

NOVO CÓDIGO CIVIL: UNIFICAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E DIREITO SOCIETÁRIO

*Suzy Cavalcante Koury**

Sumário: 1. Introdução. 2. A unificação das obrigações civis e comerciais. 3. A empresa no Novo Código Civil. 4. O empresário individual. 5. Os tipos societários no Novo Código Civil. 6. A revolução das normas relativas aos empresários e às sociedades empresariais. 7. Conclusão.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto analisar se o novo Código Civil brasileiro procedeu, efetivamente, à unificação parcial das obrigações civis e comerciais e se sistematizou um real Direito de Empresa em nosso ordenamento jurídico. Aborda, ainda, as modificações introduzidas quanto ao empresário individual e aos tipos societários. Ao fim, trata da questão da revogação das normas relativas aos empresários e às sociedades empresárias que estavam em vigor antes da promulgação do novo Código.

Palavras-chave: empresa, empresário, Código Civil, sociedades comerciais, obrigações.

ABSTRACT

This essay intends to analyze if the new Brazilian Civil Code has effectively proceeded the partial unification of the civil and commercial obligations and if it has structured a real Enterprise Law in our legal system.

* Juíza Togada do TRT 8ª Região, Doutora em Direito pela UFMG e Professora-Pesquisadora do Curso de Direito da Faculdade Ideal, Belém-PA.

It also debates the changes introduced by the Code in relation to the individual entrepreneurs and to the companies. At last, it discusses the revocation of the laws about the entrepreneurs and the commercial companies that were ruling before the enactment of the new Code.

Key words: enterprise, entrepreneur, Civil Code, companies, obligations.

1- INTRODUÇÃO

Após tramitar por 25 (vinte e cinco) anos, o Projeto de Código Civil nº 634-B, de 1975, foi transformado em lei e sancionado pelo Presidente da República, constituindo-se no novo Código Civil brasileiro, que se encontra em vigor desde 11.01.2003, 1 (um) ano após sua publicação, na forma do disposto em seu artigo 2.040.

O Código inova no Direito brasileiro, tendo revogado *in totum* o Código Civil de 1916, a parte primeira do Código Comercial de 1850 (art. 2.054), bem como toda a legislação civil e mercantil abrangida por ele ou com ele incompatível.

Houve uma série de tentativas anteriores de elaboração de uma nova codificação do Direito Civil, todas elas visando a unificação das obrigações civis e mercantis, sem que, contudo, tenham sido efetivadas.

O Projeto de Código Civil que se transformou, agora, na Lei nº 10.406/2002, começou a ser discutido em 1963, quando muitos dos leitores sequer eram nascidos, só vindo a ser concluído no ano de 2002.

Nesse ínterim, além de todas as modificações que ocorreram na sociedade, as quais, em sua maioria, foram ignoradas pelo Código, o Brasil teve 2 (duas) Constituições distintas, e inúmeras leis passaram a tratar de diversas matérias não abrangidas nem pelo Código Civil, nem pelo Comercial.

O objetivo precípua deste trabalho é o de tentar estabelecer o alcance da unificação procedida, e, principalmente no que diz respeito à matéria comercial, se houve avanço, ou retrocesso.

A fim de alcançar este desiderato, inicialmente buscaremos analisar a oportunidade da codificação, após o que discorreremos sobre a unificação das obrigações civis e comerciais, a teoria da empresa no novo Código e a matéria societária.

2- A UNIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CIVIS E COMERCIAIS

O primeiro ponto a ser destacado é o caráter histórico do Direito, pois, como fenômeno cultural que é, mostra-se condicionado pela realidade social, a ponto de MIGUEL REALE ter afirmado que "... não há, inegavelmente, fenômeno jurídico que não se desenvolva em certa condicionalidade histórico-social."¹

Decorre daí o fato de o Direito ser essencialmente mutável, devendo as normas jurídicas acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, o que, para alguns, seria dificultado e, até mesmo, obstado pelas codificações, que seriam retentoras e impediriam o processo de desenvolvimento do Direito.

Por essa razão, ainda no Século XIX, quando do movimento codificador, iniciado com o Código Civil francês, já discordavam os juristas a respeito de sua oportunidade.

Houve, então, grande polêmica entre SAVIGNY, que contestava a codificação em nome da historicidade e da continuidade do direito, e THIBAUT, que a defendia como instrumento de racionalidade e de segurança jurídica. Saiu vencedora a tese do segundo, pois os benefícios da codificação encontraram eco nos diversos ordenamentos jurídicos de então, mormente

1 In Filosofia do Direito, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 434.

porque interessava aos governantes, facilitando sobremaneira o processo de estatização do direito.²

De toda sorte, o caráter histórico deve encontrar ressonância nas codificações, pois, como destacou com percuciência SAVIGNY, tanto quanto o direito, **os códigos são obra do tempo, e não para o tempo**. Neste sentido, afirma RIBEIRO DE VILHENA, *verbis*:

“Historicamente, harmoniza-se com a índole de um povo e com suas tradições jurídicas. Implanta-se como uma operação de acabamento e de depuração na evolução jurídica de um Estado e há de refletir, por isso, a maturidade jurídica da sociedade a que se aplica, a sedimentação que se institucionaliza, sob pena de transformar-se em puro artificialismo ou decalque de sistemas estrangeiros.”³

Conclui-se, assim, que uma codificação não pode ser imposta, mas deve advir das circunstâncias históricas, políticas, jurídicas e sociais de um determinado ordenamento jurídico, refletindo-as.

