

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

153/154

Publicação 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

Ano XLIX (Nova Série)
janeiro-julho/2010

MALHEIROS
EDITORES

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

LUIZ GUSTAVO MEIRA MOSER
Graduado e Pós-Graduado em Direito Internacional pela UFRGS. Membro da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/RS. Membro Associado ao CBAR – Comitê Brasileiro de Arbitragem. Advogado.

MARCELLA BLOK
Graduada pela PUC/RIO. Pós-Graduada em Advocacia Empresarial pela UGF. Pós-Graduada em Direito Empresarial

com ênfase em Societário e Mercado de Capitais pela FGV/RIO. MBA em Finanças pelo IBMEC/RIO. Advogada.

NICOLE MATTAR HADDAD TERPINS
Pós-Graduada em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RACHEL SZTAIN
Professora Associada do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo.

THIAGO SOARES GERBASI
Advogado.

Doutrina

O QUE SE PERDEU NA TRADUÇÃO*

RACHEL SZTAIN

1. *Introdução.* 2. *A legislação brasileira antes de 2002.* 3. *Novo Código.* 4. *Sociedades após 2002.* 4.1. *Sociedade de responsabilidade limitada.* 5. *Contratos comerciais e interpretação de cláusulas ambíguas.* 6. *Conclusão.*

Ao se reformar um conjunto de normas jurídicas, cumpre verificar, com cuidado e atenção, se uma alteração no conteúdo de dispositivos anteriores pode gerar impacto em incentivos. As mudanças nas normas jurídicas devem ser precedidas de debates e de séria avaliação das instituições sociais, dos costumes e, especialmente, de quais incentivos serão adotados para proporcionar maior aderência às inovações e evitar rejeição ou descumprimento. Conforme destacado por Ronald Coase, é importante ainda que os custos de transação sejam atenuados ou eliminados.

As mesmas preocupações são aplicáveis à importação de normas jurídicas. A reutilização de normas não é uma boa solução e a experiência comprova que a cópia de todo um conjunto de normas, como um código, é situação ainda pior. Se os códigos têm por objetivo reduzir a incerteza das pessoas na tomada de decisões, permitindo a avaliação dos custos e benefícios, são necessárias longas e árduas discussões antes da aprovação e entrada em vigor de um novo código para garantir que ele reflita

ta, de modo adequado, as instituições e demandas sociais.

Law and economics é uma importante ferramenta para avaliar as mudanças normativas, principalmente no que diz respeito a custos de transação e externalidades. No entanto, no Brasil, em 2002, essa preocupação não esteve no horizonte do legislador, conforme demonstram as análises do Código Civil. O legislador não deu atenção aos incentivos, ignorou custos de transação e externalidades negativas. Nesse particular, a disciplina do chamado “Direito da Empresa” é a mais inadequada, posto que trata das organizações econômicas privadas.

O presente artigo discute determinantes dos dispositivos legais, a criação de custos de transação e os efeitos de segunda ordem decorrentes de imprecisão conceitual. Destacam-se as definições de empresário e empresa na comparação das políticas legislativas brasileira e italiana.

1. Introdução

A tendência dos países de *civil law* de manter códigos como pontos de referência têm seus méritos. Acima de tudo, os códigos são partes da tradição jurídica e, como

* Versão original em inglês apresentada na Conferência Anual da *Società Italiana di Diritto ed Economia*, promovida pela Universidade de Bologna em 7 e 8.11.2008. Tradução de Juliana K. Pela.

sistemas de normas positivadas, ajudam a organizar o objeto da disciplina normativa. Os mais importantes códigos — que, de acordo com os historiadores, foram os códigos franceses — serviram como instrumentos de política, ao garantir a igualdade entre os cidadãos e evitar que os juizes elaborassem normas particulares e favorecessem a nobreza. Nesse sentido, os códigos também funcionam como meio de controle do Estado sobre os cidadãos.

Quando um código reflete as instituições sociais, as alterações normativas secundam mudanças estruturais, razão pela qual se diz que os sistemas jurídicos são abertos: eles influenciam e são influenciados por instituições e tendências sociais majoritárias. A constante influência do Direito na sociedade e da sociedade no Direito evita que normas obsoletas, que criam custos de transação, sejam mantidas. As exceções refletem a captura do legislador e/ou a sua atuação por interesses próprios.

E os códigos, conjunto sistematizado de normas, tornam-se obsoletos, de forma irrecuperável? Os códigos têm um período de vigência findo o qual eles expiram? Aparentemente, os brasileiros consideraram os Códigos Civil e Comercial expirados e optaram por produzir um novo código, o Código Civil de 2002.

O Código Comercial brasileiro de 1850, uma lei influenciada por pessoas que conheciam a atividade e as necessidades e demandas do comércio, embora não se tivesse tal noção, servia para reduzir custos de transação. Desde sua promulgação, muitas e importantes normas o modificaram; no entanto, o código, ou o que restou do diploma original, era ponto de referência das normas supervenientes.

O novo Código Civil incorporou partes do que restou do “antigo” Código Comercial, mas, em razão da imprecisa terminologia adotada, é fonte de custos de transação e gera incompreensão, o que é nítido após meros cinco anos de sua vigência.

