

**A DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADE SIMPLES E SOCIEDADE EMPRESÁRIA SOB  
A ÉGIDE DO ARTIGO 966, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL  
BRASILEIRO**

**Amaury Walquer Ramos de Moraes<sup>1</sup>**

**RESUMO:** Este artigo distingue a sociedade simples da sociedade empresária sob análise da aplicação do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil Brasileiro em relação ao *caput* do mesmo dispositivo, com ênfase na dificuldade de classificar estes tipos societários fundamentando-se no exercício da atividade intelectual. Inicia-se pelo histórico do surgimento e evolução do comércio e o desenvolvimento do direito comercial, expondo a Teoria dos Atos de Comércio e a Teoria da Empresa e suas aplicações no ordenamento jurídico brasileiro. Depois é proposta a análise do *caput* e do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil Brasileiro, na busca de elementos que caracterizem a sociedade simples e a sociedade empresária e que sejam suficientes para distingui-las. Neste aspecto, aborda-se a questão da aplicação do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil brasileiro na perspectiva de exclusão ou de explicação do disposto no *caput* da norma ao abordar as atividades intelectuais e o elemento de empresa como critérios para diferenciação da sociedade simples e empresária.

**Palavras-chave:** Distinção entre sociedade simples e sociedade empresária. Atividade econômica organizada. Atividade intelectual. Empresário. Artigo 966 do Código Civil Brasileiro.

**RESUMEN:** Este artículo distingue la sociedad simple de la sociedad del empresario bajo análisis de la aplicación del único párrafo del artículo 966 del Código Civil Brasileño en relación al subtítulo del dispositivo, con énfasis en la dificultad para clasificar estos tipos societarios que se basan en el ejercicio de la actividad intelectual. Inicia con la descripción de la aparición y la evolución del comercio, exponiendo la Teoría de los Actos del Comercio y la Teoría de la Empresa y sus aplicaciones. Después se propone el análisis del subtítulo y el único párrafo del artículo 966 del Código Civil Brasileño, en la búsqueda de los elementos

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Empresarial e Direito Processual Civil da Escola de Direito da Universidade Católica de Brasília. Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de SC. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

que caracterizan a la sociedad simple de la sociedad del empresario y que son suficientes para distinguirlos. En este aspecto, aborda la cuestión acerca del uso del único párrafo del artículo 966 del Código Civil Brasileño en la perspectiva de la exclusión o la explicación del uso hecho en el subtítulo de la norma al acercarse a las actividades intelectuales y al elemento de la empresa como criterios para la diferenciación de la sociedad simple y la sociedad del empresario.

**Palabras clave:** Distinción entre la sociedad simple y la sociedad de empresario. La actividad económica organizada. La actividad intelectual. Artículo 966 del Código Civil Brasileño.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### 1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COMERCIAL

##### 1.1 O DIREITO COMERCIAL NA IDADE CONTEMPORÂNEA

##### 1.2 A TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO

###### 1.2.1 Considerações iniciais sobre as teorias do ato de comércio

###### 1.2.2 Sistemas legislativos

##### 1.3 A TEORIA DA EMPRESA

#### 2 A DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADE SIMPLES E SOCIEDADE EMPRESÁRIA SOB A ÉGIDE DO ARTIGO 966, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

##### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

##### 2.2 A CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO A PARTIR DA ANÁLISE DO ARTIGO 966, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

##### 2.3 A CARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE SIMPLES À LUZ DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 966 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

###### 2.3.1 A atividade intelectual

###### 2.3.2 Elemento de empresa – a empresarialidade (organização)

###### 2.3.3 O parágrafo único interpretado como “exceção” ou explicação à regra contida no *caput* do artigo 966 do Código Civil de 2002

##### 2.4 A DISTINÇÃO DAS SOCIEDADES SIMPLES E EMPRESÁRIAS SOB A ÉGIDE DO ARTIGO 966, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

### CONCLUSÃO

### REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

O Código Comercial brasileiro foi publicado em 1850. Trata-se de um diploma legal influenciado pelo sistema francês da disciplina privada da atividade econômica, divulgada como teoria dos atos de comércio. Assim como o Código Napoleônico, era voltado a uma classe especial – os comerciantes. O Código Comercial e o Código Civil Brasileiro de 1916 classificavam as sociedades de acordo com o objeto de suas atividades, sendo caracterizadas como sociedades civis as que desenvolviam atividades de cunho civil (prestação de serviços) e sociedades comerciais as que exerciam atividades mercantis (indústria ou comércio).

A aprovação do Código Civil Brasileiro de 2002 revogou a primeira parte do Código Comercial e procedeu a transição da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa, adotando o critério de classificação do empresário a partir do aspecto econômico da atividade, de acordo com seu artigo 966, onde as sociedades comerciais e civis cedem lugar para as sociedades empresárias e simples.

Este artigo busca elucidar as possíveis divergências na classificação das sociedades em empresárias e simples, através de análise da aplicação do parágrafo único ao caput do artigo 966 do CC sob a égide do entendimento doutrinário. O propósito deste trabalho não é exaurir as divergências que recaem sob a distinção das sociedades simples e empresária, e tampouco conceder, a uma vertente doutrinária, o status de verdade única e absoluta no mundo jurídico.

Ainda que a divergência doutrinária quanto a análise do artigo 966 do CC não seja alvo de grande polêmica, é necessário demonstrar que há mais de uma maneira de se interpretar a aplicação do parágrafo único ao caput deste dispositivo legal, segundo a doutrina.

Foram observados os elementos presentes no *caput* desta norma que caracterizam o empresário. Em seguida, foram descritos os elementos que caracterizam a atividade das sociedades simples. Nesta perspectiva, é dada ênfase à doutrina exposta por Bruno Mattos e Silva que propõe a discussão quanto a interpretação do parágrafo único no sentido de explicação ou aplicação ao *caput* do artigo 966.

Por fim, destaca-se que a polêmica na análise do artigo 966 não é, com frequência, objeto de discussão doutrinária. Todavia, é possível de ser levantada quando é realizado o estudo criterioso deste dispositivo legal.

## 1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COMERCIAL

A origem do comércio e o surgimento do direito comercial não compartilham o mesmo momento histórico. Enquanto que o comércio propriamente dito teve suas origens na Antiguidade, a codificação de normas de cunho jurídico-comercial só ocorreu na Idade Média, com a criação das corporações de ofício.

