

### Edições anteriores

|                               |                                |                                |
|-------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|
| 1ª edição – 1957              | 16ª edição – 1991              | 27ª edição – 2001              |
| 2ª edição – 1958              | 17ª edição – 1993              | 27ª edição – 2001 – 2ª tiragem |
| 3ª edição – 1967              | 18ª edição – 1993              | 27ª edição – 2002 – 3ª tiragem |
| 3ª edição – 1970 – 2ª tiragem | 19ª edição – 1994              | 27ª edição – 2002 – 4ª tiragem |
| 4ª edição – 1973              | 20ª edição – 1994              | 28ª edição – 2002              |
| 5ª edição – 1976              | 21ª edição – 1995              | 28ª edição – 2002 – 2ª tiragem |
| 6ª edição – 1977              | 21ª edição – 1995 – 2ª tiragem | 28ª edição – 2002 – 3ª tiragem |
| 7ª edição – 1979              | 22ª edição – 1996              | 28ª edição – 2003 – 4ª tiragem |
| 8ª edição – 1981              | 22ª edição – 1997 – 2ª tiragem | 29ª edição – 2005              |
| 8ª edição – 1982 – 2ª tiragem | 22ª edição – 1997 – 3ª tiragem | 30ª edição – 2005              |
| 9ª edição – 1984              | 22ª edição – 1998 – 4ª tiragem | 30ª edição – 2006 – 2ª tiragem |
| 10ª edição – 1985             | 22ª edição – 1998 – 5ª tiragem | 31ª edição – 2007              |
| 11ª edição – 1986             | 23ª edição – 1999              | 31ª edição – 2008 – 2ª tiragem |
| 12ª edição – 1987             | 23ª edição – 1999 – 2ª tiragem | 32ª edição – 2009              |
| 13ª edição – 1988             | 24ª edição – 1999              | 33ª edição – 2010              |
| 14ª edição – 1989             | 25ª edição – 2000              | 34ª edição – 2011              |
| 15ª edição – 1990             | 26ª edição – 2000              |                                |



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

FRAN MARTINS

Professor Emérito da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará.

# Curso de Direito Comercial

Empresa comercial

Empresários individuais • Microempresas  
Sociedades empresárias • Fundo de comércio

35ª edição

revista, atualizada e ampliada

por CARLOS HENRIQUE ABRÃO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.  
Doutor em Direito Comercial da USP – Especialização em Paris.



RIO DE JANEIRO

o empregador poderá rescindir o contrato de trabalho, ocorrendo alguma destas circunstâncias (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 482):

- a) atos de improbidade por parte do empregado;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalhe o empregado ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama, praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Por outro lado, o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a indenização que lhe couber (art. 483), quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Na perspectiva da economia globalizada e dotada de ampla tecnologia, a justa causa reduz o seu peso no ambiente de trabalho, haja vista dispensa voluntária e normas coletivas de proteção, cuja possibilidade de reintegração judicial sempre existe.

A flexibilização das normas trabalhistas e da própria jornada leva a encarar de modo menos ortodoxo as regras concernentes às garantias e privilégios trabalhistas.

## XII

### COMERCIANTE OU EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

**111. Requisitos para o Exercício do Comércio** – O comércio, como vimos, pode ser exercido por uma pessoa isoladamente ou por uma sociedade comercial. Tanto o comerciante individual como a sociedade comercial, para que possam ser reputados comerciantes, necessitam praticar profissionalmente atos de intermediação, com intuito de lucro. O comerciante individual, porém, tem necessidade de possuir outro requisito, sem o qual a prática do comércio, por ele exercida, é irregular. Esse requisito é a *capacidade*.

Necessitamos com a disposição do Código Civil vislumbrar os aspectos que configuram o regular exercício da atividade empresarial, isoladamente, ou por meio das sociedades, no contexto mais inerente às regras estabelecidas.

**112. Capacidade Jurídica do Comerciante Individual** – A teor do artigo 972 do atual Código Civil Brasileiro, a atividade de empresário, antigo comerciante, diz respeito a todos aqueles que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

A disposição se reporta em grande sentido ao Código Comercial de 1850, art. 1º, nº 1, encerrando as considerações essenciais ao exercício da atividade empresarial.

Nestas condições, para que uma pessoa possa ter a situação de empresária (comerciante) é fundamental que:

- a) esteja na livre administração de sua pessoa e bens;
- b) que essa livre administração de sua pessoa e bens seja regulada pela lei nacional;
- c) que, mesmo nessas condições, não esteja a pessoa expressamente proibida, por lei, de praticar o comércio.

O primeiro desses itens, determinando que para o indivíduo exercer o comércio deve estar na livre disposição de sua pessoa e bens, significa que deve ser ele *capaz*. E essa capacidade, nos termos do item *b*, deve ser regulada pela lei brasileira, fato que deve ser lembrado porque a capacidade, *em regra geral*, é regulada pela lei nacional da pessoa.

Ainda sendo considerado capaz pela legislação brasileira, não poderá a pessoa exercer o comércio se houver proibição expressa, consoante previsão normativa.

**113. A Capacidade para Comerciar é Regulada pela Lei Brasileira** – Conforme esclarecemos acima, a capacidade civil é, em regra, regulada pela lei nacional da pessoa. Para que uma pessoa possa comerciar no Brasil, entretanto, a sua capacidade deve ser regida pela *lei brasileira*.

Esse fato merece atenção, porque a lei não distingue, no Brasil, nacionais dos estrangeiros para o exercício do comércio. Contudo, o atual Código Civil, no art. 1.134, determina, em relação à sociedade estrangeira, a necessidade de autorização do Poder Executivo, nada impedindo, de qualquer forma, venha a ser acionista de sociedade anônima brasileira.

A integração das normas civis e comerciais, em atenção ao comércio ou exercício individual empresarial, não manifesta empecos legais, cuidando de forma isonômica entre ambos, não havendo distinção entre os nacionais e estrangeiros. Prevalece a tal ponto a regra de capacidade análoga à legislação civil, para efeito da atividade empresarial.

**114. Capacidade para Comerciar Segundo a Lei Brasileira** – *A capacidade é regulada pela lei civil e não pela comercial.* Esta apenas faz restrições àquela, quando declara que não poderão comerciar as pessoas, mesmo capazes, que forem proibidas pelo Código Comercial.

Conforme o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), a capacidade é regra, a incapacidade exceção, ao preconizar que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil; daí decorre a possibilidade da prática de atos jurídicos dentro destes princípios.

A incapacidade pode ser *absoluta* (art. 3º) ou *relativa* (art. 4º). A incapacidade absoluta torna a pessoa privada do exercício pessoal de atos válidos na vida civil, sendo, desse modo, considerados nulos os atos por ela praticados. A incapacidade relativa se refere apenas ao impedimento da prática de certos atos, que serão anuláveis se tal acontecer. Enquanto que os *absolutamente incapazes* são *representados* por outras pessoas, que praticarão os atos por eles, os *relativamente incapazes* são *assistidos* na prática dos seus atos por um curador especial.

**115. Pessoas Absolutamente Incapazes** – O Código Civil, art. 3º, declara que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de dezesseis (16) anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – Eis que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade.

Sobreditas pessoas não podem ser comerciantes ou empresários individuais porque não estão na livre administração de suas pessoas, sendo os atos a elas referentes na vida civil praticados por outros, quer sejam pais, tutores ou curadores. A Lei Comercial pede uma capacidade plena, de pessoas e bens para que possa o indivíduo exercer o comércio. Este deve ser exercido no próprio nome do comerciante, sendo considerados nulos todos os contratos celebrados por pessoas inábeis para contratar (art. 471 do Código Civil).

Deve-se, contudo, destacar que os *surdos-mudos* só serão considerados absolutamente incapazes (art. 3º, III) quando não puderem exprimir a sua vontade. Com o avanço da ciência, os surdos-mudos hoje facilmente aprendem a manifestar a sua vontade, através de métodos especiais, cessando, nessas condições a incapacidade para aqueles que adquirem tais conhecimentos. Os *ausentes* só serão considerados *absolutamente incapazes* quando a ausência for decretada pelo juiz. Há um processo especial para que o juiz possa declarar uma pessoa ausente, sendo exigido tal procedimento para que o ato dessa pessoa possa ser considerado nulo.

**116. Pessoas Relativamente Incapazes** – O artigo 4º do Código Civil estampa os casos de incapacidade, elencando:

- I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV – os pródigos.

Os atos dos relativamente incapazes são praticados com a assistência de um curador especial, representante legal, não se encontrando na livre disposição de suas pessoas, realçando-se os menores. Os pródigos cessam a incapacidade quando finda a prodigalidade, mas o legislador contempla a responsabilidade do legalmente impedido pelas obrigações contraídas (art. 973 do Código Civil).

**117. Menores** – A atual legislação estabelece parâmetro entre 18 e 16 anos de idade referentes à capacidade e o grau de incapacidade. No entanto, cessa a menoridade pelo aspecto da emancipação, mediante escrito público.

Conforme dita o legislador, a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Entretanto, a incapacidade cessará para os menores:

- I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
- II – pelo casamento;

- III – pelo exercício de emprego público efetivo;
- IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;
- V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A regra do artigo 5º e seu parágrafo único irradia efeitos no âmbito da empresa, no caso do estabelecimento, mediante economia própria.

De forma geral se manteve a regra do Código Civil de 1916 e as percepções do Código Comercial; a emancipação não é revogável, e, sendo concedida, o emancipado adquire a qualidade de maior, perdurando mesmo que ele interrompa o exercício da atividade empresarial; contudo, a condição de emancipado deve ser levada a registro na Junta Comercial, bem antes do início do exercício das atividades comerciais.<sup>18</sup>

**118. Mulheres Casadas** – Até a promulgação da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, as mulheres eram consideradas relativamente incapazes para certos atos da vida civil, inclusive atividades comerciais, durante a vigência da sociedade conjugal. Bem assim, desfeita a sociedade por meio do desquite ou separação, não existia à época o divórcio, a mulher casada adquiria capacidade plena, e podia praticar o comércio, pois o casamento a emancipava. Contudo, a mulher casada necessitava da autorização marital para o exercício do comércio; porém, desfeito o vínculo matrimonial, não se fazia mais preciso (art. 233, IV, do Código Civil de 1916).

18 Autores existem que sustentam que a autorização do pai ao menor para comerciar não se confunde com a emancipação e, assim, pode ser revogada. Esposamos ponto de vista contrário e, conosco, a maioria da doutrina. No nosso entender, se o pai autoriza o menor a comerciar, está, na realidade, emancipando-o. De tal forma, não poderá ser revogada essa autorização, pois a emancipação é irrevogável.