Conforme demonstrado abaixo, o uso de palavras que não têm significado técnico-jurídico, a mera reprodução de normas estrangeiras e inovações inadequadas comprometeram a função primordial das normas: corrigir incentivos, reduzindo os custos sociais (*social costs*) e as externalidades negativas.

2. A legislação brasileira antes de 2002

Os códigos de direito privado anterior, comercial e civil, refletiam a sociedade e as instituições sociais do século XIX e do começo do século XX. Particularmente o Código Civil, baseado nos códigos europeus do século XIX, tinha como núcleo os indivíduos e a propriedade rural e nenhuma norma relacionada ao *agribusiness* ou adequada a uma sociedade de serviços.

Uma revisão era imprescindível: normas especiais ou, como alguns afirmaram, leis esparsas atualizando o Direito de Família, os direitos das mulheres e das crianças. O Código Comercial foi modificado no mesmo processo e o Direito Tributário contribuiu.

Porém, durante a década de 1960 houve movimento em direção à unificação do Direito das Obrigações que resultou na elaboração, nos anos 1970, de projeto de novo Código Civil que receberia parte do Código Comercial e, segundo se supunha, modernizaria a legislação brasileira. Seja lá o que a expressão pretendesse significar.

Alegou-se como justificativa da primeira proposta o fato de os litígios civis e comerciais serem submetidos ao mesmo juízo e Código de Processo Civil, não havendo razão para a existência de normas diferentes para disciplinar as obrigações.

Sob a influência do Código Civil italiano, no regime militar que governava o país na década de 1970, a tendência de favorecer o controle estatal era compatível com o projeto elaborado pela comissão de

base no projeto elaborado em meados dos anos 1970. A reforma, que tinha como objetivo declarado modernizar as leis de direito privado brasileiro, unificou a legislação de obrigações em um só diploma.

Note-se que o Direito Comercial não desaparece nem há unificação do direito privado.

Quando o projeto foi elaborado, a parte relativa às atividades econômicas era designada “Da Atividade Negocial”. As normas ali contidas disciplinavam tanto a atividade comercial quanto as atividades profissionais não comerciais, mas que tinham em comum o fato de serem voltadas para mercados.

Como Ascarelli e Liebman lecionaram por um período na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a influência da doutrina e legislação italianas é bastante clara nessa parte do novo Código Civil, o que não explica os problemas de transação ali identificados.

O Livro “Da atividade negocial”, posteriormente designado “Do Direito de Empresa”, começa com a definição de empresário. Seu art. 966¹ simplesmente reproduz o art. 2.082² do Código Civil italiano. Empresário: um profissional ou alguém que exerce atividades econômicas como forma de “ganhar a vida”. Uma noção geral que pode ser enunciada como “alguém que organiza a própria atividade”.

Organizações são estruturas que reduzem custos de transação; qualquer profissional que pretenda participar do mercado, de forma competitiva, cria uma organização apenas para reduzir custos de transação.

1. “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

2. “Art. 2.082. Imprenditore è imprenditore [1.330, 1.368, 1.655, 1.722, n. 4, 1.824, 2.710] chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata [2.555, 2.565] al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. [2.135, 2.195].”

juristas sob a supervisão e coordenação de Miguel Reale. Os membros, com exceção de um professor de Direito Comercial, ensinavam Direito Civil ou Direito Processual e tal circunstância contaminou o projeto e não chegou a ser eliminada do código nos trabalhos legislativos posteriores.

Quando vigiam os dois códigos de direito privado qualificar uma atividade como comercial era resultado da comparação da atividade em concreto com a lista prevista no art. 19 do Regulamento n. 737, de 1850. Tal norma refletia a jurisdição comercial especial à qual eram submetidos todos os litígios de natureza mercantil que, embora exilada, era referência doutrinária.

A lista era usada para indicar, mesmo depois da extinção dos Tribunais de Comércio, as atividades sujeitas à disciplina do Código Comercial, bem como pelos decretos ou leis que o modificaram ou complementaram. A lista era parâmetro para classificar como comerciais todas as sociedades cujo objeto contivesse ao menos uma daquelas atividades.

As atividades descritas no art. 19 eram: produção ou transformação de produtos, venda de mercadorias ou animais, transporte, seguro, serviços financeiros e entretenimento público, além de atividades auxiliares. A doutrina considerou essas atividades como de natureza comercial.

A importância da classificação das atividades é demonstrada pelo fato de que, não obstante a revogação do mencionado Regulamento de 1850 — cujo teor não foi reproduzido em nenhuma outra norma —, a lista permaneceu como fonte que era observada e adotada por juristas e Tribunais no enquadramento de atividades econômicas. Qualquer um que estudasse o Direito Comercial invocaria a lista para construir seu trabalho.

3. Novo Código

Em janeiro de 2002, o Congresso brasileiro aprovou o novo Código Civil com

Qualquer atividade, até mesmo as esportivas, de lazer e intelectuais, passa por processo de organização.

