo positivo após o pagamento do passivo com a decretação da falência, consoante se extrai da seguinte fundamentação, verbis: 'Portanto, conclui-se que se tratando a multa moratória de penalidade que objetiva a punição do contribuinte, com o fim de desestimular que o tributo seja recolhido em tempo inoportuno, não há como ser exigida após a decretação de falência, eis que ficaria a cargo de terceiros, ou seja, dos demais credores da massa, em razão do exercício do direito de preferência, não se verificando qualquer ofensa ao artigo 150, § 6º, ou artigo 151, inciso III, da CR/88 em razão da aplicação do artigo 23 da LF, ao contrário do que entendeu o Estado de Minas Gerais. Também os juros de mora não são exigíveis se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal, nos termos do artigo 26 da Lei de Falências, ficando a sua cobrança interrompida a partir da decretação da quebra e até que seja verificado se existe valor suficiente para a liquidação. Assim, a teor dos mencionados dispositivos legais, infere-se que a CDA de f 23/24 mostra-se inexigível, estando ausentes os requisitos para a válida constituição do título



executivo, matéria que pode ser constatada de ofício, independentemente da produção de provas, não havendo que se falar, data venia, que tais matérias só poderiam ser arguidas em sede de embargos à execução' (fls 120/123 - grifou-se)

3 *Os juros moratórios anteriores à decretação da quebra são devidos pela massa independentemente da existência da saldo para pagamento do principal. Todavia, após a quebra, a exigibilidade fica condicionada à suficiência do ativo*

4. *Na execução fiscal movida contra a massa falida não incide multa moratória, consoante as Súmulas 192 e 565 da Suprema Corte, e art. 23, parágrafo único, III do Decreto-Lei 7.661/45. Precedentes AgRg no REsp 693.195 - MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 24 10 2005, REsp 447.385 - RS, DJ de 08/08/06; Resp 660.263 - RS, 10/05/06*

5 *Recurso especial desprovido.' (REsp 949 319/MG, Rel. Min Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 14 11 2007, DJ 10 12.2007, p. 286.)*

Ainda nesse sentido, os seguintes julgados.

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FALÊNCIA. MULTA MORATÓRIA E JUROS DE MORA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO NO TRIBUNAL DE ORIGEM DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO' (AgRg no REsp 1056002/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Julgado em 9.9 2008, DJe 24 9.2008.)

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. FALÊNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA FISCAL E JUROS DE MORA. CABIMENTO

1. *Conforme novel entendimento uniformizado no âmbito da Seção de Direito Público do STJ, é cabível a oposição do incidente de exceção de pré-executividade, em sede de execução fiscal, objetivando decotar do débito exequendo a multa fiscal e juros de mora*

2 *Recurso especial provido.' (REsp 776825, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Data da Publicação 7.10.2008)*

Quanto à alínea "c", diante da fundamentação acima, aplico a Súmula 83/STJ 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.'

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego provimento ao recurso especial." (Decisão monocrática proferida no REsp 1070665/MG, relatado pelo Ministro HUMBERTO MARTINS, publicada em 10.11.08)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. A falência foi ajuizada em 31.1.07 e a quebra, decretada em 22.6.07, regendo-se portanto pela Lei 11.101/05.

3.1. Quanto aos juros, a nova Lei de Falências, assim como a anterior, estabelece que *“Contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados”* (art.124).

Evidente, portanto, que: *se o ativo apurado bastar para o pagamento dos credores subordinados, podem ser exigidos juros vencidos após a quebra.*

Aplica-se, assim, o mesmo entendimento jurisprudencial já consolidado anteriormente, no sentido de que os juros após a falência são devidos, caso haja sobra de recursos da massa, após os pagamentos.

3.2.Quanto à multa moratória, a nova lei de falências não prevê exclusão.

O art.83, inciso VII, da Lei 11.101/05 classifica as multas tributárias como crédito quirografário, indicando que este dispositivo corresponde ao art.23, par. único, inciso III, do Decreto-lei 7.661/45, fazendo remissão, ainda, ao art.186. par. único, do Código Tributário Nacional.

Consoante decidido na Apelação 418.807.5/4-00 dessa Décima Câmara de Direito Público, em acórdão relatado pelo Desembargador TORRES DE CARVALHO, *“Há, hoje, expressa previsão de cobrança na recuperação judicial da multa administrativa, classificada após os créditos quirografários; a lei torna superada a jurisprudência que, na vigência do regime anterior, afastava a cobrança da penalidade na falência.”*

No meu entender, a lei nova superou apenas em parte a jurisprudência consolidada. Na antiga lei a multa moratória, de natureza administrativa, não podia ser exigida da Massa, consoante firmado na Súmula nº 565 do STF.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Já a Lei 11.101/05 de 9-2-2005 não repetiu o teor do antigo art. 23, § único, II do DL nº 7.661/45. Atualmente há previsão legal e a multa pode ser cobrada da Massa, respeitadas, contudo, as preferências estabelecidas em lei. Igual previsão está na Lei Complementar 118/05 de 9-2-2005 que alterou o art. 186 do CTN, estabelecendo em seu inciso III que "*a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados*".

Embora agora seja permitida a cobrança da multa na falência, somente será esta exigível após o pagamento dos créditos quirografários. Tal significa que continua presente a impossibilidade de inclusão da multa moratória na habilitação do crédito fiscal com suas preferências.

Nessas condições, não pode a Fazenda incluir a multa no crédito que vai exigir da Massa com a preferência legal de crédito fiscal.

Deve aguardar o pagamento dos créditos quirografários e buscar a satisfação da penalidade administrativa no que restar.

Assim decidido, não haverá ofensa ao art.187 do Código Tributário Nacional e ao art.29 da Lei 6.830;80 c.c. art.6º, par.7º, da Lei nº 11.101/05.

Destarte, com fundamento no art.557, par.1º-A, do Cód. de Proc. Civil, dou provimento parcial ao recurso, diante do parcial confronto da decisão com a jurisprudência dominante de tribunal superior.

R. e Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2008.

TERESA RAMOS MARQUES
RELATORA

Superior Tribunal de Justiça

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 79.170 - SP (2007/0010379-1)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AUTOR : EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA
AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
ADVOGADO : RENATA MOURA SOARES DE AZEVEDO
RÉU : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : PAULA DONIZETI FERRARO E OUTRO(S)
SUSCITANTE : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE CAMPINAS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA DE FALÊNCIAS E
RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DE SÃO PAULO - SP

EMENTA

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS. USO DAS ÁREAS OBJETO DA REINTEGRAÇÃO PARA O ÊXITO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

1. O *caput* do art. 6º, da Lei 11.101/05 dispõe que "a decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário". Por seu turno, o § 4º desse dispositivo estabelece que essa suspensão "em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação".

2. Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: "*A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*".

3. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa.

4. Precedentes: CC 90.075/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 04.08.08; CC 88661/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 03.06.08.

5. Conflito positivo de competência conhecido para declarar o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos da Viação Aérea São Paulo - VASP.

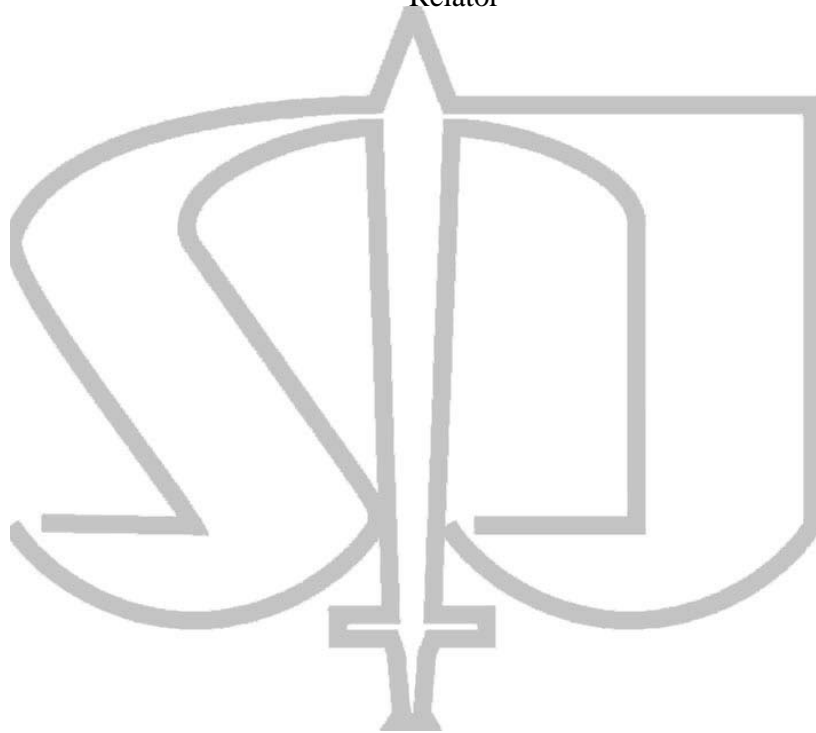
ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Srª Ministra Denise Arruda e os Srs. Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



Superior Tribunal de Justiça

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 79.170 - SP (2007/0010379-1)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AUTOR : EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA
AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
ADVOGADO : RENATA MOURA SOARES DE AZEVEDO
RÉU : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : PAULA DONIZETI FERRARO E OUTRO(S)
SUSCITANTE : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE CAMPINAS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA DE FALÊNCIAS E
RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DE SÃO PAULO - SP

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de conflito positivo de competência entre o Juízo Federal da 6ª Vara de Campinas e o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo, nos autos de ação de reintegração de posse proposta pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária-Infraero contra Viação Aérea de São Paulo S/A-VASP, referente à área utilizada pela ré, por meio de contrato de concessão, em virtude de inadimplemento da avença.

O Juízo suscitante alega ser competente para o julgamento da ação de reintegração de posse sob o argumento de que já se esgotou o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prazo máximo de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra a empresa em processo de recuperação, nos termos do § 4º do artigo 6º, da Lei nº 11.101/05, bem como que "reintegração de posse já foi deferida, tendo sido inclusive cumprido o mandado, restando apenas a discussão acerca dos bens que se encontram na área em questão" (fl. 03).

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República dr. Pedro Henrique Távora Niess, opinou pela competência do Juízo Suscitado, resumindo os seus fundamentos na seguinte ementa:

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA.

JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS/SP (SUSCITANTE) E JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DE SÃO PAULO/SP (SUSCITADO). REINTEGRAÇÃO DE POSSE PLEITEADA PELA INFRAERO EM FACE DA VASP PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, HOMOLOGAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO. IMPORTÂNCIA FUNDAMENTAL DO USO DAS ÁREAS OBJETO DA REINTEGRAÇÃO PARA O ÊXITO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

COMPETÊNCIA DA 1ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DE SÃO PAULO/SP" (fl. 95).

É o relatório.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 79.170 - SP (2007/0010379-1)

EMENTA

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS. USO DAS ÁREAS OBJETO DA REINTEGRAÇÃO PARA O ÊXITO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

1. O *caput* do art. 6º, da Lei 11.101/05 dispõe que "a decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário". Por seu turno, o § 4º desse dispositivo estabelece que essa suspensão "em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação".

2. Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: "*A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*".

3. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa.

4. Precedentes: CC 90.075/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 04.08.08; CC 88661/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 03.06.08.

5. Conflito positivo de competência conhecido para declarar o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos da Viação Aérea São Paulo - VASP.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Tratando-se de juízos vinculados a Tribunais diversos (art. 105, I, "d", da CF/88), conheço do conflito de competência positivo instaurado entre a Justiça Federal e o Juízo de Direito da Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo.