O Anteprojeto primitivo do Código Civil declarava que, completando o menor a idade de 18 anos, podia ser autorizado pelo juiz a assumir a direção da empresa, tendo essa autorização “o efeito de emancipação”. Estranhamente, entretanto, logo a seguir o Anteprojeto estatua que essa autorização podia ser revogada pelo juiz, o que equivalia a dizer que a emancipação se tornava *revogável* (Ant. prim. do Código Civil, art. 1.035, §§ 1º e 2º).

O Anteprojeto Revisado, entretanto, corrigiu essa anomalia, estatuinto que os incapazes, por meio de seus *representantes* ou *assistentes legais*, poderão continuar a empresa que tiver sido exercida por seus pais, desde que haja autorização prévia do juiz, após o exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência de continuá-la. Em tal hipótese, a autorização pode ser revogada.

Se, entretanto, o menor tiver 18 anos completos, pode o juiz, ouvidos o pai ou, na sua falta, a mãe ou o representante legal, autorizar o menor a assumir a direção da empresa. Nesse caso, “a autorização implica emancipação”, o que significa que, seguindo o Anteprojeto a boa doutrina, torna a emancipação irrevogável.

V. Anteprojeto Revisado do Código Civil, de 1973, art. 1.017, §§ 1º e 3º.

Reporta o Código Comercial de 1850 à possibilidade de exercício da atividade, “as mulheres casadas, maiores de 18 anos, com autorização de seus maridos para comerciarem em seu próprio nome, provada por escritura pública”. Na conformidade da lei comercial se exigia para a mulher exercer o comércio:

- a) ter idade mínima de 18 anos completos;
- b) ser autorizada pelo marido.

O atual Código Civil, no artigo 979, determina o arquivamento e averbação no Registro Público de Empresas Mercantis dos pactos e declarações antenupciais do empresário, a título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incommunicabilidade ou inalienabilidade.

No entanto, não faz qualquer censura ou proibição à capacidade de comerciar da mulher casada.

**119. Revogação da Autorização** – A concessão de emancipação, como vimos, é irrevogável, considerando-se apto o menor, para todos os atos da vida civil, depois que for a emancipação efetivada.

A autorização marital para a mulher comerciar era contudo revogável a qualquer momento. O marido, com os poderes que a lei lhe deu de chefiar a sociedade conjugal, poderia revogar o ato que autorizava a mulher a comerciar sempre que isso lhe parecesse conveniente. O art. 28 do Código Comercial esclarecia que a revogação “só surtirá efeito, relativamente a terceiro, depois que for inscrita no Registro de Comércio e tiver sido publicada por editais e nos periódicos do lugar e comunicada por cartas a todas as pessoas com quem a mulher tiver a esse tempo transações comerciais”. Esta situação veio a ser completamente modificada, com a plena capacidade de comerciar da mulher, sem a necessidade da outorga marital, como garantia da isonomia e princípio constitucional, consagrado pelo Código Civil.

**120. A Capacidade Plena para a Mulher Casada Comerciar** – Tal era a situação do nosso Direito até o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que modificou vários dispositivos do Código Civil. A incapacidade relativa da mulher casada era tradição não só do Direito brasileiro mas dos Direitos latinos; também dispunham sobre o mesmo assunto o Código de Comércio francês (art. 4º), o antigo Código de Comércio italiano (art. 13), e, em regra, os Códigos que seguiram a orientação do francês. Ainda hoje a autorização marital para o exercício do comércio pela mulher casada é requerida pelo Código Comercial português (art. 16), Código de Comércio espanhol (art. 6º), Código de Comércio romano (art. 15), Código de Comércio chileno (art. 11), Código de Comércio argentino (art. 14) e vários outros.

Com as conquistas obtidas pela mulher no campo político-social, essa incapacidade relativa está sendo suprimida em diversos países. Na Inglaterra, onde a mulher, no século XIX, obteve grandes vitórias em inúmeros setores de atividade,

o *Married Women's Property Act*, de 1882, acatando um costume londrino, deu-lhe capacidade plena para comerciar. O mesmo aconteceu com o Código Civil alemão (arts. 1.363 e segs.). Na Itália, para recompensar os esforços despendidos pelas mulheres na Guerra de 1914 a 1918, o governo, pela Lei nº 1.176, de 17 de julho de 1919, ab-rogou o art. 14 do Código de Comércio, dando à mulher casada capacidade para exercer profissão, inclusive a comercial, independentemente de autorização do marido. E na França, a lei de 18 de fevereiro de 1938, completada pela de 22 de setembro de 1942, também adotou igual medida, permitindo à mulher exercitar atividade mercantil, desde que o marido não se oponha formalmente.

No Brasil, a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, dispendo sobre a situação jurídica da mulher casada, revogou parte do item IV do art. 233, do Código Civil de 1916, que impunha aquela autorização, bem como o nº 7 do art. 242, que tratava do mesmo assunto. Desapareceu, assim, a incapacidade relativa da mulher casada para o exercício de profissão lucrativa, podendo, de tal modo, a mesma comerciar ou participar de sociedade comercial sem autorização do marido. Contudo, pelas obrigações assumidas como comerciante ou sócia de sociedade comercial, respondem apenas os bens particulares da mulher e os comuns ao casal até o limite de sua meação, segundo expressamente dispõe o art. 3º de citada lei.

Tem sido muito comum na defesa de sua meação a consorte ingressar com embargos de terceiro, no sentido de excluir da constrição e da própria alienação judicial os referidos bens que constam da sociedade conjugal; daí por que o legislador, no artigo 979, visando dar transparência, obriga ao Registro o pacto antenupcial do empresário, e qualquer ato, a título de doação, herança, legado de bens clausulados, incomunicáveis ou inalienáveis.

Em certas circunstâncias, tem a jurisprudência considerado ser necessário a prova que incorreu o benefício, a exemplo da concessão de avais, em títulos de crédito, mas o ônus probatório repercute sobremodo na disposição do nexa causal patrimonial de afetação do próprio casal.

Dependendo do regime de bens, compete à mulher casada, por meio de embargos de terceiro, excluir qualquer constrição à sua meação, podendo o juízo, a fim de não inviabilizar o certame, manter a reserva de 50% em prol da embargante, a ser levantado na ocasião da formalização do negócio judicial.

**121. Proibidos de Comerciar** – Afora os incapazes, que não poderão exercer o comércio, a lei determina que várias pessoas não podem, em virtude de função exercida ou por outro motivo ponderável, praticar, igualmente, atividades comerciais. A própria Constituição Federal de 1988 recepcionou tais restrições, ao dispor que o exercício de profissão sujeita-se ao atendimento das qualificações profissionais estabelecidas pela legislação ordinária (art. 5º, XIII). No âmbito da legislação comercial, o Código Comercial previa a proibição de exercício do comércio aos falidos, enquanto não fossem legalmente reabilitados (art. 2º, nº 4). Também a condenação, por juízo criminal, na pena de vedação do exercício do comércio impede, como prevê o art. 35, II, da Lei do Registro Público das Empresas Mercantis

e Atividades Afins, o arquivamento no Registro de Empresas dos atos constitutivos de empresa em que figure como titular ou administrador o nome de pessoa sujeita a esta pena. Igualmente, restringia-se o exercício do comércio aos corretores (art. 59, nº 1, do Código Comercial) e leiloeiros (art. 68 do Código Comercial; Dec. nº 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 36), cabendo ressaltar que os corretores e leiloeiros são, na realidade, comerciantes. A proibição contida nas leis especiais é de que exerçam outra espécie de comércio que não as que constituem as suas atividades normais.

No âmbito do Direito Público surgem outras hipóteses de proibição do exercício do comércio. A mais importante encontra-se no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 1990, o qual veda aos funcionários públicos a prática de atividades comerciais, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário. Também a Lei nº 8.212, de 1991, estabelece a proibição do exercício do comércio aos devedores do INSS (art. 95, § 2º, letra d).

**122. Funcionários Públicos** – A lei estatui que os funcionários públicos não poderão exercer o comércio, a não ser como *acionistas, comanditários* ou *quotistas* e se, nessas sociedades, não exercerem cargos de administração, direção ou gerência (Lei nº 8.112, de 1990, art. 117, X). Há evidente impropriedade de linguagem e incompreensão do que seja comerciante no texto legal. Na realidade, os sócios comanditários, quotistas ou os acionistas das sociedades anônimas *não são comerciantes*; comerciante será a sociedade de que eles fazem parte. Por possuírem os sócios comanditários, quotistas ou acionistas responsabilidade limitada – os comanditários e os acionistas à importância com que entraram para a sociedade e os quotistas ao total do capital social – a lei admite que os funcionários públicos façam parte dessas sociedades. Quando, porém, em uma sociedade assumir responsabilidade ilimitada, o funcionário público não poderá ser sócio; não poderá, igualmente, ser comerciante individual porque este possui sempre responsabilidade ilimitada pelas obrigações que assumir no exercício das suas atividades comerciais.

Tal o sentido da proibição encontrada no Estatuto dos Funcionários Públicos.

**123. Estrangeiro Comerciante** – Nada impede que o cidadão estrangeiro exerça, individualmente, o comércio no Brasil. Necessário é apenas que sua situação de permanência no país esteja regular, do que deverá fazer prova quando registrar sua firma.

Naturalmente, há certas atividades mercantis que a lei, terminantemente, proíbe aos estrangeiros. Havendo uma proibição legal quanto ao objeto a ser explorado, certamente o estrangeiro não pode exercer atividade mercantil nesse setor. Daí dizer o art. 55 do Dec. nº 1.800, de 1996, em seu inciso I, que o Departamento Nacional de Registro de Comércio consolidará, através de instruções normativas, as hipóteses de restrição legal da participação de estrangeiros em empresas mercantis brasileiras.

**124. Pequeno Comerciante e Artesão** – O Dec.-Lei nº 486, de 3 de março de 1969, dispondo sobre a escrituração dos livros mercantis, estatuiu, no art. 1º que:

“*Todo comerciante é obrigado a seguir uma ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécies ficam a seu critério*”.

O parágrafo único desse art. 1º dispensou dessa obrigação (de possuir e escriturar regularmente os livros comerciais) “o pequeno comerciante, tal como definido em regulamento, à vista dos seguintes elementos, *considerados isoladamente ou em conjunto*:

- a) natureza artesanal da atividade;
- b) predominância do trabalho próprio e de familiares, ainda que organizado em atividade;
- c) capital efetivamente empregado;
- d) renda bruta anual;
- e) condições peculiares da atividade, reveladoras da exiguidade do comércio exercido”.

O Dec. nº 64.567, de 22 de maio de 1969, regulamentando dispositivos do Dec.-Lei nº 486, elucidou a característica do pequeno comerciante, ao dispor, no art. 1º:

“Considera-se pequeno comerciante, para os efeitos do parágrafo único do art. 1º do Dec.-Lei nº 486, de 3 de março de 1969, a pessoa natural, *inscrita no registro do comércio*:

I – que exercer em um só estabelecimento *atividade artesanal* ou outra atividade em que predomine o seu próprio trabalho ou de pessoas da família, respeitados os limites estabelecidos no inciso seguinte;

II – que auferir receita bruta anual não superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país e cujo capital efetivamente empregado no negócio não ultrapassar 20 (vinte) vezes o valor daquele salário mínimo”.

