

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA é Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo onde leciona como Professor-Doutor do Departamento de Direito Comercial. É Advogado e Parecerista em São Paulo.

É membro do Conselho de Redação da *Revista de Direito Mercantil*, publicada por esta Editora sob os auspícios do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Além de inúmeros artigos, estudos e colaborações em revistas especializadas, publicou pela Malheiros Editores:

- *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A* (1993 – esgotado) e
- *Invalidez das Deliberações de Assembleia das S/A* (1999 – esgotado).

 MALHEIROS EDITORES

COMPLEMENTAR
AULA 02
DCC00219
ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

DEDALUS - Acervo - FD



20400061844

**TEMAS DE DIREITO
SOCIETÁRIO, FALIMENTAR
E TEORIA DA EMPRESA**

Com os cumprimentos da

Editora

DIREITO COMERCIAL
BIBLIOTECA

 MALHEIROS EDITORES

EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO. A NOVA DISCIPLINA DAS SOCIEDADES*

DR. EDMUR DE A. NUNES PEREIRA NETO: Senhores., boa noite! É com especial orgulho que compareço aqui, nesta noite na inauguração, pelo menos técnico-funcional, deste Auditório.

Estou vislumbrando na platéia alguns ilustres e queridos companheiros de Conselho, do qual tive também o prazer e a honra de participar. Quero aproveitar para parabenizar a Associação, nesta atual gestão, pela beleza que fez desta nova sede, sem esquecer que isto é mais um gesto da recuperação desse patrimônio — que é de todos nós — que é o Centro da cidade.

Antes de apresentar o curso propriamente, quero apresentar a Mesa, iniciando pelo Dr. Armando Luiz Rovai, à extrema direita da Mesa, que é o Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo; o Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Doutor em Direito Comercial, Professor da Faculdade de Direito da USP e Advogado militante, que vai se incumbir do tema desta noite. Eu me chamo Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto e estou coadjuvando o Dr. Erasmo na coordenação deste Curso.

Como os Srs. viram, no nosso programa, a intenção é apresentar "O Direito de Empresa no Novo Código Civil" com — talvez entre outras — "inovações". A fácil impressão que se tem é a de uma metralha

* Texto de palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo — AASP, no Curso "O Direito de Empresa no Novo Código Civil", em 26.6.2002, com algumas pequenas correções, publicada originalmente na *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo* 71/15-25, São Paulo, AASP.

dora que girou, atingindo perfeitamente alguns alvos e mutilando ou inutilizando outros.

Mas eu acho que, numa visão mais sistematizada, isso tudo que foi apenas tangenciado pelo novo Código Civil, problemas já superados e que foram ressuscitados; na verdade, isso tudo vai fazer com que nós, militantes do direito empresarial, possamos levantar alguns problemas para nossas reflexões.

Eu quero, sem mais demora, passar a palavra ao Dr. Erasmo.

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Boa noite! É uma honra estar inaugurando os Cursos de Direito aqui nesta nova sede da Associação. Eu tive a honra e o prazer também de ser conselheiro, durante 10 anos. E quando a gente volta à nossa Casa e a vê assim tão bonita, a gente sente muita satisfação.

Bom, eu vou logo para o tema desta noite, que é um tanto complexo, e eu não queria perder tempo.

Queria primeiro relatar aos Srs. a situação em que nós nos encontramos. Uma certa ocasião eu fiz um curso no Exterior e tive um professor alemão, o Dr. Otto Sandrock, que afirmava ter um pesadelo recorrente: ele acordava de madrugada, suando frio, e dizia assim: "Mudararam o Código Civil"¹.

É essa a situação em que nós nos encontramos.

Como os Srs. sabem, o Código Civil, o novo Código Civil, está unificando, pelo menos formalmente, o direito privado. Ou seja: pelo menos formalmente, direito comercial e direito civil serão uma coisa só.¹

Muito embora isso tenha ocorrido na Itália com o Código Civil de 1942 — no qual o nosso se inspirou —, o certo é que até hoje na Itália, nas universidades, nas faculdades de Direito, existem o departamento e a cadeira de "Direito Comercial". Mas, formalmente, o direito comercial está unificado ao direito civil. E, em sua grande parte, o regime

1. Na verdade, não houve a total unificação do direito privado, eis que a Parte Segunda do Código Comercial, relativa ao comércio marítimo, foi mantida (cf. art. 2.045 do novo Código Civil). Ademais, há quem entenda que o direito do trabalho também está compreendido no direito privado.

jurídico do comerciante, agora, é o regime jurídico do empresário, e está disciplinado no Livro II da Parte Especial do Código Civil, que é o livro "Do Direito de Empresa".

Eu repito: o modelo do nosso Código é o Código Civil italiano de 1942. E por ocasião da edição do Código Civil italiano de 1942 discutiu-se muito a respeito do conceito de empresa.

Como os Srs. sabem, economicamente, empresa significa organização dos fatores da produção: natureza, capital e trabalho. Fala-se, hoje, em tecnologia, também.

Agora, como é que essa organização econômica, como é que este fenômeno econômico, aparece perante o Direito? Então, pode-se pensar, de início: é a sociedade comercial. Será que é só a sociedade? Os bens que estão predispostos pelo empresário para o exercício da atividade, será que também não aparecem perante o Direito? Como é que esse fenômeno da organização econômica dos fatores da produção se apresenta juridicamente?

