

FICHA CATALOGRÁFICA

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-Fonte,
CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP)

M274q Marcondes, Sylvio, 1906-
Questões de direito mercantil [por] Sylvio Marcondes. São Paulo,
Saraiva, 1977.

Bibliografia.
Apêndice: Projeto de lei n.º 634, de 1975, do Código civil,
Parte especial.

1. Direito comercial 2. Direito comercial — Brasil I. Título.

CDU-347.7
-347.7(81)

77-0031

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito comercial 347.7(81)
2. Direito comercial 347.7
3. Direito mercantil 347.7

0169

SARAIVA S.A. — Livreiros Editores

São Paulo — SP
Av. do Emissário, 1897
Tels.: 66-1135 e 67-5742 — PABX.: 66-2106 e 66-2126
Belo Horizonte — MG
R. Célia de Souza, 571 — Bairro Sagrada Família
Rio de Janeiro — RJ
Av. Marechal Rondon, 2231
Tel.: 201-7149

ÍNDICE

CAPÍTULO I

DIREITO MERCANTIL E ATIVIDADE NEGOCIAL NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

1. Orientação preliminar	1
2. Precedentes da elaboração	3
3. Unificação das obrigações	4
4. A matéria mercantil e a atividade negocial	6
5. A divisão da matéria	9
6. Do empresário	10
7. Dos profissionais intelectuais	11
8. Do empresário rural	12
9. Das sociedades	13
10. Sociedades não-personificadas	16
11. Sociedades personificadas	16
12. Sociedade simples	17
13. Sociedade limitada	18
14. Outros assuntos	22
15. O estabelecimento	23
16. Instituições complementares	24
17. A sistemática do Projeto	25
18. As sociedades por ações	26
19. Conclusão	28

CAPÍTULO II

SOCIEDADE ANÔNIMA; REPRESENTAÇÃO EM ASSEMBLÉIA GERAL; FRAUDE À LEI

1. Nota prévia	31
2. Introdução	32
3. Aquisição dos direitos e figuras de interferência	32
4. Atuação do núncio	33
5. Atuação do representante	35
6. Classes da representação	37
7. A representação convencional	38
8. A representação legal	38
9. Representação legal imprópria (de universalidades)	39
10. Representação legal imprópria (das pessoas jurídicas)	40
11. Os órgãos das pessoas jurídicas	41

8. Concordata requerida antes da Lei n.º 4.983	187
9. Conclusão	189

CAPÍTULO IX

A FUNDAÇÃO NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PÚBLICO

1. Introdução	192
2. Hierarquia das normas	195
3. Lei federal e sujeito de direito	197
4. Pessoa, personalidade, capacidade	198
5. Pessoa jurídica; elementos material e formal	200
6. Associação e fundação; corporação e instituição	201
7. As pessoas jurídicas no Código Civil	202
8. As pessoas jurídicas de direito privado	203
9. A categoria da associação	204
10. A fundação; origem e desenvolvimento	205
11. As dificuldades da fundação no Direito francês	206
12. A fundação no Direito alemão — Autorização do Estado	208
13. Substituição da autorização pela fiscalização	210
14. A fundação no Direito brasileiro	211
15. O ato fundacional; irrevogabilidade	211
16. Gratuidade e finalidade	212
17. Fiscalização do Ministério Público	213
18. Confronto dos sistemas jurídicos	214
19. As pessoas jurídicas de direito público	216
20. Os dois critérios de descentralização. As autarquias	217
21. Poder estadual de outorgar personificação	218
22. Poder federal de outorgar personificação	222
23. A tese das “fundações públicas”	225
24. Estabelecimento público e fundação	232
25. As fundações públicas do Direito alemão	235
26. A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).	237
27. Natureza jurídica da FAPESP	240
28. A FAPESP pessoa jurídica de direito privado	242
a) Constituição e registro	242
b) Fiscalização	244
c) Privatividade da administração	246
29. A FAPESP e o Decreto-lei complementar n.º 7, do Estado	249
30. Conclusão	251

ANEXO

Projeto de lei n.º 634, de 1975
(Do Poder Executivo — Mensagem n.º 160/75)

CÓDIGO CIVIL

Parte Especial

LIVRO II

DA ATIVIDADE NEGOCIAL	253
Bibliografia	297

CAPÍTULO I

DIREITO MERCANTIL E ATIVIDADE NEGOCIAL NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL (*)

SUMÁRIO: 1. Orientação preliminar. 2. Precedentes da elaboração. 3. Unificação das obrigações. 4. A matéria mercantil e a atividade negocial. 5. A divisão da matéria. 6. Do empresário. 7. Dos profissionais intelectuais. 8. Do empresário rural. 9. Das sociedades. 10. Sociedades não-personificadas. 11. Sociedades personificadas. 12. Sociedade simples. 13. Sociedade limitada. 14. Outros assuntos. 15. O estabelecimento. 16. Instituições complementares. 17. A sistemática do Projeto. 18. As sociedades por ações. 19. Conclusão.

1. Orientação preliminar.

A fim de apreciar a matéria da Atividade Negocial, no Projeto do Código Civil, parece adequado lembrar alguns tópicos da Exposição de Motivos do Sr. Ministro da Justiça, aprovada pelo Sr. Presidente da República, tópicos que estabelecem os limites dentro dos quais pretendemos conduzir esta exposição.

“Como resulta da minuciosa exposição de motivos, na qual o Professor Miguel Reale fundamenta e justifica a obra realizada, obedeceu esta o plano previamente aprovado por este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes:

* Conferência produzida na Comissão Especial do Código Civil, da Câmara dos Deputados, sobre o Livro II, da Parte Especial — “Da Atividade Negocial” — do Projeto de Lei n.º 634, de 1975, do Poder Executivo, cujo texto acha-se reproduzido, em Anexo, no final do volume.

a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada nesse ponto desde o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considera elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresariais em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamem disciplina especial autônoma, tais como as de falências, letras de câmbio e outras, que a pesquisa doutrinária ou os imperativos de política legislativa assim o exijam.

c) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas, já dotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes em virtude de mutações sociais em curso ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias ou, ainda, quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptação da lei à experiência social e econômica.”

Diz, ademais, o Sr. Ministro da Justiça: “Observo, ainda, que o Projeto, muito embora discipline as sociedades empresárias no livro referente à Atividade Negocial, não abrange as sociedades anônimas, pois estas, de conformidade com a determinação de V. Exa., serão objeto de lei especial”.

Dentro destas linhas, estabelecidas na Exposição de Motivos do Sr. Ministro da Justiça ao Sr. Presidente da República, é que desejamos fazer nossa exposição, mais com a preocupação de demonstrar a sistemática do Livro II, da Parte Especial, ou seja, da matéria da Atividade Negocial, do que propriamente de descer a pormenores de textos, disposições ou preceitos. Segundo nos parece, todo seu maior significado está exatamente na sistematicidade com que foi possível organizá-la dentro do Projeto do Código.

