

# Direito de Empresa – Visão Panorâmica

**PAULO DE MORAES PENALVA SANTOS**

*Procurador do Estado/RJ*

A preocupação dos Expositores, que discorrem hoje sobre o Direito Empresarial no Novo Código Civil, é a de abordar as questões que em curto prazo serão trazidas a debate no Judiciário. Deste ângulo, três pontos se destacam: (a) os títulos de créditos, regulados nos artigos 887 a 926, cuja importância é óbvia, tendo em vista que eles instruem a maioria das execuções por títulos extrajudiciais; (b) o conceito de empresário, de sociedade simples e a tormentosa definição de elemento de empresa; (c) o novo tratamento dispensado à sociedade limitada. O primeiro tema será objeto da palestra do Desembargador Penalva Santos, e o Professor Luiz Alberto Rosman discorrerá sobre a sociedade limitada, cabendo a mim, além de uma visão panorâmica desse novo sistema, enfrentar as questões ligadas ao empresário, à empresa e à sociedade simples.

## **Visão panorâmica**

O Novo Código Civil deve ser compreendido como uma lei básica, mas não global do Direito Privado, pois não representa a unificação completa do Direito Civil com o Direito Comercial. A unificação ocorreu apenas no âmbito do Direito das Obrigações, agora sem distinção entre obrigações civis e mercantis.

A parte do Novo Código, concernente às atividades negociais ou empresárias, é um desdobramento natural do Direito das Obrigações que trata da atividade enquanto esta se estrutura para o exercício habitual de negócios. E a atividade empresarial é uma das maneiras dessa organização, quando tem por finalidade a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

A razão pela qual se afirma que a unificação do Direito Civil com o Direito Comercial não foi completa é que não se

uniu o sistema da insolvência. A insolvência civil, prevista no Código de Processo Civil, permanece em vigor para as sociedades simples e, de outro lado, a Lei de Falências se aplicará ao empresário e à sociedade empresária, conforme se depreende da leitura dos artigos 1.044 e 2.037 do Novo Código Civil. Esse ponto talvez seja o mais importante, pois o novo conceito de sociedade empresária – que é bem mais amplo do que a antiga sociedade comercial – abrangerá atividades como a de colégios, clínicas, hospitais, que estarão sujeitas ao rigor da impontualidade, prevista no artigo 1º da Lei de Falências.

O Código Comercial continuará em vigor apenas na Parte Segunda, que rege o Comércio Marítimo (artigos 457 e seguintes). A unificação, assim, ocorreu: (a) em relação ao conceito de comerciante, que não existe mais, substituído agora pelo conceito de empresário; (b) as sociedades previstas no Código Comercial são incorporadas ao Novo Código Civil, salvo a sociedade anônima, expressamente ressaltada no artigo 1.089; (c) e também haverá a união dos contratos.

Os contratos mercantis, por exemplo, têm regras próprias, consagradas pela sua informalidade, pela particularidade de dispensar solenidades que existiam na atividade civil. A rapidez das relações comerciais tem claros reflexos contratuais, como é o caso da tradição simbólica que está presente em vários contratos, como, por exemplo, no penhor mercantil (arts. 200 e 274 do Código Comercial). Além disso, existem outras regras próprias, como a da mora (artigo 138), lembrando que o conceito de pagamento não significa apenas obrigação em dinheiro, pois em alguns casos o Código Comercial equipara o pagamento em dinheiro ao pagamento com efeitos comerciais, que são os títulos de crédito.

---

Palestra proferida no Seminário realizado em 12/07/2002

Essas regras do Código Comercial serão derogadas, mas o que não significa dizer que toda a matéria comercial vai desaparecer, principalmente em sede falimentar.

Veja-se, por exemplo, o artigo 2.037 do Código Civil, na parte das Disposições Finais e Transitórias, que estatui o seguinte:

*“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.”*

Da mesma forma, o artigo 1.044 refere-se expressamente à falência:

*“Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033, e, se **empresária, também pela declaração da falência.**”*

Esses dispositivos, de uma importância extraordinária, indicam as pessoas que se submetem ao processo falimentar, que são o empresário e a sociedade empresária.

Em síntese, matérias que reclamam disciplina especial, tais como o cheque, a nota promissória e todos os títulos de crédito (art.903), a falência e a concordata (arts. 1.044 e 1.102, VII), o Direito Marítimo, o Direito Aeronáutico exigem tratamento autônomo.

De outro lado, cumpre frisar que o conceito de Direito Empresarial já era uma realidade no Brasil, e não foi introduzido pelo Novo Código Civil, pois vem se desenvolvendo há muitos anos. E a principal característica do Direito Empresarial em relação ao Direito Comercial está no fato de que o Direito Empresarial é por essência multidisciplinar. Há, no sistema brasileiro, normas sobre empresa na Constituição da República, no Direito Administrativo e no Direito Penal Econômico, todas enfatizando esse caráter interdisciplinar. Essa característica do Direito Empresarial tornou-se

ainda mais marcante com a nova lei.

Voltando ao Novo Código, cabe destacar os tópicos mais importantes:

O primeiro, e o mais relevante, trata do empresário e da sociedade empresária, conceitos que vão substituir o de comerciante e de sociedade mercantil. Esse será o principal tema a ser abordado nessa visão panorâmica dos institutos empresariais no Novo Código Civil.

Em seguida, o Código faz uma revisão completa dos tipos tradicionais de sociedade, ou seja, salvo a sociedade anônima, todas as demais serão tratadas no novo Código Civil, que fixa os princípios que vão governar as sociedades. Há um capítulo geral sobre sociedades e há a criação da sociedade simples, que também terá aqui um destaque especial.

### **Sociedade Limitada**

Outro ponto de relevo é o minucioso tratamento dispensado à sociedade limitada. No dia-a-dia do advogado, a questão ligada à sociedade limitada e suas alterações constituem problema importante a ser enfrentado. Isso porque mais de 98% das sociedades constituídas no Brasil têm a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada. A preocupação imediata é, portanto, a necessidade de adaptar os contratos sociais das sociedades por cotas ao novo Código Civil.

A maioria absoluta das sociedades adota a forma de sociedade limitada, por uma vantagem extraordinária que é a ampla liberdade contratual. A liberdade contratual da sociedade limitada justifica que todos, desde o pequeno comerciante, até as maiores empresas de capital estrangeiro, adotem a forma de sociedade limitada. Tome-se como exemplo a IBM do Brasil, a Gillette do Brasil, a Gessy Lever, a Kolynos, a Ford, todas essas grandes empresas de capital estrangeiro utilizam a mesma sociedade que interessa ao pequeno comerciante.

A vantagem, como já dissemos, é a autonomia da vontade das partes na elaboração do contrato social. E a análi-

se de um contrato social dessas empresas multinacionais revela que, por vontade dos sócios, a sociedade se aproxima mais de uma S.A do que das sociedades tradicionais do Código Comercial.

No novo sistema que vigorará a partir de janeiro de 2003, nota-se que a lei aproximou a sociedade limitada da S.A. fechada, mas com uma contradição flagrante: determinou que, salvo disposição contratual em contrário, aplica-se supletivamente a regra geral das sociedades simples (art. 1.053).

Conforme veremos a seguir, o capítulo referente à sociedade simples (arts. 997 a 1.038) é confuso, pois contém normas típicas das sociedades de pessoas do Código Comercial, como a responsabilidade solidária dos sócios e a possibilidade de o sócio ingressar na sociedade sem capital (sócio de indústria), mas que não se aplicam à sociedade limitada.

Por isso, para uma correta aplicação das normas da sociedade simples à sociedade limitada é preciso que o intérprete saiba quais as regras especiais da limitada que afastam a aplicação das normas gerais referentes às sociedades simples.

Ainda sobre a limitada, outra desvantagem evidente foi a criação de inúmeras formalidades que são desnecessárias, tais como quorum elevado para certas deliberações sociais, e necessidade de decisão judicial para excluir o sócio da sociedade. Este último exemplo foi uma solução para um problema que não existia, pois na vigência do Decreto nº 3.708/19 a jurisprudência já admitia a demissão do sócio pela simples alteração do contrato social, sem que isso representasse qualquer inconveniente.

No final deste ano, a Escola da Magistratura realizará um Congresso Internacional Sobre o Novo Código Civil, no qual o Professor Vittorio Santoro, Titular de Direito Comercial da Universidade de Siena, discorrerá sobre a reforma da sociedade de responsabilidade limitada na Itália. Certamente, uma das

questões mais importantes será a autonomia das vontades dos sócios na limitada, que passará a ter enorme importância na nova lei italiana.