O célebre jurista italiano Alberto Asquini, em 1943, elaborou estudo que está traduzido aqui no Brasil, para quem quiser se aprofundar, pelo professor Comparato, na *RDM* 104/109 e ss. E nesse estudo o professor Alberto Asquini disse que a empresa se apresentava perante o Direito sob quatro diversos aspectos ou perfis. O estudo se chama, justamente, "Os perfis da empresa".

Sob o perfil *subjetivo*, a empresa aparecia como *empresário* ou *sociedade empresária*.

Em segundo lugar, sob o perfil *funcional*, aparecia como *a atividade* de organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços no mercado.

Em terceiro lugar, sob o perfil *objetivo* ou patrimonial, aparecia como *estabelecimento*, ou seja, como aquele complexo de bens que o empresário dispõe para o exercício da sua atividade.

E, finalmente, sob o perfil *corporativo*, como uma *instituição*. Ou seja, como aquela organização de pessoas e bens, incluindo o empresário e seus colaboradores, tendo em vista um sentido mais amplo até politicamente. Sob esse perfil lembre-se que na Itália, em 1942, vigia o corporativismo fascista.

Então, esse estudo, que é interessantíssimo e, sobretudo, verdadeiro, influenciou gerações de comercialistas. E eu vou trazer aqui, para os Srs., alguns exemplos das nossas leis, para que os Srs. verifiquem que isso tudo não é um exercício acadêmico. A empresa realmente aparece, perante o Direito, sob esses vários perfis.

Vou esquecer o perfil corporativo, como instituição, porque instituição, como se sabe, é um conceito muito difícil de se definir. Eu vou ficar nos outros perfis apenas para dar alguns exemplos concretos.

Por exemplo: a lei que hoje disciplina as Juntas Comerciais, melhor dizendo, a lei que disciplina o Registro Público de Empresas Mercantis, que é a Lei 8.934/1994, ela, no art. 1º, diz o seguinte: "Art. 1º. O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta Lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades: I — dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta Lei; II — cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no país e manter atualizadas as informações pertinentes".

Ora, a lei, aqui, está, evidentemente, se referindo aos empresários e às sociedades mercantis. Aqui, "empresa" está sendo utilizada pela Lei de Registro de Empresas Mercantis como *sinônimo* de empresário ou de sociedade empresária. Cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras, ou seja, as sociedades nacionais e estrangeiras, ou mesmo as firmas individuais. Aqui, portanto, um exemplo de que a lei utiliza "empresa" no seu perfil subjetivo.

Se os Srs. forem ao art. 2º da Lei das Sociedades Anônimas, vão verificar que ele diz o seguinte: "Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes".

Aqui, a lei está utilizando a palavra "empresa" no seu sentido técnico, no seu perfil funcional de atividade, ou seja: pode ser objeto da companhia qualquer atividade de fim lucrativo. Atividade empresarial.

Mas não param aí as ambigüidades das leis brasileiras, que retratam justamente esse fenômeno que foi observado pelo professor Alber-

to Asquini. Se os Srs. examinarem os arts. 678 e 716 do CPC, vão verificar que o art. 678 fala de penhora de empresa; o art. 716 fala de usufruto de empresa: "Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores"; "Art. 716. O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida".

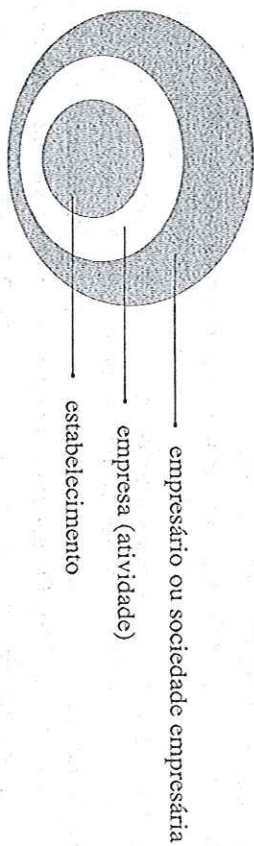
Evidentemente que o Código de Processo Civil está utilizando a palavra "empresa", aqui, no seu perfil objetivo ou patrimonial, como sinônimo de estabelecimento, porque o que se tem lá são bens. É o estabelecimento que é objeto de penhora. O que pode ser objeto de usufruto judicial é o estabelecimento, e não a empresa como uma atividade.

Então, eu fiz questão de dar esses exemplos para os Srs. verificarem que o fenômeno "empresa" é poliédrico e se apresenta, perante o Direito, com todos esses perfis: ora é usado com o sentido de sociedade, ora é usado com o sentido de estabelecimento comercial, ora é usado no seu sentido técnico de atividade econômica organizada para produção e circulação de bens ou de serviços.

Traduzindo isso juridicamente — e, agora, de acordo com as categorias que nós aprendemos. O empresário, ou sociedade empresária, o que é? É o *sujeito de direito*. O estabelecimento comercial é *objeto de direito*. E a empresa, no sentido de atividade, é um *fato jurídico*.

Eu vou me estender um pouquinho, sem querer entrar em muita teoria, não é nada disso, mas há conseqüências práticas decorrentes dessas conceituações.