2. Precedentes da elaboração.

A matéria, em termos de elaboração legislativa, não é nova e é resultado de demorados anos de cogitação e de trabalhos. Esta nova publicação, feita pela Câmara dos Deputados, constitui a sua 5.^a versão, no projeto de unificação do Direito Privado. A 1.^a versão é o trabalho que tivemos a honra de apresentar, em 1964, na qualidade de seu membro, à Comissão então constituída para a elaboração de um Projeto de Código de Obrigações. Essa versão, que foi publicada e recebeu críticas, sugestões, emendas, foi objeto de exame cuidadoso da Comissão, converteu-se numa 2.^a versão, que é o Projeto de Código de Obrigações de 1965, onde se reuniam as matérias das obrigações, dos títulos de crédito e da atividade negocial. Essa Comissão, presidida pelo Ministro Orozimbo Nonato e integrada, ainda, pelos Professores Caio Mário da Silva Pereira, Theophilo de Azeredo Santos, Orlando Gomes e Nehemias Gueiros, trouxe para o trabalho originário uma contribuição e um enriquecimento que permitiram a sua entrada no Projeto de Código das Obrigações. Tal projeto foi enviado, pelo Governo, ao Congresso Nacional, concomitantemente com o Projeto de Código Civil; todavia, pelos motivos de todos conhecidos, relativamente à matéria contida no Código Civil, o Governo da República o retirou para novos estudos e, evidentemente, retirou também o Projeto de Código de Obrigações, uma vez que ambas as matérias estão umbilicalmente ligadas.

O assunto foi retomado, já então com a orientação do Governo de não mais dividir o Direito Privado em dois Códigos — Civil e de Obrigações — mas, sim, de conjugar a matéria de Direito Privado, num Projeto de Código Civil, com a ressalva do que declara a exposição de motivos, ou seja, o projeto não é global: ele abrange tudo quanto seja possível codificar, sem excluir a necessidade de leis especiais para determinados assuntos. A Comissão constituída para o Projeto de Código Civil, presidida pelo Professor Miguel Reale e composta dos Professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho Álvim, Sylvio Marcondes, Clóvis do Couto e Silva, Herbert Chamoun e Torquato Castro, apresentou o respectivo Anteprojeto, que foi publicado em 1972.

A propósito de atividade negocial, o que está contido nesta primeira publicação, em 1972, do Anteprojeto de Código Civil, é a 3.^a versão da matéria, cujas duas primeiras foram relacionadas com o Projeto de Código de Obrigações. Este Anteprojeto esteve quase dois anos na expectativa de sugestões, de críticas e de emendas e, realmente, foram recebidas centenas de sugestões, que a Comissão examinou detidamente, aceitando algumas, rejeitando e conciliando outras, servindo algumas de idéia para modificação de preceitos que estavam no Anteprojeto, enfim, dentro daquele mecanismo que todos conhecem muito bem, quando se trata de elaboração de leis, recebendo sugestões de terceiros.

Publicado em 1972, já com todas as emendas aceitas, o Anteprojeto esteve novamente à disposição dos interessados para exame e críticas, ainda feitas, o que importou numa sua segunda edição, a qual significa a 4.^a versão da matéria da atividade negocial. Esta é que veio a se converter na 5.^a versão do assunto, contida no Projeto, do Poder Executivo, n.º 634/75, enviado à Câmara dos Deputados e por esta publicado.

3. Unificação das obrigações.

Trata-se, fundamentalmente, de unificação do Direito Privado em matéria de obrigações e de agentes profissionais dessas obrigações.

A unificação das obrigações no Direito Civil brasileiro é verdadeira tradição, aliás evolutiva, do nosso Direito. O Código Comercial de 1850 já dispunha e continua dispondo, em seu art. 121: “As regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”. Portanto, já em 1850, o Código Civil era a matriz da matéria obrigacional, com as modificações determinadas pelo Código Comercial, e só com estas modificações. Este espírito unificador revelado na lei, ou seja, o Código de 50, não se alterou no decurso do tempo e se verifica no próprio Código Civil de 1916, quando, tratando de um importantíssimo contrato, qual seja o contrato de

sociedade, manda que possam ser unificadas as matérias de sociedades civis e sociedades comerciais. O art. 1.364 afirma: “Quando as sociedades civis revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, entre as quais se inclui a das sociedades anônimas, obedecerão aos respectivos preceitos no em que não contrariem os deste Código, mas serão inscritas no Registro Civil e será civil o seu foro”.

A unificação da matéria obrigacional não é, pois, uma novidade no Direito brasileiro e constitui, ademais, uma vocação da nossa doutrina. Teixeira de Freitas, incumbido pelo Governo Imperial de elaborar um esboço de Código Civil, teve o seu contrato rescindido, porque entendeu que não devia limitar-se a tal esboço, mas este havia de ser acrescido de preceitos que o transformassem num Código de Direito Privado. A sugestão não foi aceita pelo Governo, mas é uma revelação do primeiro passo da doutrina brasileira, em matéria de unificação dos assuntos de ordem obrigacional. Inglês de Souza, meio século depois, em 1912, incumbido de elaborar um Projeto de Código Comercial, entendeu, por sua vez, que não devia limitar-se a este código, a esta dicotomia formal, e apresentou emendas e aditivos que transformariam o seu Projeto de Código Comercial em um Projeto de Código de Direito Privado. A senda doutrinária continua. Em 1941 a comissão composta de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães elaborou um Projeto de Código de Obrigações. É verdade que apenas se manteve na Parte Geral e não chegou a regular os contratos, mas está lá, doutrinariamente, a vocação brasileira de unificação da matéria obrigacional, a qual se manteve no Anteprojeto de Código de Obrigações, a que já nos referimos, de 1965.

Do ponto de vista do pensamento governamental a esse propósito, a idéia da unificação também não é nova, porque já sob o cuidado de cinco Governos da República. O assunto teve início no Governo Jânio Quadros, com o Ministro da Justiça Pedroso d’Horta, que constituiu, em 1960, as primeiras comissões incumbidas da revisão dos Códigos, inclusive da matéria de Direito Privado. É claro que essa iniciativa se interrompeu, mas, retomada a normalidade brasileira pela Revolução de 1964, o primeiro Governo da Revolução, do Presidente Castelo Branco,

com o seu Ministro da Justiça Milton Campos, fez reviver as comissões de reforma, inclusive a de reforma do Direito Civil, constituindo-se, então, a Comissão de Projeto de Código Civil e de Projeto de Código de Obrigações. Em seguida, o assunto não se perdeu, porque continuou na pauta das preocupações do Governo, como se verifica no Governo do Presidente Costa e Silva, pelo seu Ministro da Justiça Gama e Silva, que reiterou e renovou as comissões para efeito de prosseguimento dos trabalhos. Também no Governo do Presidente Médici o assunto teve perfeita continuidade, com a atividade das comissões nomeadas e regidas pelo Ministro Alfredo Buzaid. E assim, como numa corrida de revezamento, passando a baliza de Governo a Governo, o do Presidente Geisel manteve a iniciativa, com o Ministro Armando Falcão, prosseguindo nos trabalhos, que chegaram, afinal, à elaboração do Projeto do Poder Executivo, remetido ao Congresso Nacional.