Tanto isso é verdade que, quando da edição do Código Civil Francês, conhecido como Código Napoleão, de 1804, qualificado pelo ditador como sua obra imortal, o mesmo já não refletia os anseios da sociedade, pois a Europa já enfrentava a Primeira Revolução Industrial, fase de transição entre o individualismo que presidiu o Código e o intervencionismo estatal, que se verificaria nas legislações futuras.

No Direito brasileiro, já em 1859, TEIXEIRA DE FREITAS, ao ser incumbido de elaborar projeto de codificação civil, apresentou seu famoso Esboço, em que previu a unificação das matérias civil e comercial.

2 Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*, 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 32.

Em 1912, INGLEZ DE SOUZA propôs um Código de Direito Privado, pois, em seu entender, a crescente influência do Direito Comercial impunha que o Direito Civil com ele se fundisse.⁴

As idéias unificadoras retornaram, já sob a influência do Direito Suíço⁵, em 1941, tendo-se buscado a unificação legislativa das obrigações civis e mercantis no ordenamento jurídico pátrio, com o Anteprojeto de Código de Obrigações, elaborado por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, a qual também não foi levada adiante.

No ano de 1961, ORLANDO GOMES foi convidado pelo Governo Federal a elaborar um Anteprojeto de Código Civil, missão da qual se desincumbiu, tendo o texto sido enviado à Câmara, e, posteriormente, retirado a pretexto de precisar sofrer modificações, o que é explicado por JUDITH MARTINS COSTA pelo fato de o renomado civilista ter proposto mudanças no Direito de Família que não teriam sido aceitas pela comunidade jurídica.⁶

Mesmo tendo o Governo Federal decidido pela elaboração de um Código Civil, ao mesmo tempo convidou CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA para apresentar um Anteprojeto de Código das Obrigações, tarefa esta que aceitou, pois sempre entendeu "... que não existia razão científica para que se submetessem a regimes diferentes relações jurídicas de natureza idêntica, em razão apenas do caráter subjetivo de seus integrantes."⁷

O projeto foi finalizado por CAIO MÁRIO e, dentre outros, TEÓFILO DE AZEREDO SANTOS e SYLVIO MARCONDES, sendo que teve o mesmo destino do Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes, ou seja, também

3 Id. *ibid.*, p. 41.

4 Cf. REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 21.

5 O Código Civil Italiano de 1942, e o Código Suíço de Obrigações, estabeleceram uma teoria geral das relações privadas, unificando as obrigações civis e comerciais, sendo que o italiano incluiu, também, as relações de trabalho.

6 Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". In: MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

7 In Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução; Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 235.

foi retirado pelo Governo, que recuou para não enfrentar as naturais críticas a ele dirigidas.⁸

O Anteprojeto de Código Civil nº 634-B começou a ser elaborado em 1969, por Comissão presidida por MIGUEL REALE⁹, tendo a mesma decidido reincluir no corpo do Código o Direito Obrigacional e proceder a unidade das obrigações civis e comerciais, a qual seria “verdadeira vocação da experiência jurídica brasileira”, como constou da Exposição de Motivos, e não por mera intenção de copiar a legislação civil italiana.

As questões que se colocam neste ponto são: 1^a) o novo Código Civil brasileiro tem o condão de refletir as circunstâncias históricas, políticas, jurídicas e sociais da sociedade brasileira atual, ou, ao contrário, “já nasceu velho”? e 2^a) a unificação das obrigações civis e mercantis foi procedida com lógica?

A resposta à primeira questão esta na própria formação da Comissão de Revisão concomitantemente com sua aprovação pelas Casas Legislativas, que se empenha na formatação de vários projetos para modificá-lo.

Como se pode explicar a necessidade de revisão de um Código que sequer entrou em vigor?

Isso se deve ao fato de o Código refletir, em muitos pontos, a situação que existia em 1963, quando se iniciou sua discussão, tendo ignorado, dentre outros avanços, a validade dos documentos eletrônicos, a união entre pessoas do mesmo sexo e as questões sucessórias envolvidas na possibilidade de uma mulher alugar o ventre de outra mulher para gerar um filho, o destino de embriões excedentes de inseminação artificial, a clonagem e a celebração de contratos por meio da *internet*, por exemplo.

8 Cf. id. *ibid.*, p. 236.

9 Constituíram a Comissão, além de Reale, José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito da Empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

O argumento de que um Código só deva refletir aquilo que já esteja consolidado na sociedade não é suficiente, haja vista que todas as matérias acima são, de muito, comuns no dia-a-dia das pessoas, sendo certo que não há qualquer possibilidade de retrocesso nesses assuntos.

