

A SOCIEDADE PROFISSIONAL
THE PROFESSIONAL PARTNERSHIP

Wagner José Penereiro Armani

Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor de Direito Comercial e Processo Civil na Pontifícia Universidade Católica de Campinas, São Paulo (Brasil).

E-mail: wagner_adv@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9104633990878083>.

Submissão: 05.08.2018.

Aprovação: 16.07.2019.

RESUMO

Este estudo pretende analisar a sociedade profissional que é aquela constituída para proporcionar o exercício em comum de profissão intelectual ou regulamentada. A Constituição Federal não trata somente da livre iniciativa dos empresários, mas também da de outros profissionais eventualmente dedicados ao exercício de atividade econômica para o mercado, dentre eles os profissionais intelectuais e as sociedades. Assim, este trabalho se dispôs a estudar as características específicas da sociedade profissional.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade profissional. Profissionais intelectuais. Empresário. Livre iniciativa.

ABSTRACT

This study intends to analyze the professional society that is constituted to provide the common exercise of intellectual or regulated profession. The Brazilian Constitution grants not only to the liberty of initiative of the entrepreneurs, but also to other professionals who may be engaged in the exercise of economic activity, including intellectual professionals and societies. This study will show the specific characteristics of the professional society.

KEYWORDS: *Professional society. Intellectual professionals. Entrepreneurs. Liberty of initiative*

1. INTRODUÇÃO: O EMPRESÁRIO E A EMPRESA.

O Código Civil introduziu no direito brasileiro a Teoria da Empresa, reflexo do Código Civil Italiano de 1942. Assim como consta no artigo 2.082 do Código Civil Italiano, o artigo 966

do Código Civil brasileiro conceituou o empresário como o sujeito de direito que exerce a empresa. E, em seguida, no artigo 2.555 do Código Civil Italiano, o legislador conceituou a *azienda*, tratada no direito nacional no artigo 1.142, como estabelecimento¹.

Diante das disposições do recém-editado *Codice Civile*, Alberto Asquini² tratou a empresa como fenômeno econômico poliédrico que se decompõe em quatro perfis jurídicos, os quais correspondem à noção de empresa como empresário (perfil subjetivo), de empresa como atividade empresarial (perfil funcional), de empresa como patrimônio *aziendal* ou estabelecimento (perfil patrimonial e objetivo) e, por fim, de empresa como instituição (perfil corporativo).

Ocorre que, diferentemente do que se tem no direito italiano, no brasileiro, o perfil corporativo ou institucional da empresa, como acima citado, não é tratado pelo Direito Comercial, mas, sim, pelo Direito do Trabalho e, portanto, no sistema pátrio, os perfis da empresa se resumem a três: o subjetivo, o funcional e o objetivo³, fruto da conjunção dos artigos 966 e 1.142 do Código Civil, nos quais o empresário é tratado como sujeito de direito (pessoa natural, jurídica ou entidade despersonalizada) que, por meio de seu estabelecimento, explora profissionalmente atividade econômica, organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços⁴.

¹ Por influência francesa e italiana o “estabelecimento” possui como sinônimas as expressões: estabelecimento comercial, estabelecimento empresarial, fundo de comércio, fundo de negócio, azienda, fazenda etc.

² ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (Profili dell'impresa). Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, p. 109-114 out./dez. 1996. A respeito da teoria de Asquini, vide também PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Um breve diálogo entre a teoria da empresa e a sucessão trabalhista. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

³ O professor Waldirio Bulgarelli, ao considerar o perfil corporativo, afastou-o da concepção empresarial italiana. Aqui, o mestre paulista se distancia da teoria de Asquini para conceber não quatro, mas três aspectos jurídicos significativos de empresa: o empresário, o estabelecimento e a empresa: o primeiro corresponde ao perfil subjetivo; o segundo, ao objetivo ou patrimonial; e o terceiro, ao aspecto funcional, ou exercício da atividade empresarial.

Relacionam-se o empresário, o estabelecimento e a empresa de forma íntima: o sujeito de direito exercita (empresário), por meio do objeto de direito (estabelecimento) e os fatos jurídicos decorrentes (empresa).

A partir desses elementos, Waldirio Bulgarelli define empresa como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens” (NEGRÃO, Ricardo, *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. v. 1, 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45-46).

⁴ Ao conceito básico de empresário se ligam as noções, também fundamentais, de empresa e de estabelecimento. São três noções distintas, mas que, na realidade, se acham estreitamente correlacionadas.

O empresário, como vimos, é um sujeito de direito, e a empresa é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através do instrumento adequado que é o estabelecimento. A figura do empresário é determinada pela natureza da atividade por ele organizada e dirigida; sob este aspecto, a noção de empresário é, logicamente, um corolário da noção de empresa. Por sua vez, o conceito de estabelecimento é correlativo ao conceito de empresa. O exercício da atividade econômica organizada pelo empresário pressupõe, necessariamente, uma base econômica, ou seja, um

Em que pese a empresa ser um fenômeno econômico, a lei civil buscou caracterizá-la como uma atividade econômica organizada para a produção ou para a circulação de bens e de serviços⁵. Tal concepção encontra dificuldade de compreensão pela própria evolução da empresa devido ao avanço tecnológico, ao aumento do poder negocial, à produção em massa e às novas técnicas negociais desenvolvidas que evidenciam a necessidade de criação de novos institutos jurídicos.

A organização da atividade, centro do conceito da empresa, está caracterizada no poder diretivo do empresário que coordena os fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia) para produção ou circulação de bens ou de serviços, buscando a obtenção de lucro. Dessa feita, a empresa, fenômeno econômico conhecido pelo convívio em sociedade, passou a ser, com o Código Civil, o eixo fundante do Direito Comercial e que, portanto, acarreta no objeto de estudo desta disciplina.

A empresa não existe isoladamente, é necessário que se formem relações jurídicas entre empresas e terceiros⁶. Não se pode caracterizar empresa e, portanto, empresário e estabelecimento, sem atividade voltada para o mercado. Um empresário perde essa característica se cessarem suas atividades, se extinguirem suas relações jurídico-econômicas com os demais

complexo de bens que constituem o instrumento e, de certo modo, o objeto de seu trabalho. Esse complexo de bens destinados pelo empresário ao exercício da empresa é a fazenda ou o estabelecimento. Nesse sentido, pode-se dizer que o estabelecimento representa a projeção patrimonial da empresa, ou, com precisão maior, o organismo técnico-econômico, por cujo intermédio se realiza a coordenação dos fatores de produção pela qual a empresa atua e se desenvolve (BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 115-116).

⁵ O que caracteriza, em termos pragmáticos, a empresa, não é a própria organização em si, mas a forma de produzir organizadamente, o que não é o mesmo que organização da atividade de produção. Em termos históricos, por exemplo, é incontestável que a perspectiva pela qual se deve ver a empresa é justamente a da evolução das técnicas de produção, portanto, forma de produzir que, de rudimentar familiar e artesanal, passou a ser mecanizada ou maquinizada, com mão de obra alheia e com maior grau de organização, já que esta última sempre existiu e existe em qualquer tipo de trabalho. A organização é termo abstrato significativo dos elementos organizados em que se concretiza. O que é importante para a Economia e a Sociologia não é a organização, mas a atividade organizacional, o produzir de forma organizada. Veja-se, por exemplo, em termos de organização técnica, que é a do estabelecimento, as discussões sobre a sua qualificação como tal, quando desativado, paralisado. Assim, também em relação à empresa, como organização: tudo é feito para que não fique estática, não se paralise, o que se justifica também, e principalmente, em relação aos trabalhadores. Ora, o aspecto dinâmico, destacado por Carnelutti e que Asquini chamou de conceito cinematográfico é o que efetivamente interessa ao Direito. E por essa perspectiva, o dinamismo da empresa significa no pleno jurídico a atividade desenvolvida (BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa: Análise jurídica da empresarialidade*. 8. ed. São Paulo: RT, 1985, p. 149-150).