4. A matéria mercantil e a atividade negocial.

Esta unificação envolve a consideração da matéria mercantil com o que nós agora chamamos de matéria da atividade negocial. Como este é o ponto delicado da transformação, sem que se esteja fazendo revolução, mas sim evolução, pedimos vênias para ler tópicos das exposições de motivos com que justificamos o alargamento do conceito de atividade mercantil, para o conceito da atividade negocial.

“A *matéria mercantil* — O direito mercantil vem sendo submetido, no último século, a transformações que não se limitaram à atomização do seu quadro legal, fixado, no Brasil, em 1850. Elas vão além, pois abalam a sua própria estrutura conceitual, fundada subjetivamente no comerciante e objetivamente nos atos de comércio. Atos que perdem, em si mesmos, o antigo tratamento especial, e, por isso, justificam a sua unificação legislativa, mas que, por outro lado, despertam um novo interesse, quando coordenados em atividade, desenvolvida em empresa, criada e mantida pelo empresário. Fenômenos de que resultam, junto a importantes conseqüências econômicas, renovadas con-

cepções jurídicas, já acolhidas no nosso direito e de prestância relevante para informarem a atualização da matéria mercantil, no código projetado.”

“*Atividade negocial* — O conceito de *ato jurídico*, restrito em nosso Código Civil ao que tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se alarga, atualmente, como fonte formal de todo comportamento apto a construir direitos subjetivos, constituindo gênero, do qual a declaração de vontade, dirigida no sentido da obtenção de um resultado, constitui espécie denominada *negócio jurídico*. Atos jurídicos, isto é, negócios jurídicos, ou sejam, *atos negociais*.

Ora, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas, e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o *exercício coordenado dos atos*, o transubstancia em *atividade*. E, assim como, partindo do conceito de *negócio jurídico*, se erige um *sistema de atos*, cabe assentar-se os postulados normativos do *exercício da atividade*. *Atos negociais* e, portanto, *atividade negocial*. Atividade que se manifesta *economicamente na empresa* e se exprime *juridicamente na titularidade do empresário* e no modo ou nas condições de seu exercício.

Entretanto, apresentando o fenômeno de empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário, uma vez que empresa é conceito de um *fenômeno econômico poliédrico*, 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.”

Estes perfis jurídicos do conceito econômico de empresa são obra do grande comercialista italiano Alberto Asquini, que resolveu uma pendência na doutrina italiana, dividida em inúmeras correntes, cada qual pretendendo que a sua fosse a verda-

deira conceituação de empresa, em termos jurídicos. A tese de Asquini, hoje generalizadamente acolhida, é de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico, porque a lei ora a trata como uma, ora, como outra. E que a lição de Asquini tem perfeita aplicação no nosso Direito pode-se ver pelo exame de alguns preceitos legais brasileiros.

O conceito econômico de empresa está na organização dos fatores da produção de bens ou de serviços para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados. Sobre este conceito econômico ninguém põe dúvida. Mas, como o Direito trata este conceito econômico? Vejam-se alguns perfis, daqueles assinalados doutrinariamente por Asquini, no Direito brasileiro.

Art. 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho: “Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Aqui estamos em face de perfil subjetivo. A empresa é empregador, considera-se empregador a empresa. Então, a empresa é sujeito.

Art. 448 da mesma Consolidação: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”. Está aqui a empresa juridicamente tratada como coisa, já não mais como sujeito. Está aqui o perfil objetivo da empresa.

Vamos subir na hierarquia das leis, observando a Constituição Federal, art. 165: “A Constituição assegura aos trabalhadores: V — integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei”. Isto é perfil corporativo. A empresa é uma instituição, não é mais, nem sujeito, nem objeto: ela é institucional.

Como se vê, portanto, dentro do Direito brasileiro, inclusive o constitucional, o conceito de empresa não é, juridicamente, um conceito unitário. Se assim não é, podemos tratar, no Projeto do Código Civil, do perfil subjetivo da empresa, considerando a figura do empresário, através o exercício da atividade empresária ou da atividade negocial.

5. A divisão da matéria.

A divisão da matéria no Anteprojeto — e quando dizemos “matéria” estamos sempre nos referindo à da atividade negocial — a divisão da matéria comportou quatro partes ou títulos: Título I — “Do Empresário”; Título II — “Da Sociedade”; Título III — “Do Estabelecimento”; Título IV — “Institutos Complementares”.

É conveniente esclarecer, desde logo, que o empresário pode ser pessoa física ou pessoa jurídica. Portanto, esta divisão em dois títulos, um do empresário, e outro da sociedade, é um pouco estranha, já que podem ser empresários pessoas individuais ou coletivas. Então, poder-se-ia subordinar toda esta matéria a um só título: “Do Empresário”.

Mas a complexidade do assunto não permitiu essa idéia de tudo reunir sob um título único.

Em primeiro lugar, porque nem toda pessoa jurídica é sociedade, e estamos tratando, no Código, das sociedades. Ora, as associações e as fundações são pessoas jurídicas, mas não são sociedades; são coletividades que não podem estar unidas à coletividade denominada sociedade. Portanto, abrindo um título apenas — “Do Empresário” — estaríamos incluindo, em pessoas coletivas, coletividades que são pessoas jurídicas, mas não são sociedades.

Em segundo lugar, nem toda sociedade é pessoa jurídica, pois se a personalidade decorre da inscrição do ato constitutivo, enquanto não for inscrita ela é sociedade, mas não é pessoa jurídica. Deve, assim, ter um tratamento diverso, que não seria possível, se estivesse englobada com o conceito de empresário individual.

Em terceiro lugar, nem toda sociedade, mesmo personificada, tem por objeto atividade empresária, pois há sociedades cujo objeto não visa a essa atividade: são as sociedades não empresárias. Logo, dentro de um título único — “Do Empresário” — abrangendo os individuais e os coletivos, ficaria mal colocada esta sociedade, que não é empresária.

Em quarto lugar, as multiformes relações internas e externas da sociedade, dos sócios entre si, da sociedade com terceiros, de ligações subsidiárias dos sócios com esses terceiros, dão uma tal complexidade ao instituto que ele não poderia ser tratado como parte de um título — “Do Empresário” — porque chegaríamos quase à idéia de dar ao todo, tamanho menor do que à parte. Enfim, o Projeto trata de todas as sociedades, inclusive as sociedades não empresárias.

De maneira que tudo isto leva à necessidade, embora o empresário possa ser pessoa individual ou coletiva, de cogitar-se dos empresários, em títulos diferentes, dadas as peculiaridades próprias de cada um deles.

Vejamos então o empresário individual.

6. Do empresário.

A definição do empresário, dada em relação ao empresário pessoa física, é fundamental no sistema, porque é o conceito básico, para, depois, distinguir as sociedades, em sociedades empresárias e sociedades não-empresárias. O conceito está no art. 1.003 do Projeto: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Esse conceito conjuga, ou nele se conjugam, três elementos que formam a noção de empresário.