O MM. Juiz Federal da 6ª Vara de Campinas alega que a decisão proferida no Juízo de Direito da Vara de Recuperações Judiciais interfere na ação de reintegração de posse por dois motivos:

a) em face de ter-se esgotado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da homologação do plano de recuperação da empresa (07.10.05 -fls. 55-58) – tempo máximo de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra a empresa em processo de recuperação – nos termos do § 4º do artigo 6º, da Lei nº 11.101/05;

b) em virtude de a reintegração de posse ter sido deferida, inclusive com o cumprimento do

Superior Tribunal de Justiça

mandado, restaria somente decidir-se acerca dos bens que se encontram na área em discussão.

Já o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo argumenta ser competente para a solução do conflito quanto às áreas envolvidas na ação de reintegração de posse, consoante se extrai do termo de audiência, *in verbis*:

"Em seguida, pelo MM Juiz, em face de requerimento da Vasp, ouvido manifestação em contrário da INFRAERO, e a concordância do administrador judicial, foi determinado à INFRAERO, considerando que a utilização de várias áreas aeroportuárias são necessárias para o desenvolvimento do plano de recuperação judicial, existindo inclusive precedentes em conflitos de competência julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, que esses casos resolvidos pelo juízo da recuperação, que se abstenha de dar prosseguimento às ações de reintegração de posse, ficando suspensas as ações, eis que as áreas a serem devolvidas serão decididas por este juízo da recuperação judicial" (fl. 60).

O debate gira em torno da interpretação do art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/05, que trata da suspensão das ações e execuções em face do devedor quando deferido o processamento da recuperação judicial. O dispositivo legal encontra-se assim redigido:

"Art. 6º A decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 4º **Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial"** (grifo nosso).

A *mens legis* é no sentido de assegurar aos credores o direito de dar prosseguimento aos seus pleitos individuais após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que deferido o processamento da recuperação judicial.

Esse dispositivo, entretanto, deve ser interpretado em termos sistemáticos com os demais preceitos da Lei. Assim é que seu artigo 47 estabelece, inequivocamente, o objetivo de preservar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, ao assim dispor:

"Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Como se vê, o princípio da continuidade da empresa ajusta-se ao interesse coletivo por importar, dentre outros benefícios, em geração de empregos, pagamento de impostos e no desenvolvimento das comunidades.

No caso dos autos, o destino do patrimônio da ré em processo de recuperação judicial não

Superior Tribunal de Justiça

pode ser afetado por decisões prolatadas por juízo diverso do que é competente para a recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso do plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, com violação ao princípio da continuidade da empresa.

Nesse sentido, colaciono fragmentos do voto condutor do acórdão proferido nos autos do CC 90.075/SP, da relatoria do saudoso Ministro Hélio Quaglia Barbosa, que analisou a questão acerca da suspensão das execuções trabalhistas:

"Fábio Ulhoa Coelho, todavia, entende que as execuções somente prosseguem se não for aprovado o plano de recuperação judicial, ou se apresentado sem mudança nas condições de exigibilidade dos créditos, pois do contrário, as dívidas são novadas e serão pagas segundo as recentes regras estipuladas no plano. Reproduzo seus comentários ao artigo em análise, *verbis*:

'Se a suspensão das execuções contra o falido justifica-se pela irracionalidade da concomitância de duas medidas judiciais satisfativas (a individual e a concursal) voltadas ao mesmo objetivo, na recuperação o fundamento é diverso.

Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. A suspensão, aqui, tem fundamento diferente. Se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão dos credores.

Por isso, a lei fixa um prazo para a suspensão das execuções individuais operada pelo despacho de processamento da recuperação judicial: 180 dias. Se, durante esse prazo, alcança-se um plano de recuperação judicial, abrem-se duas alternativas: o crédito em execução individual teve suas condições de exigibilidade alteradas ou mantidas. Nesse último caso, a execução individual prossegue'. (Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38 e 39).

Essa última tese tem prevalecido no âmbito desta Corte, conforme se verifica do seguinte trecho extraído do acórdão proferido no CC 73.380/SP, *verbis*:

'Ora, uma vez aprovado e homologado o plano, contudo, não se faz plausível a retomada das execuções individuais após o mero decurso do prazo legal de 180 dias; a consequência previsível e natural do restabelecimento das execuções, com penhoras sobre o faturamento e sobre os bens móveis e imóveis da empresa em recuperação implica em não cumprimento do plano, seguido de inevitável decretação da falência que, uma vez operada, resultará novamente na atração de todos os créditos e na suspensão das execuções individuais, sem benefício algum para quem quer que seja'. (Relator o Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA).

Superior Tribunal de Justiça

Entendimento confirmado quando do julgamento do CC 88661/SP, da minha relatoria, cuja ementa tem o seguinte teor:

'CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S.A - VASP. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS. NECESSIDADE.

1. O conflito de competência não pode ser estendido de modo a alcançar juízos perante os quais este não foi instaurado.

2. **Aprovado o plano de recuperação judicial, os créditos serão satisfeitos de acordo com as condições ali estipuladas. Nesse contexto, mostra-se incabível o prosseguimento das execuções individuais. Precedente.**

3. **Conflito parcialmente conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo - SP'.**

Na esteira desses precedentes, opto, por ora, pela confiabilidade no novel instituto da recuperação, que amadurece em seu bojo o interesse social na manutenção da atividade empresária.

Ante o exposto, conheço do conflito de competência em parte para declarar o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos da Viação Aérea São Paulo - VASP, excluídas aquelas relacionadas a outras empresas do mesmo grupo econômico, em detrimento dos juízos trabalhistas suscitados" (DJe de 04.08.08 -grifo nosso).

Na mesma linha, transcrevo excertos do parecer ministerial, *in verbis*:

"A existência de plano de recuperação da VASP é notória.

Na palavra do ministro ARI PARGENDLER há necessidade de concentrar na Justiça Estadual as ações contra empresa que está em recuperação judicial porque só o juiz que processa o pedido de recuperação judicial pode impedir a quebra da empresa.

Às fls. 59/60 ficou registrado ser imprescindível a utilização de várias áreas aeroportuárias para o desenvolvimento da recuperação da VASP" (fl. 97).

Assim, as decisões oriundas do Juízo Federal da 6ª Vara de Campinas, nos autos da ação de reintegração de posse atingem e, por conseqüência, têm o condão de alterar o plano de recuperação da empresa ré – VASP, que tramita no Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo, o que não se pode admitir a teor do princípio maior da preservação da empresa.

Ressalve-se, por fim, que esse entendimento também deve ser aplicado na hipótese de quebra, nos termos do *caput* do artigo 6º, da Lei nº 11.101/05, que prevê, assim como na recuperação judicial, a suspensão dos prazos de prescrição e das ações e execuções ajuizadas em face do devedor. Porém, nessa circunstância não há a limitação de 180 dias e o juízo competente é o falimentar.

A título ilustrativo, confira-se a redação dos dispositivos que corroboram essas assertivas:

"Art. 6º A decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em

face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial";

"Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo".

Ante o exposto, **conheço do conflito de competência para declarar o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo competente para decidir acerca das medidas que venham a atingir o patrimônio ou negócios jurídicos da Viação Aérea São Paulo - VASP.**

Atente-se que a fixação do juízo de direito como competente, restringe-se à demanda que tramita no juízo suscitante, não cabendo, portanto, estender os efeitos do presente incidente para alcançar outras ações que possam estar correndo em outros Juízos, que não o referido Juízo Federal.

Comunique-se, imediatamente, às partes interessadas e aos Juízos envolvidos, por fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio expedito, publicando-se oportunamente.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0010379-1

CC 79170 / SP

Números Origem: 200561050096368 50707159 5830020050707150

EM MESA

JULGADO: 10/09/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

AUTUAÇÃO

AUTOR : EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA -
INFRAERO
ADVOGADO : RENATA MOURA SOARES DE AZEVEDO
RÉU : VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A VASP
ADVOGADO : PAULA DONIZETI FERRARO E OUTRO(S)
SUSCITANTE : JUÍZO FEDERAL DA 6A VARA DE CAMPINAS - SJ/SP
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES
JUDICIAIS DE SÃO PAULO - SP

ASSUNTO: Administrativo - Intervenção do Estado na Propriedade - Reintegração de Posse

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Srª Ministra Denise Arruda e os Srs. Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de setembro de 2008

Carolina Vêras
Secretária

Número do processo: 1.0079.06.288873-4/001(1)
Relator: DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA
Relator do Acórdão: DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA
Data do Julgamento: 29/05/2008
Data da Publicação: 06/06/2008
Inteiro Teor:

EMENTA: EMPRESARIAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DEFERIMENTO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO FISCAL NEGATIVA - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR SOBRE PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO - RISCO DE LESÃO AO PRINCÍPIO NORTEADOR DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 47, 57 E 68 TODOS DA LEI Nº 11.101/2005 E ART. 155-A, §§ 2º E 3º DO CTN. A recuperação judicial deve ser concedida, a despeito da ausência de certidões fiscais negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário procedente de tal natureza, sob risco de sepultar a aplicação do novel instituto e, por conseqüência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador.

AGRAVO Nº 1.0079.06.288873-4/001 - COMARCA DE CONTA GEM - AGRAVANTE(S): BANCO ITAU S/A - AGRAVADO(A)(S): EMBEL - EMPRESA DE BEBIDAS LTDA. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 29 de maio de 2008.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo Agravado, a Drª. Juliana Amaral Sardinha.

O SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA:

VOTO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto pelo BANCO ITAÚ S/A, em face da decisão trasladada às fls. 19/21-TJ, tirada, por sua vez, de autos da RECUPERAÇÃO JUDICIAL proposta pela empresa EMBEL - EMPRESA DE BEBIDAS LTDA., que deferiu a recuperação judicial, sem que fossem juntadas pela Requerente certidões fiscais negativas, objetivando sua reforma, sustentando, resumidamente, que a apresentação das aludidas certidões é requisito indispensável à concessão da recuperação, nos termos do art. 57 da Lei nº 11.101/2005, constando do Código Tributário Nacional as regras que viabilizam a sua emissão, afirmando, ainda, que os créditos tributários da empresa recuperanda consistem em valores expressivos, portanto, influenciará no cumprimento do plano aprovado em assembléia, tudo consoante as argumentações desenvolvidas na minuta de fls. 02/17-TJ.

De início, saliento que recebi, na data de 07.05.2008, memorial ofertado pela Agravada, alegando prefacial de não conhecimento do Instrumental agitado, por entender que falece ao Recorrente interesse recursal.

E sobre o mencionado interesse, é do escólio de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, a lição segundo a qual:

"2. Interesse em recorrer. Tem interesse em recorrer aquele que não obteve do processo tudo o que poderia ter obtido. Deve demonstrar necessidade + utilidade em interpor o recurso, como o único meio para obter, naquele processo, algum proveito do ponto de vista prático" ("in" "Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor", Ed. RT, São Paulo, 3ª ed., 1997, p. 724).

Vê-se, pois, que não basta ter legitimidade para recorrer, devendo ser comprovado, também, manifesto interesse, com o que, na espécie, na qualidade de credor da empresa em recuperação judicial, patente é o interesse do Irresignante no manejo da presente irresignação.

Rejeito, pois, a preliminar e, em consequência, conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia recursal ao deferimento do pleito de recuperação judicial, conquanto não tenha a empresa Requerente apresentado certidões fiscais negativas.

O art. 57 da Lei nº 11.101/2005, que disciplina a matéria, dispõe que:

"Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional."