⁶ Os embates jurídicos sobre a noção de empresa deixam entrever que, em muitas situações, ela transforma-se em centro de imputação de direito, deveres e obrigações, independentemente do empresário ou da sociedade empresária. A empresa interessa ao mundo jurídico, impactando-o independentemente de seus titulares. Há situações em que a mera existência da atividade gera a composição de suportes fáticos e produz consequências jurídicas. (FORGIONI, Paula Andrea, *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 91-92).

agentes do mercado, outros empresários e consumidores. O mesmo ocorre com o estabelecimento de que, sem a empresa, perde seus atributos e, assim, a capacidade de gerar lucros⁷.

É com a empresa que se define o empresário e não o inverso. É a empresa o núcleo da atividade negocial, onde se localiza o empresário, que, pela titularidade da empresa, ganha destaque e submete-se a um estatuto, a um regime jurídico especial denominado Direito Comercial.⁸

2. OS NÃO-EMPRESÁRIOS.

O empresário *lato sensu*, ou seja, a pessoa física ou jurídica que exerce empresa, é o sujeito de direito que se submete ao regime jurídico do Direito Comercial, enquanto as demais pessoas estão afastadas desse regime especial.

Ocorre que existem pessoas que exercem atividades econômicas que não são consideradas empresárias, por conveniência legislativa, ou por não enquadramento no conceito legal. As pessoas que exercem atividades econômicas não empresárias se sujeitam as regras do Direito Civil, estando excluídas da esfera de aplicação do Direito Comercial.

Contudo, não se pode fechar os olhos ao exercício de atividade econômica por pessoas que não exercem empresa por falta da organização empresarial ou por limitação legal. Assim, mesmo exercendo atividade econômica, alguns sujeitos de direito estão excluídos do regime jurídico do Direito Comercial como as pessoas físicas que não se enquadram no conceito do artigo 966 do Código Civil e as pessoas jurídicas, EIRELI ou sociedades, que não tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, denominadas EIRELI simples e sociedades simples, respectivamente.

Pela legislação aplicável, não são considerados empresários: aqueles que não se enquadram no conceito do artigo 966 do Código Civil; os profissionais intelectuais (ex. advogado, dentista, médico, engenheiro, músico, ator, escritor etc.), exceto quando caracterizado elemento de empresa (artigo 966, parágrafo único, Código Civil); os empresários rurais não registrados na Junta Comercial (artigo 971 do, Código Civil); e as cooperativas (artigo 982, parágrafo único, Código Civil).

⁷ FORGIONI, Paula Andrea, *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed.. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 72-73

⁸ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira, *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juriá, 2009, p. 120-121.

Como este trabalho tem como ponto focal a sociedade profissional, necessário explorar a posição dos profissionais intelectuais⁹ dentro da Teoria da Empresa.

3. O PROFISSIONAL INTELECTUAL.

O profissional intelectual, também conhecido como autônomo ou liberal, apesar de explorar profissionalmente atividade econômica organizada voltada para o mercado, está excluído da caracterização de empresário, quando explorar exclusivamente sua atividade profissional, segundo o disposto no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil¹⁰, mesmo que com o concurso de auxiliares ou colaboradores.

“Não obstante produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais, ou bens, como o fazem os artistas, o esforço criador que implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diferentemente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental”¹¹.

Considera-se profissional liberal ou autônomo aquele que exerce sua atividade profissional, porém sem subordinação, afastando assim a incidência das regras do Direito do Trabalho¹². No caso do exercício de atividade econômica por pessoa natural que explora profissão dita intelectual, cujo resultado de sua atividade advém de sua aptidão pessoal, como engenheiros, dentistas, médicos, advogados, artistas, autores, artesões, escritores, psicólogos etc., a lei afasta a caracterização de empresário e, portanto, o profissional liberal ou autônomo, ao explorar exclusivamente sua atividade intelectual, não se sujeitaria, em regra, às normas do Direito Comercial.

Os profissionais liberais ou autônomos não se sujeitam, desse modo, a registro na Junta Comercial, porém algumas profissões possuem regulação própria e, por conta de tratamento especial, há órgãos de classe que exigem registro para o exercício regular da profissão, como no

⁹ A expressão “profissional intelectual” será utilizada ao longo deste trabalho por conta de seu uso no artigo 966, parágrafo único, do Código Civil.

¹⁰ Enunciado 193 do Conselho de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça federal. “O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa”.

¹¹ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 112.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 358-360.

caso de médicos, engenheiros, advogados, biólogos etc. Esse registro, contudo, não os torna empresários.

Em leitura do *Codice Civile* de 1942, verifica-se que o legislador italiano tratou do profissional autônomo (*Del lavoro autonomo*) e do intelectual (*Delle professioni intellettuali*) como profissionais que não possuem vínculos ou subordinação, que atuam individualmente no negócio, sem concurso de auxiliares ou colaboradores, não lhes sendo, nessa situação, aplicadas as normas do direito de empresa. Contudo, se vislumbrados esses aspectos de vínculos ou subordinação, a atividade deixaria de ser não empresária para ser empresária, com a consequente aplicação das normas relativas à empresa¹³.

Aparentemente o legislador brasileiro traduziu de forma equivocada o texto da norma italiana com relação ao profissional intelectual. No direito italiano, o profissional intelectual também não é empresário, pois não possui vínculos ou subordinação, atuando individualmente no negócio, sem concurso de auxiliares ou colaboradores. Entretanto, a partir do momento em que contrata auxiliares ou colaboradores, é tratado como empresário. Diferente do que ocorre no direito italiano, no nacional o profissional intelectual, mesmo atuando com auxiliares ou colaboradores, não é considerado empresário (artigo 966, parágrafo único, Código Civil).

Nessa linha, com vista a permitir que um profissional intelectual se enquadre como empresário, o próprio parágrafo único do artigo 966 do Código Civil ressalva que o citado profissional intelectual será considerado empresário “[...] se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”, ou seja, se a organização empresarial for mais importante que a atividade profissional desenvolvida¹⁴.

Assim em princípio, no caso do exercício de atividade econômica por pessoa natural que explora profissão dita intelectual, como engenheiros, arquitetos, dentistas, médicos, advogados, artistas, atores, autores, artesões, escritores, psicólogos etc., a lei afasta a sujeição desses profissionais autônomos às regras do Direito Comercial.

¹³ SZTAJN, Raquel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83-84.

¹⁴ Enunciado 194 do Conselho de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça federal. “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”.

4. SOCIEDADE PROFISSIONAL.

A legislação, de qualquer forma, permite que os profissionais intelectuais se reúnam em sociedade para exploração da atividade típica da profissão (sociedade profissional), e essa é caracterizada como sociedade simples, não empresária (artigo 982 c.c. 966, parágrafo único, Código Civil). E como sociedade, para adquirir personalidade jurídica, deve registrar-se no órgão competente (artigo 985, Código Civil), o qual, por força de lei, é para as sociedades simples o Registro Civil das Pessoas Jurídicas; e para as empresárias, a Junta Comercial (artigo 1.150, Código Civil). Excepciona-se, contudo, as sociedades de advogados, cujo registro está exclusivamente a cargo do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em cuja base territorial tiver sede (artigo 15, §1º, Lei nº. 8.906/1994).