Em primeiro lugar, trata-se de atividade econômica, isto é, atividade referente à criação de riquezas, bens ou serviços. A economicidade da atividade está na criação de riquezas; de modo que aquele que profissionalmente exerce qualquer atividade, que não seja econômica ou não seja atividade de produção de riquezas, não é empresário.

Em segundo lugar, esta atividade deve ser organizada, isto é, atividade em que se coordenam e se organizam os fatores da produção: trabalho, natureza, capital. É a conjugação desses fatores, para produção de bens ou de serviços, que constitui a

atividade considerada organizada, nos termos do preceito do Projeto.

Finalmente, ela é uma atividade profissional: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente...”, isto é, a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro. Essas duas idéias estão implícitas na profissionalidade do empresário.

7. Dos profissionais intelectuais.

Há, porém, pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários — referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual — pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores da produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente accidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem — embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços — ser considerados empresários.

A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante da sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços.

8. Do empresário rural.

Outra figura, cujo tratamento teve uma evolução dentro da própria seqüência dos diversos anteprojetos da atividade comercial, é a do empresário rural. Considerando a vastidão territorial, as diversidades regionais, e tudo aquilo que sabemos ser o retrato do Brasil, no primitivo Anteprojeto apenas conceituou-se a figura do empresário rural, sem lhe dar, entretanto, nenhum tratamento especial. Ficou lançada a semente da figura da empresa rural, para que oportunamente o legislador dela cuidasse.

Mas, os acontecimentos econômicos e o desenvolvimento acelerado levaram o Projeto atual, não apenas a conceituar esse empresário, mas a dar ao ruralista o tratamento de empresário, com uma só diferença em relação aos demais empresários: esse tratamento é facultativo. O empresário rural será tratado como empresário se assim o quiser, isto é, se se inscrever no Registro das Empresas, caso em que será considerado um empresário, igual aos outros.

Como a idéia é nova, para implantá-la na imensidão do nosso território e diversidade de nossa gente, achou-se importante deixá-la em termos facultativos. O que, aliás, não é invenção do Projeto: é o sistema do Código Comercial alemão, onde se admite que empresas não-comerciais, mas organizadas como empresas, possam ser consideradas comerciais, se inscritas no registro competente. É a inspiração deste preceito do Código alemão que trouxe a idéia para o Anteprojeto, de admitir-se o empresário rural como tal, desde que o deseje, mediante a sua inscrição. Nestes termos:

“Art. 1.007. São dispensados de inscrição e das restrições e deveres impostos aos empresários inscritos: — O empresário rural, assim considerado o que exercer atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a que tenha por finalidade transformar ou alienar os respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais”.

“Art. 1.008. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 1.005 e seus parágrafos (preceitos que regulam o

registro) requerer inscrição no Registro das Empresas da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

Isto, quanto ao empresário. Vejamos o que se pode dizer, resumidamente, sobre a sociedade.

9. Das sociedades.

O conceito de sociedade, no Código Civil vigente, é um conceito amplíssimo, porque declara que celebram contrato de sociedade as pessoas que unem seus esforços e recursos para lograr fins comuns. Em consequência, toda conjugação de esforços e capitais formam sociedade, se eles se unem para lograr fins comuns. Com essa definição, assim tão ampla, o Código Civil englobou, na mesma matéria de sociedade, o que é sociedade no sentido atual do Projeto, isto é, sociedade de fins econômicos, com as entidades de fins não-econômicos. Não que o Código deixasse de distinguir uma da outra, mas ele só o fez quando tratou da liquidação das pessoas jurídicas, ao determinar que na liquidação de uma associação os bens remanescentes se destinarão, no silêncio dos estatutos ou dos sócios, a outra entidade de fins semelhantes; e quando se trate da liquidação de uma sociedade, os seus bens líquidos serão partilhados entre os sócios. Está aí o reconhecimento da existência de entidades econômicas e não-econômicas, mas resumido apenas neste preceito, relativo à sua liquidação.

No Projeto de Código Civil, a associação e as sociedades têm um tratamento diverso, inclusive pela natureza jurídica dos respectivos institutos. A associação é ato de união, definido no art. 51 do Projeto: “Art. 51. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos. — Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos”.

Ao passo que a sociedade é contrato, cuja natureza parece hoje bem assentada na doutrina de Ascarelli: um contrato plurilateral, dadas as relações dos sócios, reciprocamente, entre si, dos sócios com a sociedade, da sociedade com terceiros e dos sócios

com terceiros. É nesta qualificação de contrato plurilateral que o Projeto define a sociedade, no seu art. 1.018: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam” — o que não acontece na associação — “a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

A sociedade, por sua complexidade, não poderia, em código unificado, estar ao lado de outros contratos, como acontece no atual Código Civil. Tanto no Código suíço, como no Código italiano, que são códigos unificados, a sociedade é objeto de um título em separado, porque, embora os contratos sejam normalmente onerosos, o de sociedade não é apenas oneroso, não tem apenas o *intuitus pecuniae*, mas inclui um *intuitus personae* muito acentuado, dadas as relações dos sócios e da sua confiança recíproca, desde a mais profunda — no caso das sociedades em nome coletivo — até a da própria sociedade anônima, onde não se ignora e não se desdenha saber quem são os grandes acionistas ou os grandes responsáveis. É a *affectio societatis*, uma peculiaridade subjetiva deste contrato, que o distingue dos demais contratos.

Em segundo lugar, nos contratos em geral, bilaterais ou unilaterais, as relações se dão apenas entre os contratantes, ao passo que no contrato de sociedade as relações são estabelecidas não apenas entre os contratantes, mas entre estes e terceiros.

Por outro lado, a sociedade, embora seja negócio jurídico, isto é, ato subjetivo, ela também tem de certo modo o feito de ato-regra. Na classificação dos atos jurídicos, o ato-regra consiste na norma, a norma legal de um modo geral; no contrato de sociedade há um certo sentido de ato-regra, porque, por exemplo, nas cooperativas os sócios são em número indeterminado, e podem “aderir” ao contrato, independentemente de terem participado da celebração do ato constitutivo.

Finalmente, a sociedade, ao organizar-se, ela se forma de separações patrimoniais, realizadas pelos sócios, para as reunirem num patrimônio separado, que é o patrimônio social, mas de que são titulares os sócios, até que a sociedade se inscreva no registro próprio e por esta inscrição adquira personalidade jurídi-

ca. Então, este patrimônio separado, destacado dos patrimônios dos sócios, transfunde-se num patrimônio autônomo, porque tem um novo titular, um novo sujeito de direito, que é a pessoa jurídica. E a personificação da sociedade tem o efeito de separar, cortar as relações entre os sócios e os bens que constituem a quota de cada um, para constituição da massa social, até que com o desaparecimento da pessoa jurídica volte a situação inicial, retornando ao patrimônio de cada sócio aquilo que remanescer do patrimônio social.

Todas estas condições ou circunstâncias é que levam a tratar a sociedade em separado, ao lado da figura do empresário individual. Os elementos objetivos do contrato social estão no art. 1.018, isto é, a obrigatoriedade de contribuição de cada sócio, com bens ou serviços e, necessariamente, a partilha dos resultados, negativos ou positivos, mas partilhados.

