

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO DE 1973 — ANO X — NÚMERO 39

A Disciplina das Sociedades Comerciais no Anteprojeto do Código Civil

Professor MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

I – CRÍTICA A COLOCAÇÃO DA MATÉRIA NUM CÓDIGO CIVIL

O novo Anteprojeto do Código Civil, apresentado em 12 de junho de 1972 ao Sr. Ministro da Justiça pela Comissão encarregada de sua feitura, sob a supervisão do Prof. MIGUEL REALE, em sua “Parte Especial”, tratou no seu “Livro II”, da chamada “Atividade Negocial”, que compreenderá:

Título I – “Do Empresário”;

Título II – “Da Sociedade”;

Título III – “Do Estabelecimento”;

Título IV – “Dos Institutos Complementares” (“Do Registro do Nome do Empresário, da Preposição, da Escrituração”).

Nas “Diretrizes Fundamentais”, introduzindo o Anteprojeto à consideração do Exm^o Sr. Ministro da Justiça, o Prof. MIGUEL REALE, na parte alusiva às *atividades negociais*, afirmou que, aí, a orientação firmada pelo Governo

foi no sentido da disciplina unitária do Direito das Obrigações no texto do Código Civil. Assim é que o primeiro princípio fundamental fixado foi o da "compreensão do Código Civil como lei fundamental do Direito Privado, nele mantendo, por conseguinte, o Direito das Obrigações, mas sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz prevalente, neste ponto, desde o Anteprojeto do Código das Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965".

Pelo Anteprojeto de 1972, firmou-se a distinção entre *sociedade empresária* e *sociedade civil*, ambas visando à consecução de "fins econômicos" (ao contrário das "associações"), sendo que as "sociedades civis" se caracterizam por não estarem sujeitas ao registro a que se referem os artigos 1.045 e 1.046 do Anteprojeto.

Bem compreendendo e antevendo a dificuldades de sua empreitada, os ilustres juristas encarregados da feitura do Anteprojeto esclareceram desde logo que "verificou-se, então, que a parte do Anteprojeto relativa às sociedades anônimas, por se referir apenas aos elementos estruturais dessas entidades, não prejudica nem exclui a edição de normas especiais complementares, consoante oportunamente se verá, destinadas a atender a situações particulares, insuscetíveis de serem disciplinadas num Código e até mesmo em leis ordinárias comuns".

E, mais adiante, complementaram: "Ao legislador civil cabe, porém, apenas prever as soluções básicas, cujo complemento muitas vezes extrapola do âmbito de sua competência."

Confessam-se, de logo, incapazes de abranger toda a vastidão e particularidades dessa parte do Direito Comercial.

Mesmo entendido o Código Civil "como a lei fundamental do Direito Privado", ainda assim seria correta a inserção de substancial parte do Direito Comercial num Código Civil?

Apegam-se, geralmente, os civilistas, a noções sem dúvida imprecisas e mesmo ultrapassadas a respeito do objeto do Direito Comercial, para tentar coarctá-lo no âmbito de um Código Civil. A prática virá a demonstrar-lhes, contudo, e num curto espaço de tempo, que o Direito Comercial tenderá a alhear-se à sua disciplina legal "civilística", e um sem número de leis extravagantes surgirá para "contrariar" a "regra geral" estabelecida...

Seria hoje o Direito Comercial definível nos moldes em que o definira CARVALHO DE MENDONÇA como "o complexo de normas que regulam as relações provenientes da prática de atos de comércio e os direitos e obrigações das pessoas que exercem profissionalmente esses atos — os comerciantes e seus auxiliares"?

Não estaria mesmo a própria terminologia "Direito Comercial" ultrapassada, como o ensina LYON-CAËN, que propõe a denominação de "Direito Econômico" para esta disciplina, que seria "o direito das instituições específicas do regime econômico capitalista"? É que, como bem esclareceu o mestre, o nome "Direito Comercial" surgiu porque o "capitalismo comercial" surgiu antes do "capitalismo industrial".

Entendido hoje o direito comercial como o “direito das instituições específicas do regime econômico capitalista”, no contexto de uma “Era Tecnológica”, seria subsumível no Direito Civil tradicional, ou regeria relações de todo em todo diversas daquelas reguladas pelo Direito Civil?

Não é, com efeito, o Direito Civil, no ensinamento notável do Prof. JEAN ESCARRA, em seu *Manuel de Droit Commercial*, o direito da riqueza adquirida, conservada e transmitida hereditariamente, sendo o Direito Comercial o direito relativo à produção e à circulação da riqueza? Salientando-se, ainda, que, em nossos dias, com o intervencionismo do Estado no campo da Economia, cada vez menos livre e cada vez mais dirigida, torna-se o Direito Comercial cada dia mais penetrado pelo Direito Público.

E assim conclui JEAN ESCARRA seu ponto de vista: mais que a necessidade de unificação, a tendência para a absorção do direito comercial pelo direito público é que prevalece, com seu acentuado caráter internacional, como o direito da comunidade internacional dos comerciantes. Assim, mais que partidário da unificação, apresenta-se como adversário da codificação do direito comercial: “As leis deveriam ser estabelecidas em fichários, com as fichas em desuso periodicamente trocadas...”

Como bem preleciona o emérito WALTER T. ALVARES em seu excelente “Direito Comercial”, há cem anos o direito civil era tido, com justo título, como o “direito comum”. Hoje, tal afirmação é temerária, quando o vemos inteiramente interpenetrado pelo Direito Público. Atualmente, o direito civil nada mais é que um “direito especial”, relativo à propriedade e às pessoas, constituindo sua “marca valorativa a ligação que tem com o direito de liberdade” (SAVATIER).