Desde então, o Direito Comercial evoluiu para atender as necessidades econômicas de acordo com cada período.

### 1.1 O DIREITO COMERCIAL NA IDADE CONTEMPORÂNEA.

O marco inicial da Idade Contemporânea se dá com a Revolução Francesa, de 1789, realizada sob os ideais da “igualdade, liberdade e fraternidade”.

O Código Napoleônico de 1807 adotou orientação explicitamente objetivista, estruturando-se sobre a teoria dos atos de comércio. Requião (2009, p. 12) explica que “agindo assim, os legisladores do Império punham-se a serviço dos ideais da Revolução Francesa, de igualdade de todos perante a lei, excluindo o privilégio de classe”.

A manutenção das corporações de ofício que foi marco identificador do comerciante na idade média, tornou-se incompatível com o movimento liberal na economia, onde a intervenção estatal no domínio econômico foi reduzida e ainda foi garantida a todo cidadão a liberdade de trabalho e indústria.

Diante da manutenção de velhos privilégios nas Ordenações Francesas de 1673 e 1681, foi promulgado Código Comercial de 1807, apresentando, nas palavras de Doria (2000, p. 21), “[...] a virtude de haver construído um sistema objetivo, não mais considerando o Direito Comercial como um direito dos comerciantes, porém o direito próprio dos atos de comércio enumerados pela lei”.

Desta maneira, qualquer cidadão poderia exercer a atividade mercantil, não dependendo de registro em corporações de ofício.

Nesse sentido, aponta Fábio Ulhoa Coelho:

O terceiro período (séculos XIX e primeira metade do XX) se caracteriza pela superação do critério subjetivo de identificação do âmbito de incidência do direito comercial. A partir do código napoleônico, de 1808, ele não é mais o direito dos comerciantes, mas dos “atos de comércio”. (COELHO, 2011, p. 28)

Neste período, ocorreu a transição do objeto do Direito Comercial, ou seja, as normas desse ramo jurídico passaram a ser aplicados não mais ao comerciante enquanto indivíduo, mas sim aos atos denominados comerciais.

## **1.2 A TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO**

A distinção entre o ato de comércio e o ato civil apresentava grande importância para determinação da competência jurisdicional em países como a França, onde existiam Tribunais do Comércio. Coelho (2011, p. 26) segue afirmando que “no sistema francês, as atividades econômicas eram agrupadas em dois grandes conjuntos, sujeitos a sub-regimes próprios, qualificam-se como civis ou comerciais”.

O Código de Comércio Francês foi o primeiro a abordar o assunto, em 1808, e, conforme Martins (2002, p. 57), “arrolou nos arts. 632 e 633, uma série de atos comuns ao exercício do comércio e outros que seriam considerados comerciais porque a lei assim os reputava”. Com a adoção do sistema francês ou teoria dos atos de comércio, o Direito Comercial passou a ser aplicado não a uma categoria de profissionais organizados em corporações, mas destinou-se a regular uma série de atos que poderiam ser praticados por qualquer cidadão.

### **1.2.1 Considerações iniciais sobre as teorias do ato de comércio.**

Não há que se falar em uma teoria unitária sobre os atos de comércio. Apesar da grande quantidade de estudos realizados por diversos comercialistas, nenhum demonstrou ser suficiente o bastante para atribuir uma teoria definitiva e universalmente aceita.

O professor da Faculdade Direito de São Paulo, Basílio Machado ([s.d] apud REQUIÃO, 2009, p. 36), sintetiza a dificuldade encontrada na busca de uma teoria unitária para os atos de comércio valendo-se das seguintes palavras: “Problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência”.

### 1.2.2 Sistemas legislativos

Diante da inexistência de um conceito científico para os atos de comércio, o Direito Comercial voltou-se ao positivismo e incumbiu o legislador da tarefa de elencar os atos considerados comerciais. Entretanto, surgiram dois sistemas legislativos voltados para este fim: o sistema descritivo e o sistema enumerativo.

De acordo com os ensinamentos de Requião (2009), no sistema descritivo é conferida à lei a função de conceituar descritivamente os atos de comércio de maneira generalizada, estabelecendo o critério legal para defini-los. Esse sistema foi adotado pelos Códigos Comerciais português e espanhol.

No sistema enumerativo, a lei determina taxativamente os atos tidos como comerciais. Na concepção de Requião (2009), este sistema é o mais adotado, por influência do Código Napoleônico.

O sistema enumerativo gerou várias controvérsias no mundo jurídico no sentido de esclarecer se essa enumeração dos atos era taxativa, ou apenas exemplificativa. “A tendência é no sentido de se considerarem as enumerações dos atos de comércio feitas em lei meramente exemplificativas. E não pode ser de outro modo, pois a atividade comercial aumenta a cada dia”, alude Doria (2009, p. 39).

### 1.3 A TEORIA DA EMPRESA

A Teoria da Empresa (ou sistema italiano) data de 1942 e surgiu a partir da necessidade de preencher as lacunas deixadas pela Teoria dos Atos de Comércio (sistema francês) diante de atividades econômicas que não eram submetidas à legislação comercial - agricultura, pecuária, prestação de serviços e negociações imobiliárias. Com a entrada em vigor do *Codice Civile* de 1942, na Itália, a matéria civil e comercial foi unificada em um mesmo diploma legal:

O marco inicial do quarto e último período da história do direito comercial é a edição, em 1942 na Itália, do *Codice Civile*, que reúne numa única lei as normas de direito privado (civil, comercial e trabalhista). Neste período, o núcleo conceitual do direito comercial deixa de ser o “ato de comércio”, e passa a ser a “empresa” (COELHO, 2011, p. 32).

Demonstra GOMES (2003, p. 10) que esta teoria “[...] tem como fundamento a atividade econômica e a sua organização”, estendendo-se à atividade de prestação de serviços, antes submetida ao Direito Civil.

A Teoria da Empresa busca disciplinar a atividade econômica de maneira absolutamente desvinculada da pessoa que a exerce, conferindo-lhe certa impessoalidade, ao contrário da teoria dos atos de comércio em que a pessoalidade estava presente no exercício da profissão, sustenta Gomes (2003), que continua seu discurso afirmando que a finalidade da Teoria da Empresa é assegurar a continuidade da atividade empresarial, ainda que sob a administração de pessoas distintas daquelas que iniciaram o seu exercício.