Deve-se reconhecer que o trabalho do Senador JOSAPHAT MARINHO foi incansável, tendo o mesmo analisado uma série de emendas e buscado fazer correções no texto, mas houve um flagrante prejuízo ao sentido sistemático, mormente no que diz respeito à matéria comercial, inexistindo conexão e interação entre os diversos dispositivos dedicados à mesma.

O modelo do Código Italiano de 1942, no qual se procedeu a unificação das obrigações de Direito Privado, incluindo-se não só as civis e comerciais, como, também, as trabalhistas, produziu a ruptura da idéia de unidade e de uniformidade de conteúdo dos institutos jurídicos incorporados, risco este sempre ocorrente quando o legislador inclui na codificação institutos jurídicos de disciplina diferente daquela que se codificou.¹⁰

A falta de racionalidade resta evidenciada pelo fato de que o legislador não acabou com a divisão básica entre empresário civil e empresário comercial, e entre sociedade civil e comercial, no que diz respeito à insolvência.

Os grandes comercialistas VIVANTE, WALDEMAR FERREIRA, OTÁVIO MENDES e MIRANDA VALVERDE, sempre defenderam que a unificação teria que se iniciar pela falência, sustentando sua extensão aos não-comerciantes, afirmando o primeiro que "... estendida a quebra a todos os devedores insolventes, suprimida a presunção de comercialidade que hoje acompanha os atos de comerciante, poucas vezes se apresentaria nas relações privadas a necessidade daquela indagação."¹¹

10 Cf. VILHENA, op. cit., p. 37.

11 Apud. REQUIÃO, op. cit., p. 23.

Do mesmo modo, CARVALHO DE MENDONÇA afirmava a possibilidade de fusão das matérias que são comuns ao Direito Civil e ao Comercial, enumerando-as: os contratos, as obrigações e a falência.¹²

Conclui-se, assim, com REQUIÃO, que a unificação procedida pelo novo Código foi meramente formal, persistindo "... a dicotomia, na indagação de quem é empresário comercial e de quem não o é"¹³, pois mantida, no artigo 966, a distinção entre empresário civil e comercial.

Ademais, o Código, ao invés de sistematizar, inovou, pois unificou as obrigações civis e comerciais, criou alguns tipos societários e extinguiu outros, como a sociedade de capital e indústria, de grande uso em nosso ordenamento jurídico, mudou nomenclaturas consagradas, ignorou contratos importantes que ainda não se encontravam plenamente regulados, assim como as relações de consumo, tendo mantido os dispositivos sobre a compra e venda mercantil, ao arrepio daquilo que prevê o Código do Consumidor, o que, como ensina RIBEIRO DE VILHENA, não é propriamente o que se espera de uma codificação, sendo o papel desta o de compilar o material legislativo já existente.¹⁴

Destaque-se que, no Direito brasileiro, que pertence à "família" do *Civil Law*, ou do Direito Continental, caracterizada pela existência de direito escrito, torna-se difícil enfrentar a moderna discussão sobre a desnecessidade de codificações e leis, e o prestígio ao direito objetivo, criado pelo juiz em relação a cada caso concreto, como acontece nos Direitos Inglês e Norte-americano, integrantes da "família" da *Common Law*¹⁵

Todavia, no campo do Direito Comercial, o Código novo implica em descompasso entre o Direito e a realidade que visa a regular, descompasso

12 In Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. 1., São Paulo, Bookseller, 2000, p. 31.

13 REQUIÃO, loc. cit., p. 24.

14 Cf. op. cit., p. 44.

15 Um completo estudo sobre as diversas "famílias" do Direito pode ser encontrado em DAVI, René.

este que resta evidenciado pelo fato de grande parte dos institutos desse ramo do Direito terem emanado dos usos e costumes comerciais, o que ocorreu não só na Idade Média, mas sói acontecer hoje com mais vigor, dada a globalização, que elimina as fronteiras entre os países e impõe novas formas de relacionamentos econômicos, como exemplificam as diversas figuras contratuais novas (franquia, *leasing*, *factoring*, dentre outras), todas ignoradas pelo novo Código.

Registre-se que a Comissão tomou como pressuposto metodológico a adoção de um “sistema aberto”, a ser complementado pela jurisprudência e por leis posteriores, a ponto de MARTINS-COSTA compará-lo com a Constituição Federal, no seguinte trecho:

“O Código Civil é polarizado, é certo, pela diretriz sistemática, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, o que visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Porém, do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema caracteriza-se como ‘um eixo central’ e como um *sistema aberto* em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução – de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo.”¹⁶

Essa premissa, de certa forma, facilitará as adequações no campo do Direito Comercial, mas não será suficiente para que se afaste a constatação de que o novo Código não logrou unificar as obrigações civis e comerciais, pois manteve a dicotomia entre empresários civis e comerciais, bem como não observou a evolução do Direito Comercial, ao manter diversos

16 Op. cit., pp.117-118.

tipos societários totalmente em desuso, e ao extinguir as sociedades de capital e indústria, estas sim ainda utilizadas na vida comercial.