Saliente-se, novamente, que no mundo atual, com o surgimento da “Era Tecnológica”, as instituições, máxime as econômicas e as comerciais, têm sofrido mutação de tal monta, que se chega a admitir venham a causar uma verdadeira “mutação humana” nos seres sociais que povoam a Terra. Fala-se, inclusive, no surgimento de uma “nova forma de vida psíquica”, tal a influência da tecnologia e do progresso na vida dos homens.

A tecnologia vem impondo a todos os setores novas diretrizes. A colocação anterior do tema da autonomia do Direito Comercial refletia, por isso mesmo, uma “realidade pré-tecnológica”.

Não se pode prender-se ao passado, quando hoje se fala na “comercialização do direito civil”, ou se chega a afirmar, como o faz BERLE, que o direito das sociedades anônimas – “corporation law” – representa potencial Direito Constitucional.

Trata-se, sem dúvida, como adverte WALTER ALVARES, de novas realidades, cuja compreensão ainda não se encontra inteiramente assimilada.

O “Research Institute of America” afirmou que, por volta de 1980, o mundo será tão diferente do que era em 1960, como o mundo de hoje é diferente do mundo no século XIX.

Em dois séculos, o progresso científico realizou mais que toda a história anterior da humanidade!

Atualmente, o Direito Comercial poderia colocar-se numa das seguintes posições:

- a) como ramo do Direito Econômico;
- b) com o novo nome de "Direito Econômico", abrangendo todas as atividades econômicas;
- c) continuar nos moldes do Direito Comercial clássico, limitativo.

A melhor posição, sem dúvida, seria a de conceituar-se o Direito Comercial como "o ramo do Direito Econômico que disciplina a atividade econômica privatista, repetida com regularidade".

Os autores já têm admitido com certa tranquilidade que o Direito Comercial seja um *direito especial, nos quadros do Direito Econômico*. Assim é que LYON-CAEN et RENAUT (*Droit Commercial*, 1, Paris, VTEV) definiram-no como um "direito especial, ramo do direito privado". WALDEMAR FERREIRA, o grande comercialista brasileiro, definiu-o como "um direito especial, na essência, e, no objetivo, direito econômico" (*Tratado*, 1, nº 1, São Paulo, 1960). TULIO ASCARELLI conceituou-o como "direito especial, e não excepcional, autônomo, mas nem é direito de circulação, nem de intermediação, nem das empresas" (*Introducción al Derecho Comercial*, nº 415, Buenos Aires, 1947). RUY DE SOUZA, em seu *Direito das Empresas* (Belo Horizonte, 1952), afirmou ser o Direito Comercial "disciplina autônoma de natureza especial".

"Direito Especial", ensina-nos TULIO ASCARELLI, obra citada, é um conjunto de normas que regulam uma determinada matéria de acordo com determinados princípios de caráter geral. Já "Direito Excepcional" consistiria em que, para uma certa classe de pessoas, coisas ou relações jurídicas se preceituam de modo que não o seriam para as demais pessoas, com referência a coisas e relações semelhantes, na lição de WINDSCHEID.

Tais direitos especiais seriam naturalmente autônomos, e, dentre eles, encontramos o Direito Civil, o Direito Comercial etc.

Dentro deste contexto, não há necessidade de que se regulem diferentemente as obrigações no Direito Comercial e no Direito Civil, mas cumpre que se determine exatamente qual a área de ação do Direito Comercial, e qual a área de ação do Direito Civil. Cumpre se estabeleça qual o *objeto* do direito comercial, em confronto com o objeto do Direito Civil.

Vimos conceituando o Direito Comercial como um ramo do Direito Econômico; portanto, seu objeto será sempre uma "atividade econômica", uma "atividade econômica privatística, repetida com regularidade". Caracteriza-se sempre por uma *mediação especulativa*, de forma que quem a pratica encontra-se sempre organizado sob a forma de uma "empresa" — quer "empresa individual" — comerciante individual, quer "sociedade comercial" — sociedade empresária, pela nova terminologia.

Assim, sempre que estivermos face a uma empresa — individual ou sociedade — exercendo atividades econômicas profissionalmente, com regularidade, repetidamente, estaremos face a um instituto ou instituição de Direito Comercial.

Quem contrata com a “empresa”, contudo, pode ser um outro comerciante (outra empresa), ou pode ser uma pessoa física. Para esta, as regras aplicáveis seriam de Direito Civil.

Como, todavia, o Direito das Obrigações (contratos e obrigações) é disciplinado uniformemente, como o processo e procedimento é o mesmo para ambos os ramos, nenhuma dificuldade prática surgiria.

Aqui, os atos de comércio seriam determinados exclusivamente em razão de seu objeto, e não haveria necessidade de estabelecer-se a tríplice divisão dos atos de comércio em “atos de comércio em razão da forma” (letra de câmbio, nota promissória), “atos de comércio em razão do objeto” (atos essencialmente comerciais) e “atos de comércio em razão da causa” (a compra e venda para revenda, por exemplo), divisão que consagra uma ficção jurídica, que, como toda ficção, é contestável.

Qual a finalidade prática da distinção entre Direito Civil e Direito Comercial, pergunta-se, eis que, quanto ao direito das obrigações e ao processo, teriam ambos tratamento idêntico?

A resposta encontra-se na própria necessidade de sistematização do Direito e de sua classificação científica, além das responsabilidades de ordem fiscal e falimentares, além das corporativas, dos comerciantes.