A atividade negocial passou a ser caracterizada pela produção ou circulação de bens e serviços, abrangendo o exercício profissional de qualquer atividade econômica organizada, exceto a atividade intelectual. O objeto da teoria torna-se a empresa – concebida como atividade economicamente organizada com intuito lucrativo voltado para o oferecimento de bens e de serviços ao mercado. Os bens e serviços oferecidos são obtidos através da organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). É o que dispõe Coelho:

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa) (COELHO, 2011, p. 33).

O conceito de empresa ligado a uma atividade econômica definida é aceita pela doutrina majoritária. Para Gomes (2003, p. 10-11), empresa é “toda atividade econômica, exercida de forma repetida e organizada, com vistas à produção ou à circulação de bens ou de serviços”.

A empresa – como atividade econômica, profissional e organizada – é detentora de estatuto jurídico próprio e, portanto, possui tratamento diferenciado da figura do empresário. De acordo com os ensinamentos de (COELHO 2011, p. 33), essa distinção entre empresa e empresário “é apenas um conceito jurídico destinado a melhor compor os conflitos de interesse relacionados com a produção ou circulação de certos bens ou serviços”. A conceituação foi criada para proteger, em partes, o interesse dos trabalhadores, consumidores, investidores e outros, a partir do momento em que ela não se confunde com o empresário, sendo considerada uma atividade.

A Teoria da Empresa acabou por superar o Sistema Francês (Teoria dos Atos de Comércio). Desde meados do século XX não se adota a divisão da legislação de direito privado em matéria comercial e civil, com raras exceções de algumas atividades de pequeno vulto econômico que são submetidas a leis específicas.

No Brasil, a Teoria da Empresa foi recepcionada no Código Civil Brasileiro de 2002, revogando parte do Código Comercial de 1850 ao regular a matéria no Título II daquele diploma. Dentro desta perspectiva, afirma Diniz:

O direito comercial, antes do Código Civil de 2002, restringia-se à regulação de atividade destinada à circulação, criação da riqueza mobilizada, seus instrumentos, e à qualificação dos sujeitos dessas relações. O “direito empresarial”, na nova sistemática, tem alcance maior por abranger a organização patrimonial econômica enquanto atua na circulação de bens, na sua produção, na prestação de serviços ou em formas diferentes de trazer resultados econômicos. A atividade empresarial não se limita, portanto, à comercial, a uma mera intermediação entre o momento da produção e o do consumo, já que pode ser industrial, de intercâmbio de bens, de distribuição e securitária (DINIZ, 2009, p. 11).

Desta maneira, o Direito Comercial passou a ser tratado como Direito Empresarial e os termos comerciante, comércio e estabelecimento comercial foram substituídos por empresário, empresa e estabelecimento empresarial, respectivamente, conforme esclarecimentos de Diniz.

Vários países que mantêm a tradição romanística na elaboração do seu ordenamento jurídico integraram o sistema italiano à legislação pátria.

Já no século XIX, não obstante o sucesso e a repercussão da legislação francesa, influenciando diversos Estados, alguns juristas passaram a notar que a distinção entre um direito comercial e um direito civil não se sustentava plenamente, tratando-se de negócios jurídicos de mesma natureza, apenas distinguidos pelo contexto em que se realizavam (MAMEDE, 2010, p. 21).

Continua contribuindo, Mamede, nesse sentido:

É a empresa – e não o tipo de ato praticado pelo empresário – que dá característica à disciplina jurídica. Dessa forma, submete-se ao regime do Direito de Empresa toda atividade econômica, negocial, que se apresenta sob a forma de uma organização voltada para a produção ou circulação de bens e serviços (MAMEDE, 2010, p. 30).

Em análise ao diploma legal, COELHO (2011, p. 38) afirma que “a despeito de seu inegável envelhecimento precoce em muitos aspectos, trata-se de texto sintonizado com a



evolução dos sistemas de tratamento da economia, pelo ângulo das relações entre os particulares”. Ademais, justifica MAMEDE (2010, p. 23) que “a bem da verdade, a unificação do Direito Privado, entre nós, era inevitável justamente pela percepção de uma mercantilização dos atos civis”, referindo-se a propagação da utilização dos títulos de crédito. O mesmo doutrinador defende ainda que o desenvolvimento da economia brasileira estendeu a todos a possibilidade de se tornar um agente econômico ativo, retirando esta primazia dos comerciantes.

Coelho (2011) esclarece que o código civil de 2002 traz em seu texto a definição legal de empresário, conceituando-o como o profissional que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviço (art. 966), submetendo-o à legislação mercantil (art. 2.038). -Exclui do conceito de empresário o exercente de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se constituir o exercício da profissão elemento de empresa (art. 966, parágrafo único). Esse último dispositivo é direcionado ao profissional liberal, que estará submetido ao regime geral da atividade econômica apenas no caso de se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (o chamado “elemento de empresa”).

Sobre o assunto, Requião registra:

No sistema do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), [...], abandonou-se a classificação dos empresários em civis e comerciais; cogita-se ali genericamente apenas de empresário. Mas passa a existir o empresário obrigatoriamente inscrito no Registro das Empresas e empresário disso dispensado (arts. 967 e 971) (REQUIÃO, 2009, p. 81-82).

Coelho (2011) segue afirmando que caso a atividade específica não se volte à organização empresarial, mesmo que terceiros sejam empregados no desenvolvimento da atividade, o profissional liberal permanecerá sujeito somente ao regime próprio de sua categoria profissional. A exceção do art. 966 do Código Civil (CC) refere-se ao empresário rural, que não é excluído do conceito legal de “empresário” ainda que não esteja inscrito no registro de empresa, diferentemente do que ocorre com o profissional liberal. Deste modo, o empresário rural não precisa se submeter aos deveres que são impostos aos detentores de inscrição (art. 970 do Código Civil), mas pode, por ato unilateral de vontade (inscrição no registro de empresa), ingressar ou não no regime geral de disciplina da atividade econômica.

## **2 A DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADE SIMPLES E SOCIEDADE EMPRESÁRIA SOB A ÉGIDE DO ARTIGO 966, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

O Código Civil Brasileiro de 2002 unificou formalmente o direito privado ao regular as obrigações civis e empresariais, de modo que o objeto do Direito Empresarial foi ampliado com a adoção da teoria da empresa. Nas palavras de Teixeira (2011, p. 29): “se antes objeto do Direito Empresarial era tido a partir da teoria dos atos de comércio, com a vigência do Código Civil de 2002 o objeto passa a ser mais amplo, o da teoria da empresa, abrangendo toda e qualquer atividade econômica”, referindo-se ao art. 966 do Código Civil.