Estatuiu, ainda, o Regulamento que o Ministro da Indústria e do Comércio poderá *ex officio* ou mediante requerimento do interessado incluir na categoria de pequeno comerciante o executante de atividade cujas condições peculiares, respeitados os critérios previstos no Regulamento, recomendem tal inclusão. Se isso acontecer, o interessado encerrará, por termo, a escrituração dos livros que mantiver, submetendo-os à autenticação do órgão competente; perdendo, entretanto, o pequeno comerciante essa qualidade, serão imediatamente exigidas as obrigações decorrentes do Regulamento, quanto à posse e escrituração dos livros comerciais, sendo admitida, se for o caso, a reabertura dos livros anteriormente encerrados (Dec. nº 64.567, de 1969, art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º).

De tudo se conclui que a lei criou a categoria de *pequeno comerciante*, que é aquele que preenche os requisitos acima citados. É ele, na realidade, um comerciante como os demais, sujeito às obrigações que a lei estatui para os comerciantes em geral, devendo, assim, ter firma devidamente registrada no Registro de Empresa e gozando, como os outros comerciantes, dos benefícios da lei comercial, inclusive da falência. Apenas, dada a exiguidade dos seus negócios, fica dispensado de possuir os livros comerciais e escriturá-los como manda a lei.

O estranho, nessa regulamentação do pequeno comerciante, é que a lei inclui entre as atividades desses as puramente artesanais. Ora, *artesão* é a pessoa que executa, manualmente, sozinho ou com o auxílio de seus familiares, peças que destina à venda, ou presta serviços de reparação, ou mesmo executa pessoalmente certos serviços. Essa atividade tem sido sempre considerada como atividade *não comercial*,<sup>19</sup> razão pela qual o artesão não se submete às normas da lei comercial (registro de firma etc.), nem goza dos benefícios da mesma, inclusive não pode ser declarado falido (v. acórdão em Waldemar Ferreira, ob. e vol. cits., nºs 28 e segs.).

Assim sendo, a atividade artesanal não deve ser confundida com a atividade comercial, como o fizeram o Dec.-Lei nº 486 e o Dec. nº 64.657, de 1969. Enquanto o pequeno comerciante é *um comerciante*, ficando apenas dispensado de possuir e escriturar os livros comerciais, o artesão é um *não comerciante*, afastado, assim, das obrigações comerciais. No Brasil as atividades artesanais não foram, ainda, satisfatoriamente reguladas; em outros países, se bem que seja difícil distinguir o pequeno comerciante do artesão,<sup>20</sup> a regulamentação da profissão artesanal tem recebido atenção especial do legislador.<sup>21</sup>

O artesão, em regra, trabalha sozinho ou com pessoas de sua família, podendo, em alguns casos, ter um número reduzido de auxiliares (aprendizes e companheiros). O seu trabalho é geralmente manual, normalmente beneficiando matéria-prima (esculturas em madeira, cerâmica, pequenos objetos caseiros) ou prestando serviços (barbeiro, alfaiate). A atividade conta com grande número de participantes, que às vezes se congregam em associações. Os *hippies* se caracterizaram pela atividade artesanal, fabricando pequenos objetos, colares, peças ornamentais, por eles mesmos vendidos. Mas pode-se considerar como artesão, à maneira do que tem sido aceito em outros países, padeiros, pasteleiros, costureiras, cabeleireiros, até mesmo proprietários de automóveis que, autonomamente, fazem serviços de transportes de pessoas.<sup>22</sup>

19 Cf. Georges Ripert, *Tr. Élé. de Droit Commercial*, LGDJ, 2ª ed., 1951, pp. 182 e segs.; Hamel e Lagarde, ob. cit., pp. 321 e segs.; G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Utet, Torino, 1872, p. 37; Goré, ob. cit., vol. 1, pp. 74 e segs. Sobre a empresa artesanal, v. Jean Etienne, *L'Artisan et l'Entreprise Artisanale*, SEPTO, Paris, 1973.

20 Cf. Ripert, ob. cit., nº 184.

21 Cf. França, Código de 1952 e lei de 1962; Alemanha, lei de 1981 sobre “a proteção dos artesãos” e leis de 26 de julho de 1900 e 29 de novembro de 1933; Noruega, lei de 25 de julho de 1913; Suécia, lei de 11 de outubro de 1940.

22 Cf. Ripert, ob., vol. e nºs cits.

No Brasil, a jurisprudência tem trazido alguma luz sobre a categorização dos artesãos como não comerciantes.<sup>23</sup>

Incongruentemente, ao conceituar o *pequeno comerciante*, o Dec.-Lei nº 486 e o seu Regulamento consideraram como tal pessoa que se dedica à *atividade artesanal*, mesmo que haja predominância do trabalho próprio e o de familiares. Esses comerciantes só ficarão isentos de possuir e escriturar os livros comerciais se não auferirem renda bruta anual superior a cem vezes o maior salário mínimo mensal do país e se o capital empregado no seu negócio ultrapassar vinte vezes o valor daquele salário mínimo.

A atual disciplina do Código Civil (arts. 970, 1.179, § 2º) confere ao micro e pequeno empresário, inclusive rural, tratamento preferencial, fato é existir uma preocupação na desburocratização da atividade, no regime fiscal, e na tradução do seu encerramento, para dispor de meios direcionados à consecução do negócio empresarial simplificado.

**125. Comerciante Ambulante** – Dispunha a revogada lei de quebras (nº 7.661/45), no seu art. 7º, § 1º, que:

“A falência dos *comerciantes ambulantes* e empresários de espetáculos públicos pode ser decretada pelo juiz do lugar onde sejam encontrados”.

Referido dispositivo legal não foi reproduzido pelo atual diploma em vigor, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Os *ambulantes* não constituem uma categoria especial de comerciantes; na realidade, exercendo regularmente a sua atividade, devem eles declarar a sede do seu estabelecimento ao fazer o registro da firma na Junta Comercial. Apenas, como a declaração de firma não requer especificação da zona de atuação do comerciante, eles passam a exercer suas atividades não no lugar designado como sede do seu estabelecimento, mas em lugares outros. Pela regra geral, contida no art. 3º da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, a falência deverá ser declarada pelo juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento; mas, dada a circunstância de o ambulante exercitar o seu comércio em praças diferentes, permite a lei seja a falência do mesmo declarada no lugar em que se encontrar, em virtude de dever ser o falido citado pessoalmente do requerimento de quebra<sup>24</sup> (art. 98 da Lei nº 11.101/05).

23 Cf. Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. 2º, p. 281, citando, entre outros, os seguintes acórdãos: Tribunal de Justiça de S. Paulo, em 24.01.1909: “A costureira como a chapeleira, a coleteira e o alfaiate não podem ser declarados falidos porque não são comerciantes e *sim artesãos*”.

24 O Juiz da Comarca de Uberlândia decretou a falência de um comerciante ambulante que, procurado e não encontrado na Comarca, teve a representá-lo um curador nomeado. A decisão foi cassada pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais, acórdão de 17 de janeiro de 1944, sob o fundamento legal de que, tratando-se de um comerciante ambulante, deveria a falência do

O Dec.-Lei nº 2.041, de 27 de dezembro de 1940, regulou o exercício do comércio ambulante, “de vendedores ou compradores, por conta própria ou de terceiros, em logradouros públicos ou locais de acesso franqueado ao público” (art. 1º). Foram estabelecidas normas sobre o exercício legal da profissão, com referências especiais ao comércio ambulante feito por estrangeiros ou por menores, jornada de trabalho, trabalho noturno etc. A Lei nº 6.586, de 6 de novembro de 1978, classificou o comerciante ambulante para fins trabalhistas e previdenciários, conceituando-o como “aquele que, pessoalmente, por conta própria e a seus riscos, exerce pequena atividade comercial em via pública, ou de porta em porta” (art. 1º). A lei equipara o comerciante ambulante ao pequeno comerciante, caracterizado no art. 1º do Dec.-Lei nº 486, de 1969.

Não devem os comerciantes ambulantes ser confundidos com os *mascates* ou *biscateiros*, pessoas que percorrem cidades do interior ou mesmo atuam em determinada cidade vendendo mercadorias, em regra adquiridas a outros comerciantes. Esses são, na verdade, comerciantes de fato, não de direito. A eles, entretanto, já que é admitida a falência do comerciante de fato, é aplicável o disposto no art. 3º da Lei de Recuperação e Falências.

Na realidade, a concentração urbana, somada ao desemprego e forte recessão, todos esses ingredientes fizeram com que a atividade empresarial se constituísse mais fortemente, em larga escala, na economia informal.

De fato, a excessiva carga tributária, aliada aos encargos sociais e trabalhistas, movimentam uma quantidade incomum de pessoas que são empurradas ao comércio marginal, e várias delas com produtos e mercadorias concorrenciais, sem o devido registro e selo de qualidade.

A regra que se estabelece, de natureza falimentar, apenas descortina a regra de competência para o lugar no qual o ambulante esteja exercendo sua atividade.

Contudo, por ser ambulante, e de certa forma nômade em relação ao comércio, no lugar em que for encontrado, portanto, poderá advir o decreto de quebra.

Trata-se de regra excepcional e praticamente em desuso, eis que a maioria dos empresários tem registro e seu estabelecimento comercial, quando exercem regularmente a atividade, donde os ambulantes fazem parte de um negócio transitório, e de oportunidade, em certos espetáculos, eventos e determinadas circunstâncias que privilegiem o livre comércio de forma geral.

**126. Comerciante Individual Irregular ou de Fato** – Como propalado em epígrafe, existem categorias de comerciantes, aqueles de fato, exercendo o comércio habitualmente, mas sem preencher requisitos legais exigidos para o regular negócio.

mesmo ser declarada no lugar em que se encontrasse, nos termos do § 1º do art. 7º da Lei de Falências. Ac. cit. por Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. II, nº 28. V. *Revista dos Tribunais*, de S. Paulo, vol. IX, 1944, p. 25. Sobre ambulantes, v. *Revista de Direito Mercantil*, 1ª fase, vol. IX, 1959, coment. do Prof. Waldemar Ferreira.

O vetusto Código Comercial, do ano de 1850, de seu turno, não definiu o significado da expressão comerciante; enumerou apenas aqueles que podem comerciar no Brasil (art. 1º) e os proibidos e impedidos (arts. 2º e 3º). O artigo 4º impôs ao Código dois requisitos para que a pessoa fosse reputada comerciante e pudesse assim usufruir os benefícios concedidos pela lei comercial: a matrícula no Tribunal de Comércio e a prática de mercancia como profissão habitual.