O digno Juiz de origem fundamentou a desnecessidade da apresentação das certidões fiscais negativas, sob o fundamento de que "os artigos 57 e 68 da Lei 11.101/05 devem ser interpretados de forma sistemática, seguindo os princípios norteadores do art. 47 da lei em foco. Sendo assim, a exigência das certidões negativas fiscais somente será possível quando editada a lei específica sobre parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial" ("litteris", fls. 20-TJ).

A recente Lei nº 11.101/2005, que passou a regular o também novel instituto da recuperação judicial, ainda traz diversas polêmicas práticas quanto à sua aplicação, as quais tendem a ser solucionadas pelas lúcidas doutrinas empresariais e pelos nossos Tribunais Pátrios, razão pela qual realizei detido estudo acerca do tema trazido neste Instrumental, inferindo, portanto, que a sentença combatida mostra-se incensurável.

É que, como é cediço, o art. 47 da nova norma traduz o princípio que fundamenta a recuperação judicial de empresas em crises econômicas, oriundo de mera opção política legislativa, que visa a manutenção de empregos, o estímulo à atividade empresarial e o crescimento econômico, segundo o qual:

"Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

Desta forma, impõe-se a observância ao princípio norteador da recuperação judicial a aplicação dos dispositivos relacionados ao novel instituto, notadamente, no caso em debate, em que a exigência das certidões fiscais negativas impossibilitaria, flagrantemente, o deferimento do pedido de recuperação, uma vez que não há Lei tributária que regule o parcelamento de créditos de empresa em recuperação, nos termos estabelecidos pelo art. 68 da Lei nº 11.101/2005, "in verbis":

"Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional."

A propósito, válido o entendimento doutrinário feito por EDUARDO SECCHI MUNHOZ:

"Para a completude do sistema de reorganização da empresa, é fundamental que a lei de recuperação seja secundada pela lei tributária, na medida em que cabe a esta estabelecer as condições especiais de parcelamento dos débitos de tributos para efeito de recuperação, conforme prescreve o art. 68" ("in" "Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências", Coordenação de Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, Ed. RT, São Paulo, 2ª ed., 2007, p. 284).

Conclui-se, portanto, que a apresentação de certidão fiscal negativa somente poderia ser considerada requisito essencial para o deferimento da recuperação judicial, na medida em que Lei específica regulasse a matéria referente ao parcelamento do débito tributário.

Aliás, como exige o art. 155-A, incluído pela Lei Complementar nº 118/2005:

"Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

(...)

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial.

§ 4º A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica."

É de todo conveniente que se registre, todavia, que não há sequer "leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial", conquanto tramite pelo Senado Federal o projeto de Lei Complementar PLS nº 245, de 2004, dispondo "sobre o parcelamento de débitos de devedores em recuperação judicial, perante a União, suas autarquias, fundações públicas e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço."

Diante deste difícil quadro, conclui o mesmo Autor acima citado, EDUARDO SECCHI MUNHOZ, que:

"Diante do maior rigor adotado pela lei atual, que transforma a apresentação das certidões em requisito para a própria concessão do regime especial, não será de causar surpresa o fato de a jurisprudência vir a manter a orientação anterior, de modo a conceder-se a recuperação judicial a despeito da falta de certidões negativas apresentadas pelo devedor. A flexibilização da regra pela jurisprudência talvez seja a única forma de evitar a total inviabilização do sistema de recuperação que pode decorrer da aplicação isolado do art. 57, pelas razões anteriormente destacadas.

Desde o início da lei, verifica-se que, de fato, a jurisprudência tem se orientado no sentido de conceder a recuperação judicial, mesmo ante a ausência de certidões negativas, ou positivas com efeito de negativas. Os fundamentos adotados para tais decisões são, desde a não aprovação, até a presente data, da lei destinada a prever programas especiais de parcelamento para empresas em recuperação, até o interesse público na recuperação, que encontraria fundamento constitucional" (op. cit., p. 285).

Neste sentido, assim já se manifestou o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se vê dos arestos adiante colacionados:

"Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação as certidões negativas de débitos tributários exigidas pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pelo INSS. Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como "terceiro prejudicado", mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação em recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo desprovido" (Câmara Especial de Falências, Agravo de Instrumento nº 5169824200, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. 30.01.2008, "DJ" 31.01.2008).

"Recuperação judicial - Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57 da Lei 11.101/05) - Inadmissibilidade - Exigência abusiva e inócua - Meio coercitivo de cobrança - Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art. 57, a legislação específica a que faz referência o art. 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS - Dispensa da juntada de tais certidões - Agravo de instrumento provido" (Câmara Especial de Falência, Agravo de Instrumento nº 4563934800, Rel. Des. Romeu Ricupero, "DJ" 22.11.2006).

Neste contexto, tenho por incensurável a concessão da recuperação judicial, a despeito da ausência de certidões fiscais negativas, até que seja elaborada Lei Complementar que regule o parcelamento do débito tributário em recuperação judicial, sob risco de sepultar a aplicação do novel instituto e, por consequência, negar vigência ao princípio que lhe é norteador.

Com tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao Agravo de Instrumento interposto, confirmando a decisão combatida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo Agravante.

O SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO Nº 1.0079.06.288873-4/001



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 516.982-4/2-00, da Comarca de JUNDIAÍ, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS. sendo agravado INDÚSTRIA BRASILEIRA DE ARTEFATOS DE CERÂMICA IBAC S/A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) E POZZANI.:

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO e ROMEU RICUPERO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2008.

PEREIRA CALÇAS
Presidente e Relator



1

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 516.982.4/0-00

Comarca : Jundiáí – 2ª Vara Cível
Agravante(s) Instituto Nacional de Seguro Social INSS
Agravado(a)(s) Indústria Brasileira de Artefatos de Cerâmica
IBAC S/A (em recuperação judicial)

VOTO Nº 13.821

“Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação as certidões negativas de débitos tributários exigidas pelo artigo 47 da Lei 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pelo INSS. Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como “terceiro prejudicado”, mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação em recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516 982.4/0-00

não for cumprido o artigo 68 da nova Lei que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo desprovido”

Vistos.

1 Trata-se de agravo de instrumento manejado pelo **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL** representado por sua Procuradoria, nos autos da recuperação judicial de **INDUSTRIA BRASILEIRA DE ARTEFATOS DE CERÂMICA – IBAC LTDA.** inconformado com a decisão que deferiu a recuperação judicial da agravada, dispensando a devedora de apresentar as certidões negativas de débitos tributários. Afirmar ter interesse e legitimidade para recorrer, uma vez que a agravada lhe deve a quantia de R\$ 94 581 228,82, além de honorários advocatícios fixados nas execuções fiscais ajuizadas. No mérito, diz que a decisão homologatória do plano de recuperação judicial da devedora, sem a apresentação das certidões de regularidade fiscal, merece ser reformada, visto que afronta o disposto no artigo 57, da Lei nº 11.101/2005, bem como o artigo 191-A, do Código Tributário Nacional. Pede o provimento do recurso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516.982.4/0-00

para se declarar a indispensabilidade da apresentação das certidões negativas fiscais, sob pena de não ser possível o deferimento da recuperação judicial

Pela decisão de fls 109/vº, indeferi o efeito suspensivo

A agravada contrariou o recurso às fls. 122/138.

O Administrador Judicial manifestou-se às fls 140/147, postulando seja negado provimento ao recurso, mantida a decisão hostilizada

A D Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do HERBERTO MAGALHÃES DA SILVAEIRA JÚNIOR, opinou pelo desprovimento do agravo (fls 149/154)

É o relatório

2. Examina-se, em primeiro lugar, a preliminar de ilegitimidade e falta de interesse de recorrer do INSS, suscitada pela agravada

Com a devida vênia, entende-se que o INSS tem interesse e legitimidade para formular o presente agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a recuperação judicial à agravada, dispensando-a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516.982.4/0-00

de apresentar as certidões negativas de débitos tributários federais, afastando a exigência imposta pelo artigo 57 da Lei nº 11.101/2005.

O artigo 59, parágrafo 2º, da Lei de Recuperações e Falências estabelece que *“Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público”*.

O INSS instruiu o instrumento de agravo com os documentos de fls 15/23, que demonstram a existência de débitos tributários previdenciários não adimplidos pela empresa em recuperação judicial, o que evidencia sua qualidade de credor da recuperanda e, portanto, sua legitimidade e o interesse para a interposição deste recurso contra a decisão concessiva da recuperação judicial

A circunstância de o INSS não se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial, especialmente diante do que estatui o artigo 6º, § 7º, da Lei nº 11 101/2005, bem como de não precisar habilitar seus créditos na recuperação judicial da agravada, a teor do artigo 187, do Código Tributário Nacional, não autoriza a assertiva da contraminuta, no sentido de que o artigo 59, parágrafo 2º, da Lei nº 11.101/2005 só se aplica aos credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, uma vez que, o inconformismo da agravante diz respeito à decisão que dispensou a devedora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 516 982 4/0-00

da apresentação das certidões negativas de débitos fiscais, a qual, de forma evidente, atinge seu interesse de se valer dos mecanismos legais protetivos e garantidores da cobrança dos créditos tributários

Incide, no caso, o artigo 499, do Código de Processo Civil, "in verbis": "*O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público*", que se aplica aos processos de recuperação judicial, nos precisos termos do artigo 189 da Lei nº 11 101/2005

Nesta senda de raciocínio, mesmo considerando-se que o INSS não ostenta a qualidade de parte no processo de recuperação judicial da agravada, uma vez que os créditos tributários não se sujeitam à habilitação no aludido processo, tem-se como indubitoso que a concessão da recuperação sem a apresentação das certidões negativas dos débitos tributários e previdenciários causa gravame ao recorrente que, por isso, na condição de "terceiro prejudicado" tem legitimidade e interesse em formular o presente recurso

Rejeita-se, portanto, a preliminar de ilegitimidade e falta de interesse recursal, mercê do que, o agravo é conhecido

Da mesma forma, repele-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, condição da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516.982.4/0-00

ação que nem mais é admitida pela doutrina processualista mais moderna. Inexiste proibição legal para a dedução da pretensão recursal, sendo evidente a possibilidade jurídica do pleito do INSS, mercê do que, rejeita-se, também, aludida preliminar

Quanto ao mérito, o recurso envolve questão de mais alta relevância e que se refere à aplicação do artigo 57, da Lei nº 11.101/2005, que dispõe o seguinte *"Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos artigos 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1965 - Código Tributário Nacional"*

Entendo, "permissa venia", que a questão em exame, das mais importantes da nova Lei de Recuperações e Falências, pode ser solucionada no âmbito do Tribunal de Justiça, sem que seja examinada a eventual inconstitucionalidade do artigo 57, sob o enfoque dos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, ou ainda ser invocada a interpretação conforme a Constituição, pois, se assim se procedesse, ter-se-ia que observar a cláusula de reserva de plenário, a teor do artigo 97 da Constituição Federal, instaurando-se o incidente previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil

Assinatura manuscrita em tinta preta, apresentando traços fluidos e curvos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516 982.4/0-00

O artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, cuja incidência foi expressamente afastada pela douta decisão recorrida, pode ser analisado no próprio contexto da nova Lei de Falências e Recuperações e em confronto com o Código Tributário Nacional, para se aferir a eventual antinomia jurídica entre regras, e não aquela que pode se configurar entre princípios e regras jurídicas

O artigo 191-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 118/2005, prevê que "*A concessão da recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observados o disposto nos artigos 151, 205 e 206 desta Lei*" e, ao assim prever, torna inócua a aprovação do plano de recuperação judicial da devedora pela Assembléia de Credores, da qual a Fazenda Pública não participa, conforme decorre do artigo 41 da Lei nº 11 101/2005

É inegável que os créditos tributários terão que ser pagos pela empresa em recuperação judicial e, não o sendo, ensejarão o ajuizamento de execuções fiscais, cumprindo lembrar que as que já estiverem em processamento, ao contrário das demais execuções, não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, nos termos do artigo 52, inciso III, da Lei nº 11.101/2005

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma longa haste final.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516 982 4/0-00

O artigo 155-A do Código Tributário Nacional, que preconiza "*O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecida em lei específica*", que prevê no seu parágrafo 3º que "*Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial*", e que, não havendo lei específica, deverá, a teor do parágrafo 4º do mesmo dispositivo, ser aplicado o parcelamento regulado em lei geral, não se sustenta

O legislador, ao estabelecer no parágrafo 3º do artigo 155-A, que lei específica deverá ser editada para instituir o parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial, evidentemente, baseou-se na premissa de que, o parcelamento previsto para devedores que não estejam no regime de recuperação judicial deve levar em conta os princípios da Lei nº 11 101/2005.