Se uma sociedade explora atividade própria de profissional intelectual, sujeita-se igualmente aos regramentos da legislação especial que regulamentam a correspondente, tendo de buscar registro no respectivo órgão de classe. Assim, uma sociedade que explora atividade de profissional intelectual legalmente regulamentada, salvo a de advogado, terá de se registrar tanto no órgão de classe, quanto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Por exemplo, se uma sociedade pretende explorar atividade de engenharia, haverá necessidade de registro prévio no respectivo Conselho Regional do Estado em que explorara sua atividade para regularidade de sua atividade (artigo 59, da Lei nº. 5194/1966) e, também, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (artigo 45 c.c. 1.150, Código Civil).

Para Carlos Henrique Abrão:

[...] a noção prospectada no contexto das sociedades simples evidencia, sem maiores dificuldades, traço característicos que a assemelha às organizações de conteúdo uni ou multiprofissional, com a percepção de natureza não empresarial, cuja submissão particulariza a força do contrato, dentro dos princípios da autonomia da vontade e congraçamento captando o núcleo *status soCódigo Civil*.

[...] As sociedades profissionais banhadas pelo legislador com sede na força normativa podem se diversificar no ramo da medicina, engenharia, de advogados, arquitetos, publicidade, propaganda, enfim, um leque incomensurável de atividades próprias que se estabelece com dupla finalidade, a primeira, de atender a modalidade organizacional, a segunda, se coadunar com o elemento gerador de condições técnicas peculiares ao desenvolvimento econômico¹⁵.

¹⁵ ABRÃO, Carlos Henrique. *Sociedade simples*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

O que define uma sociedade profissional como simples é a forma de exploração de seu objeto social e não os membros que a compõem, pois é possível verificar a constituição dessa espécie de sociedade simples sem que os sócios sejam profissionais intelectuais.

Desse modo, diferentemente do que pensa o ilustre professor Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem, “[...] na sociedade de profissionais liberais, o engenheiro não engenheiro porque é sócio, mas é sócio por que é engenheiro”. A sociedade que explora engenharia pode, por autorização legal, ser formada por sócios que não sejam engenheiros (artigo 5º, da Lei nº. 5194/1966). É evidente que, para a regularidade da atividade e o registro no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) do estado em que exercer sua atividade, será necessário que a pessoa jurídica possua profissional habilitado em engenharia como responsável técnico (artigo 8º, da Lei 5194/1966), mas não é condição *sine qua non* que todos os sócios sejam engenheiros, como faz querer crer a afirmação citada.

Essa permissão, por exemplo, possibilita que uma sociedade que careça de investimento tenha suprida a sua necessidade por pessoa não vinculada à profissão, capitalizando-se a pessoa jurídica, que terá em seu quadro social um sócio investidor.

A atual versão do Código Comercial Projetado é mais esclarecedora nesse sentido, ao argumentar no artigo 218, § 2.º, que “[...] é permitida a participação de sócio investidor, sem a habilitação profissional correspondente ao objeto social.”

Algumas profissões intelectuais, por conta de legislação própria, não permitem a presença em seus quadros sociais de sócios que não explorem a respectiva profissão como, por exemplo, a sociedade que explora prestação de serviços de advocacia na qual somente são permitidos sócios devidamente inscritos como advogados (artigo 16, Lei nº. 8.906/1994).

No direito italiano, a sociedade profissional é o empreendimento formado exclusivamente para a operação conjunta por membros da profissão (advogados, engenheiros, médicos etc.)¹⁶, diferentemente daquilo que estamos abordando aqui, pois, nesse contexto, a sociedade profissional somente seria possível entre membros da mesma profissão, o que nem sempre ocorre na prática.

¹⁶ *La società tra professionisti è la società costituita esclusivamente per l'esercizio in comune dell'attività professionale svolta dai soci (avvocati, ingegneri, medici etc.). Si tratta di una società senza impresa in quanto l'attività dei professionisti intellettuali, pur essendo attività economica, non è qualificata come attività di impresa.* (MORETTI, A. *Le Società in generale. Compendio di Diritto Commerciale*, 2012, p. 115-130. e p. 121.).

Na Espanha, a matéria é prevista na Lei nº 2/2007 (“*Ley de Sociedades Profesionales - Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales*”) que trata das sociedades profissionais, definida como aquela que tem por objeto social o exercício em comum de uma atividade profissional, ou seja, aquela cujo exercício dependa de titulação universitária e inscrição em órgão profissional (artigo 1). Novamente, a lei alienígena diverge da nacional no que concerne à necessidade de os membros serem da mesma profissão.

Verificamos na exposição de motivos da lei de sociedades profissionais espanholas que sua criação foi inspirada na evolução das formas de atuação profissional em equipe, e que teve origem na difusão, escola e complexidade dessas atividades e nas vantagens decorrentes da especialização e divisão do trabalho.

Neste ponto, portanto, importante definir com maior clareza o conceito de sociedade profissional que será abordado neste trabalho. Para esse fim, buscaremos auxílio na doutrina espanhola que, com propriedade, distingue a sociedade profissional de outros agrupamentos entre profissionais.

A doutrina espanhola distingue as seguintes espécies de sociedade profissional: sociedade de meios (*Las sociedades de medios*); sociedade de comunicação recíproca de resultados (*Las sociedades de comunicación de ganancias*); sociedade de intermediação (*Las sociedades de intermediación*); e sociedade profissional em sentido estrito (*Las sociedades profesionales en sentido estricto*)¹⁷.

Na sociedade entre profissionais, ou sociedade de meios (*Las sociedades de medios*), os sócios se propõem a compartilhar os recursos materiais e pessoais necessários para o exercício individual da profissional. O acordo dos membros de sociedade entre profissionais não se estende à atividade, é uma organização interna para facilitar o exercício individual da profissão. Nessa espécie de sociedade, há uma comunhão para partilha das despesas e não do resultado, cujo desempenho depende única e exclusivamente de cada profissional¹⁸.

¹⁷ Nesse sentido ver: ESTIVILL, Josep M. Fugardo. *Actividad profesional y sociedades profesionales. Introducción. La Notaria – Boletim*, Barcelona, n. 40, p. 11-58, abril 2007. PAZ-ARES, Cándido. *Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 653, p.1257-1999, jul./ago. 1999. VARGAS, Aurora Campins, *La sociedad profesional*, Madri: S.L: Civitas Ediciones, 2000.

¹⁸ *La primera manifestación relevante encuentra su paradigma en las denominadas sociedades de medios. Bajo esta expresión nos referimos a aquellos supuestos en que varios profesionales (abogados, médicos, arquitectos, etc.) acuerdan asociarse a fin de dotarse y compartir la infraestructura necesaria (inmuebles, equipos, personal auxiliar, etc.) para el desempeño individual de la profesión [ofrece un buen ejemplo, al respecto, el art. 35.b) del Estatuto General de la Abogacía de 24-7-82, actualmente vigente]. La caracterización societaria de estos supuestos no plantea problemas desde la perspectiva del concepto amplio de sociedad que hemos desarrollado en el capítulo 19.*

As sociedades de comunicação recíproca de resultados (*Las sociedades de comunicación de ganancias*) caracteriza a empresa dotada de estrutura organizacional voltada para a repartição das perdas e dos ganhos provenientes do exercício individual da profissão por cada sócio, permitindo aos membros, reciprocamente, dividir os riscos e reduzir as variações dos ganhos individuais¹⁹.

