

LEI DE INTRODUÇÃO À ATIVIDADE EMPRESARIAL

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa *

Rachel Sztajn **

INTRODUÇÃO



apresentação de um projeto de Código Comercial pelo professor Fabio Ulhoa Coelho, em 2012, passou, desde então, por inúmeras propostas que alteraram, de modo significativo, o texto original. Entre tais sugestões, ao que parece acatadas pelo relator na Câmara dos Deputados, está a “definição” de atividades empresariais, *rectius*, comerciais, o que não parecia relevante no início, até conversão das Eirelis são em sociedades limitadas unipessoais. Curiosamente não se prevê, efetivamente, sociedades unipessoais que, na Europa, devem adotar o tipo anônima (possivelmente em razão da personificação). Se o que se pretende é separar patrimônios para fins de imputação de riscos e responsabilidades, inegável que o tipo societário anônima é o mais adequado.

Mas, no fundo, as sugestões que visam, imagina-se, aperfeiçoar o anteprojeto, não muda o fato de que, se a unificação do direito das obrigações no Código Civil de 2002 não atende à dinâmica do Direito Comercial, e logicamente, deveria ser revista, o projeto continua carregado uma série imensa de equívocos, tanto no atacado quanto no varejo.

Assim sendo, com um pé e um olho no presente, e com

* Prof. de Direito Comercial da USP e sócio de Duclerc Verçosa Advogados Associados.

** Profa. de Direito Comercial da USP.

o outro pé e o outro olho no futuro, a proposta para que o Brasil tenha uma legislação mercantil verdadeiramente eficiente, é buscar solução moderna, em que as diversas áreas desse ramo do direito partam, claro, de princípios gerais que funcionarão como eixos ao redor dos quais modelar-se-ão, em microsistemas, as várias áreas ou tipos de atividades mercantis.

1. O CONCEITO DE ATIVIDADE MERCANTIL

O primeiro aspecto a ser abordado será, precisamente, a delimitação do campo/área abrangido pelo direito comercial. Partir-se-á da noção de atividade mercantil, definindo-se, a partir da maneira pela qual os agentes econômicos vêm atuando em e para mercados, tendo na empresa o instrumento ou estrutura que reduz custos de transação e gera eficiências. Cabe aqui, mais do que os conhecidos perfis de Alberto Asquini, a visão de Ronald Coase que trata a empresa como um feixe ou nexo de contratos e cujo crescimento é limitado pela eficiência.

Assim, o alargamento das áreas em que o Direito Comercial se aplica, notadamente nas últimas décadas, faz da empresa instrumento que pode ser utilizado no exercício de atividades que, historicamente, não eram incluídas neste ramo do direito. Tal visão contrasta com a posição conservadora e até mesmo retrógrada do projeto de Código Comercial.

Nesse sentido, assim como ocorria na vigência de dois códigos de direito privado, atividades econômicas serão regidas pelo direito civil, sempre que a atuação do(s) agente(s) que não utilize a empresa. Trata-se de um grande salto conceitual que certamente assustará os operadores do direito que não têm observado a evolução da adoção de estruturas negociais conhecidas pelos agentes privados no estrangeiro. Tal estranheza certamente se dará quando se pensa na atividade de profissional liberal como revestida de uma aura de pureza sacerdotal, tomada como vocação na qual, quase que por acaso se ganha dinhei-

ro o que seria, talvez, pecado em outras circunstâncias.

Nos Estados Unidos da América não se vê tal tipo de hipocrisia (como, no fundo, deve ser chamada), pois segundo uma análise feita pelo nosso prisma secular, não poderiam médicos, advogados ou outros profissionais liberais ser equiparados a empresários objetivando a tutela jurídica desse ramo do Direito.

Já há muito tempo que profissionais liberais, de forma indiscriminada, recorrem à estrutura da empresa, no Brasil, a ponto de magistrados entenderem que sociedades prestadoras de serviços de auditoria são mercantis. Vale o mesmo para os nos grandes escritórios de advocacia, engenharia, arquitetura, entre outras atividades econômicas. Voltemos os olhos para a prática da medicina em clínicas especializadas e hospitais (estes, aliás, desde muito qualificados como mercantis). Qual a diferença ontológica entre tais atividades e as de uma fábrica, de uma rede de supermercados?