Bem por isso, enquanto o Congresso Nacional não editar a Lei específica sobre o parcelamento dos créditos tributários da empresa em recuperação judicial, a exigência da apresentação da certidão negativa dos débitos tributários ou a certidão positiva com efeitos de negativa, afronta o artigo 47 da nova Lei de Recuperações e Falência, que proclama:

"A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma letra inicial grande e decorativa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516.982 4/0-00

econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”

No caso em exame verifica-se que o plano de recuperação da agravada foi aprovado pela Assembleia-Geral de Credores, constituída pelas classes dos titulares de créditos trabalhistas, dos créditos com garantia real e quirografários. A empresa está funcionando, pelo que, foi mantida a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e resguardado os interesses dos credores privados. A empresa foi preservada, sua função social está sendo atendida, a atividade econômica continua sendo exercida.

A aplicação literal do artigo 57 coloca-se em frontal antinomia com o estabelecido pelo artigo 47, já que, o indeferimento da recuperação judicial pela falta da apresentação das certidões negativas fiscais, fatalmente, inviabilizará a preservação da empresa e dos empregos dos trabalhadores.

Assim, a decisão hostilizada, ao conceder a recuperação judicial, sem que a devedora tenha apresentado as certidões negativas dos débitos tributários, invocou o artigo 170 da Constituição Federal, que determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 516.982 4/0-00

humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os seguintes princípios: propriedade privada, função social da propriedade e busca do pleno emprego. Evidentemente, é do interesse público a cobrança dos tributos, como também o é a preservação da empresa e dos postos de trabalho.

Relativamente ao princípio da legalidade, insculpido no inciso II do artigo 5º, da Carta da República, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, não vislumbro qualquer malferimento do referido postulado, pois, considerando-se que na Lei nº 11.101/2005, vigora o princípio maior da preservação das empresas recuperáveis, não é razoável se condicionar a concessão da recuperação judicial em face da aprovação do plano de recuperação pelos demais credores, à apresentação de certidão negativa de débito tributário que é fornecida pela Fazenda Pública, a qual, como credora, não participa do processo de recuperação judicial e não está impedida de cobrar seus créditos pelas vias judiciais adequadas.

Por fim, cumpre observar que esta Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais já tem precedentes sobre o tema objeto deste recurso, conforme se verifica pelo v. acórdão relatado pelo eminente Desembargador ROMEU RICUPERO, assim ementado:

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e cursivos, identificando o Desembargador Romeu Ricupero.

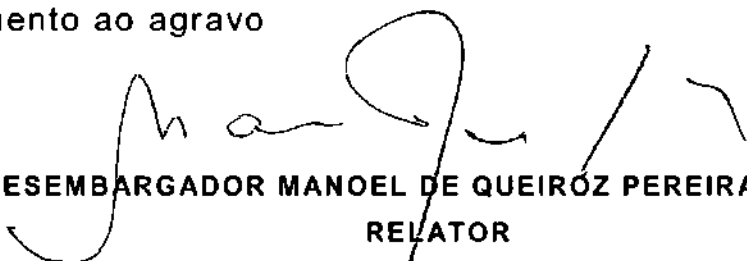


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 516 982 4/0-00

“Recuperação judicial Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57, da Lei 11 101/05). Inadmissibilidade Exigência abusiva e inócua Meio coercitivo de cobrança. Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no artigo 57, a legislação específica a que faz referência o art. 68, da Nova Lei, a respeito do parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS Dispensa da juntada de tais certidões Agravado de instrumento provido”.

Por tais motivos, o recurso não será provido

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo


DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS
RELATOR

Processo 000.05.068.090-0

Vistos.

PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS requereu, em 24/6/2005, a sua recuperação judicial, nos termos da Lei n. 11.101/05, obtendo o deferimento de seu processamento em 4/7/2005.

Anote-se, que anteriormente, a empresa estava em processo de concordata preventiva.

Publicados os editais necessários, com a relação de credores e apresentado o plano de recuperação judicial, foi convocada Assembléia de Credores, em face de existência de impugnações ao plano, que na sua primeira data elegeu Comitê de Credores, encerrando-se a mesma, posteriormente e em continuidade, em 22/12/2005, com a aprovação do plano pelos credores sujeitos a ele.

Assim, requereu a empresa a concessão da recuperação judicial, com dispensa das certidões negativas tributárias, apresentando suas razões para contrariar o determinado no art. 57 da Lei n. 11.101/05.

O administrador judicial (fl. 5732) manifestou-se favoravelmente a pretensão da PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

A Companhia Siderurgia Nacional S/A, pede o indeferimento da concessão da recuperação, pela falta das certidões negativas.

O Ministério Público do Estado de São Paulo manifesta-se pela concessão da recuperação judicial (fls. 5773/5794).

Existem petições juntadas nos autos, após a manifestação do Ministério Público que apresentam questões a serem analisadas oportunamente, após o devido processamento, que, inclusive dependem da presente decisão, que lhes é prejudicial.

É o relatório.

DECIDO.

Como amplamente demonstrado nos autos, a começar pela petição da PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 5623/5649), a exigência das certidões negativas, como pressuposto de admissibilidade para concessão da recuperação judicial, aprovada pelos credores a ela sujeita, não podendo, portanto, prevalecer o óbice do art. 57 da Lei n. 11.101/05, pois afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal.

A objeção da Companhia Siderúrgica Nacional, assim não prospera, pois, além dos argumentos apontados e que serão desenvolvidos, carece de legitimidade “ad causam”, para a discordância apresentada, já que limitada a questão tributária, não tendo a legitimidade para defender interesse da Fazenda Pública, seja Federal, Estadual ou Municipal.

O parecer do Ministério Público, elaborado pelo seu d. representante, Dr. Alberto Camiña Moreira, tem seus fundamentos adotados nesta oportunidade, destacando-se a sua conclusão:

“Em relação à exigência do art. 57 da Lei 11.101/05 e artigo 191-A do CTN: a) trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; b) fere o princípio da proporcionalidade, e, por isso, são insubsistentes; c) o descumprimento não acarreta a falência, consequência não desejada pela lei; d) a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias” (fl. 5793).

O princípio da proporcionalidade, lembrado, “na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional” (Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 9ª ed., Malheiros Editores, 2000, p. 396).

A evolução histórica da Lei n. 11.101/05, apresentada pelo Ministério Público, demonstra a razão arbitrária que justifica a incidência desse princípio como uma barreira a indevida exigência legal.

A doutrina que trata do tema da recuperação judicial e falências é em sua maioria esta no sentido de que a exigência das certidões negativas contraria o instituto, destacando, entre vários, Luiz Antonio Caldeira Miretti (Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, coord. Rubens

Approbato Machado, Ed. Quartier Latin, 2005, p. 275) e Julio Kahan Mandel (Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas Anotada, Saraiva, 2005, p.129).

A respeito, vale, ainda, a lição de Manoel Justino Bezerra Filho (Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 168):

“Aliás, neste ponto, a Lei não aproveitou o ensinamento que os 60 anos de vigência do Dec.-lei 7.661/45 trouxeram, a partir do exame do art. 174 daquela lei. Este artigo exigia que, para que a concordata fosse julgada cumprida, o devedor apresentasse comprovação de que havia pago todos os impostos, sob pena de falência. Tal disposição, de praticamente impossível cumprimento, redundou na criação jurisprudencial que admitia o pedido de desistência da concordata, embora sem expressa previsão legal. E a jurisprudência assim se firmou, porque exigir o cumprimento daquele art. 174 seria levar a empresa, certamente, à falência. Sem embargo de tudo isto, este art. 57, acoplado ao art. 49, repete o erro de trazer obrigações de impossível cumprimento para sociedades empresárias em crise”.

Bem por isso, mostra-se a orientação que vem se formando pela desnecessidade da demonstração da regularidade fiscal, tendo a PARMALAT apresentado precedentes, uma do 1ª Vara Cível de Ponta Grossa (recuperação judicial da empresa Wosgrau Participações Indústria e Comércio Ltda., Proc. n. 390/2005, MM. Juiz Luiz Henrique Miranda, j. 2/12/2005) e outra da 8ª Vara Empresaria do Rio de Janeiro (recuperação judicial da Varig S/A Viação Aérea Riograndense, MM. Juiz Luiz Roberto Ayoub, j. 28/12/2005).

O ilustre administrador judicial, Dr. Alfredo Luis Kugelmas (fl. 5732 e v.) bem lembrou que não tendo sido editada a lei especial para resolver os créditos tributários, há que ser acolhida a pretensão da PARMALAT.

Sob o ponto de vista econômico, conforme se vê em trabalho de Marcos de Barros Lisboa, Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, e outros (A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, in Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, coord. Luiz Fernando Valente de Paiva, Ed. Quartier Latin, 2005, p. 52), tem-se que “o Fisco colabora com a recuperação da empresa mediante o parcelamento dos créditos tributários”, fixando norma determinando “que as Receitas de cada entre federativo criem regras específicas sobre o parcelamento de dívidas tributárias para empresas em recuperação de empresas”, como forma de ajudar a recuperação judicial, já que dela não participa, “estabelecendo uma dilatação dos prazos para pagamento, aliviando as necessidades de fluxo de caixa da empresa e propiciando a regularização de sua situação fiscal”.

Ou seja, o fisco deve atender o princípio constitucional da proporcionalidade e, também, os princípios estabelecidos no art. 47 da Lei n. 11.101/05, que, por conseqüência, encontram seu amparo no art. 170 da Constituição Federal.

Em face de um aspecto pragmático, com a recuperação judicial o fisco tem a chance de receber os tributos devidos; com a falência, a prática demonstra que nada, ou muito pouco, receberá dos seus créditos.

Isto posto, com fundamento no art. 58 da Lei n. 11.101/05, concedo a recuperação judicial à PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, destacando-se o seu cumprimento nos termos dos arts. 59 a 61 da mesma lei, e do plano aprovado pela Assembléia Geral de Credores.

No mais, prossiga-se também com a publicação dos despachos as fls. 5798, 5832, bem como manifestando-se a PARMALAT e o Ministério Público quanto a manifestação do Comitê de Credores e do administrador judicial (fls. 5844) a respeito da venda da Etti.

P.R.I.C.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO

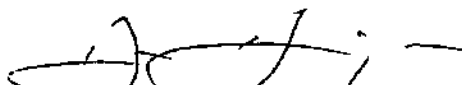


Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 507.990-4/8-00, da Comarca de GUARULHOS, em que é agravante EDITORA PARMA LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) sendo agravado O JUÍZO:

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELLIOT AKEL (Presidente), PEREIRA CALÇAS.

São Paulo, 01 de agosto de 2007.