O art. 966 do Código Civil apresenta em seu *caput* o conceito de empresário, tipificando-o como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Em seu parágrafo único, o legislador afastou do âmbito do Direito Empresarial as atividades intelectuais, desde que seu exercício não configure elemento de empresa, excluindo-se, em qualquer hipótese, a sociedade de advogados.

O segundo capítulo deste artigo tem a finalidade de elucidar as divergências na interpretação do art. 966, *caput* e parágrafo único do Código Civil Brasileiro. O questionamento gira em torno do parágrafo único do art. 966, que deve ser interpretado sob a ótica de exceção ou explicação ao *caput*? Esses termos são utilizados pelo doutrinador Bruno Mattos e Silva.

Assim dispõe o artigo 966 do Código Civil:

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.

Cumprido esclarecer que a intenção não é esgotar a polêmica da interpretação do art. 966 do CC, mas sim utilizá-la com vertente que melhor atende aos questionamentos deste capítulo.

## 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria da empresa foi recepcionada no Brasil pela Lei 10.406/2002 – o novo Código Civil, que revogou parte do Código Comercial de 1850. Constatou Teixeira:

O art. 966 do Código Civil brasileiro de 2002 é reflexo do art. 2.082 do Código Civil italiano de 1942, que dispõe: é empreendedor quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou a troca de bens e ou de serviços. (TEIXEIRA, 2011, p. 31).

Ao inspirar-se no *Codice Civile* italiano, o Código Civil brasileiro de 2002 incorporou expressamente o sistema italiano com orientação unificadora de disciplina privada da atividade econômica (COELHO (2011).

A adoção do sistema italiano alterou o objeto de distinção entre as sociedades. Durante a vigência do Código Comercial de 1850 as sociedades eram classificadas de acordo com o cunho comercial ou civil da atividade exercida, típico da teoria dos atos de comércio.

A teoria da empresa afastou a distinção entre sociedade civil e comercial, definindo como critério para classificação a atividade econômica organizada, que diferencia a sociedade simples e a sociedade empresária.

Determina Gomes que:

[...] o que importava para a existência do comércio era a qualificação da pessoa que o exercesse – o comerciante -, ao passo que para a empresa importa preliminarmente a atividade econômica em si, havendo uma clara sobreposição, na sua conceituação, da impessoalidade sobre a pessoalidade, resultando disso que a finalidade da Teoria da Empresa é assegurar a continuidade da atividade empresarial, ainda que sob a administração de outras pessoas que não aquela que iniciou o seu exercício. (GOMES, 2003, p. 11).

Verifica-se a substituição do regime comercial pelo regime empresarial, alterando-se não apenas a legislação, mas também a interpretação das normas, desvinculando-se a personalidade da atividade negocial.

## **2.2 A CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO A PARTIR DA ANÁLISE DO ARTIGO 966, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Teixeira (2011, p. 31), caracteriza o empresário como intermediador das atividades econômicas, pois estabelece conexão entre o capital e/ ou mão de obra e o consumidor que deseja satisfazer suas necessidades ao dizer que “é correto afirmar que o empresário é um ativador do sistema econômico. Ele é o elo entre os capitalistas, os trabalhadores e os consumidores”.

De acordo com Mamede (2010), o conceito de empresário pode ser estendido tanto à pessoa natural (desde que detenha capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, e respeitando-se os artigos 3<sup>a</sup> a 5<sup>o</sup> do Código Civil) quanto à pessoa jurídica (constituída sob a forma de sociedade empresária).

Gomes (2003, p. 12) define que “empresário é aquele que exerce a empresa (esta enquanto atividade econômica), podendo ser, para fins didáticos, e mantidas as devidas proporções, considerado como o sucedâneo do antigo comerciante”. De acordo com o doutrinador, o Código Civil em vigor se deteve a definição de empresário, e não propriamente a empresa enquanto exercício de atividade econômica.

Para Mamede (2010, p. 38), os conceitos de empresário e comerciante não devem ser confundidos, posto que o empresário diferencia-se pela titularidade da empresa, ao definir que “empresário é aquele que, por sua atuação profissional e com intuito de obter vantagem econômica, torna a empresa possível”. Mamede (2010, p. 38) segue afirmando que “[...] nas hipóteses de pessoas jurídicas, o empresário é a sociedade, que é a titular da empresa”.

Cumprе esclarecer que o termo empresário não deve ser aplicado ao sócio da sociedade empresária, uma vez que empresário é a própria sociedade, é a pessoa jurídica que explora a atividade econômica. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho reforça:

É necessário, assim, acentuar, de modo enfático, que o integrante de uma sociedade empresária (o sócio) não é empresário; não está, por conseguinte, sujeito as normas que definem os direitos e deveres dos empresários. Claro que o direito também disciplina a situação do sócio, garantindo-lhe direitos e imputando-lhe responsabilidades em razão da exploração da atividade empresa pela sociedade de que faz parte (COELHO, 2011, p. 79).

Portanto, qualquer referência que seja feita à sociedade empresária ou simplesmente ao empresário, ao longo desta seção, será dirigida ao empresário individual ou à sociedade empresária e não aos seus sócios.

### **2.2.1 A atividade empresarial**

A atividade empresarial, em síntese, é a organização profissional para produção ou circulação de bens e de serviços, aliada ao pressuposto da obtenção de lucros.

O conceito de atividade empresarial está diretamente relacionado ao conceito de empresário, previsto no caput do art. 966 do Código Civil. A atividade desenvolvida pelo empresário é empresarial, pois é exercida profissionalmente na busca de lucro (TEIXEIRA, 2011, p. 36).

Tem-se como uma constante da doutrina que a empresa nada mais é do que a atividade empresarial. Requião (2009, p. 60) defende que “a empresa é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário”.

Silva, B. (2007, p.29) afirma que é válido “[...] dizer que empresa é a atividade econômica realizada de forma organizada”.