Finalmente, em que pese a unificação parcial, não persiste qualquer dúvida quanto à autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil¹⁷, sendo que, mesmo na Itália, ela persiste, pois é científica, decorrendo do fato de as disciplinas terem institutos próprios, métodos distintos e índoles distintas, a ponto de o italiano ROCCO ter afirmado, *verbis*:

“Ora, que as normas concernentes ao comércio e as concernentes à vida civil estejam contidas em um ou em dois códigos não é coisa que tenha grande importância sob o ponto de vista científico. O direito comercial poderia permanecer um direito autônomo, e, portanto, a ciência comercial uma ciência jurídica autônoma, ainda que as normas do direito comercial estivessem contidas em um código único, conjuntamente com as do direito civil das obrigações.”¹⁸

E, concluindo com WALDEMAR FERREIRA que afirmou “Códigos são uma coisa. Direito é outra”¹⁹, afirma-se que o Direito Comercial “... existiu. Existe. Subsistirá.”²⁰

Feitas essas considerações preambulares, passamos à análise geral das disposições do novo Código no que diz respeito à empresa.

3- A EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

O conceito de empresa nunca foi pacífico. Ao contrário. A empresa já foi tratada como “a cefaléia dos comercialistas”, “ente fantasmagórico”,

17 Registre-se que o próprio MIGUEL REALE, no discurso proferido por ocasião da sanção do novo Código, ressaltou que o Direito Comercial permanece como direito autônomo e especial, disciplinando a atividade econômica de natureza eminentemente mercantil. Neste sentido, cf. FIGUEIRA JR., Joel. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.) Novo Código Civil Comentado, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1831.

18 Apud. REQUIÃO, op. cit., p. 22.

19 In Tratado de Direito Comercial, v. 1.; São Paulo, Saraiva, 1960, p. 189.

20 Id. *ibid*, p. 187.

“abstração”, “centauro jurídico”, havendo quem, até mesmo, duvidasse de sua existência.

Em que pese todas essas manifestações, os comercialistas sempre se dedicaram a conceituá-la, sendo que o italiano ALBERTO ASQUINI, ao proceder análise do Código Civil italiano de 1942, encontrou 4 (quatro) empregos distintos do vocábulo, tendo construído interessante artigo sobre os diversos perfis da empresa.²¹

São 4 (quatro) os perfis detectados pelo mestre italiano, a saber:

1º) **perfil funcional ou dinâmico**, sob o qual a empresa é considerada como atividade do empresário;

2º) **perfil patrimonial ou objetivo**, sob o qual a empresa é considerada como objeto de direito, confundindo-se com o patrimônio e o estabelecimento;

3º) **perfil subjetivo**, no qual se ressalta a pessoa do empresário, como aquele que exerce a empresa, de tal forma que a empresa é o próprio empresário, corrente esta que, no Direito brasileiro, foi assumida por SYLVIO MARCONDES MACHADO, quando da elaboração do Projeto de Código das Obrigações, como dá notícia CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA no Relatório que acompanhou o projeto;²²

4º) **perfil corporativo**, segundo o qual a empresa é considerada como um núcleo social organizado, formado pelo empresário e por seus colaboradores, conceito este que levaria ao enquadramento da empresa como instituição.

Verifiquemos, então, o perfil adotado pelo novo Código.

21 Cf. ASQUINI, Alberto, “Profilli dell ‘Impresa”, Rivista del Diritto Commerciale, Milano, 41 (1) : 1-20, 1943, pp. 1-2. Uma análise mais aprofundada dos perfis de ASQUINI pode ser encontrada em KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas, Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 17-41.

22 Cf. Projeto de Obrigações, Brasília, Imprensa Oficial, 1965, p. IX.

De notar, inicialmente, que a empresa não foi conceituada em nenhum momento, apesar de o Livro II ter sido denominado de “DIREITO DE EMPRESA”, o que constitui um primeiro indicativo de que não se tornou o fulcro do Direito Comercial.

Esse fato é explicado com facilidade, haja vista que o Código **não adotou a idéia de empresa como pessoa jurídica, e sim como atividade do empresário**, o qual, antigamente, era chamado de comerciante, enquadrando-se, assim, no perfil subjetivo clássico que ASQUINI localizou em alguns dos dispositivos do Código Civil italiano de 1942.

Tanto isso é verdadeiro que **o título do Livro é Direito de empresa, e não Direito da empresa**, constando da Exposição de Motivos do novo Código que são suas linhas básicas o conceito de empresário e o de sociedade²³, mantendo-se, assim, o que já existia em termos de regulamentação da empresa em nosso ordenamento jurídico, modernizando-se as nomenclaturas, e nada mais.