Veja-se que nas profissões liberais o fundador de um escritório de advocacia ou de uma clínica pode ter morrido há décadas e seu nome ainda consta da razão social ou do título de estabelecimento. Isto objetiva caracterizar um *conceito particular* criado ao longo do tempo, mas que, aos poucos, vai se tornando objetivo e adquirindo caráter de marca de serviços, desligada de quem a originou. Referido escritório encontra-se sob gestão de uma terceira ou quarta geração de profissionais, mas continua-se a oferecer os serviços sob a marca originar visto que inspira confiança no mercado.

Enquanto atividade econômica organizada, a diferença entre o escritório A ou B é a mesma que entre um supermercado C ou D. Está na qualidade dos serviços/produtos, no preço, no atendimento – portanto na livre escolha dos consumidores. E por que não considerar essa igualdade (que decorre do fenômeno da adoção da empresa como meio de se fazer lucro) para dar-lhes o mesmo tratamento jurídico?

Ah, mas o profissional liberal tem uma responsabilidade específica fundada no exercício ético da profissão. Essa responsabilidade profissional tão somente se agregaria àquela que é inerente ao comércio, criando-se um *plus* em favor dos clientes, que teriam como garantia o capital destinado ao exercício da atividade acrescido do nome (patrimônio individual e personalíssimo) do profissional liberal que atende o cliente.

Neste sentido, inverter-se-ia a regra atual do Código Civil, concernente ao art. 966, simplesmente eliminando-se o seu parágrafo único.

Que revolução, não é mesmo? Revolução meramente declaratória porque essa realidade já existe e está afastada pelo pudor jurídico de pensadores que, física temporalmente, estão no século XXI, mas cujas ideias permanecem na Idade Média.

Outro exemplo do pragmatismo realista do direito norte-americano está no instituto da falência a que pode recorrer qualquer pessoa natural ou jurídica, conforme capítulos 7, 11 e 13 da lei especial (que é federal) aí incluída a autofalência da pessoa natural. Mas do lado de cá do Equador, fazer assim seria uma completa heresia.

2. AGENTES E ESTRUTURAS DA ATIVIDADE MERCANTIL

De vez que as atividades econômicas obedecem a uma dinâmica própria que recusa engessamentos legislativos, passe-se aos agentes e à estrutura dessa atividade visando a tornar seu exercício mais eficiente. Dado que o Brasil é um país de extensa dimensão, em que não são uniformes as realidades sociais e econômicas, o cenário induz se continue a tutelar o exercício do comércio seja ele feito pelo micro empresário individual, que não deve nem pode ser marginalizado, quanto por empresários de médio, grande e porte gigante a fim de lhe oferecer segurança jurídica no exercício da atividade, à falta do que não

existirá estrutura adequada para as respectivas necessidades.

No sentido acima, a nova lei deverá manter a figura do empresário individual, dono de um pequeno negócio, mas garantindo o reconhecimento, sempre, da existência de separação patrimonial entre os bens particulares e/ou familiares e aqueles destinados à atividade econômica. Considere-se a hipótese de exclusão total da responsabilidade ilimitada do empresário, preservados os interesses dos credores, até porque as relações entre esses dois polos – débito e crédito – visam a determinar se o patrimônio ativo supera, ou no mínimo, iguala o passivo. Lembre-se que comerciantes mais humildes dificilmente terão conhecimento e condições para aderirem formalmente a qualquer estrutura limitadora de sua responsabilidade pessoal e, nada obstante, eles são agentes importantes na economia das pequenas cidades em que atuam e que deles dependem, muitas vezes, para acesso a suprimentos básicos e, portanto, a bem estar.

A solução para o problema está na determinação de uma separação patrimonial fática entre os bens particulares do comerciante e os destinados à atividade, os que espelham valores que integram o estabelecimento, conhecida dos agentes econômicos (credores, empregados) de sorte a evitar a tomada de riscos exagerada. Poder-se-ia, em processo progressivo da determinação das obrigações mercantis para os micro e pequenos comerciantes, recorrer a sistema informacional baseado em escrituração bastante simplificada, que demonstre a separação patrimonial e permita comparar ativos e passivos. Por óbvio não se deve facilitar malabarismos e truques e, portanto, o afastamento desse benefício há de estar presente no sistema sempre que se destine a obter vantagens indevidas, como se dá com o recurso à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O mau uso de um benefício legal deve ser inibido e, sempre que comprovado, punido.

Considerando a realidade brasileira, ainda que o micro

empresário (podemos até nos referir ao micro-micro comerciante) deixe de atender ao padrão mínimo de escrituração, ele não deveria ser penalizado nos momentos de crise com recurso à responsabilidade pessoal ilimitada pelas obrigações contraídas durante a prática da atividade mercantil, desde que a crise não resulte de desmandos ou falta de cautela. Permitir a sobrevivência desses empreendedores diante dos azares da vida pode ser feito por meio de construção mais adequada do que a ideia do bem de família. Nesse patamar, pode-se pensar na criação de estabelecimento comercial de responsabilidade limitada, com contornos legais claramente determinados, num sistema de separação patrimonial em favor do comerciante pessoa natural, um pouco mais sofisticado do que a tutela do bem de família.