A sociedade de intermediação de serviços profissionais (*Las sociedades de intermediación*) se distingue por ser aquela que faz o agenciamento, cuja única responsabilidade consistiria em aproximar o cliente do profissional. Essas sociedades se envolvem na relação entre o profissional e o cliente como um agente mediador e coordenador da intermediação.

De forma distinta, a sociedade profissional em sentido estrito (*Las sociedades profesionales en sentido estricto*) apresenta-se a terceiro como pessoa jurídica própria, entidade organizacional externa, voltada ao mercado. A atividade é exercida por seus sócios, auxiliares ou colaboradores, porém em nome da sociedade profissional e não em nome individual e, assim, os direitos e as obrigações decorrentes da atividade explorada são, reconhecidamente, ligados a sociedade e não aos sócios. Em decorrência dessas características, a finalidade é a obtenção do lucro social e a partilha do resultado entre os sócios, de acordo com a participação societária²⁰.

A exposição de motivos da “*Ley de Sociedades Profesionales*” deixa claros essa distinção e o fato de a lei tratar da sociedade profissional em sentido estrito, como aquela pessoa jurídica que, efetivamente, exerce atividade profissional, apresentando-se a terceiros como personalidade

La falta de ánimo de lucro - obsérvese que el fin de la sociedad no es obtener ganancias, sino regular el uso de la infraestructura y distribuir sus costes- no impide la subsunción de la figura dentro de los fenómenos societarios. En la normalidad de los casos, la sociedad de medios será una sociedad meramente interna, para cuya regulación son más que suficientes las normas generales que ofrece el Código Civil. No hay que descartar, sin embargo, que la sociedad de medios se constituya como sociedad externa cuando, por la complejidad de la organización, sea precisa una presencia constante en el tráfico externo (contratación frecuente de personal, gestión de servicios comunes, proyectos conjuntos, etc.). (PAZ-ARES, Cándido. *Las sociedades profesionales* (Principios y bases de la regulación proyectada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 653, p.1257-1999, jul./ago. 1999).

¹⁹ VARGAS, Aurora Campins, *La sociedad profesional*, Madri: S.L: Civitas Ediciones, 2000, p. 46.

²⁰ *Al lado de los tipos empíricos previamente mencionados se sitúa la sociedad profesional en sentido estricto (así llamada para distinguirla de las restantes, que simplemente serían «sociedades de profesionales»). Lo característico de esta modalidad del asociacionismo profesional es que la sociedad se constituye como sociedad externa dotada de personalidad jurídica (en esto se diferencia de las sociedades de medios y de comunicación de ganancias), que su objeto social es la prestación de servicios profesionales en el mercado (en esto se diferencia de las sociedades de intermediación, cuyo cometido no es prestar servicios profesionales, sino mediar en este campo) y que la actividad profesional realizada por sus socios y asociados - y los derechos y obligaciones que de ella se derivan se imputan directamente a la sociedad (y no -como sucedía en los casos anteriores - a los socios). En realidad, ésta es la verdadera sociedad profesional y la única que en rigor plantea problemas especiales que justifican su estudio separado.* (PAZ-ARES, Cándido. *Las sociedades profesionales* (Principios y bases de la regulación proyectada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 653, p.1257-1999, jul./ago. 1999).

jurídica própria, distinta de seus sócios. Em suma, aquela que é centro de imputação, detendo direito e contraindo obrigações, relacionando-se diretamente com seus clientes.

Diante dessa distinção, nos parece que a redação do artigo 214 do Código Comercial Projetado, que define a sociedade profissional como aquela que “[...] é a constituída para proporcionar o exercício em comum de profissão intelectual ou regulamentada”, trata de uma definição de sociedade entre profissionais e não sociedade profissional em sentido estrito.

Em que pese o atual Código Civil brasileiro não explicitar com tanta clareza o que seja uma sociedade profissional, parece-nos que é possível identificar, nos termos dos artigos 982 e 966 do Código Civil, as diversas espécies tratadas pela doutrina espanhola, pois, em todos os casos, há atuação da sociedade na exploração de atividade própria de profissão intelectual.

Assim, a sociedade profissional em sentido estrito pode ser definida como aquela que se apresenta ao mercado com personalidade jurídica própria (sociedade externa); objetiva a atividade profissional regulamentada; tem sua atividade desempenhada por seus sócios ou colaboradores; e visa obter lucro para partilha dos resultados entre os sócios²¹.

5. AS SOCIEDADES PROFISSIONAIS E O ELEMENTO DE EMPRESA.

A sociedade profissional, em decorrência do disposto na lei, é considerada como uma espécie de sociedade simples. Ocorre que o artigo 966, parágrafo único, do Código Civil, traz a possibilidade de a sociedade profissional ser considerada sociedade empresária se exercer sua atividade com elemento de empresa. Seguindo a diretriz do artigo 966, parágrafo único, do Código Civil, nos casos em que o exercício da profissão intelectual dos sócios das sociedades uniprofissionais (que compõem o seu objeto social) constituir elemento de empresa, ou seja, nos casos em que as sociedades uniprofissionais explorarem seu objeto social com empresarialidade (organização dos fatores de produção), elas serão consideradas empresárias²².

Assim como ocorre na legislação italiana (artigo 2238), o Código Civil brasileiro não elabora o conceito de elemento de empresa, deixando à doutrina os esforços para sua construção. A distinção, nesse ponto, entre a lei brasileira e a italiana é que, na Itália, basta que o profissional

²¹ LEITE JÚNIOR. Carlos Antônio Goulart. *Affectio societatis: na sociedade civil e na sociedade simples*. Rio de Janeiro Forense, 2006, p. 227.

²² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 89.

intelectual contrate colaborador ou auxiliar para ser considerado empresário²³, enquanto, no Brasil, essa contratação não caracteriza o profissional intelectual como empresário (artigo 966, p. único, Código Civil).

A essência do conceito buscado é a constatação de que a atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, deixou de ser o exclusivo objeto da atividade explorada pela sociedade e tornou-se apenas mais um componente da organização empresarial, um elemento da empresa.

Elemento de empresa significa que, quando o exercido da atividade intelectual vier a integrar, se torna parte da empresa, o sujeito que a exercita ganha natureza empresarial. Ou seja, nas situações em que a profissão de natureza intelectual se torna apenas uma parte de uma atividade econômica organizada, o explorador desta atividade será considerado empresário²⁴.

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 qualificar-se como empresarial. Contudo, se devemos somar um elemento, o denominado “elemento de empresa”, às características da atividade empresarial, não pode este elemento ter o mesmo conteúdo daquele ao qual deve ser somado²⁵.

Nessa linha de raciocínio, uma sociedade que exercer atividade típica de profissional intelectual será considerada simples, porém, se essa atividade for apenas um dos elementos explorados pela pessoa jurídica, sendo sua especificidade absorvida pelas demais atividades, a sociedade será considerada como empresária²⁶.