Note-se que o legislador do Código Civil Italiano de 1942 também procedeu desta forma, como ensina FRANCESCO MESSINEO:

“Como se pôde observar, a lei, ao traçar minuciosamente a figura do empresário, embasa-se nesta noção, e não na de empresa. Verdadeiramente, o legislador não definiu a empresa, porque considera que seu conceito está implicitamente incluído no conceito de empresário, enquanto titular da empresa, do mesmo modo que, por exemplo, ao definir os poderes do proprietário (artigo 832), se define também o conteúdo do direito de propriedade (conferir, também, art. 1754). Neste sentido, ‘empresário’ e ‘empresa’ são equivalentes: o termo ‘empresa’

23 REZENDE, Afonso Celso F. de. Novo Código Civil, Campinas: Copola, 1998, p. XII.

é, então, empregado no sentido subjetivo: é um *modus dicendi*, para mencionar o empresário: empresa é o 'abstrato' de empresário."²⁴

Ademais, nesta parte, o novo Código Civil foi elaborado precisamente por SYLVIO MARCONDES MACHADO, o qual, em muitos pontos, manteve a linha do seu projeto de Código de Obrigações.

Foi ignorada a tendência, cada vez mais firme, de considerar-se a empresa como pessoa jurídica, e as sociedades como mecanismos jurídicos a serviço das empresas, de tal forma que estas podem escolher constituir-se sob a forma societária que mais lhes convier, dentre aquelas disponibilizadas pelo ordenamento jurídico.²⁵

Com efeito, estabeleceu o artigo 965, *verbis*:

“Art. 965. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Portanto, não há falar em mudança real do Direito Comercial, pois, apesar do Título do Livro II, este continua a gravitar em torno do empresário (antigo comerciante individual) e das sociedades empresárias (antigas sociedades comerciais), de tal forma que continuamos a não ter sistematizado um real Direito da Empresa.

Passamos, então, à análise das disposições do novo Código no que diz respeito ao empresário e às sociedades empresárias.

4 – O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

O empresário é conceituado no artigo 966, como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

24 In Manual de Derecho Civil y Comercial, trad. Santiago Santis Melendo, t. 2; Buenos Aires, EJEA, 1971, pp. 214-5.

25 Para um estudo mais profundo sobre a empresa como pessoa jurídica, cf. KOURY, op. cit, pp. 41-57. Cf. também CRISTIANO, Romano. Conceito de empresa., São Paulo: Arte&Cultura, 1995, pp. 13 a 19 e 138 a 157.

Relembrando-se o conceito de comerciante do antigo Código, como aquele que pratica com profissionalidade a mercancia, conclui-se que a definição não sofreu alteração.

O parágrafo único do artigo 966 trata dos profissionais liberais, considerando como tais os que exerçam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa, ou seja, salvo se esses profissionais, de forma organizada, busquem alcançar resultados econômicos.

Exige o novo Código o registro para que os empresários comerciais sejam considerados como tais, de tal forma que, além do exercício do comércio como profissão habitual, só será considerado empresário quem estiver registrado, o que nunca foi exigência em nosso Direito para que alguém fosse considerado comerciante.

Com efeito, sempre foi tradição do Direito brasileiro a filiação ao sistema francês para a caracterização do comerciante, sendo verificada pelo exercício habitual da mercancia e pela prática de atos de comércio.

A Lei nº 8.934/94, que disciplina o Registro de Comércio, não previu tal hipótese, só tendo exigido a matrícula de leiloeiros, tradutores públicos, intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns gerais, situação esta que veio a ser modificada, adotando o novo Código, em seu artigo 32, o sistema italiano do Código de 1942, segundo o qual só é comerciante quem estiver registrado como tal, tornando-se a inscrição no Registro de Comércio, ao lado da profissionalidade, requisito essencial para sua caracterização.

Ao comentar o artigo 967 do novo Código, RICARDO FIÚZA aponta a necessidade de ser promovida atualização na Lei nº 8.934/94, a fim de

compatibilizar-se o regime atualmente vigente à sistemática de matrícula ou inscrição obrigatória.²⁶

No artigo 977, foi proibida a sociedade entre cônjuges casados no regime de comunhão universal de bens, ou no de separação obrigatória, dispositivo este que merece críticas.

Com efeito, o legislador, neste ponto, com o objetivo de evitar a mudança do regime matrimonial, apartou-se da realidade comercial, que de muito as admite, pois, como destaca MARLON TOMAZETTE, *verbis*:

“A intenção da proibição da sociedade entre cônjuges casados por tais regimes é, pois, evitar a mudança do regime matrimonial. Entretanto, acreditamos que tal solução não se justifica. Há bens que, mesmo no regime da comunhão universal, não se comunicam (art. 1688), e nem sempre é necessária a participação efetiva de todos os sócios na vida da sociedade. Além disso, para os casados no regime da separação obrigatória, não se proíbe a aquisição de um bem em condomínio, então por que proibir a associação entre os dois?”²⁷

Ressalte-se que a questão já havia sido superada pela Lei nº 4.121/62, que instituiu o patrimônio separado da mulher ou do marido, ainda que o regime matrimonial seja de comunhão. Aliás, a jurisprudência não se atinha ao regime de bens para solucionar a questão, considerando tais sociedades como válidas, desde que observados todos os requisitos comuns às demais sociedades, e que não visassem à utilização da pessoa jurídica para fins contrários ao direito.