Eu pedi que distribuíssem aos Srs. esta figura geométrica imaginada pelo professor Waldemar Ferreira, em que aparecem três círculos concêntricos, onde aparece no primeiro círculo — círculo maior — um empresário ou sociedade empresária, que é o que dá impulso à atividade; a empresa aparece no segundo círculo, que é justamente essa atividade; e o estabelecimento no círculo menor, que é o complexo de bens que o empresário organiza para o exercício da atividade.



Essa imagem é muito boa, porque esses conceitos são realmente interligados. Não se concebe o exercício de uma atividade sem um mínimo de organização, ainda que seja, hoje, através de um computador. Quer dizer, para que o empresário exerça sua atividade, ou para que a sociedade empresária exerça sua atividade, é preciso um mínimo de organização. Os bens que ele organiza constituem o estabelecimento.

Então, o empresário exerce a empresa através do estabelecimento. Que nós já vamos analisar aqui, e quem vem sistematizado no novo Código Civil.

Para que os Srs. tenham idéia da importância desses conceitos, eu vou ler um trecho, aqui, da Exposição de Motivos Complementar do professor Sylvio Marcondes ao Anteprojeto do Código Civil.

Como os Srs. sabem, essa parte, esse Livro "Do Direito de Empresa" foi elaborado no Anteprojeto pelo professor Sylvio Marcondes. E, quando foi editado o Anteprojeto, o professor Sylvio Marcondes escreveu uma Exposição de Motivos Complementar, em que ele ressaltava justamente isso que eu acabei de dizer. Ele diz o seguinte: "O conceito econômico de empresa — como organização dos fatores da produção de bens ou de serviços, para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados — tem sido fonte de contínua discussão sobre a natureza jurídica da empresa, entre os autores que já não consideram suficiente a lição de Vivante, aliás consagrada na doutrina brasileira, de que 'o Direito faz seu aquele conceito econômico'. Entretanto, suscita-se na hermenêutica dos códigos comerciais do tipo francês, e acirrada pela exegese do novo Código Civil italiano, a disputa encontrada afinal seu remanso. Segundo esclareceu Asquini, apresentando o fenômeno de empresa, perante o Direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esque-

ma jurídico unitário, de vez que empresa é conceito de um fenômeno econômico polidétrico, que assume, sob o aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um, mas diversos perfis: *subjetivo*, como empresário; *funcional*, como atividade; *objetivo*, como patrimônio; *corporativo*, como instituição".

Vejam os Srs. a importância desse estudo do professor Alberto Asquini na formulação do nosso novo Código Civil, reconhecida aqui pelo próprio elaborador do Anteprojeto. Daí eu ter insistido em trazer essa lição aos Srs.

Acontece que o novo Código Civil, tal como ocorre com o Código Civil italiano, não define empresa. Ele define empresário, e define estabelecimento. Então, o conceito de "empresa", esse conceito de empresa *stricto sensu* como atividade, é extraído da conjugação de dois dispositivos que eu pedi que transcrevessem, e que vou ler para os Srs.: o art. 966 e o art. 1.142.

O art. 966 diz o seguinte: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Empresário, quem é? É quem exerce *atividade* organizada para produção e circulação de bens e de serviços.

O art. 1.142 diz, por sua vez: "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, [ou seja, para exercício da atividade] por empresário, ou por sociedade empresária".

Nós extrairmos a conclusão, pois, de que o conceito de empresa, *stricto sensu*, é atividade econômica organizada, da conjugação desses dois dispositivos: os arts. 966 e 1.142.

Vamos, agora, decompor os três conceitos citados. Vamos falar um pouquinho da empresa, um pouquinho do estabelecimento e um pouquinho do empresário e da sociedade empresária, com a nova disciplina das sociedades dada pelo Código Civil.

Muito bem. Empresa é atividade. Atividade — é bom que se esclareça — não é uma mera seqüência de atos. Ascarelli dá um exemplo: o médico, o advogado, que vai a um banco pedir um empréstimo bancário, e que assina 12, 24, 36 promissórias, está praticando uma série de atos, mas não uma atividade. A atividade é a série de atos *coordenados para uma determinada finalidade*; é a finalidade que unifica os atos na atividade.

No caso da atividade empresarial, especificamente falando, ela é a série de atos jurídicos e materiais coordenados para uma finalidade — qual seja, a de produzir bens ou serviços.

Eu disse que se trata de um fato jurídico. Por quê? Porque quem exerce a atividade empresarial está sujeito ao regime jurídico do empresário, quer queira, quer não queira. Isto é: os efeitos no exercício de uma atividade empresarial ou mercantil se produzem independentemente da vontade do agente. E, se os Srs. forem ao art. 973 do Código Civil, vão ver que a pessoa legalmente impedida de exercer a atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas. Ou seja: quem exerce atividade de empresário, independentemente da sua vontade, está sujeito ao regime jurídico do empresário.

Agora, se se combina este artigo com o art. 3º, IV, da Lei de Falências, tem-se que pode ser declarada a falência dos que, embora expressamente proibidos, exercem o comércio. Portanto, o efeito do exercício da atividade empresarial é este: o de sujeitar seu agente a um regime jurídico próprio, que é o regime jurídico do empresário, ainda que ele não queira.