²³ *Diversa dalla società fra professionisti, nella quale vi è una società senza che sia svolta attività di impresa, è l'ipotesi cui fa riferimento l'art. 2238, che prevede l'applicabilità della disciplina dettata in materia di lavoro nell'impresa alle ipotesi in cui la professione intellettuale venga esercitata nell'ambito di una attività organizzata in forma di impresa. Si pensi al caso del medico che presta la propria attività lavorativa presso una casa di cura: in tale ipotesi, la disciplina dell'attività di impresa si cumula a quella propria della prestazione d'opera intellettuale.* (SAGGEE, Francesco Laviano i PEPE, Iolanda. *Del Lavoro. Codice Civile. Illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali*, p. 1291-1758, 2010, p. 1371).

²⁴ SILVA, Fernando Cândido da. *Sociedade Simples: da natureza jurídica ao tipo societário*. São Paulo: LCTE, 2009, p. 32.

²⁵ LIPPERT, Marcia Mallmann. *O 'elemento de empresa' como fator de reinclusão das atividades de natureza científica, literária ou artística na definição das atividades empresariais*. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2009, p. 129.

²⁶ Enunciado 194 da III Jornada de Direito Civil coordenada pelo Conselho da Justiça Federal. - *Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida*.

Enunciado 195 da III Jornada de Direito Civil coordenada pelo Conselho da Justiça Federal. - *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*.

“Pelo artigo 966, o trabalhador intelectual não é empresário, mas, logo em seguida, aponta uma exceção no parágrafo único: salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Isto significa que o trabalho exercido pelo profissional for um dos fatores de produção, fator esse que será combinado com os outros, para constituir a atividade empresarial. O trabalho intelectual é apenas um dos componentes do produto oferecido ao mercado pela empresa, mas não o produto ou serviço em si mesmo. O trabalho intelectual exercido por sócios de uma empresa não é o produto ou serviço dela, mas uma parcela, um fator de produção considerando-se produto da empresa e não de seus sócios”²⁷.

Uma sociedade simples apresentaria elemento de empresa quando, por si só, seu objeto social fosse utilizado como fator de organização do trabalho de terceiros, explorando atividade própria de profissional intelectual dentro de sua atividade econômica numa clara organização dos meios de produção inerentes a empresa.

Por exemplo: uma pessoa jurídica que se constituiu para o exercício da atividade intelectual própria da medicina, mantendo uma clínica na qual atuam seus sócios, médicos de diversas especialidades da área da saúde, com o auxílio de colaboradores – enfermeiros, assistentes, secretárias, dentre outros –, fazendo com que o seu negócio (a clínica médica) seja procurado precipuamente pela atividade intelectual, será uma sociedade simples, e não empresária, por desenvolver exclusivamente atividade intelectual própria do profissional de medicina.

Todavia, se essa pessoa jurídica contrata inúmeros outros médicos e profissionais de saúde, diversificando o seu objeto, que se sobrepõe ao aspecto apenas intelectual, como ocorre em um hospital, estaremos diante de uma sociedade empresária, por conta da atividade profissional ser absorvida e encarada como um dos elementos da empresa.

O diferenciador entre a sociedade simples e a sociedade empresária está na forma de exploração da atividade e não nos membros que a compõem como sócios, pois o conceito de interesse é objetivo, e não personalíssimo. Tanto que uma sociedade profissional de engenharia, mesmo que todos os seus sócios sejam engenheiros, pode explorar atividade empresarial de construção civil, considerada como empresarial, e assim ser considerada por conta do elemento de empresa.

²⁷ ROQUE, Sebastião José. *Da sociedade simples*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011, p. 52.

Nessa linha de entendimento é o artigo 221 do Projeto de Código Comercial²⁸ que dispõe acerca da necessidade da sociedade profissional ter por objeto apenas aquele relacionado à referida profissão, exceto se permitido pelo órgão a ela relacionado.

Por isso, filiamo-nos à conclusão de Marcia Mallmann Lippert:

Nesse contexto e após demorada reflexão sobre o assunto, não parece ser este o caso do artigo 966 do Código Civil Brasileiro. Isso porque, embora o caput contenha 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 ‘curso 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 colaboradores. 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 geral²⁹.

Escapa a esse figurino a sociedade de prestação de serviços de advocacia, que norma legal expressamente qualifica como sociedade simples (artigo 15º, Lei n.º 8.906/1994), impedindo o registro e o funcionamento daquelas que apresentem forma ou características de sociedade empresária (artigo 16, Lei n.º 8906/1994). A proibição se estende a qualquer outra atividade além da de advocacia, pois deve constar no pacto social, como objeto único, a prestação de serviços de advocacia, conquanto “[...] podendo especificar o ramo de direito a que a sociedade se dedicará.”

²⁸ Art. 221. O objeto da sociedade profissional não pode compreender outras atividades, além das relacionadas à profissão regulamentada a que se dedicam seus sócios, salvo se o permitir, e nos limites que estabelecer, o órgão de controle e fiscalização profissional.

²⁹ LIPPERT, Marcia Mallmann. *O ‘elemento de empresa’ como fator de reinclusão das atividades de natureza científica, literária ou artística na definição das atividades empresariais*. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2009, p. 135-136.

(artigo 2º, II, do Provimento n.º 112/2006 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil). Ora, se é vedada à sociedade prestar serviços de advocacia, ou seja, explorar outra atividade que não seja essa, é evidente que somente pode ser considerada como sociedade simples, pois não poderia haver, nessa situação, elemento de empresa.

6. A REINCLUSÃO DA SOCIEDADE PROFISSIONAL COMO EMPRESÁRIA POR CONSTITUIR ELEMENTO DE EMPRESA.

A doutrina traz como principais distinções entre a sociedade empresária e a sociedade simples: o órgão de registro, a escrituração e a aplicação da Lei de Falências.

Com relação ao órgão de registro, quando verificado que, na sociedade, se exerce atividade profissional intelectual como elemento de empresa, deve providenciar-se a conversão da sociedade simples em sociedade empresarial, mediante a alteração contratual pertinente, que, averbada no Registro Civil, será arquivada, com a consolidação do contrato social, na Junta Comercial da sede (artigo 28 da Instrução Normativa nº 35 de 02 de março de 2017 do Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI).

No caso da escrituração, de há muito não se verifica distinção prática entre as sociedades simples e empresárias, pois os livros têm tratamento em diversas legislações (trabalhista, previdenciárias, fiscal etc.), sem diferenciação entre as espécies de sociedades, exceto quanto ao livro Diário, único efetivamente obrigatório aos empresários (artigo 1.179 e 1.180, do Código Civil), se não qualificados como ME (Microempresa) ou EPP (Empresa de Pequeno Porte).

Nessa situação, bastaria que a sociedade simples convertida em sociedade empresária passasse a escriturar o livro Diário para adequar-se à legislação civil³⁰.

Assim, a consequência prática mais relevante da caracterização da atividade de sociedade simples, que o exercício de profissão intelectual constituir elemento de empresa, é, de certa forma, a aplicação dos benefícios da Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005).

³⁰ Ou seja, no que diz respeito à força probante dos documentos em geral, há muito nada havia de especial que protegesse os mercadores. A regalia antes concedida exclusivamente aos comerciantes sobre os livros mercantis esta abolida desde 1974, com o início da vigência do Código de Processo Civil (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. ver. atul. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 83).

Requião destacara já que a principal especificidade da unificação do Direito Privado seria a da aplicação da Lei de Falências aos demais agentes do mercado, advertindo, todavia, que:

A unificação [...] se nos afigura, todavia, tímida. Tornar-se-á uma unificação ilusória. É feita, a exemplo de seu paradigma italiano, pela metade. Ficará o direito brasileiro, a prevalecer o sistema adotado pelo governo, no meio do caminho. E isso porque enquanto a Falência permanecer como instituto eminentemente comercialista, é impossível a unificação, em toda natural extensão da palavra³¹.