O Direito brasileiro, até aqui, vem-se ressentindo da aplicação das regras da falência ao devedor civil. É que essa diversidade de tratamento tem ensejado situações embaraçosas e mesmo fraudulentas na prática, pelas naturais dificuldades de determinar-se a natureza civil ou mercantil de uma dada sociedade. O novo Código de Processo Civil — Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — em seus artigos 748 e seguintes, com o instituto da “decretação da insolvência” (art. 751), veio pôr fim à tormentosa questão, estendendo praticamente a “execução coletiva” a todos os devedores, civis e comerciais.

Sintetizando o ponto de vista a respeito da existência de um direito especial, com objeto específico e determinado, que ainda se convencionou denominar-se de “Direito Comercial” (perfeitamente distinto e diferenciado do outro “direito especial” que se denomina “Direito Civil” — que trata das relações não profissionais que regem as pessoas e a propriedade), cumpre sejam extraídas as conclusões cabíveis, e seguintes:

1º) é de impugnar-se que, sob o título de “Atividade Negocial”, sejam disciplinadas porções substanciais do “Direito Especial” que é o Direito Comercial;

2º) é de impugnar-se a inclusão do “Código das Obrigações”, que contém tratamento idêntico para as obrigações e contratos, tanto civis quanto comerciais, como um dos Livros que compõem a “Parte Especial” do Direito Civil. O “Direito das Obrigações”, por conter matéria comum a ambos os ramos do Direito, deveria constituir um Código à parte, tal como foi proposto desde 1941 por OROZIMBO NONATO, FILADELFO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES (antes mesmo, em 1857, por TEIXEIRA DE FREITAS), em 1965, com o “Projeto do Código das Obrigações”, revisto por uma Comissão presidida pelo citado OROZIMBO NONATO;

3º) é de impugnar-se a classificação e diferenciação proposta pela douta Comissão elaboradora e revisora do novo "Anteprojeto do Código Civil", presidida pelo Prof. MIGUEL REALE, entre "sociedades empresárias" e "sociedades civis", baseada apenas no fato de que, embora a "sociedade civil" se destine também a fins econômicos, ao contrário das "associações" — se caracteriza pelo exercício de atividade não sujeita ao registro a que se referem os artigos 1.045 e 1.046 do Anteprojeto".

A distinção proposta pelo Anteprojeto, *data venia*, só viria a criar as dificuldades preliminares de se saber se estamos face a uma sociedade civil ou comercial, porque na essência ambas visariam a fins econômicos, e, sob a alegação simplista de exercerem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística" (art. 1.027, parágrafo único, do Anteprojeto), muitas se furtariam a registrar se no "Registro das Empresas". Além disso, parece-me, a distinção do Anteprojeto repousa em dado muito frágil, pois que afirma serem "empresárias as sociedades que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 1.028); e civis, as demais" (art. 1.043). Ocorre que o art. 1.028, a que faz referência o art. 1.043, nada diz!

Não existe aqui um artigo como o art. 1.108, § 1.º, do Projeto do Código das Obrigações, de 1965, que é taxativo:

"Art. 1.108 — Considera-se empresário comercial o que exerce atividade caracterizada no art. 1.106 e não incluída no preceito do art. 1.107.

§ 1º — São próprias de empresário comercial:

I — atividade industrial destinada à produção de bens ou de serviços;

II — atividade intermediária na circulação de bens;

III — atividade de transporte, por terra, água e ar;

IV — atividade bancária;

V — atividade seguradora;

VI — outras atividades auxiliares."

Pelo novo Anteprojeto, as sociedades civis, em oposição às sociedades empresárias, seriam apenas aquelas que, visando a fins econômicos, tivessem por objeto o exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, além das sociedades rurais e cooperativas. Essa, a meu ver, a única interpretação aceitável. Não fornece outro critério o Anteprojeto. E por que esta distinção? Trata-se, evidentemente, de um critério legal, de direito positivo, e não fundamentado em premissas científicas.

Por que não se dedicar, desde logo, todo o âmbito da atividade econômica ao Direito Comercial? É justamente o que vimos propondo: todas as sociedades que visem a fins econômicos serão sociedades comerciais, e disciplinadas por normas peculiares ao Direito Comercial.

A tendência universal é pelo tratamento unificado de todas as pessoas jurídicas que atuem no domínio econômico. Assim, as leis fiscais, máxime as do

Imposto de Renda, caminham no sentido de considerar pessoas físicas como *empresas individuais* (e, portanto, como pessoas jurídicas), desde que venham a praticar certos atos por elas enumerados. Assim, o art. 16 do Regulamento do Imposto de Renda afirma que as empresas individuais ficam equiparadas às pessoas jurídicas; e seu § 1º diz quais são as “empresas individuais”

“a) as firmas individuais;

b) as pessoas físicas que, em nome individual, explorem habitualmente e profissionalmente qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços, inclusive:

I — a compra e venda de imóveis;

II — a construção de prédios para revenda ou a incorporação de prédios em condomínio. . .”

Consoante o direito pátrio, quando uma pessoa física se inscreve sob uma “firma individual” no Registro do Comércio, torna-se pessoa jurídica, e deve registrar-se, em seguida, no “Cadastro Geral dos Contribuintes” do Ministério da Fazenda, de acordo com a Lei nº 4.503, de 30-11-64.