E — apenas para falar mais uma coisinha da atividade empresarial — eu chamo a atenção para o fato de que o regime jurídico dos atos jurídicos isolados é um regime jurídico diverso do regime da atividade. E vou dar um exemplo e dizer por quê.

No regime do ato jurídico isolado o objetivo do legislador é a *proteção do agente*: o ato praticado pelo absolutamente incapaz, por exemplo, é absolutamente nulo; o ato praticado pelo relativamente capaz é anulável; o ato praticado sob erro, dolo ou coação é anulável. O legislador está querendo resguardar a quem? Ao agente. Está querendo proteger aquele que não pôde expressar sua vontade, ou que a expressou enganada ou forçadamente.

O regime jurídico da atividade visa, ao contrário, a proteger a coletividade. A intenção do legislador é completamente diversa: quem exerce uma atividade ilícita ou irregular, por exemplo, está sujeito a ver cessada essa atividade. Quem exerce atividade de “jogo do bicho” ou de venda de mercadoria contrabandeada, está sujeito à ação do Poder Público no sentido de coibir tais atividades. Quem exercer atividade com violação dos regulamentos administrativos — por exemplo, sem alvará de funcionamento da Prefeitura — está sujeito a ver suspensa ou também cessada sua atividade.

Então, o regime do ato jurídico visa à proteção do agente. O outro regime, da atividade empresarial, visa à proteção da coletividade. É por isso que o Código Civil diz ser obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis. Por quê? Porque o registro vai verificar se aquele cidadão está apto a exercer atividade empresarial, se não foi condenado por crime falimentar, se não foi condenado por crime que impeça o exercício de atividade mercantil, e assim por diante.

Devo apenas, para finalizar esse aspecto da atividade empresarial, dizer que não há nulidade de uma atividade. A nulidade, ou invalidade, aplica-se exclusivamente aos atos jurídicos, isoladamente. A atividade é ilícita ou ilícita, regular ou irregular, mas jamais nula ou anulável. Ela pode ter alguns atos nulos ou anuláveis nessa seqüência de atos, mas ela, em si, não será nula. E mesmo uma atividade ilícita pode conter vários atos lícitos.

..... Ainda recentemente o TST julgou que o empregado do “bicheiro” tem relação trabalhista. Ou seja, é uma atividade ilícita, mas que contém atos lícitos, como a contratação de um empregado.

Eu queria apenas chamar a atenção para esses aspectos, de consequências práticas evidentemente importantes.

Vimos a empresa, a atividade; e agora eu passo ao estabelecimento.

Pela primeira vez a lei disciplina, de forma sistemática, o estabelecimento comercial. Esta disciplina está nos arts. 1.142 a 1.149, e o art. 1.142 define estabelecimento como “todo complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária”.

O estabelecimento, como os Srs. sabem, é um complexo de bens. É um complexo de bens heterogêneos. São bens corpóreos e bens incorpóreos. Entram no estabelecimento comercial o estoque de mercadorias, os imóveis, as instalações e, no tocante aos bens incorpóreos, as patentes, marcas e inclusive serviços. Bens em sentido lato, bens heterogêneos. Esse complexo de bens, no entanto, é encarado unitariamente pelo Direito. E ele é unificado justamente pela atividade que o empresário está exercendo. Quer dizer, uma série de mercadorias abandonadas em um depósito não constitui um estabelecimento. Por quê? Porque o estabelecimento é alguma coisa dinâmica, que está a serviço de uma atividade, que serve para o exercício de uma atividade.

Qual é a natureza jurídica de um estabelecimento? O estabelecimento está conceituado entre os bens coletivos ou universais, que o Direito chama de universalidades.

É um pouquinho só de teoria, mas vocês vão ver que tem importância prática muito grande.

O art. 89 do novo Código Civil diz que: "São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais".

Então, é o exemplo que eu dei: uma série de mercadorias abandonadas num depósito são singulares.

O art. 90 diz o seguinte: "Constitui universalidade de fato ou seja, coisa coletiva, a pluralidade de bens singulares que, pertinentes a uma mesma pessoa, tenham destinação unitária".

E o parágrafo único acrescenta que os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias. O estabelecimento, como nós vamos ver, pode ser objeto de relações jurídicas como um todo, unitariamente; mas os bens que o compõem podem também ser objeto de relações jurídicas próprias.

O curioso é que este todo, que constitui o estabelecimento, vale mais que a soma das partes, porque o que importa no estabelecimento é esse elemento de organização que o empresário dá, e que é valorizado pelo mercado.

Os Srs. sabem, os que militam, que o método de se calcular o valor de um estabelecimento é aquele método que se utiliza também para avaliar cotas sociais, e que é o método denominado de "fluxo de caixa descontado". Calcula-se aquela aptidão do estabelecimento de dar lucros, consistente no seu aviamento. Isso tem um valor, que é medido pericialmente.

Muito bem. É importante esclarecer que estabelecimento não se confunde com patrimônio. O Banco do Brasil, por exemplo, é uma sociedade só, e que tem diversos estabelecimentos, diversas agências em todo o Brasil. Cada agência é um estabelecimento. Agora, o patrimônio dele não é formado só por um estabelecimento; é formado por todos os estabelecimentos e por todas as suas dívidas.

Patrimônio é uma noção mais abrangente que a de estabelecimento, e está no art. 91 do Código Civil: "Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico".