Entretanto, no ano de 1875 foram abolidos os Tribunais de Comércio, pela Lei nº 2.662, de 9 de setembro, e além disso a matrícula obrigatória, daí por que somente caracterizava o comerciante tão somente o exercício profissional da atividade comercial.

Depois disto, no ano de 1890 se exigiu para o exercício regular da profissão comercial o registro da firma na Junta Comercial; mas, ainda assim, sem o seu registro, a pessoa não deixa de ser comerciante, passando apenas a comerciante irregular, já que não pode possuir os livros obrigatórios a todos os comerciantes.

Reconhece-se nesta tessitura a qualidade de comerciante aos irregulares ou de fato, expressões sinônimas; em idêntica categoria podem ser incluídos os proibidos ou impedidos de comerciar.<sup>25</sup>

O Código Civil em vigor, nos arts. 1.150 e seguintes, estabelece a regra obrigatória de registro tanto para o empresário como ainda para as sociedades empresárias, enquanto a sociedade simples se vale do registro civil das pessoas jurídicas, punindo aquele que se omitir ou retardar a sua consecução.

Dentro do pensamento estabelecido, o art. 1.151, § 3º, insere o seguinte:

“As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora”.

A regra se mostra inovadora e muito atraente; no entanto, a tipologia de fato ou irregular, cuja nomenclatura ressaltamos, continua a participar do modelo na velha origem e tradição do Código Comercial de 1850.

25 Cf. acs. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 10 de outubro de 1941, rel. Des. Afrânio Costa, e de 17 de julho de 1951, rel. Des. Eduardo Espínola Filho; Tribunal de Justiça de S. Paulo, Ac. de 25 de janeiro de 1933. Na doutrina, v. Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. II, p. 212, e vol. IV, p. 1.477.

## XIII

### MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – ESTATUTO E REGULAMENTAÇÃO

**127. Atividade Econômica e Garantia Constitucional** – A Constituição Federal de 1988, em vigor há duas décadas, procurou configurar, no seu Título VII, capítulo dedicado à ordem econômica e financeira, abrangendo os princípios gerais da referida atividade, buscando tratamento diferenciado para pequenas e microempresas.

Consubstanciada a premissa, a Emenda Constitucional nº 06/1995, retirando o atraso do legislador, deu novo alento às atividades de pequeno porte, as quais representam 80% da nossa economia pujante e encontram sérias dificuldades de financiamento, a par do excelente trabalho do BNDES, fluxo de caixa e, fundamentalmente, de liquidez.

Ao tratar do assunto, disciplinando-o, a Emenda Constitucional nº 06/1995 preconizou a seguinte regra, verdadeira cláusula pétrea, da ordem econômica como um todo, a saber:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Galvanizou o legislador na Emenda Constitucional forte e séria preocupação de tratamento privilegiado às empresas, sob a ótica do número de empregados, do faturamento e da facilitação da escrituração e do regime tributário específico.

Quadra destacar que as micro e pequenas empresas ressoam imprescindíveis no cenário econômico, aparecem na lista das contratações de mão de obra, presença constante em licitação, fortalecendo o crescimento das regiões sazonais ou não, representando parcela significativa do produto interno bruto.

Entretanto, para melhor compreensão do tema a ser desenvolvido, tratou-se da criação do estatuto da microempresa, Diploma nº 9.841/99, e, antes, adveio regime tributário simplificado, havendo regulamentação posterior por meio do Decreto nº 3.474/2000, considerando a Lei nº 9.841/99.

Essencial assimilar no trato da atividade empresarial a sinalização do legislador na direção de facilitar a constituição, o desenvolvimento e o próprio encerramento da atividade empresarial, sem maiores entraves e com menor burocracia possível.

Na distinção estabelecida, atualmente, a demora na constituição da empresa é extremamente desgastante, minimamente de 180 dias, quando no Direito Comparado, principalmente na Espanha, a legislação consagra abertura de empresas em prazo recorde, inferior a 30 dias.

A série de exigências que se oferece ao pequeno empreendedor, consoante dados das entidades representativas e do próprio Sebrae, não comungam do pensamento da ordem constitucional, mostrando-se refratário ao dinamismo e ao espírito criativo do empresário.

Balizada a matéria, quando o legislador ordinário cuidou da recuperação de pequenas empresas, também de modo pouco animador, deu-lhe tratamento no mínimo insustentável, qual seja, sem qualquer privilégio, concedendo prazo de três anos para soerguimento da atividade, impondo juros de 12% ao ano, em resumo, nada de especial para arrebatar o grande volume de negócios centrados em atividades dessa natureza.

Com efeito, a disciplina tocante à recuperação de pequenas e microempresas, sem sombra de dúvida, veio tratada do art. 70 até o art. 72 da Lei nº 11.101/05, mais grave ainda, resvalando apenas e tão somente nos credores quirografários, quando na maioria das vezes as dívidas tributárias e fiscais representam a grande massa prejudicial ao pequeno empreendedor.

**128. Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte** – Concebeu o legislador dicotomia que diferencia a atividade de microempresas daquelas de pequeno porte, por intermédio de critérios objetivos, alinhando-se à premissa do estatuto, buscando conceitos diretos relativamente ao faturamento, número de empregados e também as regiões geográficas do território nacional.

Forte nesse aspecto, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, representou verdadeiro marco regulador do tema, eis que revogou a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e também o Diploma Normativo nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, respectivamente.

A disputa geral se destacou na abrangência do Estatuto Nacional da Microempresa e aquela considerada empresa de pequeno porte, sob a ótica da regulamentação e das alterações necessárias para simplificação do sistema e recolhimento dos tributos.

Corporificada a espécie, passado tempo razoável da vigência do diploma legal, ainda não se chegou a um denominador comum, tanto que o Congresso Nacional busca formas alternativas de enquadramento, isto porque algumas atividades, ao contrário do que se esperava, saíram prejudicadas, na perspectiva de aumento da tributação.

Descontentes da legislação elaborada, os empresários e órgãos representativos da classe fizeram questionamento acerca do diploma legal e do prazo estabelecido para novo reenquadramento, ou seja, submissão, pura e completa, ao tema da Lei Complementar nº 123/06.

A dificuldade maior diz respeito à legislação ordinária, da qual tratam os Estados, em disciplinar a tributação, a respectiva incidência e todas as operações realizadas pela empresa e suas filiais, daí a necessidade de submissão ao convênio e também à regulamentação pormenorizada de cada atividade desempenhada.

As normas gerais quiseram dar tratamento diferenciado, favorecendo as microempresas e também aquelas denominadas empresas de pequeno porte, de forma ampla, nas esferas da União, dos Estados, do Municípios e do Distrito Federal, por meio da criação de regime único de arrecadação, aglutinando obrigações principal e acessória.

Critica-se, no entanto, a demora na regulamentação e, principalmente, a disciplina das atividades englobadas, mormente o propalado acesso ao crédito e as condições de mercado, em tese, não consolidadas, haja vista as exigências e dificuldades do sistema financeiro na concessão de recursos ou no repasse daqueles empenhados pelo BNDES.

Contudo, a ótica não pode ser descaracterizada, louvável o esforço de se conseguir um estatuto moderno, independente e que facilite o dinamismo das atividades de menor porte, seguindo os princípios do direito empresarial e os preceitos do Código Civil em vigor, isto porque revogada a parte primeira do vetusto Código Comercial de 1950.

O entrelaçamento das relações interdisciplinares do Direito Empresarial, Societário, Econômico, com as regras da tributação, da fiscalização e das obrigações do empresário, tudo isso, sem a menor dúvida, desacelerou a expectativa da regulamentação do diploma legal, trazendo inquietação e, sobretudo, dúvida na regra de transição.

Nota-se o prazo de vigência, extremamente exíguo, salientando-se que o diploma legal data de 2006, a demonstrar a impossibilidade, num país de dimensões continentais, de seguir regras rígidas e estabelecidas de modo indeterminado, fundamental a flexibilização e adoção de modelo que permita, em cada Estado da Federação, prever as próprias economias e seus recursos inerentes.

**129. Definição Legal e Código Civil** – Ao se elaborar o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, com substanciais alterações emergentes, coube ao legislador respeitar preceitos e conceitos estratificados no Código Civil em vigor, referindo-se ao art. 966 do Diploma Legal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tratando de observar a necessidade do registro de empresa, na Junta Comercial, ou do registro civil de pessoas jurídicas.

Efetivamente, o art. 966 do Código Civil em vigor, ao traçar singularmente a atividade empresária, pede espaço para sua análise concreta e observação prática, quando considera empresário aquele que exerce atividade profissional, de conteúdo econômico, organizada, visando à produção ou à circulação de bens ou de serviços.

Basicamente, toda atividade econômica pressupõe conotação de lucro, na esfera produtiva, ou se dedica à produção de serviços, configurando-se idêntico perfil do Código Civil italiano de 1942. Assim, nosso legislador buscou no Direito Comparado inspiração.

O conceito empresarial ditado promana do Código Civil, no entanto, as particularidades da microempresa e daquela de pequeno porte derivam do Estatuto, conforme definição assimilada pelo legislador e encontrada na regra legal do art. 3º e seus respectivos incisos.

Ao se conceituar microempresa, referiu-se o legislador à figura do empresário, pessoa jurídica, ou correspondente, auferindo no ano-calendário receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00, o que implicaria, grosso modo, um ganho mensal em torno de R\$ 30.000,00, bastante propício e adequado à realidade econômica nacional.

No tocante às Empresas de Pequeno Porte – EPP, o empresário, considerando a pessoa jurídica, ou a que se equipare, assim se definirá pelo ganho em cada ano-calendário, de receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00, mostrando-se bastante perceptível destacar as receitas operacionais e também trazer à baila o perfil da atividade negocial.

Exige-se, para efeito de enquadramento, algumas regras rígidas que não permitam participação no capital de outra pessoa jurídica, filial, sucursal, agência ou representação, com sede no Brasil ou no exterior, vedando-se também a participação de pessoa física, a qual consta inscrita como empresário; proíbe-se ainda a participação do titular ou sócio com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela citada lei complementar, sem tratamento algum para as cooperativas, exceto aquelas de consumo, igualmente para as sociedades por ações.

Percebe-se, de antemão, o crescimento da atividade econômica, patamar e parâmetro do desenvolvimento nacional, sustentabilidade, a enorme dificuldade da aplicação de conceitos e regras para a definição da atividade do microempresário e da empresa de pequeno porte, principalmente naquilo que se refere à catalogação tributária.

Fundamental mencionar que o enquadramento empresarial se apresenta distinto daquele de natureza fiscal, assim, os valores e ganhos auferidos, sem sombra de dúvida, terão outra modalidade e importância de numerário correspondente a cada atividade.