Além disso, não sendo o Registro da firma ou denominação na Junta Comercial, até o presente momento (o Anteprojeto consagra outra diretriz, como veremos adiante), constitutivo da personalidade jurídica, mas meramente declarativo, mesmo que uma pessoa física venha a exercer individualmente o comércio sem providenciar o registro, torna-se comerciante, e, como comerciante, é pessoa jurídica, com direitos e obrigações definidos.

Desta forma, as pessoas físicas, desde que exerçam habitualmente, profissionalmente, regularmente, atividades econômicas, transformam-se, desde logo, e só por isto, em “pessoas jurídicas”, mais propriamente, em “empresários ou empresas individuais”.

Por conseguinte, para nós, as únicas pessoas jurídicas de Direito Civil seriam as “associações” e as “fundações”, que se caracterizariam, justamente, pelo exercício de atividades não econômicas, sem o intuito de lucro.

II — CONCEITO DE EMPRESÁRIO E SISTEMA DO REGISTRO

O art. 1.027 do Anteprojeto do Código Civil vem a definir o que considera *empresário*:

“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Desta forma se inicia o Título I (“Do Empresário”) do Livro II (“Atividade Negocial”) da Parte Especial do Anteprojeto. Tal definição é calcada no art. 1.160 do Projeto do Código das Obrigações, de 1965, que, por sua vez, praticamente copiou o art. 2.082 do Código Civil italiano.

O Projeto de 1956 distinguia claramente o “empresário comercial”, art. 1.108, enumerando no seu § 1º as atividades que considerava próprias do empresário comercial.

O Anteprojeto de 1972, por sua vez, refere-se, simplesmente, a “empresário”, afirmando, apenas, no parágrafo único do art. 1.027, que

“não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística”, e exigindo o seu art. 1.028 que todo empresário, antes de iniciar sua atividade, deverá inscrever-se no chamado *Registro das Empresas* da respectiva sede.

Tal Registro, como se percebe, virá substituir o “Registro do Comércio”, feito atualmente nas Juntas Comerciais.

Dessa inscrição no “Registro das Empresas” são dispensados, apenas:

- a) o empresário rural (definido no item I do art. 1.031);
- b) o *pequeno empresário*, tal como definido em decreto, à vista de certos elementos que a lei fornece (item II do art. 1.031).

Definições de “pequeno empresário” já nos são dadas, quer pelo art. 1.111 do Projeto do Código das Obrigações, quer pelo Dec-Lei nº 486, de 1969, e por seu Regulamento (Dec. nº 64.567, de 22-5-69), dessa forma:

“Considera-se pequeno comerciante, para efeito da dispensa de escrituração, a pessoa natural, inscrita no Registro do Comércio, que exercer em um só estabelecimento atividade artesanal ou outra atividade em que predomine o seu próprio trabalho ou de pessoa da família, e que auferir receita bruta anual não superior a cem vezes o maior salário-mínimo mensal, vigente no País, e cujo capital efetivamente empregado no negócio não ultrapassar vinte vezes o valor daquele salário-mínimo.”

Também a nova Lei de Falências – a Lei nº 4.983, de 18-5-66 – dando uma nova redação ao art. 141 da Lei de Falência, fornece-nos um conceito de “pequeno comerciante”.

Por outro lado, faculta o Anteprojeto de 1972, em seu art. 1.032, o registro do *Empresário Rural*, caso em que ficará equiparado, para todos os efeitos, aos empresários sujeitos a registro.

É a adoção, pelo Anteprojeto, do “sistema alemão” para a caracterização dos comerciantes, possibilitando àqueles que, embora não obrigados ao registro, possam, todavia, requerê-lo, tornando-se comerciantes: são os “*kannkaufleute*” (“*kann*” = podem).

Relativamente aos *empresários individuais*, interpretando-se os artigos do Anteprojeto de 1972, chega-se à conclusão de que o seu registro ainda continua “declarativo” da personalidade, e não “constitutivo”. É que, quando define “empresário”, não faz referência, o Anteprojeto, à exigência do registro, e no art. 1.028 afirma que o empresário deve inscrever-se, “sob as sanções legais”. Quais sejam essas sanções, o Anteprojeto não esclarece. E o parágrafo único do art. 1.028 diz que “aplicam-se ao empresário as disposições de lei referentes a comerciantes ou atividades mercantis”. Isto faz supor que o Anteprojeto, onde diz “empresário”, quer dizer “empresário comercial”, adotando aqui o entendimento de que quem exerce “atividade econômica organizada” incide no campo do Direito Comercial.

Se para o “empresário individual”, o registro é apenas “declarativo da personalidade”, para as sociedades, contudo, como veremos em seguida (art. 1.046), o registro tornou-se “constitutivo da personalidade”.

III – AUTORIZAÇÃO PARA COMERCIAR E SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES

Quanto à capacidade para exercer atividade de empresário, encontramos no Anteprojeto duas inovações de monta:

a) o § 2º do art. 1.035, que se refere à *autorização para comerciar*, determina expressamente que “a autorização terá efeito de emancipação”.

No sistema atualmente em vigor, segundo a orientação dominante, a autorização para comerciar, em hipótese alguma, se confunde com a emancipação, sendo a primeira revogável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

Inobstante equiparar o § 2º do art. 1.035 a autorização para comerciar com a “emancipação”, já no seu § 3º, contrariando o que afirmara antes, estabelece que “as autorizações de que tratam este artigo e seu § 2º podem ser revogadas pelo juiz...”

b) relativamente à possibilidade da *sociedade entre cônjuges*, o art. 1.038 afirma que “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, desde que não tenham casado no regime de comunhão universal de bens, ou no de separação obrigatória”.