26 Cf. op. cit., p. 871.

27 As sociedades simples do novo Código Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, 91: 36-56, jun. 2002, p. 38.

É certo que o fato de o artigo 1639, em seu §2º, possibilitar a mudança do regime de bens, pode solucionar o problema criado pelo legislador, mas não evita os transtornos àqueles que, há muito tempo, mantêm sociedades deste tipo, sendo que, consoante a disposição legal, a mudança depende de autorização judicial, após apurada a procedência das razões invocadas pelos cônjuges, e ressalvados os direitos de terceiros, o que, por óbvio, leva tempo e importa em custos para os sócios.

Assim, não houve qualquer avanço no que diz respeito aos empresários e sim maiores exigências e proibições.

5- OS TIPOS SOCIETÁRIOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

No campo das sociedades empresárias, os problemas são bem maiores, tendo havido grave descompasso entre as disposições do novo Código e a realidade comercial, o que certamente trará uma série de dificuldades na sua aplicação.

As sociedades foram divididas em **personificadas**, entendendo-se como tais as que procederam o arquivamento de seus atos constitutivos no Registro do Comércio e **não personificadas**, aquelas que não possuem registro.

As sociedades não personificadas foram chamadas de sociedades em comum, mantida a sociedade em conta de participação dentro desta categoria.

Os problemas começam no artigo 982, que manteve a distinção entre as antigas sociedades civis, agora chamadas de sociedades simples, e as sociedades empresárias.

As sociedades simples são aquelas que não exercem atividade própria de empresário sujeito a registro, ou seja, atividades não-empresariais e rurais, podendo ser constituídas sob qualquer das formas societárias previstas para as sociedades empresárias.

Aqui se apresenta a primeira questão grave de sistematização e de quebra de lógica na regulamentação da matéria, pois estas sociedades foram disciplinadas de forma minudente, com regras aplicáveis também às sociedades empresárias.

Ora, como já se disse, o legislador, se quisesse efetivamente unificar as obrigações, deveria ter acabado com a diferença entre sociedades civis e empresárias, mas a manteve, e, ao invés de criar um capítulo com regras gerais aplicáveis aos 2 (dois) tipos de sociedades, regulou as simples e mandou aplicar as regras a ela pertinentes, no que couber, às sociedades empresárias, o que mereceu críticas de, dentre outros, RUBENS REQUIÃO, *verbis*:

“Condenamos, conforme já tivemos oportunidade de expressar em outro estudo, a introdução da sociedade simples no direito brasileiro, sem raízes na tradição jurídica de nosso País. Seria mais conveniente que o Anteprojeto de Código Civil estabelecesse, como no regime atual, os princípios gerais que presidem as sociedades. A França, em 1966, modernizando o seu direito societário, prescindiu da inovação alienígena, efetuando corajosa reforma, tendo em vista os seus interesses nacionais, sem fugir às linhas mestras de sua tradição jurídica.”²⁸

Foram mantidos pelo legislador os seguintes tipos societários: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e em comandita por ações.

Em relação às sociedades em nome coletivo e em comandita simples, resta evidente o descompasso, pois estes tipos societários já não se encontram em uso de muito.

28 Op. cit., pp. 369-70

As sociedades de capital e indústria foram extintas, e, estas sim, ainda eram escolhidas como mecanismo contratual, sendo que as ainda existentes terão que se adequar no prazo de 1 (um) ano, a contar da entrada em vigor do novo Código, consoante dispõe o artigo 2.031, ou seja, no mesmo prazo assinado aos empresários para o cumprimento das normas constantes dos artigos 967, 968, 969, 971, 974, 975, 979 e 980 Pergunta-se: que tipo societário poderá substituí-las no seu importante papel de permitir que pessoas que detenham alguma técnica essencial ao desenvolvimento de um negócio ingressem com seu trabalho, sendo o aporte de capital feito pelos demais sócios?

FRAN MARTINS sugere que seja utilizada a sociedade em comandita, estabelecendo-se normas a respeito da posição dos sócios que não concorram com dinheiro para o capital social, e sim com seu trabalho²⁹. Todavia, seria necessário que o Código permitisse a contribuição de sócios para o capital com sua indústria, o que, contudo, só é permitido nas sociedades simples. Neste sentido, destaca RICARDO FIÚZA, ao comentar o artigo 1006, *verbis*:

“Na sociedade simples, ao contrário da sociedade empresária, permite-se que um ou alguns dos sócios possam dela participar sem que contribuam para a formação do capital social com dinheiro ou bens, mas apenas com serviços, isto é, com trabalho.”³⁰

No que diz respeito às sociedades limitadas a regulamentação manteve sem solução diversos problemas que já vinham sendo enfrentados no dia-a-dia dos Tribunais e na prática dos advogados, como a questão da normatização da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, já existente em diversos países, e que solucionaria diversas questões práticas. O pior é que a possibilidade de uma limitada, reduzida a 1 (um) só sócio,

29 in Curso de Direito Comercial, 27ª ed., atualizada por Jorge Lobo; Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 198.