Pelo que se percebe da reforma italiana, a nova lei deverá abandonar a rigidez do Código Civil de 1942, para incentivar a autonomia concedida aos sócios, com o objetivo de moldar a limitada aos interesses privados dos sócios. Nesse ponto, o Novo Código Civil Brasileiro está copiando um modelo obsoleto, do qual o legislador italiano pretende se afastar.

Em seguida, o Código Civil cuida, em capítulo próprio, das sociedades coligadas, estabelecendo também normas sobre a liquidação, transformação, incorporação e fusão. Disciplina também as sociedades dependentes de autorização, bem como o estabelecimento, que representa o instrumento ou meio de ação da empresa. E, finalmente, os denominados institutos complementares, que são o registro, o nome e a preposição.

### **Sociedade Dependente de Autorização**

O Código Civil trata das sociedades dependentes de autorização, o que é de pouca relevância prática, porque essa matéria era tratada no artigo 59 na Lei de Sociedades por Ações anterior e, por força da atual lei (Lei 6.404/76), continua em vigor. Essa matéria chegou, num determinado momento, a ser tratada pela Constituição da República. Depois, foi modificada. Parece que a única diferença é que voltou a ter a sede na lei ordinária e não na Constituição.

### **Estabelecimento**

É sabido que a estrutura jurídica do estabelecimento varia de acordo com o ramo da atividade a que se dedica o empresário. O vínculo que une entre si os elementos do estabelecimento é funcional, ou seja, depende da utilização que lhes é dada pelo empresário. O titular pode explorar um estabelecimento sem que os bens sejam de sua propriedade, como ocorre nos contratos de locação ou licença de exploração de in-

vento. Em casos como este, a existência do estabelecimento dependerá da manutenção desses contratos, os quais devem ser protegidos como integrantes do fundo de empresa.

Nos artigos 1.142 a 1.149 é definido o estabelecimento, pela primeira vez em lei:

*“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”*

A lei protegia sempre de forma indireta o fundo de comércio ou estabelecimento comercial, proibindo a concorrência desleal, ou preservando o seu valor através da venda englobada prevista, por exemplo, na lei falimentar. Mas não havia uma definição de fundo de comércio, que já há muitos anos vinha evoluindo para o conceito de fundo de empresa. Antes da vigência da atual Lei de Locações, a jurisprudência já admitia, por exemplo, a utilização da ação renovatória pelas sociedades que não eram mercantis, como os colégios, hospitais, etc. Isso nada mais era do que o próprio reconhecimento desse instituto ampliado, que seria o fundo de empresa.

Adiante, o Novo Código Civil define os efeitos da alienação, do usufruto ou do arrendamento do estabelecimento, dando grande importância ao registro. É o que estatui o artigo 1.144:

*“Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, **só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.**”*

Então, qualquer negócio jurídico que tenha por objeto o estabelecimento, deve obrigatoriamente ser registrado. E, também, cabe frisar que o artigo 1.147

trata expressamente da concorrência, que agora depende de previsão explícita para que o cedente continue naquela atividade, senão vejamos:

*“Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.”*

*Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.”*

Assim, se por acaso o cedente quiser continuar na mesma atividade, há necessidade de concordância expressa do adquirente.

### **Nome Empresarial**

Em seguida, há um tratamento novo em relação ao nome. O nome tem por finalidade identificar a firma ou a denominação; a firma serve para designar o nome pelo qual o empresário exerce a sua atividade, representando também a sua assinatura.

O sistema já existia e continua em vigor. Algumas atividades só podem ser representadas por firma, como é o caso do empresário individual. E outras só por denominação, que é o exemplo da sociedade por ações. É até razoável concluir que a sociedade anônima não possa ter firma por uma razão muito simples, por causa do anonimato, quer dizer, não deve constar do estatuto os nomes dos sócios.

Gerou uma certa polêmica o artigo 1.164, ao estabelecer que o nome empresarial não pode ser objeto de alienação. Mas essa interpretação deve ser feita em relação ao empresário e não à sociedade empresária, porque o nome empresarial tem um valor patrimonial considerável e, muitas vezes, é uma parcela substancial do próprio ativo. Não faz sentido que a lei possa impedir que uma sociedade empresária aliene o seu nome. Aplica-se, ainda, em relação ao nome, a Lei 8.934/94, que trata do re-

gistro da atividade empresarial, na qual há uma referência expressa aos princípios da veracidade, que proíbe a adoção de um nome que vincule uma informação falsa, e também ao princípio da novidade.

### **Registro**

Ainda nos denominados institutos complementares, a lei trata do registro de empresa, salientando, basicamente, que a sociedade simples tem que ser levada a registro no Cartório Civil de Pessoas Jurídicas e as sociedades empresárias na Junta Comercial.

Em relação à sociedade empresarial, aplica-se também a Lei nº 8.934/94, que trata de todo o sistema de regularidade do registro, das formalidades e da forma de controle. Esse sistema que rege as formalidades encontra-se na Lei de Registro de Atividades Empresariais e não no Novo Código Civil.

### **Preposição**

Adiante, o Novo Código Civil rege, nos artigos 1.169 a 1.178, a atividade do preposto, matéria de pouca relevância.

O preposto, de fato, era uma pessoa que tinha muita importância na vigência do Código Comercial no século retrasado, sob a conceituação de um mero auxiliar no exercício da atividade do comerciante. Ele atuava sob as ordens e orientação do comerciante, e agora sob as ordens do empresário ou da sociedade empresária.

No capítulo referente ao preposto, a lei define o conceito de gerente. E o gerente, a partir de então, não é mais o representante na qualidade de órgão da sociedade por cotas de responsabilidade limitada. O gerente passa a ter apenas a qualificação do preposto mais especializado, ou seja, é o preposto mais graduado dentro do estabelecimento. Não há importância alguma essa alteração que inclui no Código Civil o conceito de preposto: o que se considerava gerente, passa a ser administrador, e o gerente, agora, nada mais é do que um preposto especializado.

### **Sociedade Cooperativa**

A lei trata, no artigos 1.093 a 1.096, da sociedade cooperativa.

A partir da Constituição de 1988 houve um avanço muito grande com relação às sociedades cooperativas, que se libertaram da tutela estatal, que até então era a principal característica dessa atividade.

Surgem, agora com o Novo Código Civil, normas gerais em relação às sociedades cooperativas, cujas principais características são as seguintes:

- 1º) adesão voluntária;
- 2º) número ilimitado de sócios;
- 3º) variabilidade do capital social ou a sua dispensa;
- 4º) cotas transferíveis a terceiros;
- 5º) cada sócio tem apenas um voto, ou seja, na sociedade cooperativa o voto não é proporcional à participação no capital social;
- 6º) a responsabilidade pode, ou não, ser limitada em relação ao sócio.

E a lei definiu como objeto o exercício de atividade econômica de proveito comum, sem fins lucrativos, prevendo ainda, expressamente, que a contribuição dos sócios pode ser feita através de bens ou de serviços.

### **Empresário e empresa**

Chegamos ao ponto central. Discutiremos os conceitos de empresa, empresário e sociedade simples.

Como já dissemos anteriormente, apesar de o Livro II do Código Civil ter a denominação de Direito de Empresa, não há na lei definição de empresa, mas apenas de empresário. Aliás, da leitura da Exposição de Motivos percebe-se que a lei cuida da atividade negocial que se manifesta economicamente na atividade empresarial, de titularidade do empresário e na forma como exerce sua atividade.

Seguindo a linha do Código Civil Italiano, a nova lei brasileira preferiu não dar um conceito jurídico de empresa, pois é um fenômeno preponderantemente econômico, conforme a lição clássica de Alberto Asquini (*“Profili*

*dell'impresa*”, in **Rivista Del Diritto Commerciale**, 1943, v. 41, I).

Empresa seria então o exercício de atividade economicamente organizada para a produção de bens ou serviços para o mercado, e sociedade empresária é a que tem por escopo a empresa.

A melhor definição econômica de empresa nos é dada pelo Professor Bulhões Pedreira, ao afirmar que “empresa é espécie do gênero ‘unidade de produção coletiva’, que se distingue por três características: (a) produz bens econômicos destinados à venda no mercado; (b) seu grupo social é formado por empresário e empregado; e (c) os riscos da sua atividade são assumidos pelo empresário” (in **Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia**, Forense, 1989, p. 269/270).

A dificuldade que se percebe é que o fenômeno econômico da atividade empresarial tem diversos enfoques jurídicos, destacando-se os seguintes: subjetivo, quando a lei trata a empresa a partir da figura do empresário; objetivo, quando a empresa é sinônimo de coisa ou de patrimônio; e, finalmente, quando é referida nem como sujeito nem como objeto, mas como um perfil corporativo ou institucional.