Quanto aos modelos societários, é fundamental que possam atender de forma mais eficiente as necessidades dos agentes econômicos, do que decorre a imperiosa necessidade do retorno à sociedade limitada com caráter contratual que apresentava no modelo do Decreto 3.708/1919, simples e perfeito. Mais ainda, convém abandonar a tipicidade fechada que dificulta estruturar *capital ventures*, por exemplo. É preciso que os agentes econômicos possam, de forma criativa, estruturar, individualmente, modelos societários que atendam às suas necessidades específicas, peculiares. Esta prática existe desde o surgimento do Direito Comercial, permitindo-se ampla gama de possibilidades, preservada a segurança de terceiros, em que os termos do contrato social, devidamente arquivado no Registro de Comércio, dá publicidade às relações internas entre membros. Lembrando Sylvio Marcondes, interessa saber se há responsabilidade solidária, mesmo que secundária, dos agentes econômicos.

Sob esse aspecto é preciso repensar a função do capital social que, na verdade, jamais foi, de fato, a garantia dos credores; nunca passou de uma *cifra de referência*, pois os recursos são investidos em ativos de diferentes naturezas e só se sabe

que o capital apontado nos balanços representa o montante contribuído pelos sócios e que lhes deverá ser, eventualmente, devolvido por ocasião de retirada ou liquidação voluntária da sociedade. O patrimônio líquido, quando se mostre positivo, é que garante aos credores o recebimento dos seus créditos e quando negativo indica a crise da empresa.

Inegável que, em muitas circunstâncias (como atividades de bancos e seguradoras), a determinação legal de um capital mínimo é relevante no sentido do reconhecimento da necessidade de montantes obrigatórios de recursos para fazer frente ao desenvolvimento do negócio. Mas em um banco, por exemplo, o capital somente deve ser utilizado em situações emergenciais e provisórias, na medida em que forma um *colchão de garantia* para suas obrigações. Os bancos são intermediadores de recursos provenientes dos *doadores*, destinados aos *receptores*, em fluxo contínuo (tomados tais termos segundo o seu sentido em economia). O capital deverá ser aplicado nos momentos em que o fluxo de caixa se mostrar negativo em certas contingências do dia-a-dia da atividade, que, por sua vez, será precedido do uso de reservas estabelecidas pela Autoridade Monetária. O mesmo raciocínio pode ser estendido para as seguradoras.

Retomando a classificação das sociedades comerciais entre de pessoas e de capitais, sua importância decorre da contribuição pessoal ou patrimonial dos membros, ou seja, como essas contribuições são combinadas e exigíveis de cada sócio.

E mesmo assim, o novo direito societário deve permitir a construção de várias estruturas de sociedades anônimas (já se tem defendido a existência da *sociedade anônima simplificada*), segundo modelos que recepcionem a complexidade crescente na forma e no conteúdo, encontrando-se no topo da pirâmide o equivalente às companhias do Novo Mercado, em que a Bolsa de Valores, para admitir valores mobiliários por elas emitidos à negociação, impõe regras específicas.

O operador jurídico brasileiro precisa começar a aprender a pensar *fora da caixa*, preso que tem sido a estereótipos seculares, perdendo de vista a evolução das formas pelas quais se exerce a atividade mercantil mundo afora. Sob esse ponto de vista está demonstrada a pobreza franciscana do projeto de código comercial que ora se discute. Ele apresenta mais do mesmo, com algumas *pinçeladas* de novidade, essencialmente preso ao passado, deixando à margem a criatividade dos agentes econômicos, esquecendo o negócio indireto discutido por Ascarelli, a que recorrem para afastar regras que dificultam a obtenção de resultados desejados. Respeito à história do Direito Comercial, que sempre recepcionou o novo é o que se propõe, tendo em mente, ao mesmo tempo em que se acompanha o desenvolvimento secular dos institutos correspondentes, atualizando-os, tal como se fez no âmbito interno das corporações de mercadores durante a Idade Média. Uma coisa é olhar e valorizar o passado. Outra muito diferente é refastelar-se e nele viver.