Praticamente proibiu o Anteprojeto (no que fez bem) a sociedade comercial entre marido e mulher, pois vedou-a relativamente aos dois principais regimes de bens.

Atualmente, lavra dissídio jurisprudencial a respeito, e, a título de esclarecimento, sabe-se que a Junta Comercial do Estado de São Paulo admite o registro de sociedades comerciais entre marido e mulher, ao passo que a Junta Comercial do Estado da Guanabara, pela Resolução nº 15/68, só admite o arquivamento de contrato dessas sociedades no caso de os cônjuges se encontrarem associados a terceiros, quando a cota do marido e da mulher poderá ser única ou possuírem cotas distintas.

IV – TIPOS DE SOCIEDADE E SUA DIFERENCIAÇÃO

O Título II do Livro II da Parte Especial, trata, especialmente, “Da Sociedade”.

O seu art. 1.042 fornece a definição de “contrato de sociedade”, admitindo a contribuição de “bens ou serviços” para o exercício da atividade econômica, aceitando, assim, que a cota de qualquer dos sócios possa ser em “serviços”. Contudo, ao arrolar os diversos tipos de sociedades, não faz referência à “sociedade de capital e indústria” como um tipo especial de sociedade.

Admite que possa haver uma sociedade constituída para o exercício de apenas “um negócio determinado”.

Cataloga as sociedades, em seu art. 1.043, em duas categorias:

a) *sociedades empresárias* – as que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, fazendo referência ao art. 1.028. Esse artigo 1.028, contudo, não diz quais sejam essas “atividades próprias”...

b) *sociedades civis*: “as demais”...

Conforme a opinião que manifestamos anteriormente, sociedades civis, para o Anteprojeto, em oposição às sociedades empresárias, seriam apenas aquelas que, visando a fins econômicos, tenham por objeto o “exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística”, além das sociedades “rurais” e das “cooperativas”. Esta, a nosso ver, a única interpretação aceitável, mesmo porque, quando o Anteprojeto se refere a “empresário”, apenas exclui dessa categoria, dispensando, conseqüentemente, do registro, aqueles que, nos termos do parágrafo único do art. 1.027, exerçam as profissões acima.

Não fornece outro critério, o Anteprojeto.

Inegavelmente, o Projeto do Código das Obrigações, de 1965, nessa parte, era mais técnico, pois, em seu art. 1.119 definia as *sociedades*, e no art. 1.120 definia as *sociedades comerciais*:

“Salvo as exceções expressas, consideram-se comerciais as sociedades que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário comercial, e civis, as demais.”

Sendo certo que seu art. 1.108 conceituava, taxativamente, as “atividades próprias de empresário comercial”, o que não faz o Anteprojeto atual.

Diz o parágrafo único do art. 1.043 do Anteprojeto do Código Civil que, “independentemente de seu objeto, consideram-se empresárias as *sociedades por ações*, e civis as *cooperativas*”.

Faculta o art. 1.044 do citado Anteprojeto que as sociedades civis se constituam de conformidade com qualquer dos tipos de sociedades empresárias.

E possibilita o seu art. 1.045 à *sociedade rural*, à semelhança do que concedeu ao “empresário rural”, e constituída de acordo com um dos tipos de sociedades empresárias, requerer sua inscrição no “Registro das Empresas”, caso em que ficará equiparada, para todos os efeitos, às sociedades empresárias.

V – REGISTRO CONSTITUTIVO DA PERSONALIDADE

Inovação da maior importância encontra-se no art. 1.046 do Anteprojeto:

“A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 44 e 1.028).”

Acolhe-se, aqui, indubitavelmente, a doutrina que entende ser o registro da sociedade “constitutivo da personalidade”, isto é, até antes do registro, a sociedade comercial não possui existência jurídica, sendo considerada “mera sociedade de fato”.

Estudando a legislação atualmente em vigor, entendemos alhures que, pela lei vigente, o registro das sociedades comerciais é “declarativo da personalidade”, e não “constitutivo”.

Assim fundamentamos a opinião:

Pelo fato de que o Código Comercial de 1850 não tivesse trazido noção clara e definida relativamente à personalidade jurídica das sociedades comerciais, lavrou dissídio entre os autores: alguns, como TEIXEIRA DE FREITAS, CARLOS DE CARVALHO e CARVALHO DE MENDONÇA, admitiram a personalidade jurídica das sociedades mercantis; outros, como RIBAS, LACERDA DE ALMEIDA, REINALDO PORCHAT, não a admitiam.

Nosso Código Civil de 1916 veio colocar fim na controvérsia, dispondo, expressamente, em seu art. 16:

“Art. 16 — São pessoas jurídicas de direito privado:

I — as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações;

II — as sociedades mercantis.”

Completando a noção da personalidade jurídica das sociedades comerciais, o Código Civil, em seu art. 18, na Seção relativa ao “Registro Civil das Pessoas Jurídicas”, determinou que:

“Art. 18 — Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.”

Ora, face a este artigo, devemos entender que também se aplica às sociedades comerciais?

Não obstante as múltiplas opiniões em contrário, dentre essas as dos renomados WALTER T. ALVARES e RUBENS REQUIÃO, os quais são de parecer que tal artigo se aplica, também, às sociedades comerciais, ficamos com a opinião, contrária, de que tal artigo 18 só se refere às sociedades e associações civis, mesmo porque o título da Seção é, como vimos, “Do Registro Civil das Pessoas Jurídicas”.