Feita essa distinção, conclui-se que o Novo Código Civil cuida da empresa apenas do ponto de vista do empresário, identificando-a pelo exercício da atividade definida no artigo 966, senão vejamos:

*“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 de empresa.”*

Adiante, o art. 982 define a sociedade empresária:

*“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.”*

O conceito de empresário é formado por três elementos: o de atividade econômica referente à circulação de riquezas, bens ou serviços; pela organização dessa atividade econômica; e, finalmente, pela profissionalidade do seu titular, que exerce essa atividade habitualmente e com o intuito de obter lucro ou resultado econômico.

No absoluto rigor técnico, a palavra empresa é ligada à atividade e não à sociedade ou ao seu sócio. O empresário não é o sócio, mas a própria sociedade. A atividade empresarial pode ser explorada pelo empresário individual ou pela sociedade empresária.

### **Elemento de empresa**

A identificação do elemento de empresa depende do perfil da unidade de produção. Um dos critérios de classificação das unidades de produção diz respeito aos recursos humanos nelas utilizados. Segundo essa classificação, a unidade de produção pode ser individual ou coletiva. A unidade individual de produção caracteriza-se pela atividade organizada preponderante pelo trabalho, recursos de capital e naturais próprios. Na unidade de produção individual pode haver colaboradores ou empregados, mas desde que essa atividade auxiliar seja sempre secundária.

Já a unidade coletiva de produção é caracterizada pela existência de um grupo social que organiza fatores de produção, utilizando capital e trabalho de outras pessoas para a produção de bens ou serviços para o mercado.

Somente através do exame de cada caso é que se pode saber se uma pessoa que exerce profissionalmente uma atividade econômica, de produção de bens e serviços, pode ou não ser considerada empresária, especialmente

aquelas referidas no Parágrafo Único do art. 966.

Os elementos que diferenciam a unidade individual de produção da unidade coletiva seriam a existência de um grupo social que exatamente identificasse o elemento de organização dos fatores da produção. Enquanto que na atividade meramente intelectual de um profissional autônomo o elemento de organização dos fatores é meramente acidental, na atividade do empresário essa organização deve ser preponderante e permanente.

O exemplo clássico é do dentista que tem consultório próprio, no qual presta serviços de odontologia, ainda que com o concurso de auxiliares. Nessas condições, essa atividade não é considerada empresarial, pois a organização dos fatores da produção é apenas acessória. Mas, se esse mesmo dentista se organiza, unindo capital e trabalho de outros dentistas, utilizando imóvel e equipamentos com recursos oriundos desse grupo social, aí estará identificada a atividade empresarial. Nesse segundo exemplo, o elemento organização é primordial.

E o registro passa a ser elemento constitutivo para a caracterização da atividade empresarial, salvo quando a lei expressamente o dispensar. Enquanto no direito anterior (na vigência do C. Comercial de 1850) o conceito de comerciante não dependia de qualquer registro, pois se caracterizava pelo exercício habitual da mercancia, agora só será empresário quem estiver regularmente inscrito no Registro de Empresas.

### **Empresário rural**

Aqui, o Novo Código Civil cria uma classe especial de empresário facultativo. O empresário ruralista pode optar pela inscrição no registro de Empresas, caso em que terá o tratamento do empresário definido no artigo 966. Salvo hipótese de uma vantagem tributária, considero pouco provável que o empresário rural queira se submeter ao regime da sociedade empresária, por uma

razão muito simples: ele estará se sujeitando ao rigor da impontualidade previsto na lei falimentar.

Cumprido salientar que a vantagem de se obter o benefício da concordata preventiva não é suficiente para atrair o empresário rural para o regime da sociedade empresária, pois quem tem o direito ao favor legal de impetrar concordata preventiva é quem está sujeito ao rigor da impontualidade e ao sistema do crime falimentar.

Essa distinção cria uma certa confusão, pois o Novo Código Civil estabelece duas classes de empresários: aqueles sujeitos a registro (arts. 966 e 967) e os empresários ruralistas, cujo registro empresarial (art. 967) passa a ser facultativo.

O Anteprojeto de 1972, no art. 1.031, definia o empresário rural como “*o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a transformação ou alienação dos respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais.*” Apesar dessa definição ter sido suprimida, a atividade nela contida serve para identificar o empresário ruralista.

Pelo fato de a lei não definir empresário rural, alguns autores, adotando um critério meramente geográfico, entendem que o minerador é empresário rural.

Com a devida vênia, trata-se de equívoco grave, provavelmente decorrente da confusão entre minerador e garimpeiro. O ato da lavra, que é da essência da atividade do minerador, é mercantil, sendo que o art. 2.037 do Novo Código Civil determina que se apliquem aos empresários e às sociedades empresárias as disposições referentes aos comerciantes. De outro lado, a atividade de garimpagem, regida pela Lei nº 7.805/89 define a garimpagem como atividade individual ou cooperativada, que tem o tratamento de atividade rural. Portanto, apenas o garimpeiro pode ser equiparado ao ruralista.

### **Conceito de Atividade Empresarial**

Na realidade, a utilização do conceito de atividade empresária já vinha

desde a vigência da Lei 8.934/94, regulamentada pelo Decreto 1.800/96, que trata do registro dessa atividade. Logo, o conceito de atividade empresarial, em termos de legislação ordinária, não surgiu agora no Novo Código Civil. A Lei nº 8.934/94 é muito importante, porque, para efeito de registro, já havia adotado o conceito de sociedade empresarial, superando aquela idéia tradicional de sociedade mercantil.

Na vigência do Novo Código Civil, não haverá dúvida de que atividades como as exercidas pelas sociedades prestadoras de serviços, ou aquelas que têm por objeto a compra e venda de imóvel, estabelecimentos de ensino e hospitais serão todas empresariais. E, uma vez que a sociedade se enquadre como empresarial, a consequência séria é a aplicação da Lei de Falências.

### **Sociedade Simples e Insolvência Civil**

De outro lado, se a sociedade for simples (art. 997) não se aplicará a Lei de Falências, mas a insolvência civil. O artigo 955 do Novo Código Civil trata da insolvência civil e estabelece, repetindo a norma do artigo 748 do CPC, que *“a sociedade é considerada insolvente quando as dívidas excedam a importância dos bens do devedor.”* Em seguida, os artigos 956 a 965 tratam da classificação de créditos na insolvência civil. É claro que esse sistema do Código Civil novo já nasceu velho, porque, por força da Constituição, as normas gerais do Direito Tributário são de natureza de Lei Complementar, portanto, o Código Tributário Nacional trata da prioridade do crédito tributário, reconhecendo, apenas, supremacia absoluta do crédito trabalhista, nos termos do artigo 186 do CTN. E esse sistema de classificação de créditos do Código Civil deve ser interpretado de acordo com essas leis que tratam das preferências e privilégios dos créditos trabalhistas e tributários.

### **Formas Societárias**

Quanto às formas societárias, o Novo Código Civil suprimiu apenas a sociedade de capital e indústria, mantendo

do as demais, que são sociedade em conta de participação, em nome coletivo, comandita simples, por cotas de responsabilidade limitada e a comandita por ações. Porém, salvo a limitada, as demais formas societárias caíram em desuso a partir do Decreto nº 3.708/19 e, provavelmente, serão de pouca valia. E por uma razão muito simples, porque não faz sentido alguém constituir uma sociedade em nome coletivo, comandita simples ou comandita por ações na qual pelo menos um dos sócios terá sempre a responsabilidade solidária em relação às obrigações sociais.

### **Sociedade Simples**

O Novo Código Civil dedica um Capítulo inteiro (arts. 997 a 1038) à sociedade simples, reproduzindo, em grande parte, o sistema italiano de 1942, justamente criticado pelos juristas italianos, por ter sido uma sociedade sem história. Segundo Brunetti (*in Trattato Del Diritto delle Società*), a sociedade simples não representava as necessidades do comércio no campo das sociedades, pois foi apenas a adoção do caráter meramente doutrinário do Código de Obrigações suíço.

A dificuldade inicial decorre do fato de que o Novo Código Civil define apenas a sociedade empresária, e não a simples. Vejamos o art. 982:

*“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.”*

Como a lei diz somente que a sociedade simples é aquela que não é empresária, alguns autores consideram que essas sociedades são as que exercem as atividades listadas no parágrafo único do artigo 966, e, outros, entendem que são aquelas que exploram atividades previstas em leis especiais, como é o caso da Lei nº 8.906/94 que rege o exercício da advocacia.