Em análise à legislação empresarial, SILVA, B. (2007, p. 41) verifica que não há “[...] qualquer restrição no sentido de proibir, como regra geral, o exercício da atividade empresária por pessoa física ou jurídica. Podemos dizer que esses são os dois tipos de empresários”. Logo, a atividade empresarial pode ser exercida por pessoa física em nome próprio (empresário individual) ou por pessoa jurídica (sociedade empresária e EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada). Neste ponto é reforçado mais uma vez que o participante de uma sociedade empresária ou de uma EIRELI não é o empresário, mas apenas empreendedor ou investidor.

### **2.2.2 Elementos caracterizadores do empresário de acordo com o *caput* do artigo 966 do Código Civil de 2002**

O *caput* do artigo 966 do Código Civil de 2002 traz em seu texto elementos que norteiam a definição de empresário. Para estudo detalhado, é importante a leitura desta norma: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”.

TEIXEIRA (2011) sugere que os elementos caracterizadores da definição de empresário sejam divididos em cinco grupos: 1) o exercício de uma atividade; 2) a natureza econômica da atividade; 3) a organização da atividade; 3) a profissionalidade do exercício de tal atividade, e; 5) a finalidade da produção ou circulação de bens ou de serviços.

REQUIÃO (2009, p. 59) afirma que “é da ação intencional do empresário em exercitar a atividade econômica que surge a empresa”. Nesta perspectiva, atividade é sinônimo de empresa, na interpretação do caput do artigo 966 do Código Civil. Por sua vez, empresário é quem exerce a empresa, quem coordena os atos que formam a atividade econômica.

Nos estudos de Direito Empresarial, COELHO (2011, p. 79), indica que “a expressão ‘empresa’ designará a atividade, e nunca a sociedade”.

Por vez definido que a atividade é um conjunto de atos em seqüência e coordenados entre si em busca de uma finalidade determinada e que, no contexto do art. 966 do Código Civil, atividade é sinônimo de empresa, cumpre esclarecer no que consiste a natureza econômica desta atividade.

SILVA, B. (2007, p. 45) delimita que atividade econômica é “[...] tudo aquilo que possa ser objeto de especulação lucrativa”. Neste ponto, cumpre ressaltar que para a caracterização da atividade empresária é necessário a finalidade de obtenção de lucros.

Para TEIXEIRA (2011), a atividade econômica é aquela que é exercida com o intuito da obtenção de lucros, ainda que essa atividade apresente riscos ao capital empregado e seu exercente esteja sujeito a prejuízos. Todavia, nos casos em que o lucro não é a principal finalidade não há que se falar em atividade econômica. Este ilustre doutrinador exemplifica a situação em questão ao referir-se a uma associação que organiza um bazar com a intenção de obter lucros que serão aplicados em programas sociais. A principal finalidade da associação, no caso em questão, não é obter ganhos para si, mas sim direcioná-los a programas assistenciais. Em outros termos:

‘Econômica’ é uma expressão que aqui está relacionada ao fato de atividade apresentar ‘risco’. A atividade é exercida com total responsabilidade do empresário, pois há o risco de perder o capital ali empregado, o que justifica o proveito que ele tem em retirar o lucro (TEIXEIRA, 2011, p. 33).

FAZZIO JUNIOR (2015, p. 19) determina que “sob a epígrafe *empresário* estão compreendidos tanto aquele que, de forma singular, pratica profissionalmente atividade comercial, como a pessoa de direito constituída para o mesmo fim”. No entendimento do doutrinador tanto o empresário individual como a sociedade empresária têm por objetivo o lucro.

Nos termos do artigo 966 do Código Civil, a organização da atividade econômica cabe ao empresário, que é o responsável por combinar os fatores de produção. Em síntese, TEIXEIRA (2011) considera fatores de produção: a natureza (matéria-prima), o capital (recursos), o trabalho (mão de obra) e a tecnologia (técnicas para desenvolver uma atividade). É a combinação desses fatores que gera lucros para o empresário.

A organização da atividade que confere característica ao empresário está presente mesmo nas situações em que não haja o concurso de pessoas desenvolvendo o trabalho, pois a mão de obra do próprio empresário individual ou dos sócios que compõe a sociedade empresária pode ser suficiente para o desenvolvimento da atividade econômica.

Por outro lado, TEIXEIRA (2011, p. 33) explica que “a organização da atividade pressupõe um estabelecimento [...]”. O doutrinador afirma que estabelecimento corresponde ao conjunto de bens para a atividade empresarial e geralmente inclui um ponto físico, mas esse último não é regra.

Para GOMES (2003, p. 12), “o exercício de uma atividade econômica de forma organizada é que encerra toda a essência conceitual da empresa”.

A profissionalidade é mais um elemento caracterizador do empresário, nos termos do artigo 966 do Código Civil. A profissionalidade aludida neste dispositivo legal pressupõe habitualidade, pessoalidade e especialidade, de acordo com TEIXEIRA (2011).

A habitualidade refere-se ao desenvolvimento de atividades de modo contínuo, sem interrupções. MAMEDE (2010, p. 38) afirma que “é essa habitualidade no agir econômico, na busca do benefício material, que caracteriza a profissionalidade exigida pela lei”. O doutrinador segue afirmando que um indivíduo que aventura-se eventualmente a organizar uma atividade com a finalidade precípua da obtenção de lucros não pode ser caracterizado como empresário, pois lhe falta a habitualidade no exercício da atividade econômica. FAZZIO JUNIOR (2015, p. 28) reforça que “[...], qualquer pessoa pratica, ocasionalmente, atos negociais, sem que por isso seja empresário”.

SILVA, B. (2007, p. 56) destaca que “habitualidade não significa que a atividade deva ser exclusiva ou sem interrupção”, reforçando a idéia de que a prática eventual de atividades que tenham por interesse o lucro não caracterizam a atividade como empresarial, posto que esta ação deve ser contínua e não apenas eventual.

TEIXEIRA (2011) defende que mais um quesito para configuração da profissionalidade está ligado à pessoalidade, ou seja, o empresário deve estar à frente do negócio, ainda que o faça através de funcionários que o representem. Requião (2009, p. 81)

alude que a personalidade do empresário “imprime o selo de sua liderança, assegurando a eficiência e o sucesso do funcionamento dos fatores organizados”.

Sob esta ótica, Fazzio Junior (2015, p. 28) explica que “[...] é bom ter em mente que profissionalidade não implica exclusividade. O exercício da atividade empresarial não precisa ser a única profissão do empresário”. Em outras palavras, inexistente incompatibilidade do exercício da atividade econômica com outra profissão.