Além do mais, o § 1º do art. 16 afirma, peremptoriamente, que:

“§ 1º — As sociedades mencionadas no nº I só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial.”

Enquanto o parágrafo 2º do art. 16 estabelece:

“§ 2º — As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais.”

Tal distinção é de fundamental importância, porque, como se viu, as sociedades civis só adquirem a personalidade jurídica pelo registro de seus atos constitutivos no registro próprio, e, pois, para elas, o registro é constitutivo da personalidade.

E quanto às sociedades comerciais?

Se se entender que o seu registro seja constitutivo, as sociedades comerciais só adquirirão personalidade jurídica quando regularmente inscritas e registradas no Registro do Comércio, e, dessa forma, as *sociedades comerciais irregulares* não seriam dotadas de personalidade jurídica. Ao contrário, se o registro for “declarativo da personalidade”, as sociedades comerciais, assim como os comerciantes individuais, adquirem a personalidade jurídica pelo “exercício habitual da mercancia”, e, pois, as “sociedades irregulares” também serão dotadas de personalidade jurídica.

RUBENS REQUIÃO, fiel ao entendimento inicial de que o registro na Junta Comercial é constitutivo da personalidade jurídica das sociedades comerciais, nega, em consequência, a personalidade jurídica às sociedades não registradas, que são as “sociedades irregulares ou de fato”. Fica com o emérito PEDRO LÉSSA, quando este afirma que “a sociedade irregular é menos que a sociedade regular e mais que a comunhão de bens, tomada essa expressão em sentido restrito”.

Já WALTER T. ALVARES, em determinado momento de seu *Direito Comercial*, diz, partindo da constatação da existência real das “sociedades de fato ou irregulares”, que o “registro ou arquivamento de atos constitutivos, no Brasil, tem função declarativa, e não constitutiva, isto é, a sociedade, para existir, não precisa de arquivamento dos atos, ainda que só por este meio ela se torne regular. O elemento que determina a irregularidade da sociedade é somente a falta de seu registro, donde a falta deste requisito não invalida a constituição da sociedade”.

Mais adiante, contudo, à página 262, faz uma afirmação que parece contraditória com o ponto de vista anterior, pois ensina:

“A capacidade jurídica só surge desde que a pessoa jurídica se constitua legalmente e, ainda mais, seja reconhecida, quando isto for necessário, segundo a lei, e, com efeito, o Código Civil é expresso, no art. 18...”

E, mais além:

“No caso das sociedades comerciais, que são pessoas jurídicas, a capacidade jurídica fica, assim, a depender do arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial, na forma da lei de regência” (Lei número 4.276/65).”

As *pessoas jurídicas*, como sabemos, são seres criados pela vontade humana, dotadas de existência real e de personalidade jurídica, tal como as pessoas físicas. Seu modo de constituição pode variar ou por contrato entre pessoas, ou por uma lei, mas é sempre a mente humana que as idealiza.

CLOVIS BEVILÁQUA definiu dessa forma a pessoa jurídica:

“Uma realidade social, uma formação orgânica investida de direito pela ordem jurídica.”

É, pois, uma “realidade objetiva” (BESEBER, GIERKE), um organismo que passa a ter existência própria, distinta da de seus membros, sendo pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva.

Aceitamos, dessa forma, as conclusões extraídas por WALTER ALVARES:

- a) a pessoa jurídica é reconhecida pelo direito positivo brasileiro;
- b) a pessoa jurídica acolhida pelo direito brasileiro é uma realidade social, uma formação orgânica investida de direitos (CLÓVIS);
- c) com vontade real, distinta da de seus membros.

A qualidade de comerciante, segundo o espírito e a letra do Código Comercial, é adquirida pela “prática habitual da mercancia” (art. 4º).

A Lei Comercial não se limita a reconhecer a existência das *sociedades comerciais irregulares*; presume-a, muitas vezes, e faculta a terceiros, por todos os gêneros de provas, provar a sua existência.

Diz a respeito, o art. 304 do Código Comercial:

“Art. 304 — ... a existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio, e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade.”

E o art. 305 do mesmo Código Comercial diz:

“Art. 305 — Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social.”

Arrola o artigo, em seguida, alguns desses atos.

A própria Lei de Falências, posterior ao Código Civil — Decreto-Lei nº 7.661/45 — admite, expressamente, a decretação da falência da sociedade comercial em que nem ao menos exista o contrato social (art. 8º, III); e sabemos que a falência, pela Lei brasileira, *só pode ser decretada contra comerciantes* — individuais, ou reunidos em sociedade.

Tais fatos são por demais bastantes para se entender que as sociedades comerciais não necessitam inscrever regularmente seus atos constitutivos no Registro do Comércio para adquirirem personalidade jurídica, sendo o seu registro, pois, meramente declarativo da personalidade, transformando-as, apenas, em “sociedades regulares”, nos termos das leis comerciais.

Regulares seriam, pois, as sociedades comerciais que, contratadas por escrito, têm o instrumento (atos constitutivos) de constituição arquivados no Registro do Comércio, a cargo das Juntas Comerciais.

As demais seriam “sociedades irregulares”.

VI — A CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES, NO ANTEPROJETO

As sociedades são classificadas, pelo Anteprojeto de 1972, em:

A) *Sociedades não-personificadas*:

- a) Sociedade em comum;

b) Sociedade em conta de participação.

B) *Sociedades personificadas:*

- a) Sociedades simples;
- b) Sociedade em nome coletivo;
- c) Sociedade limitada;
- d) Sociedade em comandita simples;
- e) Sociedade anônima;
- f) Sociedade em comandita por ações;
- g) Sociedade cooperativa.

