

Algumas Impropriedades do Denominado “Novo” Código Civil

CLÁUDIO CALO SOUZA

Promotor de Justiça/RJ

Professor da FGV, da FEMPERJ e da EMERJ

I- INTRODUÇÃO

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, entre os operadores do direito, está sendo mais conhecida como o “Novo” Código Civil, apesar de “nova” revoga várias leis, inclusive, a primeira parte da Lei nº 556/1850 (Código Comercial).

Não há dúvida de que em pleno século XXI a Lei nº 10.406 retrata a falta de visão e capacidade jurídica do Poder Legislativo, vez que dá ensejo a várias incongruências, a começar pelo fato de o direito empresarial e cambiário (parte geral) constar no Código Civil. Será que o legislador procurou a difícil unificação do direito privado? Qual a finalidade desta disciplina? Será que para o direito brasileiro adotar a teoria da empresa deveria esta estar disciplinada no Código Civil? Não seria melhor uma reforma total no Código Comercial do século XIX?

Bom, certo é que o “Novo Código Civil” deixa de enfrentar algumas questões bastantes controversas na doutrina e na jurisprudência e, às vezes, acaba optando pela posição menos aconselhável.

II - INCONGRUÊNCIAS

II.1- SITUAÇÃO DO MENOR

Até então, em razão do disposto no artigo 9º, parágrafo único, do Código Civil de 1916, a menoridade civil cessava aos 21 (vinte e um) anos completos, sendo uma das hipóteses de o menor emancipar-se o fato de o mesmo estabelecer-se comercialmente com economia própria, havendo controvérsia sobre o limite etário mínimo, ou seja, se a partir dos dezesseis anos ou dezoito anos. Neste contexto, levando-se em consideração o art. 3º, inciso

II, do Decreto-lei nº 7.661/1945, que admite a falência do menor desde que tenha mais de dezoito anos, e a maioridade penal, que começa aos dezoito anos, filiamo-nos à posição que defende o limite etário mínimo de dezoito anos, com fundamento em uma interpretação sistemática.

A questão torna-se problemática no momento em que o ‘Novo Código Civil’, no artigo 5º, altera a maioridade civil para dezoito anos de idade completos, sendo que no parágrafo único, inciso V, passa admitir expressamente a emancipação do menor, desde que devidamente estabelecido comercialmente, tenha economia própria e *dezesseis anos de idade completos*.

Desta forma, poderíamos concluir que o legislador civilista, sem analisar a atual lei de falências (art. 3º, inciso II, do Decreto-Lei nº 7.661/1945), passou a admitir a emancipação aos dezesseis anos? E em sendo positiva a resposta, a falência poderá ser decretada?

Não há dúvidas de que urge que a lei de falências seja reformada, valendo registrar que está em tramitação no Poder Legislativo um projeto de lei de falências e concordatas, que já foi chamado de projeto de lei de liquidação judicial e recuperação. Mesmo que torne-se lei, de toda sorte haverá uma incongruência do “Novo Código Civil” com o Código Penal, vez que, mesmo que o menor venha a emancipar-se com dezesseis anos de idade e seja admissível o decreto falimentar, ainda assim, em eventual cometimento de crime falimentar, este menor emancipado não poderá ser responsabilizado criminalmente, diante do critério biológico adotado quanto à menoridade penal.

Nesta linha de raciocínio, o menor emancipado pela atividade empresarial aos dezesseis anos terá capacidade civil plena, capacidade falimentar, mas, penalmente, será inimputável. E se o menor der um “rombo” no mercado? Nada sofrerá ou responderá à processo socioeducativo junto ao r. Juízo da Infância e da Juventude?

Ora, das duas uma, ou se altera o “Novo Código Civil” ou terá que ser alterada a maioridade penal!