No art. 1.019 é que as sociedades, assim conceituadas, já tomam a sua qualificação.

“Art. 1.019. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro e, simples, as demais.”

No art. 1.020 estão estabelecidas as formas que podem tomar as sociedades: “A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.076 a 1.126” — que são os diversos tipos: nome coletivo, comandita, limitada etc. — “A sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.”

Quanto à sociedade que exerce atividade rural, repete-se a regra do empresário individual: a sociedade que tenha por objeto exercício de atividade rural, se se registrar, facultativamente, no Registro das Empresas é considerada sociedade empresária. É a matéria do art. 1.021.

Finalmente, a personificação das sociedades já está consagrada na Parte Geral do Código, mas é de tal importância o fenômeno, que o projeto repete aqui o preceito, para fechar os conceitos gerais relativos às sociedades.

“Art. 1.022. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.”

10. Sociedades não-personificadas.

Se a aquisição da personalidade jurídica decorre da inscrição, esta assinala o momento natalício de novo sujeito, como sujeito de direito; mas a entidade preexistia à personificação, como sociedade, a qual é pressuposto da personificação. Se a inscrição marca, nitidamente, esses dois momentos, é possível — e assim o fez o Projeto — tratar as sociedades, antes de inscritas e depois de inscritas. E por isso foi dividida a matéria das sociedades em dois subtítulos: “Da sociedade não personificada” e “Da sociedade personificada”.

Nas sociedades não personificadas, considerando que existe sociedade, porque há contribuição de sócios e obrigação de partilha de resultados, independentemente de ela estar inscrita, sociedade que produz relações societárias, porque pode operar, inclusive com terceiros, o Projeto não acolhe o que tradicionalmente se chama, em Direito Comercial, sociedade de fato ou sociedade irregular, sujeita às regras do direito comum, o qual é omissivo em preceitos de caráter societário, relativos a essa sociedade não personificada. Entretanto, como existe sociedade e há um patrimônio separado do patrimônio dos sócios, embora ainda não autônomo, o Projeto prevê esta sociedade, tratada como tal, mas não personificada, e a ela dá, por inspiração do art. 304 do Código Comercial, o nome de “sociedade em comum”. É sociedade, mas ainda em comum, porque só deixará de sê-lo quando se transformar em sujeito de direito, por força da inscrição e da personificação.

11. Sociedades personificadas.

Nas sociedades personificadas, o projetador encontra pela frente, de um lado o Código Civil que, por força da amplitude do seu conceito, confunde associação com sociedade e estabelece

apenas uma forma, seja associação, seja sociedade. Estão ali concentradas, no Capítulo “Das Sociedades”, regras gerais e especiais, ao passo que no Código Comercial existem disposições gerais, aplicáveis a todo o grupo social, e, ao lado delas, disposições especiais, referentes a cada tipo.

Ora, restringindo o conceito de sociedade àquele contrato plurilateral, que importa em contribuição para atividade econômica e partilha de resultados, o Projeto não podia perflhar nenhum dos dois métodos.

Em primeiro lugar porque as disposições ditas gerais não se aplicariam às sociedades anônimas, assunto a ser considerado mais adiante. Em segundo lugar, as normas regulam sociedades personificadas e sociedades não personificadas. Por outro lado, os preceitos gerais são relativos a todas as sociedades, ao passo que os preceitos especiais são relativos às sociedades empresárias.

Daí ter o Projeto coordenado as disposições do Código Civil, gerais e especiais, com as disposições gerais do Código Comercial, fundindo essas matérias numa só fórmula, a da chamada “sociedade simples”, que funciona como direito supletivo das sociedades típicas, e como regra das sociedades não empresárias. Também aqui não há nada de novo no Projeto. A configuração da sociedade simples se inspira, e é sintomático que isso aconteça, no Código suíço e no Código italiano, isto é, códigos unificados.

12. Sociedade simples.

No subtítulo “Da sociedade personificada”, Capítulo I, “Da Sociedade Simples”, cuida-se, então, do contrato social, aplicável a todos os tipos de sociedade; dos direitos e obrigações dos sócios, isto é, aqueles direitos e obrigações que não estejam especificados em determinado tipo; da administração das sociedades, naquilo que não esteja regulado no contrato ou em certo tipo; das relações com terceiros; da resolução da sociedade em relação a um sócio; e, finalmente, da dissolução.

E, a seguir, trata o Projeto das sociedades clássicas: em nome coletivo, comandita, e sociedades limitadas.

13. Sociedade limitada.

A sociedade limitada deve ter nesta exposição um relevo maior do que talvez fosse o necessário, mas, isso, pelo seu contraste, que deveremos desenvolver, relativamente à sociedade anônima. A sociedade limitada não é produto, como ocorre geralmente na matéria econômica e comercial, de uma experiência que se foi sedimentando até regular-se o tipo legal. Ela foi criada diretamente na lei, por vontade espontânea do legislador, no caso, o legislador alemão, o qual quis estabelecer um tipo de sociedade em que houvesse limitação da responsabilidade de todos os sócios, sem precisar do mecanismo complexo da anônima, a fim de permitir o desenvolvimento de empresas que se dedicassem à exploração das conquistas territoriais da Alemanha, na África, após a Guerra Franco-Prussiana. A Lei é de 1891, modificada e corrigida em 1898. Nesta lei se inspirou o legislador português, e é desta filiação, da lei alemã e da lei portuguesa, que surge a lei brasileira, o Decreto n.º 3.708, de 1919.

O objetivo do legislador alemão, ao criar essa espécie societária, foi instituir um tipo híbrido em que, considerada uma sociedade de pessoas — porque era pequeno o número de pessoas que confiavam em si, e umas nas outras, para os empreendimentos projetados — nela se conjugasse a limitação da responsabilidade de todos os sócios, dados os riscos a que estaria sujeita. Daí ela ter sido configurada como um tipo misto, de sociedade de pessoas e de sociedade de capitais.

Foi com finalidade semelhante que o legislador brasileiro adotou a sociedade limitada. Mas o legislador alemão, o legislador português, e todas as legislações que a adotaram, e hoje são quase todas, criaram um tipo regulado em todos os seus aspectos, estruturado como espécie mista, independentemente de influência de outros diplomas. Assim, a lei alemã contém 50 ou 60 artigos. A lei portuguesa, outro tanto. O legislador brasileiro, vamos dizer honestamente, por comodismo, ao invés de estruturar a sociedade limitada como um tipo próprio, misto, fez a sua hibridéz resultar da seguinte formulação: a sociedade deve ser constituída na forma das demais sociedades do Código Comercial — arts. 300, 301, 302 — onde se configuram as sociedades

de pessoas; acresce mais alguns dispositivos e, a seguir, o famigerado art. 18, dispondo que, para os casos omissos no contrato social, utilizar-se-á a lei das sociedades anônimas, no que for aplicável. Esta é solução das mais infelizes, em matéria de elaboração legislativa, porque “no que for aplicável” é, às vezes, tão subjetivo, que torna inviável a certeza e a segurança do negócio pretendido.