ROMEU RICUPERO
Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 507.990.4/8 - VOTO N.º 8679

COMARCA DE GUARULHOS

AGRAVANTE: EDITORA PARMA LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

AGRAVADO: O JUÍZO

VOTO N.º 8679

EMENTA: Recuperação judicial – Certidões negativas de débitos tributários (Art 57 da Lei 11.101/05) – Inadmissibilidade – Exigência abusiva e mócuca – Meio coercitivo de cobrança – Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art 57, a legislação específica a que faz referência o art 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS - Dispensa da juntada de tais certidões – Agravo de instrumento provido

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Editora Parma Ltda. contra a r. decisão interlocutória de fls. 59/62, que, ao deferir o processamento de sua recuperação judicial, determinou que, decorrido o prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da relação de credores, estabelecido no artigo 55 da Lei 11.101/05, sem objeções, deverá o devedor apresentar certidões negativas de débitos tributários, nos termos do artigo 57 da referida lei.

A agravante alega, em síntese, que a r. decisão agravada deverá ser reformada apenas quanto a exigência de apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários (CND), em face de sua



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 507.990.4/8 - VOTO N.º 8679

incompatibilidade com o fim colimado pela nova lei de recuperação de empresas (princípio da preservação da empresa), ou seja, o sucesso da recuperação da empresa, objetivo maior da nova Lei de Falências, que é justamente a preservação da unidade produtiva e dos empregos que gera, não pode ser obstaculizado pela indevida exigência da Certidão Negativa de Débitos Fiscais, formulada no art. 57 da Lei 11.101/05.

Ademais, embora pareça contraditório, o próprio legislador acabou por reconhecer a impossibilidade da exigência da CND para empresas em recuperação, tanto que afastou do projeto originário o parágrafo único do art. 57 da Lei 11.101/05, que previa a decretação da falência, caso não fossem exibidas tais certidões.

Lembra que os créditos tributários não se sujeitam à recuperação judicial. As execuções fiscais não se suspendem (art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05), de modo que resta integralmente garantido o direito de o Estado buscar o recebimento de seus créditos, sendo certo que não há qualquer prejuízo à Fazenda Pública, ao se afastar a exigência de exibição de Certidão Negativa de Débitos Fiscais nos autos da recuperação judicial.

Conclui que a exigência das certidões negativas é indevida, por ferir o constitucional princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, além de configurar verdadeira sanção política (cobrança oblíqua de tributos), há muito afastada pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (Súmulas 70, 323 e 547).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 507.990.4/8 - VOTO N.º 8679

Sustenta que o afastamento da exigência de exibição das certidões de regularidade fiscal prevista no art. 57 da Lei 11.101/05 vem sendo reiteradamente determinado pelo Poder Judiciário, recordando os exemplos recentes da Varig, Parmalat e dos Juízos da 2ª Vara Cível de Barueri e da 2ª Vara Especializada do Foro Central da Comarca da Capital, trazendo as respectivas cópias para estes autos.

Preparado (fls. 118/120) e instruído o recurso (fls. 19/117), deferi o pretendido efeito suspensivo (fls. 123/124), a agravante comprovou o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC (fls. 128/131), o Administrador Judicial, Dr. Fernando Celso de Aquino Chad, opinou pelo provimento (fls. 136/138), assim como a Dra. Juang Yuh Yu, douta representante da Procuradoria Geral da Justiça (fls. 140/142).

É o relatório

Reitero o despacho inicial e acolho expressamente todas as razões doutamente expostas na minuta, bem como aquelas do MM. Juiz de Direito da Oitava Vara Empresarial do Rio de Janeiro, Dr. Luiz Roberto Ayoub (caso Varig – fls. 66/71), o notável parecer do Dr. Alberto Camiña Moreira, douto Promotor de Justiça de Falências (fls. 72/93), no caso Parmalat, e o conseqüente entendimento do Dr. Alexandre Alves Lazzarini (fls. 94/100), e, finalmente, os argumentos do Dr. Mário Sérgio Leite, MM. Juiz de Direito da Segunda Vara Cível da Comarca de Barueri (caso Marquart & Cia. Ltda. – fls. 101/103), e confirmo o deferimento do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 507.990.4/8 - VOTO N.º 8679

pretendido efeito suspensivo, dispensando a agravante da apresentação das certidões de débito fiscal.

As razões desse entendimento estão magistralmente sumariadas no parecer da nobre representante do Ministério Público, que vem abrilhantando com sua inteligência os processos em que intervém:

“Deve ser provido o recurso.

Considerando-se que os créditos fiscais não se sujeitam à recuperação judicial e nem se suspendem eventuais ações, que se fosse interesse da Fazenda Pública poderia requerer a quebra da empresa por conta do montante em débito pelo contribuinte, mas que não pode ser empecilho para a tentativa de recuperação da empresa se demais credores entenderem em aprovar o plano de recuperação judicial apresentado, até como forma de se manter as suas atividades e o emprego dos trabalhadores, em verdadeiro exercício de fim social, efetivamente não pode ser rigorosamente aplicado o art. 57 da lei 11.101/05 por contrariar a própria finalidade da nova lei” (cf. fls. 141).

No caso “Varig”, exceção feita ao argumento de que a empresa é credora da União Federal em razão do congelamento tarifário, merece transcrição o seguinte excerto:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 507.990.4/8 - VOTO N.º 8679

“A ausência de lei especial disciplinadora do parcelamento de créditos tributários de quem esteja em processo de recuperação, exige tratamento que for mais benéfico ao contribuinte, sendo inaplicável a norma do art. 191-A do CTN, enquanto não se dê cumprimento ao disposto no § 3º, do art. 155-A, daquele diploma legal.

Acrescente-se que tais fundamentos geram direito subjetivo às requerentes de obter as referidas certidões, não sendo razoável que a burocracia seja capaz de impedir a ultimação do processo de recuperação e maltratar, conseqüentemente, o princípio cardeal que inspira a lei, que, repise-se, objetiva a manutenção da unidade produtiva” (fls. 70).

No caso “Parmalat”, o parecer do Dr. Alberto Camiña Moreira, douto representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, esgotou o assunto, abordando, de maneira didática e completa, a “breve retrospectiva sobre as obrigações fiscais e os processos concursais”, “o artigo 57 da Lei 11.101/05 como sanção política”, “a eliminação da possibilidade de falência” com o veto ao parágrafo único do citado artigo 57, e chegando até à “inconstitucionalidade do artigo 57 da Lei 11.101 e do artigo 191-A do Código Tributário Nacional” (cf. fls. 72/93).

É desse notável parecer a seguinte conclusão, que se acata inteiramente:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 507.990.4/8 - VOTO N.º 8679

“Em relação à exigência do art. 57 da Lei 11.101 e artigo 191-A do CTN: a) trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; b) fere o princípio da proporcionalidade, e, por isso, são insubsistentes; c) o descumprimento não acarreta a falência, consequência não desejada pela lei; d) a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias.

Diz-se, costumeiramente, que a falência é um conjunto de rios, o principal e os afluentes menores. A Fazenda Pública insere-se em rio próprio, não tributário do rio da falência. Corre em separado. Não se mistura às águas concursais. São rios que não se comunicam.

É o que afirma o artigo 187 do Código Tributário Nacional, na redação que lhe deu a Lei Complementar 118/05: “A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores, ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

Deve, então, a Fazenda Pública seguir seu rumo, na importante defesa do crédito público” (fls. 92/93).

A propósito do tema, confira-se: JULIO KAHAN MANDEL, “Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas”, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 129; EDUARDO SECCHI MUNHOZ, “Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência”, 1ª edição,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 507.990.4/8 - VOTO N.º 8679

coordenação de Francisco Sátiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo. Quartier Latin, 2005, p. 280; SILVÂNIO COVAS, “Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências”, 1ª edição, coordenação de Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 302; LUIZ ANTONIO CALDEIRA MIRETTI, “Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas”, 1ª edição, coordenação de Rubens Approbato Machado, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 275; MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, “Nova Lei de Recuperação e Falências”, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 167; e “Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências”, 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 128-150.

Isto posto e, considerando tudo o quanto mais consta dos autos, **dou provimento ao agravo de instrumento.**


ROMEU RICUPERO
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



01848643

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 574.905-4/7-00, da Comarca de VALINHOS, em que é agravante PASTIFICIO VESUVIO LTDA .(EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) sendo agravado O JUIZO:

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO e ROMEU RICUPERO.

São Paulo, 30 de julho de 2008.

PEREIRA CALÇAS
Presidente e Relator



1

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 574.905.4/7-00

Comarca : Valinhos – 1ª Vara Cível

Agravante: Pastifício Vesúvio Ltda. (em recuperação judicial)

Agravado : O Juízo

VOTO Nº 14.594

“Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que determina à devedora para apresentar as certidões negativas de débitos tributários, exigidas pelo artigo 57, da Lei nº 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pela devedora. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial, o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei, que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo provido.”



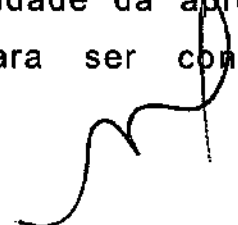
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 574.905.4/7-00

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento manejado por **PASTIFÍCIO VESÚVIO LTDA.**, em recuperação judicial, inconformada com a decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Valinhos que, após a aprovação do plano de recuperação judicial da agravante pela Assembléia-Geral de Credores, determinou que a devedora cumprisse o artigo 57, da Lei nº 11.101/2005, juntando aos autos as certidões negativas dos débitos tributários, a teor da exigência albergada nos artigos 151, 205 e 206, do Código Tributário Nacional. Sustenta, com base em lições doutrinárias, que a exigência da apresentação das certidões negativas fiscais à empresa que postula recuperação judicial, inviabiliza que ela se recupere, eis que, de regra, empresário que se encontra em crise econômico-financeira, apresenta passivo tributário. Invoca precedentes pretorianos que confortam sua argumentação e pede, a final, o provimento do recurso para que seja concedida a recuperação judicial, independentemente da apresentação das certidões negativas tributárias.

Relatados.

2. Está Câmara Especializada já firmou seu entendimento sobre a exigência contida no artigo 57 da Lei nº 11.101/2005 e decidiu pela inexigibilidade da apresentação das certidões negativas fiscais para ser concedida a





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 574.905.4/7-00

recuperação judicial, enquanto não foi editada legislação tributária que preveja a possibilidade de parcelamento de débitos tributários especial para empresas em recuperação judicial.

Confira-se:

“Recuperação judicial – Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57 da Lei 11.101/05) – Inadmissibilidade – Exigência abusiva e inócua – Meio coercitivo de cobrança – Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art. 57, a legislação específica a que faz referência o art. 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS - Dispensa da juntada de tais certidões – Agravo de instrumento provido.” (Agravo de Instrumento nº 507.990.4/8 – Relator Des. ROMEU RICUPERO). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 456.393.4/8-00.

“Recuperação Judicial. Processamento deferido com expressa dispensa de exibição de certidões negativas. Insurgência da união. Descabimento. Cumprimento de disposição legal, sem prejuízo do exame oportuno da questão, se aprovado o plano de recuperação. Recurso desprovido.” (Agravo de Instrumento nº 537.231-4/0-00 – Relator Des. JOSÉ ARALDO DA COSTA TELLES)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravado de Instrumento nº 574.905.4/7-00

“Agravado de Instrumento. Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que concede a recuperação judicial, com dispensa da apresentação das certidões negativas de débitos tributários, exigidas pelo artigo 57, da Lei nº 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pela União Federal. Reconhecimento da legitimidade e interesse em recorrer, como “terceiro prejudicado”, mesmo não estando os créditos tributários sujeitos à habilitação na recuperação judicial. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial, o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei, que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo desprovido.” (Agravo de Instrumento nº 455.187.4/0-00). No mesmo sentido: Agravos de Instrumentos nºs 454.333.4/0-00 e 472.540.4/7-00.