Estabeleceu-se ainda, em alguns Estados da Federação, criação de Juizados Especiais voltados exclusivamente para solucionar os litígios das pequenas e microempresas, com facilitação do acesso à Justiça, conciliação e mediação, e também no aspecto de protesto de títulos.

Na vertente preconizada, o Diploma Normativo nº 123/06, reunido em 89 artigos, representa verdadeiro marco que veio com atraso, em atenção à Constituição de 1988, revigorado pela Emenda Constitucional nº 06, de 2005; assim, o pensamento se consolida para melhorar a comunicação e o diálogo entre pequeno empresário, fornecedor, cadeia produtiva e, fundamentalmente, na percepção do consumidor.

A proibição de ingresso no regime tributário do Simples Nacional veio definida a partir do art. 17 e seus incisos da mencionada legislação, impedindo a formação de regime único, a qual se endereça, exclusivamente, aos empresários filiados aos preceitos e predicados da norma cogente.

**130. O Registro da Atividade Empresarial** – Desenhando intenso interesse de facilitar a vida da pequena e microempresa, o legislador trouxe inovação no campo específico, em atenção ao registro dos atos constitutivos, alterações no que concerne tanto ao registro público de empresas quanto ao registro de títulos e documentos.

O escopo foi, sobretudo, de buscar norte que incrementasse a atividade empresarial e reduzisse o prazo de registro e as burocracias inerentes à documentação exigida, donde o caráter inovador do legislador em trazer robusta experiência do Direito Comparado.

Priorizando os atos constitutivos, modificativos e de quaisquer outras sim-bologias, o legislador dispensou cumprimento das obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, em relação ao empresário, à sociedade, aos sócios e administradores, sem prejudicar a responsabilidade pelas obrigações que forem apuradas antes ou depois do ato da extinção.

Na linha de pensar, o teor do art. 9º, § 1º, e seus incisos, conferiu legitimidade ao legislador para descartar a necessidade da exibição de certidão criminal, bastando mera declaração do titular ou administrador, não se exigindo ainda prova de quitação, regularidade ou inexistência referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza, impedindo-se ainda documentos adicionais, aqueles de propriedade, contrato de locação, regularização de prepostos, ou qualquer matéria de natureza documental, formal, restritiva ou condicionante, tanto na abertura quanto no fechamento das empresas.

Andou bem o legislador neste ponto específico ao querer impedir inovações e exigências desnecessárias, não apenas na abertura e constituição da microempresa e daquela de pequeno porte, mas também considerando as diversidades regionais e territoriais do Brasil.

Bem por tudo isso, ensajou-se facilitação na concretização da abertura da empresa e na apresentação de documentos, censurando-se qualquer adicional ou complementaridade àquela prevista pelo legislador na sua disciplina e visão geral do contexto.

Não é fato recente aquele tormentoso processo de abertura de empresa, quando os registros ficam paralisados à espera de formalidades e outras burocracias que impedem a legalização da atividade empresarial, tornando mais difícil ainda a etapa de procedimento de encerramento.

Não nos esqueçamos também que os registros públicos de empresas encerram sérias dificuldades na consecução de processos eletrônicos, regularização dos assentos, compreendendo-se, também, falta de investimento e adoção de técnicas eletrônicas que permitam rápido manuseio de acesso no interesse do empresário e da sociedade.

É emblemático afirmar que em alguns países desenvolvidos o registro se faz em nível nacional, em questão de uma semana, com a simples exibição de cartão eletrônico que permite acesso e consultas a todas as fontes, da mesma forma se procedendo quando do encerramento da empresa, sem quaisquer burocracias ou formalidades inócuas.

O contexto geral revela, em suma, norma complementar dependente de regulamentação e da harmonia entre os Estados da Federação, mais do que isso, a colaboração e compreensão dos municípios, para que, em conjunto com a União, vivamente se consiga o fortalecimento da atividade empresarial dessas entidades.

Impõe-se mencionar que a referida lei complementar está sujeita à regulamentação e recebeu modificação pelo Diploma nº 127, de 14 de agosto de 2007, no que concerne à Seguridade Social, mencionando enquadramento no Simples Nacional, fazendo expressa referência à prestação de serviço e dando elenco preciso a respeito do enquadramento e recolhimento de tributos, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 2008.

Sinteticamente, o advento da Lei Complementar nº 127/07 representou discussão acalorada e inúmeras controvérsias estabelecidas em razão da disciplina prevista no Diploma nº 126/06, o qual permanece em vigor, com as alterações subsequentes da legislação mencionada.

A concatenação entre ambos os diplomas legais proclama a dificuldade de interpretação e integração do empresário, para efeito de opção, diante da regra de transição e, sobretudo, aplicação do princípio do Simples Nacional, ou seja, única arrecadação, cujo bolo seria dividido entre a União, os Estados e os Municípios, proporcionalmente.

Entretanto, dado o centralismo exacerbado federativo, cumpre dizer ser difícil ou quase impossível a elaboração de um diploma simplificado tributário, mesmo da almejada reforma, porquanto o que temos visto corrobora a tese de um Estado tributário completamente desestimulante da atividade empresarial propriamente dita.

**130-a. Reflexos da Atividade Empresarial na Ordem Econômica** – Ao se propor, visto o calcanhar de Aquiles, às pequenas e microempresas a reforma do estatuto específico, buscou-se norte correspondente ao dinamismo da atividade, encerrando mecanismo instrumental de reduzir a burocracia, permitir a lucratividade e a menor incidência tributária.

Dentro do campo de sinergia, otimização de recursos, com ergonomia, ocorre, porém, que as empresas, pequenas ou micro, todas elas se ressentem de problemas estruturais, conhecimentos específicos e, principalmente, de recursos disciplinadores de metas, com *spread* e juros bancários à altura do porte da empresa.

Nota-se, por tal ângulo, que a introdução da Lei Complementar nº 126/06, com a reforma da Lei Complementar nº 127/07, ambos os diplomas legais foram extensivamente analíticos na questão tributária, no enquadramento e na opção empresarial, ou seja, deixou-se em segundo plano o próprio incentivo e incremento à abertura de empresas e criação de novos negócios.

Enquanto se busca caminho seguro de reduzir ao máximo a informalidade dessas atividades, preocupando-se com o custo-benefício compatível com o porte do negócio empresarial, seguro torna-se afirmar que a simplificação somente pode ser acompanhada mediante documentos eletrônicos, eliminação de papéis, descontinuidade de rotinas diárias e outras exigências feitas pelo Poder Público.

Acolhe-se, positivamente, a inserção do Estatuto voltado para gerar ambiente favorável no tocante à microempresa e às empresas de pequeno porte, as quais representam, diga-se de passagem, 80% do parque empresarial nacional, sendo as que mais contratam e oferecem oportunidades na prestação de serviços ou na cadeia produtiva; porém, resta identificar a transformação legal com a realidade empresarial.

É certo que o legislador conferiu às referidas empresas declaração eletrônica, contendo os dados dos serviços prestados, ou tomados de terceiro; porém, a complexidade do regime tributário, a incidência em cascata de impostos, contribuições e obrigações acessórias, tudo isso vai de encontro à expectativa e gera desestímulo à atividade do pequeno empreendedor.

O mencionado acesso ao crédito e, diretamente, ao mercado decorre da oportunidade, da capitalização e da premissa aceita pelo consumidor, na direção da boa-prestação, no regime concorrencial e no seu respectivo custo-benefício.

Empreendida a reforma normativa consoante desenhado no perfil do diploma complementar, alcançada a primeira etapa, cumpre agora, em termos de regulamentação, disciplina específica e preceitos concretos, aprimoramento e aperfeiçoamento dos conceitos, a fim de que consigam os empresários enquadrados na legislação recursos suficientes e trabalho na direção de metas, reduzindo o conflito sempre presente entre o pequeno e o grande capital, em termos de desenvolvimento nacional e justiça social.

### Edições anteriores

|                               |                                |                                |
|-------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|
| 1ª edição – 1957              | 16ª edição – 1991              | 27ª edição – 2001              |
| 2ª edição – 1958              | 17ª edição – 1993              | 27ª edição – 2001 – 2ª tiragem |
| 3ª edição – 1967              | 18ª edição – 1993              | 27ª edição – 2002 – 3ª tiragem |
| 3ª edição – 1970 – 2ª tiragem | 19ª edição – 1994              | 27ª edição – 2002 – 4ª tiragem |
| 4ª edição – 1973              | 20ª edição – 1994              | 28ª edição – 2002              |
| 5ª edição – 1976              | 21ª edição – 1995              | 28ª edição – 2002 – 2ª tiragem |
| 6ª edição – 1977              | 21ª edição – 1995 – 2ª tiragem | 28ª edição – 2002 – 3ª tiragem |
| 7ª edição – 1979              | 22ª edição – 1996              | 28ª edição – 2003 – 4ª tiragem |
| 8ª edição – 1981              | 22ª edição – 1997 – 2ª tiragem | 29ª edição – 2005              |
| 8ª edição – 1982 – 2ª tiragem | 22ª edição – 1997 – 3ª tiragem | 30ª edição – 2005              |
| 9ª edição – 1984              | 22ª edição – 1998 – 4ª tiragem | 30ª edição – 2006 – 2ª tiragem |
| 10ª edição – 1985             | 22ª edição – 1998 – 5ª tiragem | 31ª edição – 2007              |
| 11ª edição – 1986             | 23ª edição – 1999              | 31ª edição – 2008 – 2ª tiragem |
| 12ª edição – 1987             | 23ª edição – 1999 – 2ª tiragem | 32ª edição – 2009              |
| 13ª edição – 1988             | 24ª edição – 1999              | 33ª edição – 2010              |
| 14ª edição – 1989             | 25ª edição – 2000              | 34ª edição – 2011              |
| 15ª edição – 1990             | 26ª edição – 2000              |                                |



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

FRAN MARTINS

Professor Emérito da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará.

# Curso de Direito Comercial

Empresa comercial

Empresários individuais • Microempresas  
Sociedades empresárias • Fundo de comércio

35ª edição

revista, atualizada e ampliada

por CARLOS HENRIQUE ABRÃO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.  
Doutor em Direito Comercial da USP – Especialização em Paris.



RIO DE JANEIRO

Capítulo Quinto  
**SOCIEDADES EMPRESÁRIAS**

---

XV  
**NOÇÕES GERAIS**

**153. Conceito de Sociedade Empresária** – Denomina-se sociedade empresária a organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um fim lucrativo. A sociedade pode advir de contrato ou de ato correspondente; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

O Código Civil descortina o mesmo espírito, conforme o artigo 982 do diploma normativo, porém só reconhece o caráter empresarial por meio de registro; sem a respectiva feitura ditas sociedades são consideradas em comum, a teor dos artigos 986 e seguintes do citado Códex.