Ainda sobre a questão do menor, o “Novo Código Civil” deixou de analisar a possibilidade de o menor poder ser sócio de uma sociedade, ressaltando que, atualmente, a questão é controvertida na doutrina e na jurisprudência no tocante às sociedades limitadas. Já no tocante às sociedades reguladas no Código Comercial, este diploma legal veda expressamente no artigo 308 a participação do menor como sócio da sociedade.

Mas, e com o “Novo Código Civil”? Da mesma forma que o Código Civil de 1916, o novel diploma legislativo, no artigo 104, preceitua que, como um dos requisitos de validade do negócio jurídico, no caso o contrato social, tem-se a capacidade do agente, fazendo crer que o menor não emancipado, por ser incapaz, não poderá ser sócio de sociedade. No entanto, aquela controvérsia, apesar dos longos anos, continuará subsistindo no século XXI, até porque o Código Civil de 1916 também exigia agente capaz para o contrato ser válido (art. 81) e, mesmo assim, tem-se a divergência doutrinária e jurisprudencial.

II.2- MOMENTO DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes da entrada em vigor do “Novo Código Civil, havia controvérsia quanto a aquisição da personalidade jurídica pela sociedade comercial, predominando o entendimento de que tal ocorria com o devido arquivamento do ato constitutivo na junta empresarial (arts. 16 e 18, ambos do Código Civil de 1916). No entanto, há quem defenda que com a simples constituição já há a aquisição da personalidade jurídica, sendo que o registro é importante para que a sociedade possa funcionar de forma regular.

Após décadas, esta controvérsia continuará sendo atual, mesmo após janeiro de 2003, vez que o artigo 985 do “Novo Código Civil”, de forma expressa, dispõe que a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos, além do mais, o artigo 45 do mesmo diploma legal, de forma categórica, preceitua que a existência legal das sociedades privadas começa com a inscrição. Portanto, tal diploma legal faz crer, aparentemente, que a personalidade jurídica é adquirida com o registro.

No entanto, o próprio legislador civilista, quando dispõe sobre as sociedades em comum (leia-se irregulares ou de fato) no artigo 990, de forma também categórica, preceitua que os sócios destas sociedades têm responsabilidade solidária e ilimitada, sendo que está excluído do benefício de ordem. Em outras palavras, não possuirá responsabilidade subsidiária apenas aquele sócio que contratou pela sociedade, apresentando-a. Em sendo assim, os demais sócios que não contrataram pela sociedade terão responsabilidade subsidiária, o que significa dizer que os credores da sociedade deverão executar primeiramente o patrimônio desta e, se for o caso, executarão, de forma ilimitada, os bens dos sócios. Há, portanto, benefício de excussão, o

que evidencia a existência de autonomia patrimonial, isto é, o patrimônio da sociedade não se confunde com os patrimônios dos sócios, salvo o do sócio que contratou pela sociedade. Assim, objetivamente, o legislador civilista acabou acolhendo a teoria da personalidade jurídica, prevista no artigo 20 do Código Civil de 1916.

Portanto, apesar de o “Novo Código Civil” procurar fazer crer que as sociedades em comum são despersonalizadas, pois exige o registro para a aquisição da personalidade jurídica e acaba por tratá-las no capítulo “Da Sociedade Não Personalizada”, admite a autonomia patrimonial, que é o substrato da teoria da personificação.

Ademais, no tocante à sociedade em conta de participação, que é uma sociedade sem personalidade jurídica, o próprio “Novo Código Civil”, no artigo 993, admite que a mesma possa ser registrada, mas preceitua que tal registro não irá conferir personalidade jurídica.

Conclui-se, assim, que a controvérsia subsistirá em pleno século XXI!

II.3- INALIENABILIDADE DO NOME EMPRESARIAL

O nome empresarial é o elemento de identificação do empresário individual ou coletivo, que admite duas espécies, quais sejam: firma ou denominação.

Nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, no artigo 34 da Lei nº 8.934/1994, acolheu o sistema da autenticidade ou veracidade das firmas, em que, para formar a firma individual ou coletiva, deve-se observar o nome da pessoa natural (empresário individual) ou dos sócios (sociedade empresária). Do contrário, o nome será inautêntico.

Já com relação à denominação, que identifica a sociedade anônima e pode identificar as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (ou simplesmente limitada) e as sociedades em comandita por ações, não se adota o sistema da autenticidade. Em sendo assim, se for transferida uma sociedade, esta poderá continuar com a mesma denominação, não havendo óbice na alienação da denominação, até porque não há que se cogitar de autenticidade nem, muito menos de caráter personalíssimo.

No entanto, o “Novo Código Civil”, nos arts. 1.115 ao 1.168, resolveu disciplinar o nome empresarial, sendo que no artigo 1.155, de forma clara e abrangente, preceitua que o “nome empresarial” pode ser firma ou denomi-

nação, sendo que no art. 1.164, de forma cristalina, preceitua que o “*nome empresarial* não pode ser objeto de alienação” (grifei).

Ora, deve-se compatibilizar tal dispositivo com o sistema da autenticidade das firmas, devendo-se indagar : Qual a razão de se vedar a alienação da denominação?

II.4- PESSOA JURÍDICA COMO SÓCIA-ADMINISTRADORA

É certo e sabido que a sociedade empresária, em regra, deve ser formada por duas ou mais pessoas, sendo a pluralidade um pressuposto de existência da sociedade, não havendo dúvidas de que o sócio pode ser pessoa natural ou jurídica, dependendo do tipo societário, até porque o art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/1976, admite, expressamente, que a sociedade anônima possa ter por objeto a participação em outras sociedades.

Desta forma, não há controvérsia quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser sócia de uma sociedade empresária (limitada e por ações). No entanto, no tocante à possibilidade de ser sócia-administradora (presentante), a questão não é tão simples.

No caso da sociedade em nome coletivo, esta é formada apenas por pessoas naturais (art. 1039 do NCC), o que demonstra que o legislador não quis que pessoa jurídica fosse sócia-administradora.

Em relação à sociedade em comandita simples, os sócios-administradores são os comanditados, necessariamente pessoas naturais (art. 1045 do NCC).

Ademais, estas sociedades, em caso de omissão, passam a ser disciplinadas pelas regras das sociedades simples (arts, 1040 e 1045, ambos do NCC). Em sendo assim, aplica-se-lhes, se for o caso, o disposto no artigo 977, inciso VI, do “Novo Código Civil”, que exige que a administração seja feita por pessoas naturais.

Mas, e no caso da sociedade limitada?

Até então havia entendimentos nos dois sentidos. Porém, o “Novo Código Civil”, ao invés de enfrentar a questão, acabou omitindo-se, pois no artigo 1.060, fez constar apenas que a sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas sem esclarecer se natural e/ou jurídica.

Creemos que o entendimento mais acertado é pela admissibilidade da gestão por sócio pessoa jurídica, mas por que o “Novo Código Civil” não colocou uma “pá de cal” na questão?

II.5- SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES

A mulher casada, com o advento da Lei nº 4.121/1962, passou a ser plenamente capaz, podendo exercer a atividade empresária como empresária individual sem a necessidade da autorização do marido. Após, o artigo 5º da Constituição da República, de forma categórica, também admitiu igualdade de direitos entre homens e mulheres. Portanto, a mulher casada pode ser empresária individual e pode também falir (art.3º do Decreto-lei nº 7.661/1945).

Porém, quanto à possibilidade de ser constituída sociedade empresária entre cônjuges, o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência é de que não há qualquer óbice para ocorrer tal constituição, não havendo qualquer violação ao regime matrimonial de bens, mesmo que este seja o da comunhão universal, até porque o art. 3º da Lei nº 4.121/1962 destaca bem os patrimônios dos cônjuges.