Sabemos que o Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94) impede expressamente que a sociedade de advogados possa ter forma ou característica mercantil. Vejamos o artigo 16 e seu parágrafo 3º:

*“Art.16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem **forma ou características mercantis**, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.*

*“§ 30. **É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais**, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.”*

Quanto ao objeto, é claro que tanto o exemplo das atividades indicadas no parágrafo único do art. 966, quanto o da sociedade de advogados são hipóteses de sociedades simples, mas não são suficientes para conceituar esse novo modelo. Aliás, a sociedade de advogados assemelha-se à sociedade simples somente quanto ao objeto, pois quanto à formalidade do registro haveria um descompasso entre a exigência do artigo 1.150 e o Estatuto da Ordem dos Advogados que não permite o seu registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

O que se percebe, de uma leitura atenta do Novo Código Civil, é que a sociedade simples pode ter dois significados: 1) seria um modelo básico, que poderia ser aplicado a todas as sociedades no caso de lacuna da lei, salvo a sociedade anônima; 2) é um Capítulo destinado a regular um modelo de sociedade de pessoas, porque existem várias normas de responsabilidade solidária (art. 1.024), e até mesmo hipóteses de sócio de indústria (inciso V do art. 997).

Da forma como está disciplinada a sociedade simples, os intérpretes serão chamados, a todo momento, para esclarecer quais as regras das sociedades simples que lhe são específicas e quais as normas gerais que podem ser aplicadas às demais formas societárias. E, sem dúvida, a maior dificuldade sur-

girá quando a sociedade simples adotar a forma da limitada, que não admite sócio prestador de serviço, como o inciso V do art. 997 permite, nem pode o sócio responder com seus bens pessoais na forma do art. 1.024.

Portanto, caberá à jurisprudência e à doutrina resolver esses evidentes conflitos entre as normas gerais previstas na sociedade simples e as normas especiais das várias formas societárias, tarefa esta que será mais difícil quando a própria sociedade simples for uma limitada.

Observado o critério de que a regra especial afasta a aplicação da regra geral, desaparecerá a aparente contradição entre vários dispositivos dessa parte geral das sociedades simples e as normas especiais dos artigos 1.052 a 1.087.

Finalmente, em relação à sociedade simples, destacam-se outras duas questões relevantes.

### **Dissolução Parcial**

A primeira diz respeito ao direito de retirada. Sabemos que a jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal admite a denominada dissolução parcial de sociedades, que significa o direito de o sócio minoritário romper o vínculo societário e apurar os seus haveres pelo critério da dissolução da sociedade. Essa avaliação das cotas era feita com base em balanço de liquidação, avaliando-se os bens pelo valor de mercado. Note-se que a jurisprudência aplicava esse sistema fundamentado no art. 335, inciso V do Código Comercial, o qual permite que qualquer sócio possa pedir a dissolução da sociedade por prazo indeterminado.

Acontece que o Novo Código Civil não reproduziu essa norma do art. 335 do Código de Comércio, deixando a critério das partes estipular a forma de apuração dos haveres do sócio que se afasta da sociedade. Ao contrário, o art. 1.031 deixa claro que o contrato social pode discriminar o critério de avaliação das cotas, inclusive quanto a forma de pagamento dos haveres.

### **Cláusula Restritiva de Gerência**

A outra mudança relevante diz respeito aos atos de administração, especialmente no que diz respeito aos denominados atos restritivos de gerência.

A jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, já vinha adotando há muitos anos o sistema germano-suíço, entendendo que as limitações aos poderes de gerência não produzem efeitos em relação ao terceiro de boa-fé, desde que o ato seja praticado de acordo com o objeto social, e no interesse da sociedade.

Agora, o Código Civil adotou literalmente a regra do artigo 2.298 do Código Civil Italiano, admitindo a validade da cláusula restritiva de gerência em relação ao terceiro de boa-fé, pois o artigo 1.015 do novo Código Civil dispõe que o excesso de poder dos administradores pode ser oposto a terceiros quando ocorrer uma das seguintes hipóteses: 1) se a limitação de poderes estiver inscrita no Registro Empresarial; 2) provando-se que o terceiro tinha ciência dessa limitação; 3) operação evidentemente estranha ao objeto social. Além da oponibilidade aos terceiros dos atos restritivos de gerência, o Novo Código Civil adota expressamente a teoria do ato *ultra vires*, pois os atos praticados em desacordo com o objeto social não obrigam a sociedade, com base no inciso III do art. 1.015.

A partir da vigência do Novo Código Civil, é fundamental verificar os poderes dos administradores, pois essas restrições serão oponíveis aos terceiros de boa-fé, como são exemplos os contratos sociais que proíbem o aval e a fiança em nome da sociedade.

### **Conclusão**

Em síntese, creio que a interpretação das regras das sociedades simples e a ampliação do conceito de sociedade comercial para sociedade empresária serão as questões que em curto prazo virão a debate no Judiciário. Na segunda hipótese, preocupa-nos bastante o fato de que atividades como as exercidas por colégios, hospitais, estarão agora submetidas ao rigor da Lei Falimentar, não

só pelo sistema da impontualidade, mas também pelo crime falimentar. Impõe-se, portanto, uma reflexão sobre essas questões, que passam a ter características peculiares que não existiam até o advento do Novo Código Civil.

### **DEBATES**

#### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

As perplexidades exibidas pelo Dr. Paulo Penalva Santos a rigor são as nossas perplexidades. Estamos diante de um momento ímpar na evolução social brasileira, porque introduzir alterações ou adaptar um monstro sagrado, como é o Código Civil de 1916, é tarefa hercúlea. Tanto é assim que não foi uma nem duas as comissões que estiveram encarregadas de adaptar as circunstâncias modernas ao novo Código Civil. Estamos diante dele, aqui estamos diante dos operadores do Direito e é obra para todos nós. O Dr. Penalva Santos ressaltou alguns pontos que realmente merecem nossa reflexão.

Em primeiro lugar, esta dicotomia entre sociedades simples e empresarial nos deixa, para dizer no mínimo, curiosos, porque, em termo vernacular, simples é o que não é complexo, o que não é luxuoso, por exemplo, e como é que eu vou classificar uma sociedade empresarial dentro dessa gama de conceitos de antinomia que se opõe ao termo simples? Tenho a impressão de que a dificuldade do intérprete começa pela literalidade porque o que é a sociedade simples em contraposição à empresarial?

O professor deixou bem claro que não entendeu, e parece-me que nenhum de nós também terá entendido, o que é elemento da empresa. Essa parte é importante, porque isso vai definir se estamos diante de uma entidade empresarial ou não. Veio-me à cabeça que a lei lançou aos escaninhos subjetivos a definição de empresa. Temos que tirar da noção de empresário o que é empresa.

Para mim, elemento de empresa é qualquer ato ou qualquer circunstância que se introduza na cadeia entre produção e circulação de bens. Não sei, pos-

so estar errado, mas nesse momento, e aí vem talvez a dúvida maior, quero ressaltar é que estamos diante de dificuldades interpretativas e a interpretação da lei no espaço e no tempo. Note que se formos avaliar um trabalho de mais de trinta anos, pois esse Código Civil é mesmo difícil de ser alterado, porque é um monumento legislativo, não é simples. Agora estamos nos momentos finais, que para nós serão os momentos iniciais. Aí, professor, vem a grande questão: onde está a Lei de Introdução que ninguém diz nada sobre ela? O que aconteceu que não comparece aos debates e não é mencionada?

Quando, a meu ver, neste momento, e para nós que somos operários do direito, a Lei de Introdução se tornou a lei mais importante do nosso sistema. Por que a Lei de Introdução não vem a lume? Certamente ou estarei em algum erro de avaliação ou o legislador está alterando o Código Civil (permita-me dar esse tempo de verbo à *vacatio legis*). “Está alterando” porque pelo menos tenho aqui comigo a notícia de que mais de trezentas emendas estão sendo observadas no Congresso. Mas o legislador achou que não precisaria de regras de interpretação da lei, ou então os debates, os simpósios e os comentários estão a esquecer da Lei de Introdução. Essa é uma curiosidade minha que certamente o Dr. Paulo Moraes Penalva Santos há de escoimar.

O novo Código, além dessa perplexidade quanto à entidade empresarial e à simples, traz outras perplexidades mais graves no meu entender. Por exemplo, o artigo que revoga as disposições em contrário, artigo 2.045 dispõe: “Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850”. Quando o Código Civil entrou em vigor, o seu artigo 1.807 dizia que ficavam revogados as ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes. Os usos e costumes estão tratados na Parte Geral do Código Comercial, que acabou de ser revogada. Confesso, senho-

res que, até por alguma deficiência intelectual, não sei como se revogam usos e costumes a não ser por uso e costume. Ou é uso e costume ou não o é. Por lei, por decreto, jamais se revoga, porque isso é um fato social, é uma circunstância da evolução da sociedade que não depende de lei, depende da atitude, do comportamento, das reações humanas. Então, professor, fica aí uma questão difícil de ser respondida: como se revogam usos e costumes? Além do mais, como um complicador, temos que a lei que cuida de registro, a Lei das Juntas Comerciais – e o Decreto 1.800 em seu artigo 87 diz isso claramente – continua prevendo o registro de usos e práticas e não está revogada. Como então vou considerar uso e prática, uso e costume perante a nova disposição do Código Civil que não é novo, é apenas adaptado? Evidentemente, que se voltarmos os nossos olhos para a Lei de Introdução, tenho a impressão de que o trabalho estará reduzido em pelo menos 50%, pois sempre haverá dúvidas e problemas. Mas, a Lei de Introdução precisa ser lembrada, precisa ser utilizada.