Diante da natureza do contrato plurilateral, típico das companhias, o Código intitula as sociedades anônimas empresárias, e as simples, ao lado das cooperativas, frente à natureza e sem a perspectiva específica do lucro, conquanto possam revestir forma comercial.

**154. Sociedades Unipessoais** – O conceito de sociedade em geral, acima mencionado, sofreu recentemente, no Direito francês, uma profunda alteração que certamente terá reflexo em outros sistemas jurídicos, inclusive no brasileiro. Dispõdo sobre as sociedades (*por quotas*) de responsabilidade limitada, o legislador francês, por Lei nº 85.697, de 11 de julho de 1985, permitiu que essas sociedades se constituíssem *pela vontade de uma só pessoa*, para tanto alterando a redação do art. 1.832 do Código Civil, que dá o conceito geral de sociedade, para permitir a chamada “*Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada*” (EURL), ou seja, a *sociedade* de responsabilidade limitada *com um só sócio*. A nova redação dada ao art. 1.832 do Código Civil francês, que regula o *contrato* de sociedade em geral, passa a ser a seguinte:

“A sociedade é instituída por duas ou várias pessoas que convêm por um contrato afetar a uma empresa comum bens ou sua indústria tendo em vista repartir o lucro ou aproveitar a economia que dela poderá resultar.

*Ela pode ser instituída nos casos previstos pela lei, por ato de vontade de uma só pessoa.*

Os sócios se obrigam a contribuir para as perdas”.

Nessas condições, seguindo, de modo mais explícito, o disposto na lei alemã de 4 de julho de 1980, que permitiu a criação da sociedade (*por quotas*) de responsabilidade limitada por *uma* ou várias pessoas (art. 1º), o legislador francês modificou, mesmo, a definição do *contrato de sociedade* para admitir que a sociedade quando autorizada por lei seja *instituída* por uma só pessoa (Lei nº 85.697, de 11.07.1985, art. 1º; Cód. Civil modificado, art. 1.832).

A lei francesa e o art. 1.832 do Código Civil, modificado, consagram a sociedade não mais como apenas um *contrato* mas como uma *instituição*, para isso bastando que haja uma lei dando permissão a que a sociedade seja *instituída* por *uma só pessoa*.

A legislação nacional não consagrou e portanto deixou de abraçar a tipologia societária individual, na medida em que exige nas sociedades de forma geral a presença de pelo menos dois (2) sócios, possibilitando que na hipótese de retirada, morte ou transformação em firma individual, se obedeça ao prazo de um ano para regularização do contrato societário.

Refere-se o legislador ao contrato societário ao negócio transitório ou de continuação permanente (art. 981, parágrafo único, do CC), no entanto a maioria das empresas tem constituição por prazo indeterminado.

**155. Sociedade e Ato Constitutivo. Contrato e Ato Institucional** – Em geral, na prática se costuma confundir a sociedade empresária, pessoa jurídica de Direito Privado, com o ato que a constitui. No entanto, são duas coisas diferentes: o ato, *que pode ser um contrato ou não*, e o elemento necessário para a formação da sociedade, sem o qual ela não existe. Pode esse ato ser *um contrato*, na acepção clássica do termo, ou seja, o acordo de duas ou mais pessoas com a finalidade de constituir, modificar ou extinguir obrigações, ou *um ato semelhante ao contrato*, que se chama *ato institucional*, para a realização do qual são exigidos alguns requisitos característicos dos contratos. A sociedade é o resultado desse acordo de vontades, uma entidade que, adquirindo personalidade jurídica, se torna independente e autônoma e vai realizar atos de comércio segundo o objeto escolhido.

Mencione-se, de passagem, que a sociedade empresária pode resultar de contrato ou ato correspondente, denominado ato institucional. Na realidade, a doutrina clássica admite que as sociedades empresárias são invariavelmente formadas por um contrato. A distinção entre contrato e ato institucional não é, assim, geralmente aceita, se bem que tenha lógica.

De fato, até mesmo a noção clássica de contrato não se ajusta perfeitamente ao ato que dá lugar à formação das sociedades comerciais. Segundo as regras

clássicas dos contratos, entre as partes contratantes sempre existe *antagonismo de interesses* que o acordo de vontade visa a disciplinar; a compra e venda, contrato básico do comércio, serve de exemplo. Assim, quando se realiza uma compra e venda, uma das partes contratantes, o comprador, tem interesse antagônico ao da outra, o vendedor, pois aquela deseja *adquirir* a coisa, enquanto essa deseja *vender*. Forma-se o acordo de vontades quanto à coisa, ao preço e às condições, e a esse ato se dá o nome de *contrato*; mas o interesse das partes continua antagônico, uma *entregando* a coisa, mediante o pagamento do preço, e a outra *recebendo* o preço, em troca da entrega da coisa.

No contrato de *sociedade* assim não acontece, pois os interesses, em vez de serem *antagônicos*, são *paralelos*; quem a outrem se associa com a finalidade de constituir uma sociedade não está embuído de um interesse contrário ao seu sócio. Têm, ambos, o mesmo interesse na partilha dos lucros líquidos da sociedade. Não estão, assim, as partes em oposição, mas ambas se caracterizam por terem pontos de vista idênticos.

Esse fato dá lugar a várias teorias sobre a natureza jurídica do ato que constitui as sociedades comerciais. Chamaram-no de *ato complexo* (Gierke), de *ato coletivo* (Duguit), de *contrato plurilateral* (Tullio Ascarelli). Hauriou fez a diferença entre as sociedades que se formam mediante contrato, que são aquelas que têm vida limitada, temporal e aquelas cuja duração não está subordinada à vontade subjetiva de indivíduos determinados. A estas últimas sociedades, para as quais as pessoas dos sócios têm diminuta importância, deu Hauriou o nome de *sociedades institucionais*. O ato criador será, assim, um ato institucional e não um contrato.

Efetivamente, a teoria de Hauriou, hoje aceita por muitos comercialistas, tem um fundamento lógico. Porque, em alguns tipos de sociedades, muito embora o ato constitucional divirja das características clássicas do contrato, por não terem os sócios interesses *antagônicos* e sim *paralelos*, as pessoas dos mesmos têm realmente importância preponderante, tanto que a incapacidade ou morte de qualquer deles se reflete na pessoa jurídica, provocando em regra a sua dissolução; também nessas sociedades os sócios estão de tal forma ligados pelo acordo prévio de vontades que ficam subordinados a esse acordo: normalmente, as suas participações na sociedade não poderão ser cedidas a terceiros, a não ser com o consentimento dos demais, o que evidencia a existência, de qualquer forma, de um contrato.

Já em outros tipos de sociedades a retirada de um sócio não se reflete, de modo algum, na estrutura social; as suas participações no capital social podem ser cedidas livremente, sem que seja necessário o consentimento dos outros sócios; a incapacidade de um sócio, que nas primeiras sociedades seria motivo de nulidade ou anulação do ato constitutivo, nessas segundas não é levada em consideração, pois não tem a entidade nenhuma dependência da pessoa dos sócios. Isso tudo evidencia que a noção clássica do contrato não é cabível, para o ato que constitui tais sociedades. Trata-se, evidentemente, de algo diferente de um contrato, e a esse ato se dá o nome de *ato institucional*, considerando-se a sociedade uma *instituição* e não o resultado de um contrato.

Aceitando essas razões, aqui fazemos a distinção. Em geral, diz-se que a sociedade comercial resulta de um *contrato* de duas ou mais pessoas, o que não é verdade, por exemplo, nas sociedades anônimas em que falta a característica de contrato entre os subscritores de capital. Ademais, como veremos adiante, ao ser estudada a sociedade limitada, a tendência atual é a da criação dessas sociedades *por uma só pessoa*, o que fez com que o legislador francês modificasse o conceito de *sociedade* dado pelo art. 1.832 do Código Civil daquele país que pela nova redação declara poder a *sociedade* ser criada por *ato unilateral da vontade de uma só pessoa* (*infra*, nº 228).

**156. Sócios** – As sociedades empresárias podem ter como elementos formadores pessoas físicas ou jurídicas. Cuidando-se de pessoas físicas, deverão possuir capacidade; conforme a lei civil, a validade do ato jurídico determina agente capaz (art. 104, I, Código Civil), donde serem tidos como nulos os atos praticados por pessoas absolutamente incapazes, e anuláveis os praticados por pessoas relativamente incapazes. Quando uma pessoa jurídica integra a formação da sociedade, os atos referentes à mesma devem ser praticados pelos respectivos representantes legais.

Uma vez constituída e arquivados os seus atos constitutivos no registro competente (Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins), a sociedade adquire *personalidade e autonomia*, podendo ser sujeito de direitos, já que possui patrimônio próprio. Desse momento em diante, os sócios terão o seu patrimônio separado do das sociedades, não respondendo, em princípio, pelas obrigações das mesmas. Em alguns tipos, entretanto, os sócios podem se obrigar a responder, de *forma subsidiária*, pelas obrigações sociais, assumindo uma responsabilidade solidária e ilimitada. Essa responsabilidade, porém, convém mais uma vez frisar, é *subsidiária*, precipuamente; os sócios, em qualquer tipo de sociedade, respondem apenas pelas importâncias com que se comprometeram para a formação do capital das mesmas, constituindo-se seus devedores desde o momento em que firmaram o ato constitutivo da sociedade.

Devem, igualmente, as sociedades empresárias possuir, conforme a legislação, objeto lícito. A licitude do objeto, a capacidade do agente e o consentimento manifestado por esse são requisitos imprescindíveis à validade do ato jurídico (art. 104, Código Civil). Constituem, destarte, requisitos necessários a todos os atos que tenham por finalidade criar, restringir ou resguardar direitos. Representam, assim, regra geral da validade dos atos jurídicos.

Como elementos específicos caracterizadores das sociedades empresárias, requer-se a cooperação efetiva entre os sócios, a que se chama *affectio societatis*, isto é, o liame de estarem os sócios juntos para a realização do objeto social, a contribuição dos sócios para o capital social e a participação dos mesmos nos lucros e perdas. O primeiro desses elementos se encontra nas sociedades *contratuais* ou *de pessoas*, em que realmente os sócios se unem por um *contrato especial* para a constituição de uma pessoa jurídica capaz de realizar um objetivo comum.

O mesmo, entretanto, não ocorre nas sociedades *institucionais* ou de capitais; na realidade, quando uma pessoa entra para uma dessas sociedades pode ignorar quais sejam os outros sócios, não havendo, assim nenhum elo pessoal a ligá-los. Esse fato robustece a ideia de que essas sociedades *institucionais* ou de capitais divergem grandemente das sociedades *contratuais* ou de pessoas, não se podendo dizer que haja verdadeiro contrato a unir todos os sócios, já que esses não são escolhidos de comum acordo como nas sociedades *contratuais*.