Como visto, não basta a prática acidental e isolada da empresa. Mais. Ainda que sejam atos repetidos, inexistindo a atuação habitual e sistemática, não conferem a efetividade necessária para que se tenha por caracterizada a profissão empresarial. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 28).

Para caracterização do empresário, não basta o exercício profissional de atividade econômica organizada. Há que se configurar a finalidade de produzir ou de circular bens ou serviços.

Sob esta perspectiva, Teixeira (2011) esclarece o que é a produção ou circulação de bens e de serviços:

- 1º) **Produzir bens** é sinônimo de fabricar mercadorias. É acrescentar valor a elas por meio de processo de transformação,[...].
- 2º) **Produzir serviços** é prestar serviços, [...].
- 3º) **Circular bens** é adquirir bens para revendê-los (em regra, sem transformá-los). É apenas uma intermediação. É a típica atividade do comerciante[...].
- 4º) **Circular serviços** é fazer a intermediação entre o cliente e o fornecedor do serviço a ser prestado, [...]. (TEIXEIRA, 2011, p. 33-34, grifo nosso).

### **2.3 A CARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE SIMPLES À LUZ DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 966 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Por atendimento ao preceituado pelo artigo 982 do Código Civil, a sociedade que não é empresária é conceituada como sociedade simples: “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**”. (grifo nosso).



Assim, faz-se necessário identificar os elementos presentes no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil que determinam quem não é considerado empresário:

Art. 966. [...]

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 sociedade simples destina-se à constituição de sociedade entre profissionais que desenvolvem atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística (cf. art. 966, parágrafo único, CC).

### **2.3.1 A atividade intelectual**

Seguindo a regra geral do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002, o exercente de atividades intelectual não é considerado empresário e conseqüentemente não está sujeito às normas do Direito Empresarial. TEIXEIRA (2011, p. 36) esclarece que “isso foi uma mera opção do legislador considerando que, do ponto de vista organizacional, econômico (busca de lucros) e de existência de estabelecimento (s), não há diferenças com relação à atividade empresarial”.

Para TEIXEIRA (2011, p. 37) “o vocábulo ‘intelectual’ significa os dotes que vêm do intelecto (inteligência), da mente, e está relacionado à erudição, ao estudo, ao pensar”. Desta maneira, as atividades intelectuais são consideradas aquelas que surgem a partir do ímpeto criador, da mente do profissional que a realiza.

Sylvio Marcondes explica o motivo pelo qual o exercente de atividade intelectual não pode ser conceituado como empresário:

Dessa ampla conceituação, 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, e 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. (MARCONDES, [s.d], apud REQUIÃO, 2009, p. 437).

Teixeira (2011) ensina que a atividade intelectual é personalíssima porque não admite a fungibilidade daquele que a exerce, via de regra. Em geral são exercidas por profissionais de atividades regulamentadas ou profissionais sem vínculos (os chamados profissionais liberais).

Para fins de interpretação do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002, entende-se por profissional liberal o indivíduo com curso universitário que exerce sua atividade de maneira independente. Entretanto, a atividade intelectual também pode ser desenvolvida por profissional que não seja graduado, como é o caso de artistas e escritores.

A esse respeito, ensina Teixeira (2011, p. 37): “a profissão regulamentada é aquela com previsão legal, ou seja, com regramento na legislação, como ocorre com os advogados, contadores, economistas, médicos etc”.

A atividade intelectual, na classificação de acordo com o parágrafo único do art. 966, *caput*, do Código Civil, compreende atividades de cunho científico, literário ou artístico.

Estas atividades não podem constituir elemento de empresa, ou seja, não devem ser exploradas diretamente. Segue contribuição de Requião:

O que se pode concluir é que o espaço de atuação a sociedade simples é muito estreito, ligando-se à atividade intelectual, e ainda assim, sem poder explorá-la diretamente, pois a sociedade deixa de ser simples caso a profissão intelectualizada seja exercida por intermédio da sociedade, constituindo-se, portanto, em elemento desta (REQUIÃO, 2009, p. 440).

O profissional intelectual não será considerando empresário ainda que contrate auxiliares ou colaboradores para auxiliá-lo no desenvolvimento de sua atividade, posto que a cooperação de pessoas no desenvolvimento da atividade não constitui elemento de empresa. E o que seria o elemento de empresa?

### **2.3.2 Elemento de empresa – a empresarialidade (organização)**

A parte final do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002 abre margem para que o profissional intelectual seja caracterizado como empresário no caso em que o exercício da profissão constitua elemento de empresa. Entretanto, como esclarece Requião (2009, p. 437), “o código não oferece indicação do sentido da expressão elemento de empresa”.

Na síntese de Verçosa, a doutrina majoritária entende que:

[...] o profissional não é empresário quando realiza um serviço intelectual diretamente em favor de quem com ele contrata. Mas, quando o profissional intelectual oferece os serviços intelectuais de outras pessoas (que trabalham para ele) será considerado “empresário” (VERÇOSA, 1978, p. 143 apud TEXEIRA, 2011, p. 39).

Seguindo essa explicação, entende-se que um profissional intelectual pode ser considerado empresário se integrar à sua atividade um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial e que ultrapassa a atividade intelectual. Ou, nas palavras de TEIXEIRA (2011, p. 39), “se a atividade intelectual for parte de uma atividade empresarial”.

Será empresário o profissional intelectual que organizar sua atividade como empresa, ou seja, quando exercer a atividade empresarial que se destina à produção ou circulação de bens ou de serviços. Deste modo, Gomes (2003, p. 13) que a prestação de serviço de natureza artística, intelectual, científica ou literária só poderá ser classificada como atividade empresarial “na medida em que seu titular 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”, deixando o caráter personalíssimo do exercício da atividade intelectual. Ao se enquadrar no conceito jurídico de empresário, o profissional passa a ser merecedor dos direitos de empresário, como por exemplo, a recuperação de empresas, excetuando-se as sociedades de Advogados.

Gomes (2003) afirma que o elemento de empresa ou empresarialidade é um elemento impessoal, que se opõe a pessoalidade característica dos atos de comércio, será a própria organização dos fatores de produção.

### **2.3.3 O parágrafo único interpretado como “exceção” ou “explicação” à regra contida no *caput* do artigo 966 do Código Civil de 2002**

É importante entender sob qual aspecto se interpreta o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, já que na sua interpretação leva-se em conta o atual regime da “teoria da empresa” em detrimento dos “atos de comércio” já ultrapassado no direito brasileiro.