O Código está montado em princípios genéricos que o próprio Professor Miguel Reale nos lembrava, que são princípios dessa qualidade: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Vejam bem quanto de subjetividade temos aqui. Quando a lei era lacunar, o artigo 4º da Lei de Introdução dizia que o juiz podia usar os usos e costumes, a analogia, os princípios gerais do Direito. Parecia que se engessava ali a figura do magistrado. A equidade, a cujo conceito dificilmente é dada uma definição precisa, só era aplicável também na lacuna da lei. Hoje, os legisladores em geral, assim como os legisladores da nova Lei de Sociedades Anônimas, também usam a boa-fé objetiva como um dos princípios que regem as relações contratuais. Então, o juiz não tem mais a lacuna para aplicar a generalidade do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que aliás curiosamente veio depois do Código, porque ela foi alterada (agora sim, ela pode voltar ao seu lugar, ao seu tópico natural, que

é anteceder o Código Civil). Agora, o legislador resolveu assumir a existência desses princípios intangíveis e eles constam da própria letra da lei, não há mais lacuna. Parece simples, mas não o é. Isso aumenta, no meu entender, a tarefa do magistrado, porque ele vai ter mais do que nunca que se ligar aos aspectos sociais, aos usos e costumes da sociedade para poder ser justo, reto e bom.

Às vezes há uma alteração simples, mas o vocábulo que se introduz em um monumento como o Código Civil Brasileiro transforma a nossa vida de intérprete em um verdadeiro inferno. Vejam bem que a simulação com a qual estávamos tão habituados a tratar como fator de anulabilidade, hoje o Código diz que se trata de nulidade. Mas a teoria diz que há a simulação absoluta e a relativa. Será que a simulação relativa também induz à nulidade? Tenho dúvida e me parece que a lei não fez essa distinção.

Temos problemas de ordem processual que realmente vai aguçar a curiosidade: o caso da liquidação das sociedades. O novo Código discorre largamente, especificadamente sobre liquidação de sociedade e, no final, diz que vai se aplicar o Código de Processo Civil no caso de liquidação. Ele é bem claro. E a dissolução, não poderá mais ser judicial? O artigo quando fala em dissolução começa dizendo “dissolvida a sociedade”, ou seja, já é ponto pacífico. Ao final diz que a liquidação poderá ser judicial. Evidentemente, estamos diante de um belo exemplo de conflito aparente de normas porque ninguém pode subtrair do Judiciário qualquer tipo de conflito e para que a dissolução seja definida, também pode ser matéria judiciária. Evidentemente, temos que adotar aí os nossos critérios de interpretação e volto à minha indagação: e a Lei de Introdução onde está? É ela que diz como é que vamos tratar as leis que vigem paralelamente. Lamentavelmente, não estou vendo a devida importância.

Lord Denin, que foi talvez o maior juiz da História da Judicatura na Inglaterra,

aos oitenta anos de idade escrevia um livro em que dizia que um irmão era almirante, outro era parlamentar, e, de repente, pára de descrever a sua família e diz o seguinte: “Sobre a minha família, falo depois, porque agora preciso voltar aos meus processos. Nada que tiver que ser feito ficará sem ser feito”. Vejam bem que aos oitenta anos de idade, ele inaugura com um livro uma passagem que seria mais ou menos assim: “Qual é o argumento do lado contrário - Apenas que não existe ação em que isso tenha sido tratado antes - O argumento não me seduz nem um pouco. Se nós nunca fizemos alguma coisa que nunca foi feita, não vamos a lugar nenhum. A lei permanece impassível, enquanto o resto do mundo progride e isto não é bom para ninguém”.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Classifiquei aqui as três principais indagações que vou tentar responder da seguinte forma: em relação à Lei de Introdução ao Código Civil, sabemos que não é um Diploma apenas aplicável ao Código Civil, é uma lei que trata da aplicação da norma no tempo e no espaço, coordena as outras normas de direito, trata da vigência, da eficácia da lei. Portanto, todas essas dificuldades que tivemos desde o início, parece-me que seriam objeto específico de um sistema que pudesse ter essa característica de norma coordenadora das demais. Então, tenha ou não essa denominação de Lei de Introdução ao Código Civil, já sabemos que não cuida apenas dele, é de uma importância extraordinária. Outras leis, como a Lei Complementar nº 95/1998, que trata do processo legislativo, têm normas sobre hermenêutica, sobre interpretação que também são de uma importância extraordinária. Ali, há um sistema que resolve uma série de conflitos que é a questão da lei básica, ou seja, quando mais de uma lei trata do mesmo assunto, qual o critério que se tem que identificar para a interpretação? É o critério da lei básica, ou seja, aquela lei seria própria para prever aque-

le instituto. Então, todo esse sistema sempre foi objeto do que se denominou de Lei de Introdução ao Código Civil. Sem dúvida, mais do que nunca, em um momento como esse em que teremos uma legislação com mais de dois mil e quarenta artigos, um sistema eficiente que pudesse coordenar a aplicação, a interpretação e a vigência de todas as normas é mais do que nunca um sistema muito importante.

Quanto aos usos e costumes, isso foi origem do Direito Comercial que nasceu dos usos e costumes dos comerciantes. Apesar de a lei tratar de forma básica e de serem poucos os sistemas em que encontramos a vigência de usos e costumes, mesmo assim continua sendo importante. Sabemos que o Código Comercial, que está em vigor até janeiro do ano que vem, tem uma norma – artigo 291 – que diz que no caso de sociedades, na omissão da lei comercial, antes de ir à lei civil, aplicam-se os usos e costumes. Então, para o sistema comercial, que é origem e será em seguida evolução do sistema do Direito Empresarial, na parte societária, os usos e costumes são tão importantes que eles afastam, em um primeiro momento, a própria aplicação supletiva do Código Civil em relação ao Código Comercial. Encontramos, também, em relação aos contratos, regras importantes em relação aos usos e costumes. Durante muitos anos, o conceito de pagamento à vista era um conceito de usos e costumes. No Rio de Janeiro, principalmente nos portos, até cinco dias era considerado um pagamento à vista. Então são critérios, sistemas que sempre surgiram e foram, de certa forma, desenvolvidos com os usos e costumes. Ao tratar do contrato de comissão o Novo Código Civil dá enorme destaque a essa fonte de direito, pois as principais cláusulas contratuais, e até mesmo a remuneração do comissário, devem ser fixadas segundo os usos correntes no lugar (arts. 695, 699 e 701).

Apesar dessa revogação expressa do artigo final do Código Civil, vejamos,

por exemplo, o artigo 113, que trata do negócio jurídico, o novo Código Civil diz o seguinte: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Então, os usos e costumes continuam ainda em vigor por vários dispositivos do novo Código Civil, é uma norma expressa do referido artigo.

Sabemos que com a unificação do direito das obrigações não haverá mais a distinção entre contratos civis e contratos mercantis, serão todos contratos regidos pelo Código Civil. Essa regra impõe, de forma clara, o critério da boa-fé e do lugar como critério de interpretação dos contratos do novo Código Civil. Portanto, apesar da revogação, creio que ainda serão de muita importância os usos e costumes, principalmente para o nosso Direito Empresarial.

Há uma questão referente à liquidação das sociedades. É certo que existe uma certa contradição, pelo menos aparente, no Código Civil em relação a uma série de aspectos. Um é esse. Sabemos que a liquidação sempre se inicia com um processo de dissolução; então, necessariamente, para liquidar tem que dissolver. Em um primeiro momento, em uma conclusão apressada, eu diria que se for uma dissolução ou uma liquidação judicial, o sistema ainda é o do Código de Processo Civil de 1939. Se for uma dissolução ou uma liquidação extrajudicial, o sistema a ser aplicado é o do novo Código Civil.

#### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Sem dúvida, professor, apenas o artigo 1.102 dispõe: “Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução”. Vejam bem que o artigo 1.103 dispõe: “Constituem deveres do liquidante: ...”. Ele repete e acrescenta as regras da liquidação judicial do artigo 655 do Código de 1939. Diz serem deveres do liquidante averbar e pu-

blicar a ata e aí traz também a sentença. Mas é sentença de quê? No meu entender, só pode ser a de dissolução. E o Capítulo do Código de 1939 fala em dissolução e liquidação. Talvez a impropriedade da construção retórica, aqui, pudesse ocasionar algum problema. O fato é que ela existe, há uma dicotomia que não está de acordo com o melhor vernáculo. Não sei se o senhor concorda.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Concordo e acho que existe aqui uma contradição porque, na realidade, começa falando sobre liquidação e fala de sentença, o pressuposto seria uma liquidação judicial, e nesse caso se aplicaria o Código de Processo Civil. O artigo 1.111 diz expressamente: “No caso de liquidação judicial, será observado o disposto na lei processual”. Considerando que a premissa da liquidação, que é a fase final de um processo de dissolução, apesar da imperfeição dessa norma, concordo com o senhor, ou seja, se for judicial, tanto a liquidação quanto a dissolução, necessariamente se aplicaria a norma do Código de Processo Civil de 1939. A meu ver, seria essa a melhor interpretação dada ao artigo 1.111 do novo Código Civil.

#### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Vejam os senhores que sorte a nossa. Já temos aqui uma interpretação que não vai nos deixar perdidos nos mares das dúvidas. Também penso isso, apenas a interpretação literária – e já temos em desfavor da interpretação literária os próprios vocábulos mal empregados, está aí essa dicotomia entre simples e empresarial, que não consegue descer de forma tranqüila. Então cria uma perplexidade e é bom que saibamos. Não se iluda, meu grande professor, algum advogado inteligente há de trabalhar nesse vácuo, há de dizer que a dissolução não pode mais ser judicial. É claro, e devemos estar prontos para isso, que é apenas um exemplo.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Eu chamaria a atenção para o artigo 1.111 que estabelece claramente

que: “No caso de liquidação judicial, será observado o disposto na lei processual”. Então não há dúvida de que há uma liquidação extrajudicial e uma judicial. E o artigo 1.112 que ainda diz: “No curso de liquidação judicial, o juiz convocará, se necessário, reunião ou assembléia para deliberar sobre os interesses da liquidação, e as presidirá, resolvendo sumariamente as questões suscitadas”. Então não há dúvida que há uma liquidação judicial comandada pelo juiz e aqui se está estabelecendo algo que o juiz poderá fazer para conduzir melhor esta liquidação. O que pensa o Professor?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Tenho a impressão de que é exatamente isso. Existe aqui uma imperfeição técnica em relação ao novo Código Civil, mas a premissa aqui dessa assembléia – e deve ser a isso que a lei se refere – é que seja uma dissolução ou uma liquidação judicial. Eu gostaria de ouvir o Professor Luiz Alberto Rosman, porque ele vai tratar dessa matéria quando abordar a sociedade limitada.

#### **Prof. Luiz Alberto Rosman**

São duas coisas distintas, sabidas por todos: a liquidação e dissolução. A dissolução é uma forma de se resolver o contrato de sociedade; liquidar é – cessada a sociedade, permanecendo a personalidade jurídica até o término da liquidação – a apuração dos ativos, a sua avaliação, a sua venda ou então a sua divisão entre os sócios, depois de pagas as dívidas sociais. Para que haja a liquidação, primeiro é preciso que haja a dissolução, e o Código Civil, em seu artigo 1.033, trata das hipóteses de dissolução por deliberação dos sócios, e o artigo 1.034, dispõe: “A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I – anulada a sua constituição; II – exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutabilidade”. Além de outras causas que o contrato social pode prever. Creio que interpretaria esse dispositivo (que Dr. Antonio Carlos abordou no Ca-

pítulo da liquidação, quando fala em sentença) como uma situação em que houve um processo judicial para determinar a dissolução judicial em uma dessas duas causas: exaurimento do fim social ou anular a sua constituição; porém a liquidação, ou seja, a apuração dos ativos, a sua venda, pagamento das dívidas e distribuição do saldo remanescente para os sócios far-se-ia por forma não judicial. Então, aqui coloco essa interpretação para harmonizar os textos.

**Des. Sergio Cavaliere Filho**

Necessariamente, a liquidação não precisa ser judicial, ainda que a dissolução tenha sido, se os sócios se entenderem.

**Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Se bem que se houver qualquer movimento judicial, pela letra da lei, do Código de 1939, como é que vai se extrair da decisão judicial a devolução voluntária dos sócios para liquidarem a sociedade, fora daquela ambiência? O Código de 1939 é impositivo, ele junta a dissolução com a liquidação de forma indissociável. Há um ponto que o segundo grau corrige com muita perfeição porque são duas etapas. A etapa dissolutória, em que o juiz define que a sociedade está dissolvida, e a segunda, logo em seguida que é a liquidação. Tenho a impressão de que é evidente que a provocação foi feita para que se destacasse a importância da Lei de Introdução, porque há conflito aparente de normas e estaremos resolvidos. Mas precisamos resolver o conflito com técnica, com disposição vocabular apropriada.

**Des. Sergio Cavaliere Filho**

Prof. Penalva Santos, nos meus poucos conhecimentos de Direito Comercial, faço, hoje, essa distinção: sociedade civil e sociedade comercial. Na realidade, a rigor, não há muita distinção entre a atividade de uma e de outra. A sociedade comercial está registrada na Junta Comercial e a sociedade civil está registrada no Registro de Pessoas Jurídicas, mas muitas vezes a atividade de

ambas praticamente é a mesma. Pelo que estou percebendo, o novo Código vai estabelecer outra distinção: agora é sociedade simples e sociedade empresarial. A sociedade empresarial, tirando do conceito do artigo 966, será aquela que exerce atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Como ficam as sociedades civis registradas no Registro de Pessoas Jurídicas e que exercem, inquestionavelmente, atividade econômica? Como elas serão tratadas a partir de então? Juizes, como nós iremos enfrentar essa distinção? Será uma sociedade empresarial ou uma sociedade civil? Há inúmeras conseqüências. Então, gostaria de ouvir a opinião de Vossa Excelência a esse respeito.

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Esse é outro grande problema que todos teremos que enfrentar. A diferença que havia entre a sociedade civil e a comercial, salvo a anônima, era apenas quanto ao objeto social. Por exemplo, a sociedade limitada poderia ser uma sociedade civil ou ser uma sociedade comercial. O objeto social, para essa nova diferença entre sociedade simples e empresarial, continua sendo muito importante porque se o objeto da sociedade for aquele sistema do artigo 966 do Código Civil, que trata da atividade do empresário, agregado ao elemento registro, caracterizará a sociedade como sendo empresária. A dificuldade que vejo é na prática, depois da vigência da Lei 8.934/94, que trata do registro de atividades mercantis e outras consideradas empresariais. Vários autores já vinham defendendo que o artigo 2º dessa Lei 8.934 que dispunha que os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis são levados a registro na Junta Comercial, independentemente (essa expressão seria vista como problemática) do seu objeto, e especificavam-se as atividades consideradas empresariais.

Então, desde 1994, com base no artigo 2º da Lei 8.934, vários autores

defendiam que já não havia mais a diferença entre a sociedade civil e a sociedade comercial, para adotar o sistema de atividade empresarial, com o que eu, particularmente, não concordo. Acho que, naquele momento específico, uma lei que tratava de registros empresariais não poderia revogar todo o sistema, não poderia revogar o Código Civil, o Código Comercial, a Lei de Falências. Creio que a finalidade daquela norma do artigo 2º da Lei 8.934 foi apenas alargar, ampliar as sociedades que eram levadas a registro na Junta Comercial. Mas, agora, criou-se um problema: podemos ter, e provavelmente temos, uma série de atividades que não eram típicas da sociedade mercantil levada a registro na Junta Comercial, e agora podem estar dentro desse conceito de atividade empresarial. O grande perigo, sabemos, é o problema do requerimento da Lei de Falências.

Essa dificuldade surgida com a Lei 8.934, que ampliou a competência da Junta Comercial, na prática vai levar a esse problema, ou seja, temos uma série de atividades que não eram de sociedades tipicamente mercantis, mas, agora, cabendo dentro desse conceito mais largo de sociedade empresarial e caracterizado o registro, acho elas podem ter esse tratamento de sociedade empresarial. Na prática, há aquela dúvida: e a sociedade de prestação de serviços? Agora é empresarial. Então aqueles grandes problemas existentes sobre a sociedade de prestação de serviços, se ela poderia ou não ir à falência, agora considero que podem.