30 Op. cit., p. 910.

permanecer em funcionamento pelo prazo de 1 (um) ano, que já tinha sido assentada pela jurisprudência, prazo em que deveria ser recomposto o número mínimo de 2 (dois) sócios, foi reduzido para 6 (seis meses, em grave retrocesso que vai de encontro à moderna linha de preservar a empresa a todo custo, haja vista sua função social.

Destaque-se, ainda, os prejuízos aos terceiros de boa-fé representados pelo artigo 1.015, parágrafo único, do novo Código, o qual, como destaca ALFREDO ASSIS GONÇALVES³¹ responsabiliza terceiros por atos *ultra vires societatis*, ou seja, atos praticados pelos gerentes com excesso de mandato ou em violação ao contrato social, desde que: a) a limitação de poderes esteja inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; ou b) se prove que era conhecida do terceiro; ou, ainda, c) se trate de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Registre-se que o artigo 47 do novo Código também prevê que a pessoa jurídica fica obrigada pelos atos dos administradores exercidos nos limites de seus poderes, definidos no ato constitutivo.

Essa questão era, até agora, resolvida de modo distinto, aplicando-se a 2ª parte do artigo 10, do Decreto nº 3.708/19, que regula as sociedades por quotas, sendo que a sociedade respondia pelos atos praticados por seus administradores com excesso de poder ou em violação ao estatuto, podendo, em regresso, demandar o sócio-gerente.

Aplicava-se, assim, a chamada teoria da aparência, impedindo-se que restrições estatutárias fossem oponíveis a terceiros de boa-fé, vez que o ato fora praticado por titular aparente do direito, entendendo-se que não se poderia exigir que terceiros, em cada caso, examinassem nas Juntas Comerciais os estatutos, o que, com o novo Código, terão que fazer, em retrocesso à segurança que é essencial à vida comercial.

31 Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pp. 21-24.

No que diz respeito à discussão sobre a possibilidade de cessão das quotas, consagrou o novo Código a corrente doutrinária defendida por JOÃO EUNÁPIO BORGES, qual seja, no silêncio do contrato há ampla liberdade para a cessão das quotas, o que dá a este tipo societário acentuada feição de sociedade de capital.

Essa feição de sociedade de capital é reforçada pela possibilidade de o contrato permitir administradores não sócios, prevista pelo artigo 1.061 do Código Civil.

Ainda em relação a esse tema, prevê o novo Código, no artigo 1.025, aplicado por força do artigo 1.053, que o sócio admitido em sociedade já constituída não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão, sendo que, no caso de retirada de sócio, que só terá efeito após ser averbada na Junta Comercial, sua responsabilidade subsistirá pelo prazo de 2 (dois) anos após sua saída (art. 1003, parágrafo único), em caráter solidário com o sócio que ingressou.

Quanto aos sócios dissidentes, o artigo 1.077 assegura-lhes o direito de retirar-se da sociedade quando, por deliberação da maioria, o contrato social for modificado, em qualquer de suas cláusulas, devendo receber o valor de suas quotas com base na situação patrimonial real, apurada em um balanço especialmente levantado (art. 1.031).

Neste ponto, o novo Código consagrou a orientação jurisprudencial que já vinha sendo adotada pelo STJ.

A polêmica que existia quanto à possibilidade de penhora de quotas por dívidas particulares dos sócios foi solucionada pelo artigo 1.025, aplicado por força do artigo 1.053, tendo sido consagrada a tese defendida por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR no sentido da ampla possibilidade de penhora, o que, aliás, já era admitido no artigo 47, §2º, do Decreto 1.800/96.

O artigo 1.027, aplicável por força do artigo 1.053, regula os casos de falecimento de sócio e de seu cônjuge, deixando herdeiros, bem como a hipótese de separação judicial ou divórcio de sócio, prevendo a necessidade de partilha dos bens do sócio falecido ou daquele que extinguiu a sociedade conjugal.

No caso de morte de sócio, a regra é a liquidação de sua quota (*caput* do art. 1.028), mas os sócios remanescentes podem optar pela liquidação da sociedade (art. 1.028, II).

Prevê o artigo 1.028, em seu inciso III, a possibilidade de os herdeiros do sócio falecido passarem a integrar a sociedade, desde que haja acordo entre os sócios.

Todavia, no que pertine aos herdeiros do cônjuge, não há direito em integrar, automaticamente, a nova sociedade, em respeito ao princípio do *affectio societatis*, o que, todavia, não ocorre se o contrato dispuser diferentemente (art. 1.028, I).

Pode-se registrar um avanço no tocante ao parágrafo único do artigo 981, que prevê a figura do consórcio, ao permitir que as sociedades restrinjam-se à realização de um ou mais negócios determinados, o que era suprido, na omissão da legislação, pela Lei de Sociedades Anônimas. Todavia, nada mais foi dito acerca dos consórcios, de tal forma que se terá que continuar recorrendo à Lei de SA e dirimindo controvérsias nos Tribunais.