No campo das companhias, a Lei 6.404/1976 foi uma daquelas mais bem construídas no ordenamento jurídico brasileiro (não por outra razão se mantém intacta em sua estrutura fundamental), que certamente pode ser aperfeiçoada (o que precisamente ocorreria se algumas mudanças que nela foram feitas retroagissem ao modelo original). Há questões críticas a serem resolvidas. Entre elas uma tutela mais adequada dos acordos de acionistas que se transformaram, ao longo do tempo, em permanente fonte de crises internas, gerando profusão de demandas na medida que são utilizados não para facilitar a tomada de decisões em benefício da companhia, mas em nova instância esdrúxula de decisões à revelia de interesses sociais.

Os modelos contratuais de acordos de acionistas, pactos parassociais, têm pecado de um lado pelo exagero e, do outro, pela insuficiência. No primeiro caso, não tem se revelado satisfatório o recurso a contratos estipulados em uma infini-

dade de normas, classificadas em cartas de intenções, preâmbulo, definições e tutela por temas. O aparente extremo cuidado em cercar todas as possibilidades de ocorrências mediante a enorme quantidade de normas omite a realidade de que são *contratos incompletos* (ou seja, inexistente a possibilidade real de prever regras de forma exaustiva para todos e quaisquer eventos futuros). E se alguém tentasse prevêê-los, a negociação se estenderia *ad aeternum*, prejudicando os interesses de todos, considerado o tempo que passa e a dinâmica da atividade que as SPEs se propõem a exercer, como se verá adiante.

A insuficiência de cláusulas objetivando a solução de problemas futuros se dá pelo mesmo motivo: a incompletude contratual. Já que ela existe não adianta tecer uma profusão de regras, mas, isto sim, de deixar portas abertas para a solução de pendências que possam ocorrer entre as partes, segundo critérios preestabelecidos, flexíveis o suficiente para agasalharem mecanismos oportunos de solução de conflitos.

Outros pontos nos quais mudanças se mostram necessárias são a configuração dos deveres e responsabilidade do controlador (precedida de melhor delimitação do seu conceito jurídico), de administradores e membros de conselhos fiscais.

Em relação a grupos econômicos e consórcios, como instrumentos destinados ao exercício conjunto, coordenado, da atividade mercantil, de reconhecer que, entre outros motivos, a ausência de concerto entre os ramos de direito envolvidos nessas modalidades de operação (comercial, trabalhista e tributário), os chamados *grupos de direito* não são adotados no Brasil.

Neste caso, necessário aperfeiçoamento legislativo no trato dado aos grupos pela lei societária, a par de visão mais racional do direito tributário (que deve mudar a orientação estritamente arrecadatória, para um sistema que reconheça a eficiência como parâmetro fundamental).

Quanto ao direito do trabalho de origem getulista, as discussões se aprofundam sem, ainda, horizonte perceptível

para mudanças que o progresso tecnológico requer. Ainda vivemos distorções causadas por um fascismo ultrapassado, no qual o Estado Provedor dava cobertura ao empregado, visto como hipossuficiente, dependente e quase escravizado, utilizado, ainda hoje, como massa de manobra política. O direito trabalhista, considerado por estudiosos da área, um dos mais retrógrados entre os ordenamentos jurídicos, é causa importante para o travamento do nível de crescimento da oferta de empregos e da busca por eficiência. O custo de um trabalhador é praticamente o dobro do que ele recebe a título de remuneração (salário) e, essa diferença em favor do governo, consiste no apanágio da malversação de recursos escassos. É claro que esse custo extra, associado à tributação desmesurada, torna o produto brasileiro extremamente caro em relação aos preços praticados por outros países.

No plano dos consórcios de sociedades mudanças também são exigidas a fim de que sejam mais racionais e eficientes no que diz respeito às relações internas e externas. Vale a pena considerar as cooperativas, notadamente as de produção, sociedades mercantis como eram na origem.

Uma última palavra cabe em relação às sociedades de propósito específico (SPEs), largamente utilizadas no Brasil e que se tornaram infundável fonte de demandas entre os sócios, muitas delas surgidas na sua mais tenra infância. Considerando-se a imprestabilidade das limitadas segundo o modelo criado pelo Código Civil, e que piora no projeto, a forma predominante adotada na constituição de SPEs é a anônima fechada sem que se equacionem os problemas de assimetria de informações entre participantes.

Nessas sociedades a interação entre administradores (que geralmente são sócios) e os demais investidores é fundamental para o bom andamento do projeto e quando falta profissionalismo, não são modeladas nem implementadas normas de governança corporativa adequadas.

Sob esse ponto de vista, mais uma vez, o projeto de código comercial se revela inadequado.