Os Capítulos subseqüentes tratam:

- a) das sociedades ligadas;
- b) da liquidação das sociedades;
- c) da transformação, incorporação e fusão das sociedades;
- d) das sociedades dependentes de autorização.

Não foram acolhidas, como um tipo especial de sociedade, as *sociedades de capital e indústria*.

Pelo Anteprojeto, as *sociedades em comum* são aquelas sociedades irregulares ou de fato, isto é, aquelas sociedades que ainda não tiveram inscritos regularmente os atos constitutivos, mas já funcionam. Exceto as "sociedades anônimas em organização", que são disciplinadas de modo específico.

Dispõe o art. 1.049 do Anteprojeto que

"os bens de dívidas sociais constituem patrimônio especial de que os sócios são titulares em comum."

A responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada (art. 1.051).

O Projeto do Código das Obrigações, de 1965, já previa essas "sociedades em comum" (art. 1.123).

VII – AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS NAS SOCIEDADES SIMPLES

O Capítulo I do Subtítulo II – "Das Sociedades Personificadas" – trata da "Sociedade Simples".

De interesse, o disposto no seu art. 1.060, que estabelece:

"As modificações do contrato social que tenham por objeto matéria indicada no art. 1.058 dependem do *consentimento de todos os sócios*."

É disposição idêntica à do art. 1.136 do Projeto do Código das Obrigações, de 1965. Contraria-se, aqui, a regra geral estabelecida pelo Código Comercial, em seus artigos 331 e 486, qual seja a da decisão por maioria de votos, computados os votos pelo quinhão social de cada um.

De forma que, em se tratando de "sociedades simples", a modificação, por exemplo, no próprio capital social, depende do consentimento de todos os sócios.

O Anteprojeto preceitua, entretanto, que:

“Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das cotas de cada um” (art. 1.071) e que, “para formação da maioria absoluta, são necessários votos correspondentes a mais da metade do capital” (§ 1º do art. 1.071).

VIII – OS EXCESSOS DOS ADMINISTRADORES RELATIVAMENTE A TERCEIROS

O art. 1.076, parágrafo único, fixa as hipóteses em que o excesso por parte dos administradores pode ser oposto a terceiros:

- a) se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;
- b) provando-se que era conhecida do terceiro;
- c) tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Disposição idêntica à do art. 1.152, parágrafo único, do Projeto do Código das Obrigações, de 1965, e que, em parte, *inova* sobre o Código Comercial, pois que este apenas admitia a oposição a terceiros dos abusos praticados pelo gerente quando praticasse operações estranhas aos negócios da sociedade (arts. 316 e 33 do Código Comercial).

IX – A DELEGAÇÃO DO USO DA FIRMA

O art. 1.079 do Anteprojeto de 1972 preceitua que:

“Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções. . .”

O art. 1.121, § 1º, do Anteprojeto, que cuida das *sociedades limitadas*, permite apenas que o contrato admita administradores estranhos à sociedade.

Não se aceitou a regra vigente do art. 13 da atual Lei das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada – Lei nº 3.708, de 1919 – que dispõe:

“É lícito aos gerentes delegar o uso da firma, somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação.”

E, mesmo que haja disposição expressa, no contrato, vedando a delegação, tal cláusula não é considerada nula ou ineficaz, mas apenas sujeita o sócio que fizer a delegação à responsabilidade pelas obrigações contraídas pelo substituto (é o que dispõe a parte final do art. 13 da Lei nº 3.708/1919).

Como ensina EUNÁPIO BORGES, tal *delegação* não se confunde com o mandato: da mesma forma que o gerente contratual não é o mandatário da sociedade, mas órgão de representação legal – através e por meio do qual a sociedade se exterioriza e pratica, no âmbito do seu objeto social, todos os atos jurídicos que pode praticar uma pessoa física plenamente capaz – o gerente-delegado, que substitui o delegante em todas as suas funções, atribuições e encargos,

não é um mandatário nem do delegante nem da sociedade, mas, através da delegação, assume, com o lugar do delegante, as funções de órgão da sociedade no uso de cuja firma ou gerência foi delegado”.

Trata-se de originalidade das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, pois que mesmo a Lei das Sociedades Anônimas não admite a delegação de funções dos diretores (podem apenas constituir mandatários ou procuradores: art. 116, § 5º).

A delegação de poderes, que pode ser da maior inconveniência para os sócios, tem sido bastante criticada, razão pela qual foi suprimida expressamente pelo Anteprojeto.

X — A CONSAGRAÇÃO DO BENEFÍCIO DE ORDEM

O art. 1.085 do Anteprojeto, dispondo que:

“os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”,

consagra o denominado *Benefício de Ordem*, que já era previsto pelo art. 350 do velho Código Comercial.

O art. 1.051 do Anteprojeto, todavia, estabelece uma exceção ao princípio, ao dispor que, no caso da “sociedade em comum”, o sócio que tratou pela sociedade em relação a terceiros ficará excluído de tal benefício, podendo ver seus bens particulares executados desde logo.

XI — O NOVO SÓCIO E AS DÍVIDAS ANTERIORES À ADMISSÃO

O sócio admitido em sociedade já constituída não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão. Tal o princípio consagrado pelo art. 1.086 do Anteprojeto, que veio pôr fim à velha controvérsia. É que, invocando o art. 329 do Código Comercial, CARVALHO DE MENDONÇA entendia que “o ponto de partida para a responsabilidade do novo sócio é o da sua admissão”, tendo ao seu lado o magistério de CUNHA GONÇALVES.