A vigente Lei de Falência e Recuperação de Empresas é de aplicação exclusiva aos empresários e às sociedades empresárias (artigo 1º, Lei nº. 11.101/2005) e, portanto, de sua abrangência afastados estão o profissional autônomo e as sociedades simples.

Nos casos de insolvência do profissional autônomo ou sociedade profissional, não há a possibilidade da busca do benefício da recuperação de empresas, nem seu o credor não pode iniciar execução concursal pela via falimentar, devendo agir pelo procedimento da insolvência civil ainda regulado pelo Código de Processo Civil de 1973 (artigo 1.052, Código de Processo Civil)³².

Todavia, ao constituir atividade de natureza intelectual um elemento de empresa, o profissional autônomo ou sociedade profissional que a exercem serão qualificados como

³¹ REQUIÃO, Rubens. *Notas sobre o projeto do Código de Obrigações (Projeto nº. 3.264/65)*. Curitiba: Universidade do Paraná, 1966, p. 19.

³² Estão sujeitos à falência, em princípio, os devedores exercentes de atividade econômica de forma empresarial, isto é, os empresários. A diferença entre os empresários e os demais exercentes de atividade econômica não reside no tipo de atividade explorada, mas na forma com que a exploram. Muitas atividades de produção ou circulação de bens ou serviços podem ser exploradas empresarialmente ou não. Tanto o peixeiro instalado em sua pequena banca na praia, onde trabalha com seus familiares, como a rede multinacional de supermercados, comercializam pescados. Aquele, porém, o faz sem empresarialidade, isto é, sem organizar a atividade por meio de investimento de considerável capital, contratação de expressiva mão de obra e emprego de tecnologia sofisticada; ele não é empresário. Já o supermercado explora o mesmo comércio por uma organização necessariamente empresarial. Para sujeitar-se à falência é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. Disso resulta que não se submetem à execução concursal, de um lado, quem não explora atividade econômica nenhuma e, de outro, quem o faz sem empresarialidade. Quem não produz nem faz circular bens ou serviços, assim, nunca terá sua falência decretada, nem poderá beneficiar-se de qualquer tipo de recuperação judicial ou extrajudicial. É o caso, por exemplo, da associação beneficente, fundação, funcionário público, aposentado, assalariado etc. Estes sujeitos de direito, mesmo que estejam com dificuldades para honrar suas dívidas, não se submetem à execução concursal falimentar. Quando insolventes, decreta-se sua insolvência civil. Também não terá nunca sua falência decretada o exercente de atividade econômica civil, não empresarial, como as sociedades simples, as cooperativas, o agricultor familiar cuja atividade rural não tenha cunho empresarial, o artesão e o prestador de serviços que exercem suas atividades preponderantemente com o trabalho próprio e de familiares, o profissional liberal e as sociedades de profissionais liberais. Nessas hipóteses, o devedor insolvente submete-se ao regime da insolvência civil, tal como ocorre com os não exercentes de atividade econômica. Não têm eles, assim, direito à recuperação judicial ou extrajudicial e devem, para ver extintas suas obrigações, quitar a totalidade do devido (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277).

empresários e, dessa maneira, eventualmente submetidos ao regime falimentar. Na mesma linha, há precedentes para o deferimento de pedido de recuperação de empresas para a sociedade simples em que, no caso concreto, se constatou presente o elemento de empresa.

Mesmo não tendo sido identificada a presença do elemento de empresa, houve já caso atípico, conformado por uma sociedade simples, cujo pedido de recuperação judicial foi deferido e não impugnado pelos credores no início do procedimento, tendo o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo mantido o benefício, pelo princípio do fato consumado³³.

7. CRÍTICA ÀS DISTINÇÕES ENTRE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA E A SOCIEDADE SIMPLES – DA NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA À SOCIEDADE PROFISSIONAL.

A principal distinção prática entre as regras aplicáveis a sociedade empresária e a sociedade simples repousa na aplicação da Lei de Falência e Recuperação de Empresa. A sociedade profissional, como vimos, é uma espécie de sociedade simples e, portanto, inaplicável a legislação falimentar e de recuperação de empresas.

Nessa linha critica o professor Rubens Requião ao destacar que

[...]a principal especificidade da unificação do Direito Privado seria a da aplicação da Lei de Falências aos demais agentes do mercado, advertindo, todavia, que a unificação se nos afigura, todavia, tímida. Tornar-se-á uma unificação ilusória. É feita, a exemplo de seu paradigma italiano, pela metade. Ficará o direito brasileiro, a prevalecer o sistema adotado pelo governo, no meio do caminho. E isso porque enquanto a Falência permanecer como instituto eminentemente comercialista, é impossível a unificação, em toda natural extensão da palavra³⁴.

Rachel Sztajn, da mesma forma questiona:

³³ Recuperação judicial permitida a uma sociedade simples (de enfermagem) há quatro anos Pedido, agora, de um dos credores, no sentido de extinguir o que se fez em virtude de não ser possível aplicar o regime da Lei 11101/2005 à sociedade simples (Súmula 49, do Tribunal de Justiça) Incidência da teoria do fato consumado, mantendo o que se realizou, por ser mais produtivo em termos de desenvolvimento social. Não provimento (ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento n.º 0087069-56.2012.8.26.0000* - SP, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 26/06/2012, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, DJe 29/06/2012).

³⁴ REQUIÃO, Rubens. *Notas sobre o projeto do Código de Obrigações (Projeto n.º 3.264/65)*. Curitiba: Universidade do Paraná, 1966, p. 19.

Por que a separação entre organizações empresárias e não empresárias, quando todas são destinadas ao exercício de atividades econômicas e partilha de resultados? Que benefício há em manter, e a repetição, conquanto enfadonha é necessária, a antiga distinção entre atividades comerciais e civis? Mais simples seria excluir a aplicação de certas normas às empresas civis, como, por exemplo, a falência, e unificar, acolhendo todas as atividades econômicas organizadas sob a égide da empresa. Com isso, a distinção entre sociedades (de fins econômicos) e associação (de finalidade não econômicas) que vier a exercer a empresa a adoção de um dos tipos previstos no Código Civil³⁵.

Ora, se ambas as espécies de sociedade exercem atividade negocial, não há razão lógica para a distinção feita pelo legislador, portanto o melhor entendimento da unificação do Direito Privado seria a permissão da aplicação da Lei de Falência e Recuperação de Empresa para todos os agentes econômicos, excluindo apenas aqueles que exercem atividade sem fins econômicos (associações, entidades religiosas, fundações, cooperativas etc.).

8. A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS POR OBRIGAÇÕES DA SOCIEDADE PROFISSIONAL.

A lei nacional não traz a responsabilidade dos sócios de sociedade profissional de forma diversa das outras espécies de sociedades e, por isso, essencial a compreensão dos tipos societários que podem ser adotados por sociedade profissional.

Quando pessoas se unem para explorar uma atividade econômica por meio de sociedade, devem escolher o tipo societário que será adotado pela pessoa jurídica a ser criada mediante o registro de seu ato constitutivo no órgão competente, um reflexo da regra da tipicidade societária.