Será, pois, provido o recurso para se afastar a exigência supedaneada no artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, ou seja, a apresentação pela empresa em recuperação judicial das certidões negativas de débitos tributários, eis que, enquanto a União, Estados e Municípios não editarem leis que permitam o parcelamento das dívidas tributárias de forma especial, levando em conta a situação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 574.905.4/7-00

crise econômico-financeira das recuperandas, inviável a exigência do referido dispositivo legal.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso e casso a decisão hostilizada.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma grande letra inicial 'J' e o nome 'Manoel de Queiroz Pereira Calças' estilizado.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS
RELATOR

12
Jurisprudência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 456.393-4/8-00, da Comarca de F DE VASCONCELOS/POA, em que é agravante HIKARI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) sendo agravado O JUIZO:

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BORIS KAUFFMANN (Presidente), ELLIOT AKEL.

São Paulo, 08 de novembro de 2006.


ROMEU RICUPERO
Relator



PODER JUDICIÁRIO

1

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

COMARCA DE FERRAZ DE VASCONCELOS/POÁ

AGRAVANTE: HIKARI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

AGRAVADO: O JUÍZO

VOTO N.º 7490

EMENTA: Recuperação judicial – Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57 da Lei 11.101/05) – Inadmissibilidade – Exigência abusiva e inócua – Meio coercitivo de cobrança – Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art. 57, a legislação específica a que faz referência o art. 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS – Dispensa da juntada de tais certidões – Agravo de instrumento provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hikari Indústria e Comércio Ltda. contra a r. decisão interlocutória de fls. 188, que, nos autos de sua recuperação judicial, acolheu os ponderados fundamentos de fls. 144/149, acompanhados de documentos de fls. 150/187, e reconsiderou, em parte, a r. decisão de fls. 140, para postergar a apresentação das certidões negativas determinadas pelo art. 57 da Lei n.º 11.101/05 ou, ainda, a apresentação de documentos comprobatórios do parcelamento dos débitos tributários para o final do prazo estipulado no plano de recuperação judicial aprovado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

A agravante alega, em síntese, que o plano de recuperação judicial foi aprovado no dia 19/05/06 pela esmagadora maioria dos credores, contando com a anuência dos credores trabalhistas, quirografários e com garantia real, conforme se depreende da ata de assembléia elaborada pela Administradora Judicial (fls. 127/139), o que demonstra, cabalmente, que os credores acreditam na recuperação da empresa, tanto que aceitaram sua proposta de adimplemento na íntegra.

E esse sucesso da recuperação da empresa, objetivo maior da nova Lei de Falências, que é justamente a preservação da unidade produtiva e dos empregos que gera, não pode ser obstaculizado pela indevida exigência da Certidão Negativa de Débitos Fiscais, formulada no art. 57 da Lei 11.101/05.

É fato comum e notório que todas as empresas que atravessam dificuldades financeiras neste país têm problemas com o fisco, o que impede a obtenção das certidões negativas de débito exigidas no referido dispositivo legal.

E não se pode alegar que o parcelamento dos créditos tributários poderia viabilizar a obtenção das certidões. O parcelamento máximo em vigor no âmbito federal é de apenas 60 (sessenta) meses, com incidência mensal de juros pela Taxa SELIC. No âmbito estadual, em determinados casos, esse prazo é de no máximo 24 (vinte e quatro) meses. O cumprimento desses parcelamentos nessas severas condições é absolutamente impossível à agravante.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

A impossibilidade da aplicação das condições normais de parcelamento de créditos tributários às empresas em recuperação foi, inclusive, reconhecida pela própria Lei de Falências (art. 68) e pelo Código Tributário Nacional (art. 155-A, § 3º) que determinou que **“lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial”**. Ou seja, o próprio ordenamento reconheceu a necessidade de que as empresas em recuperação tenham acesso a parcelamento com condições mais favoráveis, para que possam regularizar sua situação fiscal.

No entanto, passado mais de um ano da vigência da nova Lei de Falências, o Congresso Nacional ainda não promulgou essa lei específica sobre o parcelamento, deixando as empresas em recuperação totalmente impedidas de compor suas dívidas tributárias.

Sendo assim, é totalmente contrário aos interesses protegidos pela própria Lei de Falências que se exija da agravante as certidões de regularidade perante as Fazendas Públicas, quando não há sequer a mencionada lei que permitiria tal situação, através do parcelamento específico para empresas em recuperação judicial.

Além disso, a própria exigência da CND fere de morte os princípios norteadores da recuperação judicial de empresas, posto que inviabiliza totalmente todo o esforço feito pela agravante, credores e

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

pela própria sociedade na tentativa de preservar a unidade produtiva e os empregos que gera. Nesse sentido, é uníssona a doutrina, como se lê da lição do prof. Hugo de Brito Machado (cf. "Dívida Tributária e Recuperação Judicial da Empresa", *in* Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 120, set/05, p. 81).

Ressalta que a não apresentação da certidão negativa de débito fiscal não obsta a homologação do plano, conforme o entendimento jurisprudencial dominante. Aliás, na vigência do Decreto-lei n.º 7.66/145, o E. TJSP cuidou de abrandar a exigência das aludidas certidões, admitindo a concessão da concordata sem a apresentação da CND, conforme ementas que transcreve.

Ademais, embora pareça contraditório, o próprio legislador acabou por reconhecer a impossibilidade da exigência da CND para empresas em recuperação, tanto que afastou do projeto originário o parágrafo único do art. 57 da Lei 11.101/05, que previa a decretação da falência, caso não fossem exibidas tais certidões.

Lembra que os créditos tributários não se sujeitam à recuperação judicial. As execuções fiscais não se suspendem (art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05), de modo que resta integralmente garantido o direito de o Estado buscar o recebimento de seus créditos, sendo certo que não há qualquer prejuízo à Fazenda Pública, ao se afastar a exigência de exibição de Certidão Negativa de Débitos Fiscais nos autos da recuperação judicial.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

Conclui-se que a exigência das certidões negativas é indevida, por ferir o constitucional princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, além de configurar verdadeira sanção política (cobrança oblíqua de tributos), há muito afastada pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (Súmulas 70, 323 e 547).

Sustenta que o afastamento da exigência de exibição das certidões de regularidade fiscal prevista no art. 57 da Lei 11.101/05 vem sendo reiteradamente determinado pelo Poder Judiciário, recordando os exemplos recentes da Varig, Parmalat e do Juízo da 2ª Vara Cível de Barueri, trazendo as respectivas cópias para estes autos.

Preparado (fls. 189/191) e instruído o recurso (fls. 17/188), deferi o pretendido efeito suspensivo (fls. 194/198), a agravante comprovou o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC (fls. 207/209), o Administrador Judicial, Dr. Nelson Garey, opinou pelo provimento (fls. 211/214), assim como o Dr. Sérgio Seiji Shimura, douto representante da Procuradoria Geral da Justiça (fls. 216/221).

É o relatório

Reitero o despacho inicial e acolho expressamente todas as razões doutamente expostas na minuta, bem como aquelas do MM. Juiz de Direito da Oitava Vara Empresarial do Rio de Janeiro, Dr. Luiz Roberto Ayoub (caso Varig – fls. 150/155), o notável parecer do Dr. Alberto Camiña Moreira, douto Promotor de Justiça de Falências (fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

156/177), no caso Parmalat, e o conseqüente entendimento do Dr. Alexandre Alves Lazzarini (fls. 178/184), e, finalmente, os argumentos do Dr. Mário Sérgio Leite, MM. Juiz de Direito da Segunda Vara Cível da Comarca de Barueri (caso Marquart & Cia. Ltda. – fls. 185/187), e confirmo o deferimento do pretendido efeito suspensivo, dispensando a agravante da apresentação das certidões de débito fiscal.

As razões desse entendimento estão magistralmente sumariadas no parecer do nobre representante do Ministério Público, que vem abrilhantando com sua inteligência os processos em que intervém:

“O recurso merece ser provido.

A questão gira em torno da exigência de certidão negativa de débitos tributários, prevista no art. 57, Lei de Recuperação Judicial (Lei n.º 11.101/2005), como requisito para concessão da recuperação judicial.

Porém, como bem delineado pelas r. manifestações em casos parelhos (ex.: Varig, Parmalat), a exigência revela-se abusiva e inócua.

Em primeiro lugar, se, de um lado, há dispositivos exigindo a apresentação de certidão negativa de débitos tributários (art. 57, Lei de Recuperação Judicial, Lei n.º 11.101/2005; art. 191-A, CTN), de outro, é inegável que tal requisito se revela abusivo e contrário aos princípios norteadores da lei de recuperação de empresas, que é de manter a unidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

produtiva, os postos de trabalho, a fonte de receita e de arrecadação.

No fundo, o dispositivo encerra sanção política e coercitiva, meio oblíquo de cobrança que não pode ser reconhecido, tanto que há muito repudiado pelo STF, como se vê pela Súmula 70 (“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”) e 323 (“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”).

Segundo, que não há porque se exigir a certidão negativa se o Fisco dispõe de meio próprio (execução fiscal), utilizável independentemente da falência ou recuperação judicial. Com efeito, o art. 6º, § 7º, Lei de Recuperação Judicial (Lei n.º 11.101/2005) estabelece que “As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”.

Terceiro, no plano concreto, a empresa que postula a sua recuperação judicial tem débitos tributários e é curial que tente o respectivo parcelamento junto ao Fisco. Tanto assim que o art. 68, Lei de Recuperação de Empresas (Lei n.º 11.101/2005), já pressupondo tal situação, preceitua que “As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

estabelecidos na Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”.

Ocorre que até o presente momento, não adveio a “legislação específica”, regulando as condições para o parcelamento da dívida, tudo a implicar, em termos práticos, a dificuldade da empresa no pedido de soerguimento e de recuperação.

Por fim, a exigência revela-se inócua, pois não é motivo de quebra. Vale frisar que, numa interpretação histórica, sob a ótica do processo legislativo, o art. 57, Lei de Recuperação Judicial (Lei n.º 11.101/2005) previa o parágrafo único, cuja redação era a seguinte: “Decorrido o prazo sem a apresentação das certidões, o juiz decretará a falência”. Todavia, foi descartada a possibilidade de declaração de quebra.

Como observado pelo eminente Promotor de Justiça, Dr. Alberto Camiña Moreira, “De volta à Câmara dos Deputados, por força das inúmeras alterações levadas a efeito na Câmara Alta, entenderam os senhores deputados de afastar a previsão de falência.

(...) Outro aspecto importante é que desapareceu da caput do dispositivo o prazo para a apresentação das certidões. Previa-se o prazo de cinco dias. E, na norma editada, não há prazo para o cumprimento dessa obrigação” (cf. parecer exarado nos autos n.º 05.068090, 1ª Vara de Recuperações e Falências de São Paulo, caso Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

encampado e adotado pelo nobre Magistrado Alexandre Alves Lazzarini, em 02/02/2006)".

No caso "Varig", exceção feita ao argumento de que a empresa é credora da União Federal em razão do congelamento tarifário, merece transcrição o seguinte excerto:

"A ausência de lei especial disciplinadora do parcelamento de créditos tributários de quem esteja em processo de recuperação, exige tratamento que for mais benéfico ao contribuinte, sendo inaplicável a norma do art. 191-A do CTN, enquanto não se dê cumprimento ao disposto no § 3º, do art. 155-A, daquele diploma legal.