Silva (2007) questiona se o parágrafo único do dispositivo legal ora estudado deve ser aplicado como exceção à regra ou como explicação ao disposto no *caput*.

Quando analisado sob a perspectiva da teoria da empresa, o parágrafo único deverá ser interpretado como exceção à regra, vez que distingue as atividades praticadas pelo empresário e pelo profissional intelectual, ainda que ambas detenham intuito lucrativo.

O novo Código Civil positiva a teoria da empresa, que não divide a atividade econômica pelos atos em si considerados, mas sim pelo modo em que ela é exercitada. A teoria que divide os atos em considerado (atos comerciais versus atos civis) é a teoria dos atos de comércio, que foi acolhida pelo Código Comercial de 1850 e não pelo novo Código Civil. Ao excluirmos de forma cabal a atividade intelectual do regime jurídico aplicável à empresa, estaremos aplicando a teoria dos atos de comércio, e não a teoria da empresa (SILVA, B., 2007, p. 60).

O Código Civil de 2002 positivou a teoria da empresa, contudo SILVA, B. (2007) leciona que há uma importante ressalva na adoção do sistema italiano quando delimita que toda atividade econômica profissional organizada é considerada empresa, com exceção das atividades intelectuais.

[...] se o parágrafo único, que se refere à profissão intelectual, for tomado como excepcionador da regra do caput, significará dizer que a atividade de prestação de serviços intelectuais realizadas por uma grande organização não seria empresarial (SILVA, B., 2007, p. 59).

Compartilha essa opinião o doutrinador Coelho (2011), ao explicar que o parágrafo único do art. 966 do Código Civil exclui do conceito de empresário o exercente de atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística, a menos que o exercício da profissão constitua elemento de empresa. Sempre se deve levar em consideração que a atividade de advogado, mesmo existindo o elemento de empresa não pode ser considerada empresária., conforme é disposto no artigo 16 da Lei 8906 de 04 de julho de 1994.

Esse dispositivo alcança, *grosso modo*, o chamado 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 ao regime próprio de sua categoria profissional (COELHO, 2011, p. 38, grifo do autor).

Nesse sentido, os profissionais liberais estarão sujeitos ao regime empresarial apenas nas situações em que o elemento de empresa estiver presente no desenvolvimento de sua

atividade, ou seja, desde que estejam inseridos em uma organização empresarial. Sob esta explicação, Silva, B. (2007) esclarece:

De acordo com o parágrafo único do art. 966 do novo Código Civil, embora a princípio a profissão intelectual não seja empresarial, excepcionalmente pode ela constituir elemento de empresa. Se a atividade do profissional intelectual consistir em promover a organização de atividade de profissionais intelectuais, haverá atividade empresarial (SILVA, B., 2007, p. 60).

Seguindo a orientação de Silva, B. (2007), o parágrafo único do art. 966 do CC deve ser interpretado como exceção ao *caput* dessa norma quando se tem por referência a adoção expressa da teoria da empresa pelo Código Civil de 2002. O dispositivo legal em questão exclui do regime empresarial as atividades intelectuais, em consonância com a teoria dos atos de comércio, adotada pelo Código Comercial de 1850 e revogada pela atual legislação.

Sob esse enfoque, Silva, B. (2007, p. 60) defende que a concepção do parágrafo único do artigo 966 do CC como explicação ao *caput* da mesma norma é uma “[...] interpretação tecnicamente mais adequada do ponto de vista científico [...]”.

Explica o autor que as atividades intelectuais não podem ser interpretadas como empresariais porque não apresentam características fundamentais à caracterização da atividade empresária, como a organização dos fatores de produção, ou seja, segundo Silva, B. (2007, 60) “[...] se não há organização, mas trabalho pessoal, não há atividade de empresa”.

Sob a égide do Código Civil de 2002, a união dos profissionais intelectuais se dá através da sociedade simples. Alude o doutrinador que este posicionamento tanto é o mais adequado que o Enunciado nº 193, aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada em dezembro de 2004<sup>2</sup> pelo Conselho de Justiça Federal determina que profissionais que desenvolvam atividades exclusivamente intelectuais não podem ser incluídos no conceito de empresário. Silva, B. (2007) enfatiza o uso da palavra *exclusivamente* no enunciado, revestido de valor doutrinário, e ainda aponta outro argumento:

Existe um abismo entre uma atividade realizada pessoalmente por um trabalhador autônomo (que pode ou não contar com auxiliares ou colaboradores) e atividade organizada por um empresário. O trabalhador autônomo realiza seu trabalho pessoalmente; o empresário normalmente contrata trabalhadores para fazê-lo (SILVA, B., 2007, p. 63).

---

<sup>2</sup> Enunciado nº 193: Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

Ao citar o trabalhador autônomo, Silva, B. (2007) se refere ao profissional intelectual, que geralmente desenvolve sua atividade autonomamente. Vale lembrar que as atividades intelectuais são personalíssimas e não podem, via de regra, ter o seu devedor substituído, ao contrário das atividades empresariais.

O doutrinador posiciona-se quanto ao tratamento do parágrafo único do art. 966 do CC como explicação ao caput ao reforçar o que o legislador tornou possível a transformação da atividade intelectual em empresarial, desde que presentes os elementos de empresa, enfatiza Silva, B. (2007, 63) ao ensinar que “[...] a atividade intelectual pode ser empresarial, se ela for de organização, se presentes todos os requisitos previstos no *caput* [...]”.

Dispõe ainda o artigo 983 do Código Civil de 2002:

Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

Silva, B. (2007, p. 327) menciona que “[...] é possível à sociedade simples se constituir sob a forma de qualquer sociedade empresária [...]”, referindo-se ao art. 983 do CC. Ao utilizar este artigo para explicar seu posicionamento Silva, B. (2007) refere-se à possibilidade da sociedade simples se converter em empresarial se o elemento de empresa estiver presente no desenvolvimento de suas atividades.

Em suma, a interpretação do parágrafo único do art. 966 do CC como *explicação* ao *caput* do mesmo artigo é a mais adequada sob a ótica doutrinária e legislativa.