Houve, sensivelmente, um alargamento do conceito de sociedade comercial, agora para a sociedade empresarial. Então atividades como as de colégios, de hospitais – esse exemplo que demos sobre o conceito de elemento de empresa, sem dúvida ele está presente nos colégios, nos hospitais, por exemplo, em determinadas clínicas de dentistas, universidades – agora, qual é o receio? É o problema da lei de falência. O colégio tem um problema seriíssimo,

que há sempre um descompasso na receita registrada na contabilidade, porque ele não pode impedir o aluno de frequentar o estabelecimento, ainda que esteja com a mensalidade atrasada. Um descompasso, um requerimento com base na impontualidade, caracterizado o atraso da escrituração, é crime falimentar. A dificuldade que vejo é submeter, sem muita reflexão, uma série de atividades que agora vão estar sujeitas ao rigor da impontualidade e que não estavam anteriormente. Esse é o grande problema que acho que deve ser verificado com muita cautela. Temo que a partir de janeiro do ano que vem, quando entra em vigor o Código Civil, provavelmente, o grande número de credores se antecipando e requerendo a falência de certas sociedades (que não eram mercantis e que agora poderão ter essa característica de sociedade empresarial) será o grande problema que o Dr. Antonio Carlos, como eminente Juiz da Vara de Falências e Concordatas, enfrentará.

Finalmente, quanto ao registro, a sociedade que era civil e agora passa a ser empresarial deve no prazo de um ano (art. 2.031) se adaptar ao nosso sistema, mudando o registro do Cartório de Pessoas Jurídicas para a Junta Comercial. Se não o fizer, será considerada sociedade irregular, com as consequências daí decorrentes. Mas enquanto isso não ocorrer, não creio que, por exemplo, seja possível pedir a falência dessa sociedade, cujo registro não está corretamente feito.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Então, o principal critério distintivo então não será mais o registro lá ou cá, mas sim o conteúdo. As sociedades civis, hoje, que exercem atividade empresarial terão que fazer novo registro ou permanecerão como estão?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

A nova sociedade empresarial é identificada pelo binômio objeto e registro. Caracterizando-se a atividade empresarial, ela teria que ser levada a registro na Junta Comercial, como determina o art. 2.031.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

E a Lei de Introdução? Já não tem uma existência anterior à nova lei?

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Voltando ao enfoque falimentar, imagino o seguinte: a uma sociedade que caiba dentro desse conceito de sociedade empresária, mas o registro é ainda no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas e não na Junta Comercial, faltaria um elemento caracterizador para a sociedade empresária, ou seja, a grande diferença para o comerciante é que o registro nunca foi essencial, o comerciante poderia, descaracterizada a mercancia como atividade profissional e regular, caber naquele conceito. Agora não. Acho que além da atividade do empresário, tem que haver o registro. Essa é a dificuldade.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Elas serão obrigadas a ter o registro no seu entender ou não?

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Essa é a questão, pois deveriam ser, por força do disposto no artigo 2.031, que obriga todas as sociedades a regularizar o registro no prazo de um ano. Na prática, não sei se os advogados aconselharão que sociedades, que cabem dentro desse conceito de atividade empresarial, como colégios e faculdades, passem imediatamente o registro para a Junta Comercial, por causa da falência.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

Como é que nós, juizes, vamos resolver essa pendenga depois? Temos, hoje, quase quatrocentos juizes aqui e todos muito interessados em saber como é que terão que decidir. Quer dar um palpite?

**Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

Salvo equívoco, a Lei 8.934 fala em empresa mercantil, isso é muito importante, o vocábulo já está aí.

**Dr. Paulo Penalva Santos**

Ê, essa questão já havia surgido na vigência da Lei n. 8.934, que deu

margem a essa discussão. Como já disse, embora essas sociedades devessem transferir o registro para Junta Comercial, não creio que isso vá ocorrer imediatamente. O colégio, a faculdade, as clínicas, naturalmente vão tentar protelar a transferência do registro para a Junta Comercial, pois com isso faltaria o segundo elemento (registro) que caracteriza a sociedade empresária. Insisto que o grande receio é a possibilidade de falência.

**Professor Luiz Alberto Rosman**

Não mexo muito com Lei de Falências, tenho alguns conhecimentos, mas fiquei pensando enquanto estava ouvindo esse debate interessantíssimo e realmente de repercussões seriíssimas. A Lei de Falência, que é de quarenta e poucos, foi toda criada em cima do sistema anterior, que tinha uma dicotomia entre comerciantes e os não comerciantes, submetendo os comerciantes ao regime do concurso de credores da Lei de Falências.

Agora houve uma mudança de regime que não é mais entre comerciantes e não comerciantes e sim entre sociedades empresárias e aquelas que não são empresárias, são sociedades simples. Todos que são comerciantes, em um certo sentido, seriam inseríveis no conceito de sociedade empresária, mas nem toda a sociedade empresária, segundo a definição do Código Civil, seria qualificável como comerciante à luz do regime anterior. Acho que como tenho uma lei posterior ao Código Civil, que estabeleceu um regime diferente do anterior àquele com base no qual a Lei de Falências foi feita, que na aplicação da Lei de Falências, eu não deveria entender como igual a comerciante, portanto submetido à Lei de Falência todo e qualquer sociedade empresária. Mas, teria que buscar, dentre aquelas sociedades empresárias, quais as que teriam a característica de comerciante. É só uma complicação maior.

**Des. Sergio Cavalieri Filho**

O artigo 1.015 dispõe: “No silêncio do contrato, os administradores po-

dem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único: O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II – provando-se que era conhecida do terceiro; III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. Estou sempre tentado a intrometer em todos os lugares o Código do Consumidor.

Então, faz-se um contrato social e há uma série de restrições ao administrador, inscreve-se aquele contrato em um lugar em que nenhum consumidor tenha acesso e quando há o dano, o prejuízo, argumenta-se que o Código Civil permite essas restrições, e, *erga omnes*, valendo contra terceiros, desde que esteja devidamente registrado. O consumidor é que deve buscar isso, fazer a pesquisa que bem entender. Não haverá aí um confronto, uma colidência entre os princípios que estão no Código do Consumidor como a transparência e, principalmente, toda confiança com essa disposição? Como é que Vossa Excelência ajustaria os dois Diplomas?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

A oponibilidade aos terceiros das denominadas restrições aos atos de administração não se aplica nos casos de relação de consumo. Tratando-se de hipótese de aplicação do CDC, naturalmente essa regra do art. 1.015 do Novo Código Civil não se aplica. É absurdo afirmar que o Novo Código Civil revogará o CDC. No exemplo do consumidor, parece claro que ele não é obrigado a verificar o contrato social da outra parte para constatar os poderes de cada administradores. Mas, de outro lado, tratando-se de negócio jurídico entre empresas, a regra do art. 1.015 do Código Civil deverá ser respeitada. Algumas pessoas disseram, no início da vigência do Cód

go de Defesa do Consumidor, que não se aplicava ao contrato comercial porque aquela compra não era feita com o intuito de revenda. Isso não é verdade, pois sempre ficou muito claro que, com relação aos contratos mercantis, o Código do Consumidor poderia ou não ser aplicado, dependendo da atividade. Sendo uma atividade típica, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, não teria nenhuma dúvida em afirmar que essa regra aqui, por força de uma outra norma do Código de Defesa do Consumidor, não se aplicaria. Mas, por exemplo, a um contrato de fornecimento de combustível entre uma determinada distribuidora e uma empresa de transportes, acho que não se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor. Aí se aplica essa regra do artigo 1.015.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Dr. Penalva, tenho dois questionamentos: o primeiro seria com relação aos artigos 2.031 e 2.032 que fazem a previsão para a alteração das sociedades empresárias. Caso a sociedade empresária não respeite a adequação no prazo estabelecido, eu poderia considerá-la como sociedade em comum, irregular?

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

É uma questão complexa, que pode ser dividida em duas hipóteses distintas. O primeiro caso, por exemplo, e o da sociedade que era civil e agora passa a ser empresária. Aqui, não tenho dúvida de que a sociedade tem a obrigação de regularizar o registro, transferindo-o para a Junta Comercial. Outra hipótese é a da necessidade de adaptar os contratos sociais às exigências dos artigos referentes à limitada. Tenho dúvida em relação a esse segundo exemplo, sob o qual já conversei com o Prof. Luiz Alberto, que vai se encarregar disso. Temos uma série de dificuldades. Será que não haveria aí um ato jurídico perfeito, a ser regido pela lei anterior? Confesso que tenho uma dificuldade gigantesca. Por exemplo, um critério de quorum de deliberação, que

foi válido naquele momento, regido naquela lei, será que não haveria algo próximo do que conhecemos como ato jurídico perfeito? Sinceramente, gostaria de ouvir a opinião do Prof. Luiz Alberto, mas é um problema sério. A grande dúvida que está ocorrendo na prática é o seguinte: será que todo mundo precisa alterar os contratos sociais? Esse é o problema. E quem não alterar, em que condições será tratada essa sociedade?