Portanto, o patrimônio, que é uma universalidade de direito, abrangge todas as relações jurídicas ativas e passivas. Nós vamos ver a importância desses conceitos.

Sempre se entendeu que o estabelecimento só abrangia bens ou ativos. O novo Código Civil está inovando e, com o intuito de proteger os credores, está dizendo, no art. 1.146, que o adquirente do estabelecimento responde também pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, mas desde que regularmente contabilizados. Portanto, quem adquire estabelecimento comercial responde, a partir da vigência do novo Código Civil, pelos débitos daquele estabelecimento que estiverem contabilizados. Esta é uma inovação do novo Código Civil, porque até então se entendia que o estabelecimento só compreendia elementos do ativo.²

Eu disse aos Srs. que o estabelecimento é objeto de direito. Claro, o estabelecimento pode ser objeto de compra e venda, pode ser objeto de usufruto, pode ser objeto de penhora. Mas à que título, a que título um estabelecimento é titulado, desculpem-me a tautologia, pelo empresário? Terá o empresário, ou a sociedade empresária, a propriedade do estabelecimento? Será isso?

Não. O novo conceito que o Código Civil instaura no direito positivo brasileiro é o conceito de "propriedade dinâmica" ou "propriedade-de-pertinência" do estabelecimento. E eu vou explicar e mostrar a consequência prática desse conceito.

Vejam porque eu falei da teoria e porque ela é importante. Releiam o art. 90 do Código Civil: "Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária". Isto porque os bens que compõem o estabelecimento podem estar lá a diversos títulos. Podem ser de propriedade do empresário, podem estar alugados, podem estar em consignação, podem estar, o que é frequentíssimo — a título de *leasing*, como os computadores, por exemplo. Tendo em vista que os computadores estão sujeitos a obsolescência em seis meses, um ano, é muito comum que o empresário não os adquira, mas realize um contrato de *leasing* desses bens.

2. Com exceção, evidentemente, dos débitos trabalhistas e tributários, que têm regulação própria, respectivamente, nos arts. 448 da CLT e 133 do CTN.

Portanto, esses bens todos que estão no estabelecimento, aos mais diversos títulos — locação, *leasing*, empréstimo, consignação etc. —, estão na esfera de *pertinência subjetiva* do empresário ou sociedade empresária, organizados, dinamicamente, para o exercício da empresa, não necessariamente a título de propriedade. Agora, vejamos a consequência que se extrai disso.

O art. 1.148 do novo Código Civil diz o seguinte:

“Salvo disposição em contrário, a transferência [ou seja, a *transferência do estabelecimento*] importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, (...)”.

Portanto, quem aliena um estabelecimento empresarial vai transferir ao comprador todos aqueles contratos de *leasing*, de locação etc. que são pertinentes àqueles bens. Isto é que é o conceito de “propriedade-pertinência” ou “propriedade dinâmica”. Quer dizer, é um conceito mais amplo de propriedade, não mais aquela propriedade estática, clássica, tradicional do direito civil.

Quer dizer, o adquirente do estabelecimento vai se sub-rogar em todos os contratos que existiam para exploração daquele estabelecimento. Por força da lei. Essa, então, é a inovação.

Eu disse que o estabelecimento pode ser objeto de negócios jurídicos unitários, e entre esses negócios jurídicos a lei prevê a compra e venda — também chamada de *traspasse do estabelecimento* —, o usufruto e o arrendamento. E esses negócios só terão eficácia, perante terceiros, se forem averbados na Junta Comercial e publicados, nos termos do art. 1.144. O novo Código Civil tem uma grande preocupação com a publicidade dos atos do empresário, e nós vamos ver isso, aqui, no curso da palestra.

No tocante à compra e venda ou *traspasse* o novo Código Civil reproduz uma regra da Lei de Falências, que diz respeito ao problema da eficácia do *traspasse* do estabelecimento quando o devedor ficar sem bens para pagar seus credores.

Diz o art. 1.145 que: “Se ao alienante [*do estabelecimento*] não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresse ou tácito, em 30 (trinta) dias a partir de sua notificação”.

Portanto, a venda de estabelecimento, quando o vendedor fica sem bens suficientes para pagar seus credores, tem a *eficácia* subordinada à notificação dos credores. Se ele não forem notificados essa alienação será ineficaz, e no juízo da falência o estabelecimento será arrecadado.

Evidentemente que quem comprar uma agência do BRADESCO ou do Banco Itaú não tem que se preocupar com isso... Mas quem comprar o estabelecimento de um pequeno comerciante, que só tem aquilo, tem que ter essa preocupação com a eficácia do negócio jurídico perante os credores, se o vendedor do estabelecimento não ficar com bens suficientes para solver seu passivo.

Essa regra — eu repito — é repetição de uma regra que está no art. 52, VIII, da Lei de Falências. Aliás, a venda de um estabelecimento sem restarem bens suficientes para pagar os credores é considerada, de per si, um dos motivos de decretação da falência, nos termos do art. 2º, V.

Muito bem. Eu também já disse que o estabelecimento pode ser objeto de penhora ou de usufruto judicial. Não é comum, mas eu já vi ocorrer.