No entanto, o “Novo Código Civil”, no artigo 977, de forma expressa, passa a admitir a constituição de sociedade apenas entre cônjuges, porém de forma condicionada, ou seja, desde que o regime matrimonial de bens não seja da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens.

Diante da redação do art. 3º da lei nº 4.121/1962, que destaca bem o patrimônio dos cônjuges mesmo que o regime matrimonial de bens seja o da comunhão universal, do ponto de vista jurídico, despidianda a subordinação à condição. Com a devida vênia, disse demais.

II.6- TEORIA “ULTRA VIRES SOCIETATIS”

Esta teoria surgiu na jurisprudência inglesa, no século XIX, segundo a qual, se o administrador, ao praticar atos de gestão, violar o objeto social (objeto-atividade e objeto-lucro) delimitado no ato constitutivo, este ato *ultra vires societatis* não poderá ser imputado à sociedade, sendo considerado, segundo alguns autores, inválido e, para outros autores, ineficaz.

Portanto, a sociedade fica isenta de responsabilidade perante terceiros, salvo se tiver se beneficiado com a prática do ato, quando então, passará a ter responsabilidade na medida do benefício auferido.

A aplicação desta teoria tem sido afastada por grande parte dos países, pois tem-se procurado prestigiar a proteção ao terceiro de boa-fé, adotando-se a teoria da aparência.

Entretanto, quanto à incidência desta teoria no nosso ordenamento jurídico, a questão suscita controvérsias, sendo certo que filio-me à posição que defende a não aplicação desta teoria, pois deve-se admitir a responsabilidade da sociedade, até porque esta possui direito regressivo com relação ao sócio que praticou indevidamente atos de gestão, sendo que este sócio, ao praticar o ato *ultra vires societatis*, o fez com aparência de licitude, não se podendo exigir que terceiros sempre venham consultar o ato constitutivo para saber se o ato está ou não dentro do objeto social delimitado, até porque o direito comercial e as relações comerciais são dinâmicos por natureza.

No entanto, o “Novo Código Civil”, consubstanciando idéias retrógradas, no artigo 1.015, parágrafo único, inciso III, quando trata da sociedade simples, acabou acolhendo a teoria.

II.7-AVAL PARCIAL E ENDOSSO

O aval é uma declaração cambiária sucessiva e eventual, em que uma pessoa natural ou jurídica põe sua assinatura em um título de crédito, garantindo o cumprimento da obrigação cambiária. Portanto, configura uma garantia cambiária fidejussória, sendo um ato de liberalidade.

Até então, o ordenamento jurídico admitia que o avalista garantisse totalmente a obrigação cambiária ou apenas uma parte dela. No entanto, o “Novo Código Civil”, no art. 897, parágrafo único, de forma expressa, veda o aval parcial.

Ora, se o aval é uma garantia e um ato de liberalidade, por que proibir o aval parcial? Sob a ótica do credor, é melhor possuir uma garantia por parte da obrigação ou não possuir garantia alguma? Será que a admissão do aval parcial obstaculariza a circulação do título? Certamente que não.

Uma outra “pisada na bola” por parte do legislador foi o fato de, no art. 914 do “Novo Código Civil”, tratar o endosso da mesma forma que a cessão ordinária de crédito (art. 296 do NCC), ou seja, o endossante, ao transferir a titularidade do direito de crédito e o respectivo título, não garante o cumprimento da obrigação caso o devedor direto não o faça, salvo se constar na cártula uma cláusula-garantia. Ora, qual foi a finalidade desta alteração? Não seria melhor continuar como está, ou seja, o endossante é garantidor, salvo cláusula expressa em contrário?

Certamente há outras incongruências no “Novo Código Civil”, porém o presente trabalho tem por escopo ventilar aos operadores do direito que,

quando da análise da novel legislação, procurem fazê-la de forma crítica, a fim de contribuir para a elaboração de uma legislação mais moderna e adequada ao meio social em que vivemos. ◆