Todos os autores criticam esse mecanismo, adotado pelo legislador brasileiro, e gostaríamos de trazer o depoimento de um dos mais autorizados monografistas da lei brasileira, Egberto Lacerda Teixeira, no seu livro *Sociedade por Quotas*. Diz ele: “Imperfeições e necessidade de reformas da legislação atual. Nasceu imperfeita a Lei das Sociedades por Quotas. Falta, no Decreto n.º 3.708, de 1919, a penetração doutrinária indispensável à exata configuração do novo instituto. Aparecendo no cenário jurídico como adendo aos dispositivos do Código Comercial de 1850, disciplinadores das sociedades mercantis já existentes, as sociedades por quotas viram-se privadas de estruturação própria, autônoma, como era de desejar. A insuficiência do texto legal tem dado margem a impulsos interpretativos contraditórios. Ora prevalecem as interpretações demasiadamente rígidas, dos que subordinam a vida e o desenvolvimento da sociedade por quotas ao padrão estreito das sociedades solidárias ou em nome coletivo, ora é o contrário. No intuito de libertá-la do jugo personalista das sociedades solidárias, juristas e tribunais, esquecidos do particularismo da nova instituição, a acorrentam ao império de regras e soluções próprias do regime do anonimato”.

Com essa convicção, de nossa parte sustentada desde livro que publicamos em 1940, sobre a sociedade de responsabilidade limitada, ao lado de inspiração de preceitos da lei alemã e da lei portuguesa, ancestrais da nossa, além da prática da sociedade, da jurisprudência, que de certo modo se firmou, e das concepções da doutrina, procuramos, no Projeto, estruturar a sociedade limitada, independentemente de sujeitá-la a aplicações de outros diplomas.

Por isso, a sociedade limitada se desenvolve desde o art. 1.089, até o art. 1.120, em preceitos dos quais, sem descer pro-

riamente a pormenores, queremos acentuar alguns que parecem novos no Projeto. São novos em termos de lei, mas não em termos de uso, da prática e da doutrina.

Por exemplo, a cessão de quotas. Como é sociedade mista, em muitos casos não há tanta importância, relativamente ao *intuitus personae* da sociedade. É possível que ela tenha mais importância para o caráter de sociedade de capitais. Nesse sentido é que se regula no art. 1.094, a cessão de quotas. Como todos sabem, a cessão de quotas, na sociedade de pessoas, depende do consentimento de todos os sócios e da reforma do contrato social. No Projeto, havendo omissão do contrato, o sócio pode ceder a sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de 1/4 do capital social. Está aí uma receita indicada pela prática.

Aliás, estes preceitos, ora apontados, mostram que, embora estruturada sem remissão a outras leis, a sociedade se configura de forma a permitir a maleabilidade dos interesses em jogo, dando-se no contrato maior veemência ao aspecto pessoal ou maior ênfase ao aspecto capitalístico.

Outro exemplo. Matéria de administração: na sociedade de pessoas, a administração cabe a sócios. De acordo com lei atual a organização da sociedade limitada se subordina à das sociedades de pessoas e, pois, prevalece a regra. O Projeto propõe: se o contrato permitir administradores estranhos à sociedade, a sua designação dependerá da aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e isso porque, na sociedade por quotas, todos respondem solidariamente pela totalidade do capital. Todavia, após a integralização, a designação far-se-á, pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartas partes do capital. Assim, com a permissão do administrador estranho, está-se trazendo para uma sociedade de pessoas o que é próprio de sociedades de capitais.

O que estamos vendo aqui, e ainda iremos ver a seguir, é a introdução, na estrutura legal da sociedade limitada, de tudo quanto ela pode e deve ter da configuração da anônima. Tudo, mas só esse tudo, e não o "quanto for aplicável". O Projeto

permite que a sociedade tome o feitio mais pessoal ou mais capitalístico, dentro das possibilidades criadas em relação aos assuntos principais.

Observe-se o Conselho Fiscal, ali facultado. É claro que o Conselho Fiscal só existirá, primeiro, se o contrato o admitir e, segundo, se o negócio o comportar. Porque a sociedade limitada, e agora começam as ligações com a anônima, permitindo a limitação da responsabilidade de todos os sócios e tendo uma administração muito mais simples, será tipo preferido por muitas atuais sociedades anônimas, principalmente dada a nova complexidade que estas não têm de ter, por força do Anteprojeto ora em estudo na área do Governo. Muitas das chamadas sociedades fechadas, ou as ditas sociedades de família, são anônimas porque é o único meio, no direito vigente, de limitar a responsabilidade de todos os sócios, sem que obrigatoriamente sejam administradores os sócios. Ao passo que, no Projeto, a limitação é permitida para todos os sócios, pois que é um dos preceitos configurativos do padrão da sociedade, mas admite-se o administrador estranho.

Ademais, se a sociedade vai abrir campo para muitas sociedades atualmente anônimas, com número médio, de 30, 40, 50 sócios, será preciso dar forma prática às deliberações sociais. Para isso, inspira-se na anônima e regula a assembléia dos sócios, mas naquilo que a assembléia da limitada tem de peculiaridades próprias e, não, nas regras de assembléias gerais das sociedades anônimas. Essa assembléia, para quem não compreendeu bem o sentido do Projeto, foi, assim, objeto de certa crítica irônica, ao dizer-se: Como, assembléia de sócios numa sociedade de dois sócios? Isso não é assembléia! Em primeiro lugar, a assembléia de sócios aqui não está com o significado que tem na anônima, de assembléia como órgão social, mas no sentido de reunião de sócios. Em segundo lugar, ela deve estar regulada para aquelas sociedades que, pelo número de sócios, comportem a necessidade dessa reunião. Além disso, no próprio preceito que a cria, ela é dispensável, tratando-se de sociedade de pequeno número de sócios, nos termos do art. 1.109: "As deliberações dos sócios serão tomadas em assembléia convocada pelos administradores, nos casos previstos em lei ou no contrato. § 1.º Dispensam-se as

formalidades de convocação quando todos os sócios compareçam ou se declarem por escrito cientes do local, data, hora e ordem do dia. § 2.º A assembleia se torna dispensável quando todos os sócios decidirem por escrito sobre a matéria que dela seria objeto”. Eis o mecanismo a ser adotado, conforme a situação da sociedade. Dispensa-se a convocação, quando são dois ou três os sócios que se reúnem, e a própria assembleia, quando os sócios declaram por escrito aquilo que seria a deliberação da assembleia.

Outro assunto inspirado na anônima, mas com as particularidades da limitada, é o direito de preferência dos sócios, no caso de aumento do capital social, previsto no art. 1.117, § 1.º: “Até trinta dias após a deliberação terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares”. O § 2.º regula a cessão do direito de preferência e o § 3.º preceitua que: “Decorrido o prazo de preferência e assumida pelos sócios, ou por terceiros, a totalidade do aumento, com a concordância daqueles (na anônima, se o acionista não subscreve, qualquer terceiro pode subscrever, mas na limitada não pode ser assim, porque nela, também sociedade de pessoas, é preciso que todos os sócios concordem com a admissão de estranhos) realizar-se-á a assembleia dos sócios, a fim de aprovar modificação do contrato”.