Finalmente, o novo Código Civil coloca em lei uma questão que durante anos foi discutida na jurisprudência, e que é a da cláusula de não-restabelecimento. Vale dizer, quem vende o estabelecimento não pode concorrer com o comprador. Não faz sentido que eu venda meu estabelecimento hoje, aqui, e amanhã eu abra um estabelecimento ao lado e passe a concorrer, porque vou tirar aquela clientela que estava acostumada a ir ao meu estabelecimento. Isso aí foi até objeto de um processo polêmico, famosíssimo no Brasil, em que se defrontaram o Rui Barbosa, de um lado, e o Carvalho de Mendonça, do outro, no curso do qual foram buscar pareceres de Vivante, na Itália, e de Planiol, na França (de navio, pois não existia avião, ainda). Uma causa enorme, que o Rui Barbosa ganhou, em que ele sustentava que o vendedor do estabelecimento, a não ser que estivesse proibido no contrato, podia concorrer com o adquirente, em face do princípio da liberdade de iniciativa. O STF votou a favor do Rui Barbosa (contra o voto do Pedro Lessa), e depois de alguns anos mudou de orientação, tendo a jurisprudência, desde então, se orientado no sentido de que o vendedor do estabelecimento — a não ser que esteja previsto no contrato — não pode concorrer com o adquirente.

O fundamento legal dessa orientação é o art. 214 do Comercial, que determina que "o vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida". Se eu vendo estabelecimento meu, retiro a clientela e passo a concorrer, eu não estou fazendo coisa boa para o comprador. Era esse o fundamento legal.

O novo Código, então, traz isso em regra explícita. Porque a regra era de construção jurisprudencial. O art. 1.147 diz: "Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência".

Era esse o prazo que a jurisprudência já estipulava como prazo mínimo para que ele não concorresse. E diz o parágrafo único: "No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato".

O que é lógico e razoável. Quer dizer, arrendou ou deu em usufruto o estabelecimento, durante o prazo do contrato não pode concorrer. Evidentemente que esta não-concorrência tem que ser verificada no caso concreto. Esta proibição está sujeita aos elementos de tempo — cinco anos —, local e ramo de atividade.

Se eu alieno um estabelecimento em São Paulo — por exemplo, uma padaria no Brás —, evidentemente que se eu abrir uma padaria em Santo Amaro não vou estar fazendo concorrência ao adquirente.

Então, vimos a empresa, vimos o estabelecimento. Eu vou falar, agora, um pouquinho do empresário e da sociedade empresária.

O novo Código Civil define empresário no art. 966, que diz: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Nessa definição existem três elementos importantes. São salientados, aqui, também pelo professor Sylvio Marcondes na Exposição de Motivos à qual eu me referi aos Srs.: "(a) o exercício de atividade econômica e, por isso, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços para a circulação, ou pela circulação dos bens ou dos serviços produzidos; (b) atividade organizada, através da coordenação dos fatores de produção — trabalho, natureza e capital — em medida e proporção variáveis, conforme a natureza e o objeto da empresa; (c) exercício realizado de modo habitual e sistemático ou seja, profissionalmente, o que implica dizer em nome próprio e com ânimo de lucro".

São esses os elementos em que se decompõe a definição de empresário. Mas o parágrafo único desse art. 966 diz o seguinte: "Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, [advogado, médico] de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

Por que não se considera empresário? Eu vou ler a explicação do professor Sylvio Marcondes: "Dessa ampla conceituação [de empresário] exclui, [o Anteprojeto] entretanto, quem exerce profissão intelectual, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, por entender que, não obstante produzir serviços, como fazem os chamados profissionais liberais, ou bens, como fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental".

É esta a explicação dada pelo autor do Anteprojeto de por que não se considera empresário quem exerce profissão intelectual ou de natureza artística ou científica. Então, está fora do regime da empresa.

Mas diz esse parágrafo único: "(...) salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

É um dispositivo redigido de maneira um tanto obscura, mas é o seguinte: um hospital, por exemplo; o hospital vai congrega médicos, mas o hospital é uma sociedade que exerce atividade empresarial, sendo a prestação de serviços médicos um elemento da empresa.

Também estão excluídos da conceituação de empresário o empresário rural e o pequeno empresário. Então, o art. 170 diz que: "A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes".

Então, o empresário rural ou o pequeno empresário em princípio não estariam obrigados a inscrição. Isso a lei deveria dizer. Mas a lei em vigor a respeito do pequeno empresário, que é o Estatuto da Pequena Empresa ou Empresa de Pequeno Porte, não o desobriga de inscrição. Eu não sei se até a entrada em vigor do novo Código Civil haverá uma lei regulando o pequeno empresário para esses efeitos.

De qualquer maneira, o empresário rural não estará subordinado ao registro. Mas o registro será facultativo para ele. Ele poderá, nos termos do art. 971, se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, ficando, então, equiparado ao empresário sujeito ao registro. É esse o sistema do novo Código Civil.

Isso quanto ao empresário individual. Mas há o empresário coletivo, ou seja, a sociedade empresária. E no tocante à sociedade empresária vigem regras semelhantes. A definição de sociedade empresária está no art. 982: "Considera-se empresária a sociedade que tem como objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples as demais".

Portanto, não é sociedade empresária aquela sociedade que tenha como seu objeto, por exemplo, a atividade rural. Não são sociedades empresárias as sociedades de profissionais liberais.