A nova roupagem do atual Código Civil, ao distinguir entre sociedades empresárias e não empresárias, alista muito bem a conotação de pessoalidade notadamente nas cooperativas e sociedades simples, mas é inegável se reconheça na modernidade a maior participação das empresas na consecução dos lucros.

Independente da celebração do ato societário, apenas a obtenção de receita compatível é que permitirá a sobrevivência do negócio, no escopo do seu objeto social e nos limites da capacidade operacional.

De qualquer modo e por toda a sorte, os princípios seculares societários hoje são raros, principalmente se notarmos a grande presença de pessoas jurídicas sócias de outras, a estabelecer mero profissionalismo, e o desiderato de menor exposição das pessoas físicas, inclusive em termos de responsabilidade e na visão da solidariedade empresarial.

### **157. Forma e Prova dos Atos Constitutivos das Sociedades Empresárias**

– As sociedades empresárias, regra geral, se constituem por escrito, seja por instrumento público ou particular, a teor do artigo 997 do Código Civil. No entanto, a legislação brasileira admitia e reconhecia a existência de sociedade sem o instrumento específico, desde que os interessados tivessem meios de provar por todos os gêneros de provas admitidos na lei comercial, consoante artigos 122 e 304 do Código Comercial, havendo presunção sempre que alguém praticasse atos societários próprios.

Sobreditas sociedades, conquanto provadas, são consideradas de fato e não de direito, motivo pelo qual o Código Civil as denomina sociedade em comum (art. 986), desprovida de personalidade jurídica, por não se coadunar com a formação da sociedade empresária. Cuida-se de comunhão de interesses, e por tal motivação todos os participantes respondem ilimitadamente pelas obrigações assumidas.

### **158. Requisitos dos Atos Constitutivos das Sociedades Empresárias segundo a Legislação**

– As sociedades empresárias personificadas se constituem, conforme a sua categoria, por um contrato ou por um ato institutivo equivalente ao contrato.

Nas sociedades contratuais, também chamadas sociedades de pessoas, em virtude de nelas haver papel relevante ligado aos sócios, influenciando em toda a sua vida, que dessa forma depende deles, a legislação exige o preenchimento de alguns requisitos, sem os quais a pessoa jurídica não se formará. Os requisitos essenciais têm disciplina no artigo 997 do Código Civil, estipulando deva o contrato conter:

- a) nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;
- b) denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;
- c) capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;
- d) a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;
- e) as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;
- f) as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;
- g) a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;
- h) se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Além dessas cláusulas, exigidas para *todos* os contratos de sociedades, facultou, ainda, o Código que os sócios incluíssem nos contratos “todas as cláusulas e condições necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si e para com terceiro” (art. 302, nº 7).

Nem todas as cláusulas exigidas pelo Código são, contudo, essenciais, podendo algumas delas deixar de figurar no contrato sem que ele seja considerado nulo. Assim, se não constarem os nomes dos gerentes, o contrato não será prejudicado, pois o próprio item 3 do art. 302 do Código declara que, não figurando no instrumento os nomes dos gerentes, todos os sócios serão considerados como tais. Neste caso, a ausência da especificação dos gerentes equivale à indicação de todos os sócios para essa função, podendo, portando, ser arquivado o contrato que não contiver a cláusula instituidora da gerência da sociedade.

Igualmente, a determinação da lei de que conste do contrato uma cláusula sobre a participação dos sócios nos lucros e nas perdas da sociedade não é obrigatória, pois o revogado art. 330 do Código esclarecia que os ganhos e perdas serão proporcionais à parte de cada sócio no capital social *se de modo contrário não fosse estipulado no contrato*. Nestas condições, não havendo estipulação sobre a participação dos sócios nos lucros e nas perdas da sociedade, entende-se que essa participação seria proporcional à quota com que cada um concorreu para o capital, segundo a regra do citado art. 330.

Ainda: a indicação de árbitros para dirimir as questões sociais deixou de ser necessária nos contratos desde 1867, quando pelo Dec. nº 3.900, de 26 de junho, foi suprimido o juízo arbitral obrigatório.

Por último, não constando do contrato a forma de liquidação e partilha, serão para essas fases da vida social seguidas as regras constantes dos arts. 1.102 e 1.103, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que regulam o modo de extinção da sociedade, quando não há estipulação a respeito.

Por outro lado, o Código Civil de 1916, não mencionou diretamente que do contrato social constasse o montante do capital, o que foi requerido por lei posterior (Dec. nº 93, de 20 de março de 1935, art. 27, letra d).

Nestas condições consideram-se *obrigatórias*, de acordo com o art. 997 do Código Civil de 2002, nos contratos constitutivos de sociedades empresárias cláusulas contendo o *nome e naturalidade* dos sócios, a *firma social*, a designação do *objeto*, as *quotas* de cada sócio, o *capital* e o *prazo de duração* da sociedade, não sendo esta por tempo indeterminado.

As sociedades institucionais ou *de capitais*, em que as pessoas dos sócios não interferem na estrutura social, têm os seus atos constitutivos regidos por princípios constantes da lei especial que as regula. Sobre eles falaremos oportunamente quando nos referirmos a essas sociedades.

**159. Cláusulas Essenciais aos Contratos. Cláusulas Padronizadas** – O Dec. nº 93, de 20 de março de 1935, secundado pelas regras do art. 997 do Código Civil de 2002, alterou algumas cláusulas exigindo outras para a validade dos contratos de sociedades comerciais. Contudo, tanto esse decreto como o de nº 596, de 19 de julho de 1890, que tratava das atribuições dos Registros de Empresas, foram revogados pelo art. 63 da Lei nº 4.726, de 13 de julho de 1965, relativa aos serviços do Registro do Comércio e atividades afins.

Com o advento da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, e de seu Regulamento, baixado com o Dec. nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, não há mais menção expressa na legislação acerca das cláusulas que devam figurar nos atos constitutivos das sociedades comerciais, assim como já não ocorria sob o regime da Lei nº 4.726, de 1965, hoje revogada. Entretanto, o Dec. nº 1.800, de 1996, regulamentando o art. 35, III, da Lei nº 8.934, declara, no art. 53, nº III, que não podem ser arquivados “os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei:

- (a) o tipo de sociedade mercantil adotado;
- (b) a declaração precisa e detalhada do objeto social;
- (c) o capital da sociedade mercantil, a forma e o prazo de sua integralização, o quinhão de cada sócio, bem como a responsabilidade dos sócios;
- (d) o nome por extenso e qualificação dos sócios, procuradores, representantes e administradores...;
- (e) o nome empresarial, o município da sede, com endereço completo e foro, bem como os endereços completos das filiais declaradas;
- (f) o prazo de duração da sociedade mercantil e a data de encerramento de seu exercício social, quando não coincidente com o ano civil”.

Já o § 2º do art. 53 do Dec. nº 1.800, de 1996, esclarece que “entende-se como preciso e detalhadamente declarado o objeto da empresa mercantil quando indicado o seu gênero e espécie”.

Se os atos constitutivos das empresas comerciais não podem ser arquivados se não contiverem esses requisitos, conclui-se que os mesmos devem figurar *obrigatoria-*

mente naqueles atos. Isso não significa que alguns requisitos dos contratos, constantes do art. 997 do Código Civil de 2002, deixem de ser obrigatórios. É o que acontece, por exemplo, com a nomeação dos gerentes, que em certos tipos de sociedades, como a em comandita simples, obrigatoriamente deve constar do contrato, sob pena de serem todos os sócios considerados gerentes, o que desnaturaria a sociedade, já que os comanditários não podem gerir a mesma (Código Civil de 2002, arts. 997 e 1.047).

Em tais condições, para a feitura dos contratos de constituição de sociedades empresárias, devem ser considerados, hoje, o disposto no art. 997 do Código Civil e o constante do art. 35, III, da Lei nº 8.934, de 1994, e do art. 53, III, do Dec. nº 1.800, de 1996, que, esclarecendo e complementando aquele primeiro inciso legal, determinaram as cláusulas que devem ser adotadas como obrigatórias para a validade contratual.

O Código Civil em vigor não disciplina normas específicas para a constituição de sociedades empresariais ou comerciais. As normas devem ser as mesmas para a constituição de sociedade simples ou civis, sendo que a conotação comercial, isto é, o de sociedade empresária é dado pelo objeto da empresa, ditado pelo exercício profissional de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966), desde que o empresário esteja inscrito no Registro das Empresas (art. 984), sendo dispensados o pequeno e o empresário rural; este último, se adotar a forma societária empresarial, poderá requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 984).

Visando a simplificar a constituição das sociedades, especialmente no que se refere à microempresa, a Lei nº 7.292, de 19 de dezembro de 1984, estatuiu que é facultado ao Departamento Nacional de Registro do Comércio “estabelecer, em ato normativo, modelos e cláusulas padronizadas de contrato de sociedade, que as partes contratantes poderão livremente adotar”. Desses modelos e cláusulas, que “obedecerão às normas legais aplicáveis à espécie de sociedade a que visem regular, deverão constar:

- I – o nome, a qualificação completa e a assinatura de todos os sócios;
- II – o nome comercial da sociedade (razão ou denominação);
- III – o objeto, o local da sede e o capital da sociedade;
- IV – a forma e o prazo da integralização do capital social e a sua distribuição entre os sócios;
- V – o uso do nome social pelos sócios com poderes de gerência;
- VI – o número e a data do ato normativo que aprovou as cláusulas padronizadas” (art. 2º).

Os sócios, obedecida a legislação pertinente, poderão alterar ou complementar os modelos e cláusulas padronizados, ou acrescentar outras no instrumento contratual. Os modelos e cláusulas padronizados não se aplicarão às sociedades anônimas.

**160. Arquivamento do Contrato Social** – O contrato formador do modelo das sociedades empresárias e não empresárias, além do atinente às sociedades anônimas, deve ser obrigatoriamente levado para arquivo no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins, devendo a respectiva apresentação ser feita perante o Registro de Empresa, no prazo de 30 dias da lavratura, para cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento. Fora do prazo de apresentação, o arquivamento somente produzirá efeito a partir da data do despacho deferindo o pedido (art. 36 da Lei nº 8.934 de 1994 e art. 998 do Código Civil de 2002); interessante dizer que o Registro das Pessoas Jurídicas se amolda a alguns modelos societários.