Assinalado que o objetivo do Projeto, em matéria de sociedade limitada, é dar-lhe a estrutura própria, que tem em todas as legislações, e não a do regime vigente, de uma sociedade que é mista, apenas porque, diz o legislador, organiza-se como as demais sociedades e se regula pelo que for aplicável da anônima, parece ter ficado esclarecido que a sociedade limitada não se confunde, nem substitui, nem conflita, com a sociedade anônima, ou com a sociedade de pessoas. Ela tem o seu papel singular na cena jurídica.

14. Outros assuntos.

A seguir, trata o projeto da sociedade anônima, da comandita por ações, da cooperativa, das sociedades ligadas, da liqui-

dação, da transformação, incorporação e fusão, e das sociedades dependentes de autorização, matérias que comportariam o exame de preceitos em pormenor e, portanto, demandariam tempo demais dilatado para o objeto desta exposição. Há, entretanto, um problema relativo à anônima, que no momento deixaremos um pouco de lado, a fim de completar o esquema lógico do Projeto.

15. O estabelecimento.

O Projeto inclui um terceiro título: “Do Estabelecimento”. Como a matéria, esta sim, é nova no tratamento legal, para dar mais segurança às razões que determinaram essa orientação, pedimos vênia de ler um tópico da exposição de motivos referente a esse assunto. “A doutrina brasileira, consagrada no Anteprojeto de Código do Trabalho, elaborado no plano de reforma dos códigos nacionais, considera a empresa como unidade organizada que se serve de um ou vários estabelecimentos, vinculados entre si pelo mesmo empresário, pessoa física ou jurídica; e o estabelecimento, como unidade organizada, na qual o empresário reúne os meios para a consecução contínua de um objetivo técnico. Tendo em conta os bens que compõem o estabelecimento, a disciplina deste caberia no projetado Código Civil, em seu Livro ‘Das Coisas’. Mas constituindo ele objeto de direitos e obrigações do empresário, poderia, sob esse aspecto, ser enquadrado no Livro ‘Das Obrigações’. A verdade, porém, é que ambos os aspectos são absorvidos pelo caráter unitário de sua organização, como instrumento com o qual o empresário exerce a sua empresa. Assim, considerando que esse Livro do Projeto tem como fulcro o conceito de empresário e de sociedade empresária, e, ainda, dada a intimidade da conexão do empresário com o estabelecimento veio encontrar melhor guarida nos quadros da Atividade Negocial.”

O Projeto conceitua o estabelecimento e determina as operações de que ele pode ser objeto: alienação, garantia etc., e estabelece, com todo cuidado, os efeitos da transferência de esta-

helecimento em relação aos credores do alienante, quando não lhe restem bens para garantia do seu passivo pessoal.

16. Instituições complementares.

Finalmente, o Título IV trata do que foi reunido sob a designação de "Institutos Complementares". Primeiro, o "Registro", que é o Registro das Empresas, destinado a exercer o papel hoje desempenhado pelas Juntas Comerciais. Segundo, o "Nome", que não foi tratado em cada tipo de sociedade, porque o nome está sujeito a regras gerais, que aconselham reunir os diversos nomes num só capítulo, e também, por amor à tradição, à vista do Decreto n.º 916, de 1890, que regula o nome comercial, e todos os nomes, nas suas várias espécies. Terceiro, os "Prepostos", que precisam ter um tratamento próprio, pois não se trata apenas de contrato de trabalho, o que estaria bem na Consolidação das Leis do Trabalho, ou de contrato de mandato, situado no Livro do "Direito das Obrigações". Mas é contrato misto, e, portanto, sujeito a regras particulares. Finalmente, a matéria "Da Escrituração", sobre a qual devemos esclarecer que o Projeto tem recebido duas correntes de críticas contraditórias. Alguns entendem que o Projeto é excessivo em matéria de exigências de escrituração; outros, que o Projeto é exíguo nessa matéria. Ora, a escrituração, especialmente para o efeito de prova, é matéria da mais alta importância, na garantia dos direitos e prerrogativas do empresário, e, ainda, para o seu próprio conhecimento, do estado da sua empresa. Abrindo-se campo para uma série de atividades que são hoje consideradas civis e, portanto, isentas da obrigatoriedade de escrituração, caberá ao Capítulo "Da Escrituração" um papel quase didático, no sentido de exigir, daqueles que conhecem a matéria, o mínimo de exigências de qualquer empresa, e, em relação aos que a ignoram, de ensinar como se procede a uma regular contabilidade. Com esse objetivo procuramos a Federação dos Contabilistas do Estado de São Paulo, à qual pedimos, sob esses ângulos, a elaboração dos preceitos adequados à formulação do capítulo, onde a nossa intervenção foi, mais de coordenação, do que propriamente de elaboração.

17. A sistemática do Projeto.

A unificação de obrigações, que não levantou maiores objeções no curso dos prazos em que se publicaram as diversas versões do Projeto de Código de Obrigações e do Projeto de Código Civil, está, se a matéria for unificada, necessariamente ligada àquela que trata dos agentes profissionais dessas obrigações unificadas. Separar-se a matéria de obrigações unificadas das pessoas que exercem, sob forma de atividade, essas obrigações, é cindir duas coisas inseparáveis. Portanto, era indispensável, ao unificar as obrigações, pôr fim à distinção entre atividades civis e atividades comerciais, desde que todas as atividades econômicas se reúnem sob a figura da empresa e do empresário; era necessário regular o que no Projeto se chamou de Atividade Negocial, por aqueles motivos já inicial e minuciosamente sustentados. Poder-se-ia chamá-lo "Dos Empresários e das Sociedades", mas não teria, sob essa denominação, o rigor científico do nome "Atividade Negocial", que exprime tudo quanto, juridicamente, há de substância no assunto.

Contudo, para coordenar essa atividade e fundir, num só corpo, atividades hoje tratadas pelo Código Civil, pelo Código Comercial e por leis extravagantes, sem prejuízo da dicotomia do Direito Privado, certamente era necessário se compusesse, não apenas um rol de preceitos, mas um sistema em que se conjuguem os assuntos de interesse dos empresários, das sociedades, empresárias ou não-empresárias, e do desenvolvimento econômico.

Não se trata, portanto, de Projeto que seja acessório de um tipo de sociedade, por exemplo, as anônimas. Se do Projeto de Código se retiram as sociedades anônimas, nem por isto o sistema foi ou deva ser retirado, porque atividade negocial tem autonomia suficiente para comportar maior ou menor tipo de sociedade, de exercícios de atividade negocial.