A sociedade cujo objeto seja a atividade rural pode, assim como o empresário individual rural, inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis. E aí ficará sujeita ao regime da sociedade empresária. Isso nos termos do art. 984 do novo Código Civil.

Eu vou falar, em poucos minutos, sobre o novo estatuto do empresário individual, porque há inovações importantes. Há inovações e há recuos. E depois só vou falar ligeiramente da nova disciplina das sociedades, que vai ser exposta nas palestras seguintes.

Novidades que traz o novo Código Civil a respeito do estatuto do empresário individual. Primeiro ele admite — o que já era um reclamo da doutrina — que o incapaz continue a empresa, a atividade empresarial. Se o empresário é acometido de esclerose, ou qualquer outro problema, ele é interdito. Então, de acordo com as regras até hoje vigentes, o juiz não poderia autorizar a continuação da empresa. Não poderia autorizar. A empresa tinha que cessar, e às vezes até com prejuízo grande. Hoje não é mais comum uma grande firma individual, mas eu, por exemplo, tive um cliente que era uma firma individual que tinha 400 empregados. Hoje não é mais comum isso, mas pode haver, ainda. Agora, imaginem: um sujeito desses é interdito, e aí? Cessa a empresa? É um absurdo!

Então, o novo Código Civil está autorizando expressamente, nos termos do art. 974, que o incapaz, por meio de representante, ou devidamente assistido, continue a empresa antes exercida por ele enquanto capaz. Desde que com autorização judicial.

E aqui, vejam, vai ocorrer uma separação de patrimônios de uma mesma pessoa, o que sempre repugnou ao Direito Brasileiro. É outra inovação.

O § 2º do art. 974 diz o seguinte: "Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização".

Então, aqueles bens que constituíam o estabelecimento do incapaz vão continuar sujeitos ao resultado da empresa. Os outros bens do incapaz não vão. Portanto, aí há, mesmo, uma separação de patrimônios. Patrimônio entendido como aquele complexo de relações ativas e passivas de uma mesma pessoa. Esta é, de fato, uma inovação.

Uma outra inovação importante é a desnecessidade de outorga conjugal para a venda de imóveis que compõem o estabelecimento comercial. Só que a redação, aqui, é complicada. O art. 978 diz o seguinte: "O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real".

Não é o patrimônio, mas o *estabelecimento* da empresa — o que é um erro de redação, na minha opinião. Mas, de qualquer maneira, ele está dispensado de qualquer outorga uxória.

Além disso, o novo Código preocupa-se, como eu disse, com a publicidade dos atos do empresário, o que é extremamente benéfico para terceiros. No art. 976 ele diz: "A prova da emancipação e da autorização do incapaz (...) tem que ser inscrita ou averbada no Registro Público de Empresas Mercantis".

Além disso, no art. 979 ele diz: "Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade".

Como se vê, agora, cláusula de incomunicabilidade ou inalienabilidade de bens não só se registra no Registro Civil, mas, quando se tratar de bens do empresário, deve ser registrada no Registro Público de Empresas Mercantis.

E mais, nos termos do art. 980: "A sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não

podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis”.

Aquela fraude, que comumente ocorria, de separar os cônjuges na hora da falência, agora, vai complicar mais ainda. Se a sentença não tiver sido registrada na Junta Comercial não terá eficácia perante terceiros, apesar de ter sido homologada em juízo e publicada.

Bom, há uma disposição evidentemente retrógrada que diz respeito a sociedades. É um problema que há mais de 30 anos já estava resolvido — sociedade entre marido e mulher.

Vejam que absurdo. O art. 977 diz o seguinte: “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória”.

Notem bem, não é só entre eles, só entre os cônjuges. Mesmo que eles contratem sociedade com terceiros. Se forem casados no regime da separação obrigatória ou no regime da comunhão universal, essa sociedade será nula. Isso é um problema.

Eu estava hoje, aqui, antes de estar com os Srs., analisando um artigo do professor Comparato, e que eu recomendo a todos. São quatro páginas; aliás, três páginas. É um comentário a um acórdão publicado em 1971 na *RDM* 3/90 é ss. Era um acórdão que julgou nula uma sociedade de marido e mulher casados sob o regime da comunhão universal de bens.

O professor Comparato traz todo um histórico de como essa questão evoluiu na França, em poucas páginas e extremamente substancial. E mostra como os argumentos que existiam para vedar a sociedade entre marido e mulher não se sustentavam. Vejam, inclusive, que é até contra a evolução toda do nosso direito civil, do nosso direito de família.

O argumento de que não se podia contratar sociedade no regime de comunhão de bens é que poderia ferir o princípio do poder marital. Se a mulher, por exemplo, fosse sócia-gerente da empresa, ela é que administraria o patrimônio do casal. Vejam que absurdo, nos dias de hoje!

Um outro argumento é que na separação de bens não poderia, porque haveria uma mudança do regime de bens do casamento. Se os sócios casados no regime da separação obrigatória colocassem os bens em comum haveria modificação do regime de bens no casamento.

O professor Comparato falou: “Mas alguém já sustentou que se um cônjuge der para o outro uma procuração para vender todos os seus bens ela é nula”? Na prática é a mesma coisa.

De qualquer forma, vai ser proibida a sociedade de marido e mulher quando casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória.