Acrescente-se que tais fundamentos geram direito subjetivo às requerentes de obter as referidas certidões, não sendo razoável que a burocracia seja capaz de impedir a ultimação do processo de recuperação e maltratar, conseqüentemente, o princípio cardeal que inspira a lei, que, repise-se, objetiva a manutenção da unidade produtiva" (fls. 154).

No caso "Parmalat", o parecer do Dr. Alberto Camiña Moreira, douto representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, esgotou o assunto, abordando, de maneira didática e completa, a "breve retrospectiva sobre as obrigações fiscais e os processos concursais", "o artigo 57 da Lei 11.101/05 como sanção política", "a eliminação da possibilidade de falência" com o veto ao parágrafo único do citado artigo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

57, e chegando até à “inconstitucionalidade do artigo 57 da Lei 11.101 e do artigo 191-A do Código Tributário Nacional” (cf. fls. 156/177).

É desse notável parecer a seguinte conclusão, que se acata inteiramente:

“Em relação à exigência do art. 57 da Lei 11.101 e artigo 191-A do CTN: a) trata-se de sanção política, profligada pela jurisprudência dos tribunais; b) fere o princípio da proporcionalidade, e, por isso, são insubsistentes; c) o descumprimento não acarreta a falência, consequência não desejada pela lei; d) a jurisprudência de nossos tribunais, historicamente, desprezou exigências fiscais de empresas em crise econômica, sem que isso represente proibição de cobrança de tributos pelas vias próprias.

Diz-se, costumeiramente, que a falência é um conjunto de rios, o principal e os afluentes menores. A Fazenda Pública insere-se em rio próprio, não tributário do rio da falência. Corre em separado. Não se mistura às águas concursais. São rios que não se comunicam.

É o que afirma o artigo 187 do Código Tributário Nacional, na redação que lhe deu a Lei Complementar 118/05: “A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores, ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 456.393.4/8 - VOTO N.º 7490

Deve, então, a Fazenda Pública seguir seu rumo, na importante defesa do crédito público” (fls. 176/177).

A propósito do tema, confira-se: JULIO KAHAN MANDEL, “Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas”, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 129; EDUARDO SECCHI MUNHOZ, “Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência”, 1ª edição, coordenação de Francisco Sátiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 280; SILVÂNIO COVAS, “Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências”, 1ª edição, coordenação de Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 302; LUIZ ANTONIO CALDEIRA MIRETTI, “Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas”, 1ª edição, coordenação de Rubens Approbato Machado, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 275; MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, “Nova Lei de Recuperação e Falências”, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 167; e “Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências”, 1ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 128-150.

Isto posto e, considerando tudo o quanto mais consta dos autos, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

ROMEU RICUPERO

Relator

Número do processo: 1.0024.05.812057-7/001(1)

Relator: FERNANDO BRÁULIO

Relator do Acórdão: FERNANDO BRÁULIO

Data do Julgamento: 14/09/2006

Data da Publicação: 29/11/2006

Inteiro Teor:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMPRESA QUE SE DEDICA À VIGILANCIA DE BANCOS - ATIVIDADE EMPRESÁRIA - SUJEIÇÃO AO PROCESSO FALIMENTAR - AINDA QUE REGISTRADA NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS - AGRAVO DESPROVIDO - DESPACHO AGRAVADO CONFIRMADO. 1 - Pela nova lei de falências, Lei Federal 11.105/05, sujeita-se ao processo falimentar ou à recuperação judicial ou extrajudicial, o empresário e a sociedade empresária. 2 - Pelo novo Código Civil, art. 982, salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria do empresário sujeita a registro (art.967); e simples, as demais. 3 - No novo ordenamento civil, art. 966, empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. 4 - Pelo disposto no parágrafo único do mencionado art. 966, não é empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa. 5 - A vigilância em bancos e sociedades em geral é uma atividade empresária, pouco importando se a sociedade tem seu registro inscrito no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e está sujeita ao processo falimentar e não à insolvência civil. 6 - Agravo desprovido. 7 - Despacho agravado ratificado.

AGRAVO Nº 1.0024.05.812057-7/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): COLISEU SEGURANCA LTDA - AGRAVADO(A)(S): LOCARVEL LOCADORA VEICULOS LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BRÁULIO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 2006.

DES. FERNANDO BRÁULIO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. FERNANDO BRÁULIO:

VOTO

O artigo 1º da nova Lei de Falências, Lei Federal 11.101/05, define a quem se aplica as suas disposições:

"Art. 1º - Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor." (sublinhados não originais).

Na vigência do antigo Código Civil, 1916, havia nítida separação entre sociedades civis e sociedades mercantis, conforme o disposto no seu art. 16:

"Art. 16- São pessoas jurídicas de direito privado:

I-As sociedades civis, religiosas, pias. Morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade públicas e as fundações;

II- As sociedades mercantis.

III- Os partidos políticos.

§ 1º - As sociedades mencionadas no n. I só se poderão constituir-se por escrito, lançado no registro geral (art.20, § 2º) e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito nesta Código, Parte Especial.

§ 2º - As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais."

Na vigência da antiga lei de Falências, Decreto - Lei 7.661/1945, apenas as sociedades mercantis estavam sujeitas à Falência.

Hoje, pela nova lei de falências, quem se sujeita à quebra falimentar são o empresário e a sociedade empresária, conceitos que se devem buscar no novo Código Civil.

No novo ordenamento civil, art. 966, empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Pelo disposto no parágrafo único do mencionado art. 966, não é empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que concursa de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Ao tratar de definir a sociedade, dispõe o art. 981 do C.Civil: "Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados."

Assim é empresário, o indivíduo que se dedica à atividade econômica organizada e é sociedade quem se une a outros por contrato para se dedicar à atividade econômica e à partilha dos resultados.

E o artigo 982 do C.Civil diz: "Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria do empresário sujeita a registro (art.967); e simples, as demais."

Desta forma uma sociedade que se dedica às atividades do empresário (art.966 do C.Civil), isto é, se dedica a uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, é uma sociedade empresária.

Quando, ao contrário, a atividade econômica exercida não é a do empresário (parágrafo único do art. 966 do C.Civil), vale dizer, atividade de natureza intelectual, científica, literária ou artística, cujo exercício profissional não constitui elemento da empresa, é uma sociedade simples.

Não é forma em que constitui a sociedade que a torna empresária ou sociedade simples, mas a atividade, se é a do empresário, fatalmente a sociedade é empresária, se não é do empresário, ou seja as atividades previstas no parágrafo único do art. 966, a sociedade é simples.

No caso dos autos, a AGRAVANTE se dedica a uma atividade que é do empresário (art. 966- caput do C. Civil), eis que não é uma atividade prevista no parágrafo único do art. 966, estando, pois, sujeita ao processo da quebra falimentar, como previsto no art. 1º, da Lei Falimentar, Lei Federal nº 11.101/05.

Com o exposto, nego provimento ao AGRAVO DE INSTRUMENTO e ratifico o despacho que indeferiu a exceção de incompetência, uma vez que entendo que a atividade da empresa Agravante é empresária e, portanto, sujeita à quebra falimentar e não à insolvência civil.

É como voto.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO Nº 1.0024.05.812057-7/001

Número do processo: 1.0024.06.203162-0/001(1)

Relator: CAETANO LEVI LOPES

Relator do Acórdão: CAETANO LEVI LOPES

Data do Julgamento: 09/09/2008

Data da Publicação: 30/09/2008

Inteiro Teor:

EMENTA: Agravo de instrumento. Ação de falência. Impossibilidade jurídica do pedido inócurrenre. Cerceamento de defesa inexistente. Representação regular. Falência declarada. Requisitos atendidos. Recurso não provido.1. A possibilidade jurídica do pedido tem natureza processual e consiste em existir, dentro da ordem jurídica, abstratamente, a pretensão desejada pela parte. E a ordem jurídica brasileira, em abstrato, prevê a ação de falência para o caso de impontualidade do devedor.2. O cerceamento de defesa ocorre quando o órgão julgador impede a produção de prova necessária. O suposto defeito da petição inicial não gera o vício mencionado.3. Tem-se como regular a representação de sociedade empresária que resulta de cisão da emitente dos títulos de crédito não liquidados e da qual é procuradora.4. Embora a falência não possa ser utilizada como sucedâneo de cobrança, presente a impontualidade do devedor e sem relevante razão de direito a justificar o inadimplemento, revela-se correta a decisão interlocutória que declara a quebra.5. Agravo de instrumento conhecido e não provido, mantida a decisão interlocutória que declarou a falência da agravante rejeitadas três preliminares.

AGRAVO Nº 1.0024.06.203162-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): HOSPITAL VENDA NOVA LTDA - AGRAVADO(A)(S): GR S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. CAETANO LEVI LOPES

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2008.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. CAETANO LEVI LOPES:

VOTO

Conheço do recurso porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O agravante insurge-se contra a r. decisão trasladada à f. 143/150 - TJ e que decretou a sua quebra na ação de falência aforada pela agravada. O recorrente asseverou que a decisão hostilizada é nula por impossibilidade jurídica do pedido, cerceamento de defesa e os títulos que embasaram a pretensão conteriam vícios.

A recorrida embasou sua pretensão em oito triplicatas relativas a compra e venda de mercadorias, perfazendo R\$71.552,01 (ff. 23, 27, 31, 35, 39, 43, 47e 51 - TJ), todas protestadas. Estes os fatos.

Primeira preliminar.

O agravante deduziu preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Asseverou que é pessoa jurídica com fins sociais e não exerce atividade empresarial o que afasta a aplicação da Lei nº 11.101, de 2005.

Sabe-se que a possibilidade jurídica está vinculada à existência, em abstrato, no ordenamento jurídico processual, de providência para a pretensão deduzida.

Ocorre que, no plano do direito processual, a parte, para estar em juízo, não necessita ter o direito material de forma concreta, basta o direito à tutela jurisdicional face à existência de uma pretensão resistida. A lição é de Moacyr Amaral Santos, na obra *Primeiras linhas de direito processual civil*, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 170:

O direito de ação pressupõe que o seu exercício visa à obtenção de uma providência jurisdicional sobre uma pretensão tutelada pelo direito objetivo. Está visto, pois, que para o exercício do direito de ação a pretensão formulada pelo autor deverá ser de natureza a poder ser reconhecida em juízo. Ou, mais precisamente, o pedido deverá consistir numa pretensão que, em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo, isto é, admitida a providência jurisdicional solicitada pelo autor.

Possibilidade jurídica do pedido é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo.

O art. 2º, da Lei nº 11.101, de 2005, elenca, *numerus clausus*, as hipóteses que refogem da sua incidência: empresa pública, sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Não abrange quem se dedica à prestação de serviços de saúde no ramo de hospital.

Na atualidade, estão sujeitos à falência o empresário e a sociedade empresária, conceitos existentes no Código Civil de 2002. E o art. 966 do mesmo Código dispõe:

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

Segundo o disposto no parágrafo único do mencionado art. 966, não é empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Ao tratar de definir a sociedade, dispõe o art. 981 do Código Civil de 2002:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados.

Assim, é empresária, a pessoa natural ou a sociedade que se dedica à atividade econômica organizada.

Desta forma, uma sociedade que se dedica às atividades do empresário (art. 966 do Código Civil de 2002), isto é, se dedica a uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, é uma sociedade empresária. Está, portanto, sujeita à falência, o que torna possível juridicamente deduzir a pretensão respectiva em ação falimentar. A preliminar é impertinente. Rejeita-se.

Segunda preliminar.

O agravante entende que ocorreu cerceamento de defesa por inépcia da petição inicial.