Com esse espírito, com essa preocupação de sistematicidade da matéria, é que o Projeto só acolheu, como Projeto de Código que é, aquilo que já está sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro: na lei, na jurisprudência, na doutrina, ou na prática. Não se trouxe para dentro do Projeto nenhum experimento, mas

sim a experiência do passado, sem nenhuma tentativa de inovações estranhas. Por isso, em matéria de sociedades anônimas, o Projeto, não este, mas o Anteprojeto precedente, tratou das sociedades anônimas, com a preocupação de pôr em ordem a matéria já vigente no Decreto-lei n.º 2.627, aperfeiçoando a técnica de execução dessa lei, nela embutindo resultados da sua aplicação. Enfim, naquele Anteprojeto, a sociedade anônima era um instituto consolidado. E, como tal, coube entre os tipos de sociedades empresárias.

18. As sociedades por ações.

Entretanto, no curso dos trabalhos de elaboração do Projeto de Código Civil, o Governo da República tomou a iniciativa de fazer das anônimas — não mais consideradas apenas como um típico instituto de direito privado — um instrumento de ação do Estado, na atividade econômica do País, através de mecanismos de captação de poupança, de aperfeiçoamento do mercado de capitais e da ação das bolsas, tudo em torno da política do desenvolvimento, pretendendo que a anônima seja um instrumento novo, em seu benefício.

Assim, seria preciso introduzir no Direito brasileiro a experiência de outros Direitos, surgidos em torno de outras realidades, que não se sabe se já são realidades brasileiras. Mas para abrir esse novo campo ao desenvolvimento, através de uma entidade de direito privado, revestida, já agora, de novos interesses de caráter público, o trabalho mandado elaborar pelo Governo contém, como Anteprojeto de Lei especial, nova e inovadora, preceitos extraídos do Direito americano, do Direito inglês, do Direito alemão, do Direito francês, de institutos que nesses países provaram, senão todos, quase todos, a sua eficiência, que vai ser experimentada em face do desenvolvimento econômico brasileiro.

Desse modo, no momento em que o Governo, que determinara a elaboração do Projeto de Código unificado, decidiu fazer da anônima esse instrumento, automaticamente ela saiu do Projeto de Código Civil. Porque a anônima que se pretende regular

não é ainda codificável; é, em grande parte, texto de experimentação, louvável, acertada, mas que não tem a consagração própria dos preceitos contidos num código. Aliás, não só a sociedade anônima, mas muitos títulos novos, criados no Anteprojeto de Lei das Sociedades Anônimas, poderiam constituir uma experiência, mesmo em face da anônima consolidada do primitivo Anteprojeto, porque estes sim, como títulos de crédito, seriam objeto de Lei especial e assim é que devem ser. Por outro lado, instituiu-se nas sociedades anônimas uma figura que não teria cabimento em relação a outras sociedades, a da Comissão de Valores Mobiliários, órgão do Governo destinado a funcionar junto às atividades exercidas pelas sociedades anônimas.

Por essas razões e porque a sociedade anônima virá agora inspirada por uma filosofia diversa da que inspira o Projeto, dele deveria ser separada. Todavia, não há qualquer contradição entre o sistema da Atividade Negocial, contido no Projeto de Código Civil, e a existência de uma Sociedade Anônima modernizada, como se pretende no novo Anteprojeto. É claro que no Projeto se acham inumeráveis institutos, indispensáveis ao desenvolvimento nacional, independentemente das sociedades anônimas. A problemática societária do Brasil não pode esquecer a nossa extensão continental e faz lembrar que, ao lado das macroempresas, opera-se o esforço criador do imenso número de outras empresas menores, cuja vida é digna da mesma atenção do legislador, ao organizar o quadro legal das sociedades brasileiras. É recente o significativo depoimento do Sr. Ministro do Planejamento, em Seminário sobre a “Experiência Nacional Relativa a Pequenas e Médias Empresas”, onde esclarece que “tais empresas continuarão desempenhando importante papel na economia brasileira e que atualmente não existe tendência alguma de perda de importância de cada uma delas, independentemente das políticas oficiais de fusões e do avanço tecnológico”.

Pode parecer estranho que seja possível, ao mesmo tempo ou contemporaneamente, senão precisamente no mesmo momento, elaborar-se um Projeto de Código Civil e um Anteprojeto de Lei das Sociedades Anônimas. Pode parecer estranho que esses dois diplomas se efetivem num só tempo, quando — e assim pensa muita gente — deviam estar fundidos: ou as sociedades

anônimas, no Código Civil, ou a Atividade Negocial junto com a Lei das Sociedades Anônimas. Contudo, é possível a Atividade Negocial projetada conviver com a anônima, naquilo que constitui o pensamento atual, por força das diferenças de filosofia de uma e da outra.

Ademais, o fato de aprovar-se um Código Civil e, ao lado dele, uma Lei de Sociedade por Ações, não é estranho ao nosso Direito. Quem põe em dúvida que a matéria dos menores constitui Direito de Família, portanto, evidente matéria do Código Civil? No entanto, existe — e ninguém estranha — um Código de Menores, onde se coordenam relações que exorbitam dos limites do direito estritamente privado, por força de necessidades ou interesses de ordem pública. O Direito de Propriedade é ponto central de um Código Civil. Porém, motivos de ordem política, social, econômica etc., fazem com que, ao lado de um Código Civil, que rege a propriedade, vigore, entre nós, o Estatuto da Terra, que regula direito de propriedade, na área rural. Portanto, não se vê nada de estranho em que se sancione, ao mesmo tempo, um Código Civil e uma Lei de Sociedades por Ações.

19. Conclusão.

Para terminar, terá cabimento uma visão mais ampla do problema do código unificado. Os sucessos políticos, econômicos e sociais de nosso tempo, gerados por duas conflagrações mundiais, numa simbiose de causas e efeitos de incessante reprodução, constituem reconhecidos fatores determinantes da revisão dos quadros jurídicos elaborados no Século XIX, inclusive no campo do Direito Privado. A elevação e disseminação da cultura, o enorme progresso científico, a expansão da produção e circulação de toda a sorte de bens, conduzem a um processo de democratização da riqueza, favorável à multiplicação dos atos econômicos e da sua prática por pessoas em número cada dia maior. Negócios jurídicos quase privativos de uma classe, como a dos comerciantes, passam a constituir rotina cotidiana de todos. Acelera-se o que, tão ao gosto da doutrina francesa, se tem admitido chamar comercialização do Direito Civil, corroborando

um civilismo do Direito Comercial. Expressões de tendência para uniformizar o procedimento jurídico da prática econômica e fundi-lo num só corpo de lei, posto a serviço de todos os sujeitos, sem discriminações.

A discutida dicotomia daquele ramo do Direito não constitui embaraços a fórmulas de unificação. As razões da famosa retração de Vivante continuam válidas como substrato metodológico e econômico da especialização técnica e científica do Direito Mercantil. Mas nem por isso excluem a coordenação unitária de atos jurídicos concernentes ao fenômeno econômico. Fonte sistemática de institutos adequados ao desenvolvimento deste, o Direito Comercial pode conviver com o Direito Civil num código unificado, tal como convive com o Direito Penal, nas leis de repressão aos delitos comerciais, com o Direito Judiciário nos processos peculiares à atividade mercantil, com o Direito Administrativo na fortuna do mar. Um código não necessita ser polêmico para regular, na unidade de um direito objetivo, as diversificações de faculdades subjetivas.