Em sentido contrário, todavia, figuram as opiniões de BENTO DE FARIA, do Projeto INGLÊS DE SOUZA, do Projeto de FLORENCIO DE ABREU, Projeto do Código das Obrigações, de 1965, art. 1.162, e o ensinamento de RUBENS REQUIÃO, dentre outros.

O novo sócio, ao ingressar na sociedade já constituída, deve ponderar sobre todas as vantagens e riscos do ato que irá realizar.

Há de perquirir sobre o ativo e o passivo da sociedade, pesar os riscos que irá assumir com o seu ingresso. Gozará dos enefícios e reflexos financeiros dos negócios realizados anteriormente; é justo, pois, que se sujeite também aos respectivos riscos.

XII — A LIQUIDAÇÃO JUDICIAL DA COTA DO SÓCIO DEVEDOR

O art. 1.087, parágrafo único, introduz em nosso direito, expressamente, a faculdade de o credor particular do sócio “requerer a liquidação da cota do

devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.092, será depositado em dinheiro, no Juízo da Execução, até três meses após a liquidação”.

É a chamada “liquidação judicial da cota do sócio devedor pelo seu credor particular”, assunto que tem merecido a atenção dos juristas, e cuja solução é agora expressamente consagrada em dispositivo legal. Igualmente, o Projeto do Código das Obrigações, art. 1.163, previa dispositivo idêntico.

XIII — A LIQUIDAÇÃO DA COTA EM CASO DE MORTE DO SÓCIO

O art. 1.089 do Anteprojeto determina a liquidação da cota do sócio no caso de sua morte, salvo se:

- 1 — o contrato dispuser diferentemente;
- 2 — os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;
- 3 — por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Tais disposições, hoje tranqüilamente aceitas em nosso direito, vêm contrariar o disposto no art. 335, 4º, do vetusto Código Comercial, que previa a *dissolução das sociedades* “pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito, dos que sobreviverem”.

XIV — A RESPONSABILIDADE EM CASO DE RETIRADA DOS SÓCIOS

O art. 1.090 do Anteprojeto disciplina que qualquer sócio pode retirar-se da sociedade. Se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de dois meses; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

O valor de sua cota será calculado com base na situação patrimonial da sociedade à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado (art. 1.092), sofrendo o capital social a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprimem o valor da cota (§ 1º do art. 1.092).

Sua retirada, exclusão ou morte não exime, ou a seus herdeiros da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade (art. 1.093). O Código Comercial, no art. 339, trazia dispositivo semelhante.

Também a Lei de Falências, art. 5º, parágrafo único, dispõe que os sócios de responsabilidade solidária que, há menos de dois anos, se tenham despedido da sociedade, não são considerados falidos, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produzir em relação à sociedade falida. Seu patrimônio é também arrecadado juntamente com os dos sócios remanescentes. Isto, todavia, não ocorrerá se:

- a) os credores da sociedade tiverem consentido expressamente na retirada;
- b) os credores tiverem novado a dívida;

- c) os credores tiverem continuado a negociar com a sociedade, depositando confiança em seu crédito.

De nada vale, pois, em relação a terceiros, cláusula contratual que desonere de imediato o credor que se retira.

XV – OS MODOS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Os modos de dissolução da sociedade encontram-se previstos no art. 1.094 do Anteprojeto, salientando-se, pela inovação, o disposto no item IV:

“A falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de seis meses.”

Aqui se permite expressamente possa uma sociedade *sobreviver com apenas um sócio*, desde que, no prazo de seis meses, seja reconstituída a pluralidade de sócios.

Relativamente à possibilidade de existência da *sociedade unipessoal*, deve esclarecer-se que, atualmente, não é mais incontroverso o princípio de que as sociedades devem constituir-se de, no mínimo, duas pessoas. No Brasil, inclusive, leis especiais têm criado sociedades desse tipo, como a NOVACAP, a ELETROBRAS, até recentemente, quando era contituída apenas de capital público da União.

Além disso, a Lei das Sociedades Anônimas, no seu art. 137, letra *d*, permite a existência da sociedade com um só acionista, desde que o número legal seja completado até à segunda assembléia-geral ordinária.

Tal dispositivo se aplica a todos os tipos de sociedades previstos no Anteprojeto (o do art. 1.094, item IV), exceto para as sociedades anônimas, que possuem no art. 1.275, item IV, dispositivo próprio, idêntico ao da atual Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 137, letra *d*.

Os modos de dissolução das sociedades são:

- a) de pleno direito (art. 1.094);
- b) judicial (art. 1.095).

Também a *liquidação* pode ser *judicial* ou *extrajudicial*, modalidades já tradicionalmente consagradas em nosso Direito.

Inovação, já prevista no Projeto do Código das Obrigações, de 1965 — artigo 1.174 — é a *possibilidade conferida ao Ministério Público de promover a imediata liquidação judicial da sociedade nos casos em que ocorrer a “extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar”* (art. 1.098), caso os administradores não o tenham feito nos trinta dias seguintes à extinção da autorização.

Estas, as principais observações que nos ocorreram respectivamente ao novo tratamento das sociedades comerciais no Anteprojeto do Código Civil de 1972.

Dispensamo-nos, nesta oportunidade, de tecer comentários ao tratamento conferido pelo Anteprojeto a cada um dos tipos peculiares de sociedades, por já estar demasiado alongado o presente estudo.