O registro é essencial para a aquisição da personalidade jurídica, de modo que, na sua falta, a sociedade, seja ela empresária ou simples, será considerada como sociedade em comum (artigo 986, Código Civil). Se a sociedade não se registrou, não há que se falar em tipo societário, ficando, assim, descartado qualquer benefício que os tipos societários concederiam a determinadas situações.

A sociedade simples e, portanto, a profissional, tem a opção de constituir-se segundo um dos tipos societários regulados nos artigos 1.039 a 1.092 do Código Civil, ou seja: sociedade do tipo: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples ou sociedade limitada, não

³⁵ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 124.

tendo sido feita a opção por tipos societários, subordinar-se-á às normas que lhe são próprias (sociedade simples pura ou *stricto sensu*) (artigo 983, Código Civil). Apesar da sociedade cooperativa ser uma espécie de sociedade simples (artigo 982, parágrafo único, Código Civil), essa não explora atividade econômica e, assim, não será explorada neste trabalho.

A opção de uma sociedade profissional por um dos tipos societários autorizados pelo artigo 983 do código Civil, não a descaracterizará da qualidade de sociedade simples, mas tão somente se verificado o elemento de empresa como analisado anteriormente. Por exemplo, uma sociedade profissional que ao optar por qualquer dos tipos societários, não descaracterizará a sua natureza de sociedade simples pois, como visto, o que diferencia a sociedade empresária da simples é a forma de exploração de seu objeto social, e não o seu tipo societário³⁶.

Também o Código Comercial Projetado esclarece a situação declarando, em seu artigo 215, a permissão da sociedade profissional adotar qualquer tipo societário, exceto se houver vedação de lei especial ou regulamento da profissão.

8.1. Sociedade profissional do tipo simples pura.

A expressão “sociedade simples” é equívoca pois pode ser utilizada tanto para significar: uma espécie de sociedade, diferenciando-se da sociedade empresária (artigo 982, Código Civil); quanto como um conjunto de regras gerais para as sociedades contratuais (artigo 997, Código Civil) ou um tipo societário para aquelas sociedades simples que não optam por outro tipo – sociedade simples pura ou em sentido estrito (artigo 983, Código Civil).

O direito societário brasileiro tem como espinha dorsal a sociedade simples e os demais tipos societários utilizarão, em regra, suas normas de forma supletiva. Ao tratar o tema dessa forma, temos que a sociedade simples pode ser considerada uma espécie de sociedade, quando analisada em confronto com a sociedade empresária (artigo 982, Código Civil), ou como um tipo

³⁶ A regra contida no art. 983 é bastante clara. Empreendimentos “comerciais” são empresas e devem, quando organizados como sociedades, adotar forma comercial, i.e., uma das tradicionais estruturas desenvolvidas para o tráfico comercial. Empreendimentos “não comerciais” podem adotar quaisquer das formas, mas isso não implica sua qualificação como empresa. A criação de sociedades de contadores (CPAs) sob a estrutura de uma sociedade de responsabilidade limitada não significa que o empreendimento será considerado empresarial. Nem a organização nem o tipo legal são suficientes, per se, para definir a empresa ou o empreendimento comercial. Conclusão: uma simples tradução, se feita de maneira inadequada, permite interpretações incorretas, criando externalidades e efeitos de segunda ordem. (SZTAJN, Rachel. O que se perdeu na tradução. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n.153-154, jan.2010, p. 12.).

societário próprio, também chamada de sociedade simples pura ou em sentido estrito (*stricto sensu*).

Com relação a responsabilização dos sócios por obrigações sociais da sociedade profissional, quando esta optar utilizar-se da sociedade simples pura, dependerá do disposto no contrato social, pois esse é o único tipo societário em que a responsabilidade dos sócios pode ser ajustada contratualmente, conforme o artigo 997, VIII, do Código Civil.

8.2. Sociedade profissional do tipo nome coletivo.

A sociedade em nome coletivo é um tipo societário que pode ser adotado tanto por aquela que explora atividade empresarial ou simples, podendo ser constituída apenas pessoas físicas, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um (artigo 1.039, Código Civil).

8.3. Sociedade profissional do tipo comandita simples.

O tipo societário em comandita simples pode ser adotada por sociedade simples ou empresária, sendo que nesse tipo societário há duas categorias de sócios os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota (art. 1.045, Código Civil). O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários.

Por conta da responsabilidade ilimitada dos sócios por obrigações da sociedade, esse tipo societário é pouco utilizado na prática e se mantém previsto, assim como a sociedade em nome coletivo, por questões históricas.

8.4. Sociedade profissional do tipo limitada.

A sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado no direito brasileiro por conta do limite de responsabilidade do sócio por obrigações da sociedade. Por se tratar de sociedade contratual, o tipo limitada pode ser utilizado tanto por sociedade empresária quanto por sociedade

simples, dependendo exclusivamente da atividade explorada pela pessoa jurídica constituída. É comum utilizar a expressão “Sociedade Simples Limitada” para designar a sociedade do tipo limitada que explora atividade econômica de forma não empresarial, típica de sociedade simples, como ocorre na sociedade profissional.

Caracteriza a sociedade limitada por aquela em que a responsabilidade de cada sócio é restrita (limitada) ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social (artigo 1.052, Código Civil).

O limite da responsabilidade dos sócios é restrito ao valor das quotas com que subscreveram no contrato social, porém não integralizaram. Logo, se o capital social estiver totalmente integralizado, os sócios, em regra, não responderão por dívidas da sociedade limitada.

Como existe a máxima que para cada pessoa existe patrimônio único, logo a sociedade limitada, como pessoa jurídica, possui patrimônio próprio, autônomo ao patrimônio de cada sócio (pessoa física ou jurídica) que a compõe. Não há confusão patrimonial entre os sócios e a sociedade, que são sujeitos distintos, com seus próprios direitos e deveres. O credor de um sócio não o é da sociedade profissional limitada e vice-versa.

Todavia, a separação patrimonial e a noção de responsabilidade limitada não são absolutas. Caso algum sócio não cumpra a obrigação inscrita no contrato social, ou por inadimplemento ou pelo fato de não se operar o vencimento da obrigação inscrita, todos os sócios, e não só o inadimplente, responderão pelo valor da quota não integralizada (artigo 1.052, Código Civil). Certo é o direito de regresso que terão contra o remisso, mas se o capital não estiver totalmente integralizado o risco existe enquanto esse não se completar. Como a simples análise do contrato social não oferece certeza a respeito da integralização, um comprovante de cumprimento da obrigação deve ser retido pelo sócio, como uma cópia da guia de depósito bancário, cópia da escritura pública etc., podendo a realização ser demonstrada pelo registro contábil da sociedade.

Entretanto, ocorrendo a responsabilização por capital não integralizado, vige a regra da responsabilidade subsidiária do sócio por dívidas da pessoa jurídica (artigo 1.024, Código Civil), eis que enquanto existir bens no patrimônio social, os bens dos sócios não poderão ser alcançados. Assim, os sócios só deverão arcar com a obrigação do sócio remisso quando a sociedade limitada não puder mais fazê-lo por falta de bens em seu patrimônio.

Do exposto, caso o capital social da sociedade profissional do tipo limitada esteja totalmente integralizado, em regra, os credores da sociedade somente poderão executar os bens do patrimônio dela, sem alcançar os dos sócios.