#### **Dr. Antonio Carlos Esteves Torres**

O artigo 2.031 dispõe: “As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários”.

#### **Prof. Luiz Alberto Rosman**

A rigor, os tipos societários que existiam antes continuam existindo agora, então não mudaria. O que há é uma série de novas regras, por exemplo, a sociedade limitada que era uma lei de dezoito artigos, agora é uma lei de cinquenta, setenta artigos. Então, o que acontecerá, se não houver adaptação, é que aqueles dispositivos cogentes do Código Civil – tenha havido ou não a adaptação dos contratos sociais, dos diversos tipos societários – passarão a ser aplicados não pela forma que os sócios deliberaram dentre aquelas matérias em que eles têm uma autonomia de vontade. Basta aplicar as disposições do Código.

A senhora mencionou a sociedade simples, que não existia antes. A maioria das sociedades existente já tinha um tipo societário definido que foi mantido, a grande maioria das sociedades por quotas continua.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Na verdade, a minha preocupação vai além porque, hoje, até mesmo o objeto social precisa fazer parte do nome empresarial pelo novo Código. Se não o fizer, certamente essa sociedade vai passar a uma posição diferente. Seria tida como uma sociedade irregular ou não?

De acordo com o novo Código, o objeto precisa fazer parte do nome empresarial, portanto a alteração se impõe.

#### **Prof. Luiz Alberto Rosman**

Não necessariamente. Na sociedade limitada, por exemplo, a lei sugere que a denominação social pode conter qual o tipo de atividade, mas não é uma exigência. O que pode acontecer é haver uma irregularidade, mas não que a sociedade seja irregular, quer dizer consequências sérias.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Certamente, principalmente na área falimentar. O meu segundo questionamento e bastante objetivo é o seguinte: sabemos que, hoje, de acordo com o novo Código, as cooperativas são tidas como sociedades simples e, portanto, seguindo a legislação pertinente, a lei reitoria da matéria que trata de sociedade cooperativa, ela não pode falir, ela está sujeita à liquidação extrajudicial ou judicial. Seria o caso de pensarmos, em passando o novo projeto de lei falimentar, que ela também poderia estar sujeita, como sociedade simples, à falência? Hoje, já enfrento alguns problemas dessa natureza, requerimentos falimentares de cooperativas, que, na verdade, seriam de insolvência. Volta e meia encontramos discussões abertas com a Curadoria de Massas.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Nada impede que a nova lei unifique o sistema da insolvência, incluindo a cooperativa no sistema falimentar. Mas não sei se isso funcionaria bem. As cooperativas têm características próprias que são incompatíveis com o rigor da lei falimentar, principalmente em relação ao crime falimentar.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Já encontrei alguns posicionamentos divergentes no Tribunal do Rio Grande do Sul. Estou enfrentando esse problema.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Essa é a beleza do direito e a facilidade do advogado, ele pode procurar

um acórdão que vai encontrar, nem que seja do Piauí.

#### **Dr<sup>a</sup> Maria Cristina de Brito Lima**

Alguns julgados têm prestigiado a falência de sociedade cooperativa pelo exercício de atividade mercantil.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Gostaria de fazer uma pequena observação: a Lei 8.934/94, nos artigos 59 e 60, dispõe que se a sociedade mercantil não promover a alteração adequada, ou deixar de alterar alguma disposição de seu contrato social no período de 10 anos consecutivos, será considerada uma sociedade em extinção e perderá o nome comercial. Essas são disposições de que poucos se lembram.

#### **Dr<sup>a</sup> Elisabete Aguiar**

A minha pergunta é para o Professor Paulo Penalva Santos, que quando falou em sociedade simples, fez menção àquelas sociedades de advogados. Quero pegar o gancho do Prof. Antonio Carlos Esteves e do Prof. Cavalieri. Em relação à sociedade de advogados, há norma expressa, a Lei 8.906. Na Lei de Arbitragem existem aquelas sociedades de árbitros em que há árbitros contratados e outros avulsos. Poderia essa sociedade de árbitros requerer, por aplicação analógica, as normas da Lei 8.906? A essa sociedade de árbitros se aplicaria o instituto da falência ou o da insolvência?

#### **Prof. Paulo Penalva Santos**

Confesso que não me recordo bem desse dispositivo que trata dessa matéria de arbitragem. Não sei se essa entidade tem a característica de sociedade, e muito menos de sociedade empresarial. Na questão da sociedade de advogados, a lei impede expressamente que ela tenha o tratamento e a forma da sociedade mercantil. Então o problema é esse, uma sociedade de advogados não poderia ser constituída sob a forma de S.A. No sistema da arbitragem, não me lembro se haveria ou não algo semelhante ao Estatuto da Ordem. Agora, em um

primeiro momento, estaria inclinado a dizer que deveria ser uma entidade não empresarial, mais uma associação do que propriamente uma atividade típica do empresário (como a Bolsa de Valores, por exemplo, que é uma sociedade civil).

#### **Dr. Paulo Roberto Fragoso**

Prof. Penalva, veja que citamos muito aqui o artigo 1.015 do novo Código Civil, que afasta, então, a publicidade de que goza o registro do comércio, que afastaria então a teoria da aparência, para vincular a sociedade. Então o artigo 1.053 criou uma norma nova no tocante às sociedades por quotas porque agora, pelo Código novo, os sócios podem optar entre a aplicação supletiva da lei das sociedades simples ou, como diz o parágrafo único do artigo 1.053, a Lei das Sociedades por Ações. O que me causa estranheza é exatamente isso, esse artigo 1.015 está no Capítulo atinente às sociedades simples, esse artigo que afasta a teoria da aparência, que tem como condição a boa-fé. Os sócios poderiam, então, optar, na estruturação de uma sociedade limitada, pela adoção desse regramento ou não. Essa situação me causa tamanha perplexidade porque posso dizer que se aplica a Lei das Sociedades Anônimas supletivamente, ou então dizer que se aplica a Lei de Sociedade Simples incidindo esse artigo 1.015. Nesse caso, a regra poderia ser aplicada ou não, ao alvedrio dos sócios, à escolha deles, porque esse artigo 1.015 constitui um verdadeiro retrocesso pois sempre, em nosso direito, aplica-se a Teoria da Aparência para vincular a sociedade.

Então, gostaria de ouvir a sua opinião, porque, a meu juízo, se tivesse que enfrentar esse tema, continuaria aplicando a mesma regra que sempre existiu, de que a publicidade de que goza o registro de comércio não afastaria a boa-fé. Ao meu juízo, essa regra do artigo 1.015 seria inaplicável a uma relação de consumo porque se uma atividade empresarial implica em circulação de bens e serviços e o Código do Consumidor se limita a qua-

lificar como fornecedor de bens e serviços, o fornecedor vai ser sempre o empresário. E aqui essa regra é específica à sociedade simples, que não é sociedade empresária. Então penso eu que não há risco desse artigo 1.015 ser invocado em relação de consumo. Gostaria de saber sua opinião, de poder excluir ou não a aplicação desse artigo 1.015.

#### **Dr. Paulo Penalva Santos**

Nesse ponto já há um consenso. Aplicaria o Código de Defesa do Consumidor, ainda que fosse sociedade empresária ou simples. Esse artigo 1.053 é tão problemático, que o próprio relator do Código Civil, Deputado Fiúza, já apresentou um projeto que entre outras coisas revoga, muda essas regras do artigo 1.053. No caso de sociedade empresária, acredito que o parágrafo único do artigo 1.053 permite a inversão dessa regra desde que haja cláusula expressa, admitindo a aplicação supletiva em um primeiro momento da lei de sociedade por ações (da Lei de Sociedade Anônima agora) em

relação ao Código Civil. Mas creio que se for sociedade simples, não. Acho que necessariamente, pelo objeto ser de uma sociedade simples, não seria ao menos coerente a aplicação supletiva de normas de atividades empresariais, que é a sociedade anônima, em relação à sociedade simples. O Professor Antonio Carlos está trazendo aqui a nova redação do artigo 1.053, que é exatamente invertendo essa regra dispondo que, no caso de omissão, aplica-se, no que for compatível com o contrato social (que era a regra do artigo 18 do decreto de quotas) a lei de sociedade por ações. É claro mesmo esclarecida essa questão, vamos ter um outro problema: Mesmo se aplicando a lei das sociedades anônimas, surgirão questões sérias, pois só se aplicariam as normas do anonimato que forem compatíveis com a sistemática da limitada. Exemplo de normas incompatíveis, são as quotas escriturais, custódia de cotas fungíveis, certificado de depósito de cotas, partes beneficiárias, bônus de subscrição etc. 