## **2.4 A DISTINÇÃO DAS SOCIEDADES SIMPLES E EMPRESÁRIAS SOB A ÉGIDE DO ARTIGO 966, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

A classificação das sociedades simples e empresárias à luz do artigo 966 do Código Civil de 2002 tem por objeto o desenvolvimento de atividades intelectuais. O exercente de profissão intelectual não será considerado empresário, e conseqüentemente, a união de profissionais intelectuais não configura uma sociedade empresária. Entretanto, o legislador apresenta importante ressalva na parte final do parágrafo único, ao possibilitar que o exercente de atividade intelectual seja considerado empresário se o exercício de sua profissão constituir elemento de empresa.

Todavia, o uso da expressão “elemento de empresa” permite interpretações divergentes quanto à classificação das sociedades simples e empresária. Requião (2009, p. 37) demonstra esta questão ao lembrar que “o Código não oferece indicação do sentido da expressão elemento de empresa”. O doutrinador segue afirmando que se a palavra *elemento* for interpretada em seu sentido literal<sup>3</sup>, todas as sociedades simples que desenvolvam atividade intelectual estão, na realidade, explorando esta atividade economicamente como elemento de empresa. Logo, as sociedades simples passam imediatamente à condição de empresárias.

Se a sociedade utiliza o seu capital intelectual, prestando assessoramento técnico a terceiros, ou ministrando cursos, estará explorando aquela atividade intelectual como elemento da empresa e portanto, segundo o parágrafo único do art. 966, deixa de ser sociedade simples, passando à condição de empresária. Nesse sentido, todas as atuais sociedades profissionais, inscritas nos respectivos Conselhos profissionais, são sociedades empresárias, nos termos do art. 982 e combinado com o art. 966, parágrafo único, parte final (REQUIÃO, 2009, p. 438).

Percebe-se com as perspectivas indicadas por Requião (2009) que a classificação da sociedade em simples ou empresária tendo-se por objeto o desenvolvimento de atividades intelectuais desenvolvidas ou não como elemento de empresa é uma questão capaz de levantar posicionamentos contraditórios conforme a interpretação do termo *elemento de empresa*.

Sob essa ótica e pelo que foi explicado no capítulo anterior, para Silva, B. (2007), a análise do parágrafo único do art.966 do CC como exceção ao caput do mesmo dispositivo é insuficiente para a correta classificação das sociedades em simples ou empresárias, posto que esta classificação é determinada pela natureza das atividades desenvolvidas, delimitando-se pela teoria dos atos de comércio, em desuso no direito brasileiro. Assim, o desenvolvimento de atividades intelectuais é critério suficiente para configuração da sociedade simples.

Percebe-se que a redação do art. 966 é incoerente à teoria da empresa que foi expressamente adotada no Código Civil de 2002, ao classificar as sociedades de acordo com a natureza de sua atividade. Ora, a teoria dos atos de comércio consiste justamente em dividir os atos quanto à submissão ao regime comercial, classificando as sociedades em simples e comerciais. Essa teoria há muito foi superada.

---

<sup>3</sup> Conforme o Dicionário da Língua Portuguesa Larrouse Cultural, elemento é, dentre outras definições, cada objeto, cada coisa que concorre com outras para formação de um todo.

Considerar o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002 como *exceção* ao disposto no *caput* representa incoerência à aplicabilidade da teoria da empresa em favor da teoria dos atos de comércio.

A interpretação do parágrafo único do artigo 966 do CC como *explicação* do *caput* é mais plausível por não se posicionar de modo contrário à teoria da empresa. De acordo com essa interpretação, a classificação das sociedades em simples ou empresárias não está voltada exclusivamente à natureza da atividade desenvolvida.

Em outras palavras, a atividade intelectual não é critério suficiente para que uma sociedade não seja considerada empresária, vez que existe a possibilidade, de no exercício da profissão, ocorrer o elemento de empresa, e, deste modo, a exploração econômica da atividade intelectual é capaz de transformar uma sociedade simples em empresária.

A aplicação do parágrafo único como explicação, demonstra perfeita sintonia com a teoria da empresa, onde a forma do exercício da atividade e não o ato praticado é o que a define.

## CONCLUSÃO

A aprovação do Código Civil Brasileiro de 2002 revogou a primeira parte do Código Comercial e procedeu a transição da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa, adotando o critério de classificação do empresário a partir do aspecto econômico da atividade, de acordo com seu artigo 966, onde as sociedades comerciais e civis cedem lugar para as sociedades empresárias e simples.

O objetivo deste artigo é demonstrar as diferenças na distinção entre sociedade simples e sociedade empresária sob a interpretação do *caput* e do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002.

Verificou-se, que na doutrina não há maiores discussões quanto à diferenciação das sociedades simples e empresárias. Todavia, quando se trata da análise da interpretação do parágrafo único como exceção ou explicação ao *caput* do artigo 966, como propõe Bruno Mattos e Silva, encontra-se divergência entre os autores.

O estudo do parágrafo único do artigo 966 como exceção ao seu *caput* no que se refere ao exercício da atividade intelectual remonta à Teoria dos Atos de Comércio, adotada pelo Código Comercial de 1850 e revogada expressamente pelo Código Civil de 2002. Ora, se o sistema francês da disciplina privada da economia sob a ótica da dicotomia já não é utilizada



pelo ordenamento jurídico atual, não é apropriado que a interpretação do parágrafo único do dispositivo legal em questão seja tratado como exceção ao disposto pelo caput.

Quando a interpretação do parágrafo único do artigo 966 é realizada sob a ótica da explicação ao que o caput dispõe, verifica-se que ocorre a aplicação da Teoria da Empresa.

Todavia, a intenção deste trabalho não é suscitar nenhuma das interpretações como aceitável ou não, mas sim demonstrar que é possível, ainda que não seja objeto de discussão freqüente, a análise sob ambos os focos, e que, ainda que o Código Civil de 2002 tenha adotado expressamente a Teoria da Empresa, ainda existem resquícios da Teoria dos Atos de Comércio nesse diploma legal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.906**, 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, Brasília, DF, 4 de jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial (da União). Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=11/01/2002>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. 1 v.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao código civil: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2003. 22 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 8 v.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Manole, 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 1 v.

MARTINS, Fran; LOBO, Jorge; PIMENTEL, Sergio; COSTA, Pedro (Atual.) (Colab.) (Colab.). **Curso de direito comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1 v.

SILVA, Américo Luís Martins Da. **Introdução ao direito comercial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2007.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina e prática**. São Paulo: Saraiva, 2011.