Muito bem. Visto o estatuto do empresário individual, há uma nova disciplina das sociedades. E aqui a mudança vai da água para o vinho. O que fizeram em matéria de sociedades limitadas, por exemplo, vai deixar os Srs. estarrécidos.

Bom, eu não vou adiantar, apenas quero dar em grandes linhas essa nova disciplina das sociedades.

De início, há duas grandes distinções feitas pelo novo Código Civil. Primeiro, as sociedades não-personificadas. As sociedades não-personificadas são a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação. O que é a sociedade em comum? É hoje a nossa sociedade irregular ou de fato. É isso que o novo Código Civil chama de sociedade em comum. É uma sociedade não-personificada. E há algumas inovações que amanhã os Srs. verão.

E continua a não ser personificada a sociedade em conta de participação, que já existe em nosso Código Comercial e não tem personalidade jurídica. Continuará a não ter. Aliás, há vários autores que entendem que nem se trata, propriamente, de sociedade.

Essas, então, as sociedades não-personificadas. E as sociedades personificadas? Aqui eu chamo a atenção dos Srs. para o fato de que vai desaparecer a distinção entre sociedade civil e sociedade comercial. Vai haver a sociedade simples, que equivale — *mas não completamente* — à civil (e já vou falar sobre isso), e a sociedade empresária.

A sociedade simples vai continuar a ser registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme os Srs. podem ver no art. 1.150: “O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas (...)”.

Então, as sociedades personificadas serão as sociedades simples e as sociedades empresárias.

Qual será o objeto das sociedades simples? É a atividade rural ou as atividades profissionais — a sociedade de advogados, a sociedade de médicos, arquitetos, será uma sociedade simples. Portanto, não-empresária. Também será sociedade simples, *pela forma*, a sociedade cooperativa, isto é, qualquer que seja o objeto da sociedade cooperativa, será

sociedade simples. Assim como a S/A, qualquer que seja seu objeto, será sociedade empresária.

Desaparece, como tipo *societário*, a sociedade de capital e indústria. Evidentemente, era um "dinossauro" que ninguém mais utilizava. Eu digo tipo societário porque a sociedade simples admite a contribuição do sócio em serviços.

Então, as sociedades empresárias serão as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, a limitada (não se chamará mais sociedade por cotas de responsabilidade limitada, mas simplesmente sociedade limitada); a sociedade anônima, que é regulada em lei especial, continuará a assim ser, e a sociedade em comandita por ações.

Eu disse que essa distinção entre sociedade simples e sociedade empresária não é a mesma coisa que a distinção entre sociedade civil e sociedade comercial. Por quê? Porque hoje a grande maioria das sociedades de prestação de serviços é constituída de sociedades civis. Não mais o será. Os Srs. vejam que empresário é aquele que exerce, profissionalmente, atividade organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços. Sociedade empresária é aquela que tem por objeto atividade própria de empresário.

Portanto, a sociedade que produz serviços para o mercado será uma sociedade empresária, e como tal sujeita a falência (arts. 1.044, 1.051, I, e 1.087 do novo CC). A sociedade empresária dissolve-se pelos motivos expostos no art. 1.033 e, além disso, pela falência.

Bom, para finalizar, eu chamo a atenção para mais um ponto relevante, que é o seguinte: as sociedades empresárias são estabelecidas em *numerus clausus*; ou seja, não há liberdade de adotar uma forma diversa daquela que está na lei. O art. 983 diz: "A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092".

Portanto, ela não poderá ser constituída sob forma diversa daquela prevista na lei. E este será o grande problema, pois nós vamos verificar, durante o Curso, que a sociedade limitada — ao contrário do que é hoje a sociedade por cotas, que a gente constitui da maneira que quiser — é complicadíssima.

Então, era isso o que eu tinha a dizer sobre esse primeiro tópico do nosso Curso. Agradeço a paciência dos ouvintes e o convite da Associação.

III - 2

ASPECTOS ATUAIS DAS SOCIEDADES POR QUOTAS. INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS*

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Eu não estarei falando sobre uma obviedade aos Srs. ao dizer que a teoria das nulidades é das mais complexas de que o Direito tem notícia. Para ficar no Código Civil, diz o parágrafo único do art. 146 [CC de 1916; no CC 2002, art. 168] que as nulidades absolutas devem ser pronunciadas pelo juiz quando conhecer do ato e de seus efeitos e as encontrar provadas. Isto significa que o juiz tem de pronunciar as nulidades de ofício. Entretanto, em matéria do casamento a situação já é diferente, pois, nos termos do art. 222, a nulidade do casamento depende de ação desconstitutiva necessária para sua decretação, não podendo o juiz pronunciá-la *ex officio*.

Se nós formos para o campo do processo civil, a teoria das nulidades também se mostra bastante complexa e completamente diversa do direito civil. Diz, por exemplo, o art. 243 do CPC que, quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa. Ora, o art. 145, III, do Código Civil diz que é absolutamente nulo o ato jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei, pouco importando, para a declaração da nulidade absoluta, que esta venha a ser argüida pela parte que lhe deu causa. Mais ainda; o CPC diz, no § 2º do art. 249, que, quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará de ofício, diversamente do disposto no parágrafo único do art. 146 do Código Civil.

* Palestra proferida em 16.9.1999, publicada originalmente na Revista da AASP 57/48-57, São Paulo, AASP.