Com a devida vênia, ele confundiu institutos processuais.

O cerceamento de defesa ocorre quando a parte tem o legítimo interesse em produzir um ato ou uma prova e fica impedida pelo órgão judicial. Ora, as partes não podem ser obrigadas a produzir atos ou provas ou impedidas para tanto. Se desejarem provar os fatos, devem contar com a colaboração do juiz. A respeito ensina Moacyr Amaral Santos em *Prova judiciária no cível e no comercial*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, vol. I, p. 288:

Na execução das provas, a interferência das partes é regulada, conforme o sistema processual adotado. Mas, em regra, em qualquer sistema, não se deve obrigar nem se deve impedir a participação dos litigantes.

'Com obrigá-los a intervir na formação das provas, complicar-se-ia o processo e aumentar-se-iam as despesas. A intervenção das partes, além disso, no sentido de melhor assegurar a veracidade das testemunhas ou dos peritos, é coisa de puro interesse privado.

Vedar a intervenção das partes seria contrariar o princípio da publicidade da instrução e poderia tornar legitimamente suspeita, aos olhos das mesmas, a formação da prova.' [Lessona].

Mesmo no sistema fundado no princípio dispositivo, a prova, visando, como visa, à descoberta da verdade, é executada, conquanto com a interferência prevalecente dos litigantes, em presença e com a ingerência do juiz. (...) Contudo, nesse sistema, não só a função de fiscalizar a atuação das partes, de solucionador das dúvidas e incidentes surgidos no curso da produção da prova, mas também com o fito de procurar a descoberta da verdade, o juiz participa diretamente, embora subsidiária ou supletivamente, no momento da execução.

Não há notícia de qualquer decisão do órgão julgador indeferindo provas pleiteadas pelo recorrente.

Quanto à petição inicial trasladada às ff. 15/16 - TJ, vê-se que, apesar de concisa, atende plenamente o disposto no art. 282 do CPC.

Portanto, não há cerceamento de defesa nem petição inicial inepta. Outra vez, a preliminar é impertinente. Rejeito-a.

Terceira preliminar.

O recorrente entende, ainda, que existe defeito de representação. Afirmou que Ticket Serviços S/A é a sacadora dos títulos e não se encontra representada.

Não há dúvida quanto ter a pessoa jurídica mencionada sacado os títulos. Entretanto, a peça de ff. 123/126 - TJ patenteia que Ticket Serviços S/A foi cindida, sendo criada a agravante. Esta, a seu turno, foi constituída procuradora, recebendo os poderes constantes do instrumento particular de mandato trasladado às ff. 127/129. Logo, o alegado defeito de representação se faz ausente, o que torna inacolhível a preliminar. rejeito-a.

Mérito.

No mérito, a recorrente entende que é defeituosa a planilha apresentada pela agravada e estaria ausente a relevante razão de direito para a declaração da quebra.

Anoto que a petição inicial foi instruída com a prova de fornecimento de alimentação para empregados e pacientes da recorrente conforme se vê à f. 56 e verso TJ. E as certidões de protesto de ff. 26, 30, 34, 38, 42, 46, 50 e 54 comprovam que os títulos foram protestados. Não há qualquer prova de pagamento. Estes os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que, desde há muito, a falência não é sucedâneo da ação de cobrança. Anoto que é da tradição do direito brasileiro ser possível o pedido de falência do devedor com base na impontualidade, mas esta há de estar atrelada à relevante razão de direito, conforme esclarece Nelson Abrão, em Curso de direito falimentar, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 22:

O sistema legal brasileiro é bastante rigoroso ao autorizar o requerimento da falência com base na falta de um só pagamento no vencimento, uma vez que é decisiva a orientação das legislações no sentido de se determinarem a abertura da falência à ocorrência da insolvência, ou seja, incapacidade definitiva de pagar, o que é referendado pela doutrina.

(...) Afigura-se-nos inconsistente o preceito que autoriza o ajuizamento do pedido de falência à ocorrência de uma simples impontualidade.

(...) Simples fato, a impontualidade, só por si, não caracteriza a insolvência, que é um estado detonador da incapacidade de adimplir e que legitima a abertura do procedimento concursal.

Temos visto reiteradas manifestações dos juízos, uma vez que, dada sua natureza, os pleitos falimentares raramente chegam aos tribunais, no sentido de que a falência não se constitui em meio de cobrança. Mas, forçoso é reconhecer-se a evidência de que, enquanto se permitir a abertura do processo com base na impontualidade, outra não é a conotação, o que é corroborado pelo dispositivo que autoriza o depósito para elidir o pedido (art. 11, § 2º), que se constitui numa originalidade do direito brasileiro.

Sob o império da atual Lei de Falências, a orientação é a mesma, conforme ensina Waldo Fazzio Júnior em Nova lei de falência e recuperação de empresas, São Paulo: Atlas, 2005, p. 202:

Para a decretação da falência do agente econômico devedor, deve ficar caracterizado um estado de crise econômico-financeira que fundamente razoável presunção de insolvência patrimonial. A tipificação dessa conjuntura pode derivar de confissão do próprio devedor (liquidação voluntária) ou, no caso de liquidação forçada, de presunção de insolvência.

A causa de pedir na ação constitutiva de falência, salvo o caso da autofalência, é a insolvência presumida do devedor. Essa presunção relativa é fundada em:

- impontualidade (art. 94, inciso I);
- frustração de execução (art. 94, inciso II);
- indícios legais (art. 94, inciso III).

E prossegue esclarecendo que a impontualidade, que na lei anterior era presunção de insolvência, agora, deve ser aferida a partir da presença de determinados requisitos:

Antes, no art. 1º da LFC, a impontualidade gerava uma presunção de insolvência que o legislador entendia suficiente para embasar a declaração de falência. Agora, o inciso I do art. 94 da LRE, traz a impontualidade como primeiro e mais comum critério de aferição da insolvência, qualificado pela exigência de um valor superior 40 salários mínimos.

Segundo aquela dicção legal, a impontualidade resulta, pois, da conjunção das seguintes condições:

- falta de pagamento no vencimento;
- sem razão juridicamente escusável;
- de obrigação ou obrigações líquida(s) cujo valor originário seja superior a 40 (quarenta) salários mínimos;
- materializada(s) em título(s) executivo(s);
- devidamente protestado(s).

Ora, a dívida do agravante para com a agravada é da ordem de R\$80.233,87 (planilha trasladada à f. 55 - TJ). Embora o recorrente afirme que a referida planilha contém defeitos, não comprovou ser ela inexata. E as razões invocadas na contestação trasladada às ff. 96/104 - TJ, quais sejam, vícios formais do processo e ser ela credora de Santa Casa Saúde, não justificam a impontualidade.

Portanto, a decisão agravada está correta, pelo que não há como atender a irresignação.

Com estes fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): RONEY OLIVEIRA e CARREIRA MACHADO.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO Nº 1.0024.06.203162-0/001



ACPF
Nº 70015094535
2006/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA ATACADA. NÃO CONHECIMENTO.

Deixa-se de conhecer da apelação que não impugna os fundamentos da sentença. Inteligência do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que, ainda que o recurso fosse conhecido, não seria provido, dada a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade passiva da instituição financeira demandada (Lei nº 11.101/2005, art. 2º, II).

APELO NÃO CONHECIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

SEXTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70015094535

COMARCA DE PORTO ALEGRE

EDUARDO PINTO DE CARVALHO

APELANTE

BANCO FORD S/A

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, não conhecer do recurso de apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. ARTUR ARNILDO LUDWIG E DES. UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA.**

Porto Alegre, 19 de julho de 2007.

DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA,
Presidente e Relator.



ACPF
Nº 70015094535
2006/CÍVEL

RELATÓRIO

DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA (PRESIDENTE E RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto por EDUARDO PINTO DE CARVALHO contrário à respeitável sentença proferida nos autos do pedido de falência proposto contra BANCO FORD S.A.

A respeitável sentença (fls. 22/26) indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva. Em conseqüência, condenou a parte demandante ao pagamento das custas processuais.

Daí o recurso de apelação da parte demandante (fls. 28/33) sustentando ter instruído devidamente o pedido de falência, razão pela qual a sentença merece reforma.

O recurso de apelação foi recebido e a decisão mantida (fl. 35).

Os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça e distribuídos a mim como Relator.

A ilustrada Procuradora de Justiça junto à Câmara opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 38/40).

Os autos vieram-me conclusos em condições de julgamento.

Registro, por fim, que foi observado o previsto nos artigos 549, 551 e 552 do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA (PRESIDENTE E RELATOR)

Eminentes Colegas.

O atual recurso não merece ser conhecido.



ACPF
Nº 70015094535
2006/CÍVEL

É que a respeitável sentença indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e por ilegitimidade passiva, porquanto a parte autora estaria fazendo uso da via falencial para obter a satisfação do seu crédito e porque instituições financeiras não estão sujeitas ao procedimento previsto na Lei nº 11.101/05.

O recurso de apelação da parte demandada, entretanto, não impugnou especificamente os fundamentos da respeitável sentença, limitando-se a defender a possibilidade de escolha, pelo credor, do meio de cobrança da dívida que melhor lhe aprouver.

Relativamente à não sujeição da demandada ao regime falimentar, por ser instituição financeira privada, nos termos do artigo 2º, II, da Lei nº 11.101/05, nada argumentou.

Ou seja, a respeitável sentença deixou de ser impugnada quanto ao fundamento da impossibilidade jurídica e da ilegitimidade passiva.

Assim, ausente impugnação específica aos fundamentos da respeitável sentença, não foi satisfeito o requisito do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil e, portanto, não merece ser conhecido o recurso de apelação.

Apóio a minha decisão nos seguintes precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – ART. 535 DO CPC – VIOLAÇÃO INEXISTENTE – RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DA REGULARIDADE FORMAL

- 1. O especial é via recursal inadequada quando se trata de suscitar violação a dispositivo constitucional.*
- 2. Inocorre ofensa ao artigo 535 do CPC quando o Tribunal a quo se manifesta acerca das questões suscitadas pela recorrente.*
- 3. Não merece ser conhecida a apelação se as razões recursais não combatem a fundamentação da sentença - Inteligência dos arts. 514 e 515 do CPC - Precedentes.*



ACPF
Nº 70015094535
2006/CÍVEL

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.”

(REsp 686724/RS, Relatora MIN. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2005, DJ 03.10.2005 p. 203)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. ACOLHIMENTO. RECURSO QUE NÃO SE CONHECE. 1. Nos termos do art. 514, II, do CPC, a apelação deve conter os fundamentos de fato e de direito. (...). PRELIMINAR ACOLHIDA. APELAÇÃO NÃO-CONHECIDA. (Apelação Cível Nº 70012792644, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 19/10/2005)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA ATACADA. NÃO CONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 514, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. APELO NÃO CONHECIDO. (Apelação Cível Nº 70010408631, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 30/03/2006)

Saliento, por fim, que se porventura o atual recurso viesse a ser conhecido, seria desprovido por manifesta improcedência, dada a expressa previsão legal de não sujeição da demandada – Banco Ford S.A. – ao disposto na Lei nº 11.101/2005, o que implica, como já referido, a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade passiva da instituição financeira demandada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ACPF
Nº 70015094535
2006/CÍVEL

Isso posto, voto em não conhecer do apelo.

DES. ARTUR ARNILDO LUDWIG (REVISOR) - De acordo.

DES. UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA - De acordo.

DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA - Presidente -
Apelação Cível nº 70015094535, Comarca de Porto Alegre: "NÃO
CONHECERAM. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JORGE LUIZ LOPES DO CANTO
rp