O mesmo pode ser dito em relação à transformação, incorporação, cisão e fusão das sociedades, lacuna que o legislador visou suprir, pois, aqui também, recorria-se à Lei de SA, porém sem êxito, na medida em que o dispositivo restou superficial e lacunoso, o que é evidenciado pela referência à cisão, sem que tenha sido dedicado 1 (um) só dispositivo a seu respeito no Capítulo X.

Quanto às sociedades anônimas, em que pese tenha o legislador deixado claro que as mesmas continuarão a ser regidas por lei própria, cometeu impropriedade gravíssima ao conceituá-las, em seu artigo 1.088, como aquelas em que o acionista é obrigado ao pagamento do valor nominal das ações que subscreveu, quando, desde a Lei nº 6.404/76, o acionista passou a responder pelo preço de emissão das ações, haja vista a possibilidade legal de a companhia emitir ações em valor nominal.

Enfim, no campo do Direito Societário, não há o que comemorar com a sanção do Código.

6 – A REVOGAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS AOS EMPRESÁRIOS E ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Finalmente, deve-se fazer referência à questão da revogação das normas que, até a entrada em vigor do Código, regiam diversos aspectos do Direito Comercial.

Há 2 (dois) dispositivos a esse respeito no novo Código, quais sejam:

“Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.”

“Art. 2.045. Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e Parte Primeira do Código Comercial – Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.”

Percebe-se, assim, que o legislador optou pela chamada revogação tácita, contrariando a Lei nº Complementar nº 107/2001, considerando-se, no campo do Direito Comercial, revogadas as disposições da legislação anterior que sejam incompatíveis.

A utilização da revogação tácita certamente criará uma série de dúvidas quanto a diversas disposições anteriores ao Código, constantes de leis especiais e que não foram por ele revogadas de forma expressa, nem reguladas de forma integral. Neste sentido, adverte MARIA HELENA DINIZ, ao comentar o artigo 2.045 do novo Código, *verbis*:

“Esse princípio da revogação tácita de lei anterior pela posterior requer um exame cuidadoso, para averiguar quais as disposições da novel norma que são, total ou parcialmente, incompatíveis com as antigas. E, sendo duvidosa a incompatibilidade, as duas leis deverão ser interpretadas por modo a fazer cessar a antinomia, pois as leis, em regra, não se revogam por presunção. Assim, havendo dúvida, dever-se-á entender que as leis ‘conflitantes’ são compatíveis, uma vez que a revogação tácita não se presume. E, além disso, será preciso não olvidar que a lei geral, mesmo posterior, não revoga a lei especial, salvo se disciplinar de modo diverso a matéria por ela normada, ou se a revogar expressamente”³²

Mais uma vez, o papel dos intérpretes, doutrinadores e juízes será de grande relevo para que possam ser superados os graves problemas de vigência acima referidos e outros mais que o tempo nos permitirá descobrir.

7- CONCLUSÃO

Pode-se concluir que:

1º) O novo Código Civil brasileiro, em que pese o trabalho do Senado Federal no sentido de sua atualização, não reflete, em várias matérias, os avanços representados pela evolução social;

32 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1317.

2º) no campo do Direito Comercial, o Código ficou no “meio do caminho” em relação à unificação das obrigações civis e comerciais, permanecendo a dicotomia até então existente;

3º) no Direito Comercial, que subsiste como disciplina autônoma em relação ao Direito Civil, não foi sistematizado um real Direito da Empresa, vez que o Código tratou-a como atividade do empresário;

4º) em que pese algumas adaptações, o Código não trouxe qualquer avanço no que diz respeito aos empresários e sim maiores exigências e proibições, não havendo, outrossim, o que comemorar no campo do Direito Societário.

Deve-se sempre lembrar que, como disse RIPERT, “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará, ignorando o Direito”, de tal forma que, dado o caráter inexorável da mudança, ao fim e ao cabo, os Tribunais é que darão respostas às lacunas e impedirão, como, aliás, já vêm impedindo, que se ignore a evolução social e seus reflexos no direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASQUINI, Alberto, Profilli dell'Impresa, *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, 41 (1): 1-20, 1943.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v.1, São Paulo: Bookseller, 2000.
- CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*, São Paulo: Arte & Cultura, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1960.
- FIGUEIRA JR., Joel. In: FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*, São Paulo: Saraiva, 1992.

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de empresas*, 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*, 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, t. 2, Buenos Aires: EJEA, 1971.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Projeto de Obrigações*, Brasília: Imprensa Oficial, 1965.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 1983.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1998.
- REZENDE, Afonso Celso F. de. *Novo Código Civil*, Campinas: Copola, 1998.
- TOMAZETTE, Marlon. As sociedades simples do novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 91: 36-56, jun. 2002.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego*, 2. ed., São Paulo, LTr, 1999.

ABSTRACT

The present paper aims to describe the main methods currently adopted by taxpayers to renew their legal regularly certificates issued by

* Mestrando em Direito Tributário pela FUMG, Professor de Pós-Graduação em Direito Tributário, Alagoas