Por esse motivo, sob o ponto de visto dos credores da sociedade, a concessão de crédito à sociedade limitada deve ser acompanhada de um cálculo sobre o risco empresarial, eis que somente os bens do patrimônio social serão objeto dessa garantia pelo pagamento da dívida contraída. Nesse contexto, o credor utiliza-se de juros, procurando uma compensação em caso de perda, ou exigências de garantias pessoais dos sócios, mediante fiança ou aval. É muito comum que instituições financeiras, franqueadores e credores em geral submetam a finalização do negócio à assinatura de uma Carta de Fiança ou à aposição de um aval no título de crédito ou a constituição de hipoteca ou a exigência de fiador idôneo em contratos. O procedimento objetiva proteger o crédito, já o patrimônio pessoal de cada sócio, em regra, não irá satisfazer o crédito concedido à sociedade limitada.

Devido ao princípio da autonomia patrimonial e sendo distinta a personalidade jurídica da sociedade profissional e de seus membros (sócios), o credor pessoal de um sócio não terá direito de afetar o patrimônio da sociedade, porém o credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação (artigo 1.026, Código Civil), cuja consequência será a exclusão de pleno direito do sócio cuja quota tenha sido liquidada. Trata-se de mera constrição de bens e direitos sem afetar a sociedade.

Por fim, cabe destacar que a regra de limitação de responsabilidade é excetuada quando da ocorrência das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica reconhecida em juízo por meio do incidente de desconsideração previsto no Código de Processo Civil (artigo 130 a 137, Código de Processo Civil).

8.5. Sociedade profissional de advogados.

Diferentemente das demais espécies de sociedades profissionais que pode adotar tipos societários previstos no Código Civil para sociedade simples, a sociedade que explora a prestação de serviços advocatícios não pode adotar tipo societário, nos termos do disposto no artigo 16, Lei n.º 8906/1994.

Com relação a responsabilidade dos sócios, o artigo 17 Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8906/1994) prevê no que: “Além da sociedade, o sócio e o titular da sociedade individual de advocacia respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer”, assemelhando-se ao que ocorre na sociedade do tipo nome coletivo (item 8.2. acima).

8.6. Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) profissional.

Além dos tipos societários analisados, a atividade profissional poderá também ser exercida na forma de empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), cuja regra de responsabilização será análoga a sociedade profissional do tipo limitada (artigo 980-A, §6º, Código Civil) (item 8.6. acima).

9. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SOCIEDADE PROFISSIONAL POR ATO ILÍCITO PRATICADO POR SÓCIO OU PREPOSTO.

Com a constituição da sociedade profissional essa terá personalidade jurídica distinta de seus membros, porém serão esses e seus prepostos que atuaram em nome da pessoa jurídica.

Assim, quando o profissional está vinculado a sociedade profissional, age na qualidade de seu preposto, de modo que a pessoa jurídica será também responsável pelos danos causados em seu nome, conforme inteligência do artigo 932, III, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a parte lesada poderá buscar a reparação civil tanto da sociedade profissional quanto individualmente daquele sócio e/ou preposto que praticou o ato ilícito.

A lei espanhola que trata da sociedade profissional, na mesma linha, trata da questão, conforme o artigo 11, inclusive com obrigação da sociedade contratar seguro profissional para garantir o ressarcimento do dano³⁷.

³⁷ Artículo 11. Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales.

1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

Se a sociedade profissional for condenada a pagar alguma indenização à parte lesada por ato de seu preposto, terá direito de regresso, nos termos do artigo 934 do Código Civil.

CONCLUSÃO

A sociedade profissional, em regra, a sociedade entre profissionais cuja finalidade é permitir o exercício da profissão intelectual de forma coletiva, possibilitando a divisão de custos e tarefas entre os sócios, dando maior competitividade à atividade no mercado. Todavia, a massificação das relações de consumo permite o desenvolvimento de sociedades profissionais em sentido estrito (impessoais), como ocorre na medicina, na qual o consumidor (paciente) pode procurar um profissional no meio de um catálogo do plano de saúde que o assiste. O mesmo ocorre com outras profissões neste mercado em que o preço, muitas vezes, é mais importante do que a qualidade profissional, sem embargo das críticas que essa afirmação possa gerar. Essa constatação pode ser também ampliada às tantas outras espécies de sociedades profissionais como a advocacia, engenharia, enfermagem etc. que, para o avanço da economia e do mercado, buscam na organização formas de angariar clientela e auferir maior lucratividade.

Não se nega que a relevância da sociedade profissional para o mercado e, é por isso, que é chegado o momento do Direito brasileiro, a exemplo do que foi feito na Espanha, buscar disciplinar de melhor forma as regras voltadas para essa espécie de sociedade.

Outrossim, também com o fito de possibilitar melhor competitividade com as demais espécies de sociedade, chegou a hora da efetiva unificação do Direito Privado mediante a permissão legislativa da ampliação dos benefícios da Lei de Falência e Recuperação de Empresa para todos os agentes econômicos, em especial às sociedades profissionais.

3. Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

Artigo 11. Responsabilidade patrimonial da sociedade profissional e dos profissionais.

1. Das dívidas sociais, a empresa responderá com todos os seus ativos. A responsabilidade dos parceiros será determinada de acordo com as regras da forma social adotada.

2. No entanto, das dívidas sociais decorrentes dos próprios atos profissionais, a empresa e os profissionais, sócios ou não, que atuaram serão solidariamente responsáveis pelas regras gerais de responsabilidade contratual ou extracontratual aplicáveis.

3. As sociedades profissionais devem estipular um seguro que cubra a responsabilidade em que possam incorrer no exercício da atividade ou atividades que constituem o objeto social. (tradução livre)

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Sociedade simples*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa (Profili dell'impresa)*. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 104, p. 109-114 out./dez. 1996. A respeito da teoria de Asquini, vide também PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. Um breve diálogo entre a teoria da empresa e a sucessão trabalhista. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988.

BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria Jurídica da Empresa: Análise jurídica da empresarialidade*. 8. ed. São Paulo: RT, 1985.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTIVILL, Josep M. Fugardo. *Actividad profesional y sociedades profesionales*. Introducción. La Notaria – Boletim, Barcelona, n. 40, p. 11-58, abril 2007. .

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia*. Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro, n. 111, São Paulo, jul./set. 1998.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed.. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE JÚNIOR, Carlos Antônio Goulart. *Affectio societatis: na sociedade civil e na sociedade simples*. Rio de Janeiro Forense, 2006.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juriá, 2009.

LIPPERT, Marcia Mallmann. *O 'elemento de empresa' como fator de reinclusão das atividades de natureza científica, literária ou artística na definição das atividades empresariais*. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2009.

MORETTI, A. *Le Società in geneale*. Compendio di Diritto Commerciale, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. v. 1, 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAZ-ARES, Cândido. Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 653, p.1257-1999, jul./ago. 1999.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

REQUIÃO, Rubens. *Notas sobre o projeto do Código de Obrigações (Projeto n.º. 3.264/65)*. Curitiba: Universidade do Paraná, 1966.

ROQUE, Sebastião José. *Da sociedade simples*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

SAGGEE, Francesco Laviano i PEPE, Iolanda. Del Lavoro. Codice Civile. Illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali, p. 1291-1758, 2010.

SILVA, Fernando Cândido da. *Sociedade Simples: da natureza jurídica ao tipo societário*. São Paulo: LCTE, 2009.

SZTAJN, Rachel. O que se perdeu na tradução. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n.153-154, jan.2010.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VARGAS, Aurora Campins. *La sociedad profesional*, Madri: S.L: Civitas Ediciones, 2000.