Para que se processe o arquivamento do contrato social é necessário que o pedido esteja instruído com o instrumento original, particular, certidão ou publicação de autorização legal, datado e assinado; certidão negativa de condenação por crime cuja pena vede o acesso à atividade mercantil; a ficha do Cadastro Nacional de Empresas Mercantis – CNE, segundo modelo aprovado pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio; a prova da identidade do titular da firma mercantil individual e do administrador de sociedade mercantil e de cooperativa; e mais os comprovantes de pagamento dos preços do serviço de arquivamento (art. 34 do Dec. nº 1.800, de 1996). Além desses requisitos, o art. 55 do decreto que regula a Lei nº 8.934, de 1994, dispõe que o Departamento Nacional de Registro de Comércio deverá consolidar, através de instruções normativas, as hipóteses de restrição legal à participação de estrangeiros em empresas mercantis brasileiras, os casos em que for necessária a aprovação prévia de órgão governamental para o arquivamento de atos de empresa mercantil ou a autorização de funcionamento ou nacionalização de sociedade mercantil estrangeira no Brasil, quando então será necessária a prova da nacionalidade, no primeiro caso, e a competente autorização, nos demais (art. 35, VII, da Lei nº 8.934, de 1994).

Ainda, caso conste do contrato social ou de sua alteração por instrumento público ou particular a incorporação de imóvel à sociedade, estabelece a Lei nº 8.394, de 1994, em seu art. 35, VII, a necessidade de o instrumento conter:

- “a), a descrição e identificação do imóvel, sua área, dados relativos à sua titulação, bem como o número da matrícula no Registro Imobiliário;
- b) a outorga uxória ou marital, quando necessária”.

Por último, é necessário o visto de advogado, consoante exigido pelo art. 1º, § 2º, do Estatuto da OAB. É importante frisar que o art. 67 da Lei nº 8.934, de 1994, pretendia eliminar essa exigência, revogando o art. 71, § 4º, da Lei nº 4.215, de 1963, o antigo Estatuto. Ocorre que o atual Estatuto (Lei nº 8.906, de 1994) já estava em vigor quando sancionada a Lei do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, daí por que subsiste a formalidade do visto do advogado como condição para arquivamento do contrato social (art. 36 do Dec. nº 1.800, de 1996).

No intuito de evitar a excessiva burocratização do registro, preveem os arts. 37, parágrafo único, da Lei nº 8.934 de 1994, e 34 do Dec. nº 1.800, de 1996, pará-

grafo único, que não se exigirá nenhum outro documento das firmas mercantis individuais e sociedades mercantis, salvo expressa determinação legal, presumindo-se verdadeiras, até prova em contrário, as declarações feitas perante os órgãos do RPEMAA. Por igual, o art. 39 do Dec. nº 1.800 dispensa o reconhecimento de firma nos instrumentos levados a arquivamento, exceto quando se tratar de procuração por instrumento particular ou de documentos oriundos do exterior, se, nesta última hipótese, tal formalidade não houver sido cumprida no consulado brasileiro.

O arquivamento no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins dos atos constitutivos das sociedades marca o início das pessoas jurídicas. As sociedades que não arquivarem os seus atos constitutivos são consideradas sociedades de fato, não possuindo personalidade.

**161. Sociedades de Fato e Irregulares** – Confundem-se na prática ambos os institutos, atribuindo a mesma denominação aos tipos societários. Entretanto, as sociedades de fato são aquelas que contêm alguma eiva de nulidade, apresentando-se ao público como se fossem sociedades, sem, no entanto, terem as formalidades dessas. Irregulares são as sociedades constituídas dentro das prescrições legais, mas que deixam de cumprir as obrigações impostas legalmente, conquanto mantenham personalidade. As sociedades de fato não são dotadas de personalidade jurídica, embora não haja distinção, confundido-se com as irregulares, ao ver de Waldemar Ferreira (*Tratado*, vol. III, p. 418).

Provavam-se as sociedades de fato conforme o revogado artigo 122 do Código Comercial, alinhado com artigos 304 e 305. As sociedades irregulares, nesta percepção, são provadas mediante certidão extraída do Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Cuidou o legislador de disciplinar as sociedades em comum, definindo-as:

“Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas de sociedade simples”.

Veja-se que no Código Civil há um espaço para as sociedades não personificadas, que seguem subsidiariamente o modelo das simples, porém respondem os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído o benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou em nome da sociedade (art. 990 do Código Civil).

**162. Publicidade das Sociedades Empresariais** – O arquivamento dos atos constitutivos de sociedades empresárias tem o caráter de publicidade legal delas. Uma vez arquivados esses documentos, presume-se que terceiros tenham conhecimento sobre a constituição das sociedades, não podendo alegar ignorância dos mesmos.

Junta-se a tal publicidade outra por intermédio de publicação na imprensa ou por meio de outros veículos. A lei requer, na hipótese de sociedades empresárias,

que os atos constitutivos sejam, igualmente, publicados na imprensa. As sociedades não empresárias não ficam adstritas à publicidade pela imprensa, motivo pelo qual incorre obrigação a respeito da divulgação.

**163. Alterações nos Atos Constitutivos das Sociedades** – Os atos constitutivos das sociedades poderão ser alterados na vigência das mesmas, sem que se interrompa a vida da pessoa jurídica. Conforme a classe da sociedade, para que se verifiquem essas alterações necessária será a ocorrência de fatos especiais.

Destarte, em se cuidando de sociedade empresária ou não empresária (de capital ou de pessoas), qualquer modificação irá necessitar da aprovação dos respectivos sócios. Compreende-se tal fato em virtude da natureza do contrato societário, unindo as vontades visando exclusivamente a realização daquilo entabulado no negócio jurídico. Modificando-o, os sócios que acordaram a criação da sociedade deveriam aprovar a mudança, ou seja, prestar novo consentimento para que a alteração fosse introduzida. Sem tal consentimento, não poderia o contrato ser modificado, exceto com a saída do sócio divergente. A regra de unanimidade incide em algumas hipóteses, mas na maioria das vezes as deliberações são tomadas por maioria ou *quorum* qualificado.

A sociedade limitada, prevista no Código Civil, cuidando de sua disciplina, a partir do artigo 1.071, para efeito de votação em deliberação assemblear, ao inserir as matérias, preconiza como serão aprovadas, no art. 1.076:

“I – pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;

II – pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;

III – pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.”

Consequentemente, referiu-se o legislador a três quartos do capital social nas hipóteses de modificação do contrato social, incorporação, fusão e dissolução da sociedade, ou cessação do estado de liquidação, adotando mais de metade nas demais circunstâncias, e maioria dos presentes em razão de previsão contratual ou legal, se não de dispuser de *quorum* mais elevado.

Dispõe o Dec. nº 1.800, de 1996, que não existindo restrição, a deliberação majoritária abrange também as circunstâncias de destituição da gerência, exclusão de sócio, dissolução e extinção de sociedade, com a observação do dispositivo acima mencionado, sendo que os motivos da exclusão e de sócio precisam ser transparentes e a destinação de sua participação no capital social (art. 54, *caput* e parágrafo único).

Muitas vezes, ao contratar a constituição de uma sociedade, os sócios podem, de antemão, declarar que aceitarão futuras modificações no contrato sem que, na ocasião em que essas se realizem, seja necessário outro consentimento. Essa cláusula

sula é muito usada quanto à continuação da sociedade com os filhos ou sucessores dos sócios que falecerem. Em tal caso, novo consentimento, na ocasião em que o fato ocorrer, é desnecessário porque os sócios que constituem a sociedade o prestaram antecipadamente. A entrada do novo sócio, herdeiro ou sucessor do sócio falecido, não é, porém, *para este*, obrigatória, pois, tendo a sociedade por base um contrato, ninguém pode consentir por essas pessoas que serão futuros sócios. Assim, caso não desejem continuar na sociedade com a participação que tinha o sócio premorto, os seus herdeiros ou sucessores poderão recusar a faculdade que lhes foi dada de ingressar no lugar dele. Nesse caso, os haveres do sócio falecido serão apurados e a sociedade continuará apenas com os demais sócios.

Em princípio, sendo a sociedade constituída apenas de *dois sócios*, deveria a mesma extinguir-se, adotando-se a concepção clássica de que a sociedade é um contrato: esse foi o ponto de vista que esposamos nas 12 primeiras edições deste livro. Mas como foi dito, o direito das sociedades tem-se alterado bastante, nos últimos anos, com a tendência de afastar o *contrato* como base da sociedade, substituindo por um *ato institucional*, que pode ser praticado pela vontade de *uma só pessoa*, como dispuseram as leis alemã e francesa sobre as sociedades por quotas, e o próprio art. 1.832 do Código Civil francês, que foi reformulado para estabelecer que a sociedade pode ser *constituída* por duas ou mais pessoas ou *instituída por uma só*. Em sendo assim, se a sociedade é constituída por apenas duas pessoas, falecendo uma, a sociedade na França já não mais se extinguirá, pois as leis daquele país admitem a *sociedade impessoal* desde que haja um dispositivo legal a respeito. No Brasil, ainda não temos lei regulando a matéria de modo geral, mas a Lei das Sociedades Anônimas já permite a *criação* de sociedade com um só sócio (*subsidiária integral*, art. 251). Isso tudo mostra que caminhamos, a passos largos, para o reconhecimento integral da *sociedade unipessoal*.

Deve-se, ainda, considerar que essas regras são relativas apenas às cláusulas essenciais do contrato, sobre as quais se manifesta o consentimento dos sócios. A gestão da sociedade, ou seja, os casos de pura administração, não se inclui nessas normas sendo regulada pela manifestação da maioria dos sócios.

Nas sociedades institucionais ou de capitais a norma é diferente. Nessas, por regra geral, a maioria dos sócios impõe à minoria a sua vontade, porque não se trata evidentemente de um *contrato*, mas de uma *instituição* que reuniu capitais para a realização de um fim específico. Não tendo as pessoas dos sócios importância quanto à estrutura da sociedade, apenas o capital prevalece para a vida da mesma. Desse modo, os sócios que possuem maiores capitais impõem a sua vontade aos demais. Casos, porém, existem, que requerem a aprovação de uma maioria qualificada dos membros dessas sociedades, para que possam ser realizados. Assim, por exemplo, a *extinção* da sociedade: só por votos de acionistas que representem a metade, no mínimo, de ações com direito a voto, se considera a sociedade dissolvida de pleno direito (Lei nº 6.404, arts. 136, X, e 206, I, alínea c). Se o estatuto prevê outras causas que deem motivo à extinção da sociedade, essa ocorrerá, surgindo as causas, ainda que os sócios não se manifestem favoravelmente, porque houve, na constituição da sociedade, acordo unânime sobre esse fato e os sócios

que, posteriormente à sua constituição, a ela se associaram estão obrigados a manter esse acordo já que a sua entrada na sociedade representa a aceitação das normas anteriormente estipuladas para o funcionamento da mesma.

Fundamental observar que a dinâmica empresarial e a agilidade dos negócios societários não priorizam, no mais das vezes, embates nas assembleias, desgastando o espírito de união entre os sócios, daí porque a imposição de *quorum* elevado ou qualificado somente incide em matérias relevantes que alterem substancialmente a empresa e projetem mudanças atinentes aos sócios.