Mas isso ainda não permite separar atividades empresariais das não empresariais exercidas em e para mercados, tal como se fazia quando da vigência dos dois Códigos de direito privado.

Ao traduzir parte do Livro V daquele Código, provavelmente sob a influência da doutrina desenvolvida quando o Código Comercial estava em vigor, e com base no art. 19 do Regulamento 737, que servia de referencial para classificar as atividades comerciais, esqueceu-se de reproduzir, no Código Civil de 2002, a regra específica do art. 2.195³ do *Codice Civile*, apta a atender ao objetivo de separar atividades mercantis das não comerciais.

Mas, além de determinar a natureza de atividades comerciais é, ainda, necessário explicar o que é empresário, pois a definição do Código Civil ou é muito ampla ou, mais especificamente, é ambígua.

É que, ao reproduzir o art. 2.082 do Código Civil italiano, sem o art. 2.195, o legislador brasileiro, de forma inadequada segundo meu entendimento, incluiu um parágrafo ao art. 966 que deveria fazer as vezes do art. 2.195 que foi esquecido.

Esse parágrafo⁴ determina não serem os profissionais intelectuais empresários.

3. "Art. 2.195. *Imprenditori soggetti a registrazione*. Sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese [2.188 ss] gli imprenditori che esercitano: 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; 2) un'attività intermedia nella circolazione dei beni; 3) un'attività di trasporto per terra [1.678], o per acqua o per aria; 4) un'attività bancaria [1.834 ss] o assicurativa [1.882]; 5) altre attività ausiliarie delle precedenti [1.754]. Le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano."

4. "Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa."

Conclui-se daí que a definição de empresário é residual, é o que resta depois de se excluir todos os que não o são, mas que atuam em mercados como ofertantes de bens ou serviços.

A exclusão de profissionais intelectuais restringe o conceito de empresário. Uma possível razão é o fato de que profissões intelectuais se caracterizam por agregar, em bens ou serviços, características e/ou ideias diretamente relacionadas ao seu criador, que não podem ser facilmente reprodutíveis: em suma os bens não são exatamente fungíveis. Identificam-se habilidades, criatividade, conhecimento e inventividade, relacionados ao profissional e considerados a projeção de sua personalidade.

Bens ou serviços fungíveis destinados à comercialização, característica da mercancia, são produzidos por empresários e são a maioria dos bens e serviços comercializados. Marcas, denominações de origem e outros sinais podem individualizar alguns produtos, mas não são suficientes para torná-los frutos do intelecto. Essas são ferramentas do tráfico para identificar produtores e influenciar a escolha dos consumidores, e, portanto, refletem na concorrência.

Excluir atividades intelectuais da noção de empresa seria perfeito se a frase tivesse terminado na palavra "colaboradores". No entanto, a última sentença inovou ao incluir, entre as atividades empresariais, aquelas atividades intelectuais em que esteja presente o "elemento de empresa".

"Decifra-me ou te devoro", dizia a Esfinge a quem pretendesse cruzar a estrada. O que torna um profissional intelectual empresário? A frase "se o exercício da profissão constituir elemento de empresa" gera confusão ao remeter ao elemento de empresa.

O que é o "elemento de empresa" apto a tornar profissionais intelectuais empresários? Se produtores tivessem sido qualifi-

tos) refletem intermediação; as refeições, são uma combinação de intermediação e produção. Uma única atividade comercial desenvolvida por hospitais seria suficiente para defini-lo como empresa.

E, nesse caso, é irrelevante se o serviço de saúde fornecido pelos médicos é o mais importante. Sem os outros atos (ou atividades) não seria possível tratar os pacientes que precisam de cirurgias, por exemplo. Não apenas a organização, mas a combinação de atividades desprovidas de natureza intelectual, justifica o exemplo de Marcondes Machado.

São necessários e estão claramente presentes em hospitais certos serviços que determinam sua qualificação como empresa; médicos que lá trabalham, enfermeiras, estudantes de medicina, e todo um conjunto de profissionais que prestam serviços como profissionais intelectuais.

Uma explicação mais adequada sobre o que o legislador pretendeu ao copiar o art. 2.082, mas não o art. 2.195 da legislação italiana, pode ser encontrada no art. 967 do Código Civil brasileiro.⁵

A ordem aos empresários no sentido de que o registro perante o Registro Público Empresarial deve ocorrer antes do início das atividades é emblemática. Note-se que, mais uma vez, um desvio em relação ao Código italiano pode ser observado. Este concede prazo de trinta dias de atividade antes do registro, enquanto o Código brasileiro requer registro prévio ao início das atividades no caso de empresário individual.

Possivelmente em razão da necessidade de comprovação da capacidade de operar em um mercado como fornecedor; outra razão seria evitar ou dificultar que empresários irregulares tivessem acesso a crédito. Ou o conceito equivocado de que

ativos como comerciantes, empresários civis, incluindo profissionais intelectuais e jurídicos, conforme disciplinado no Código italiano, essa dúvida não existiria. Tradução ruins ou equivocadas, no entanto, levam a interpretações obscuras.

De acordo com alguns autores, "elemento de empresa" é definido como organização; e como qualquer empresa é uma organização, e a organização não é definida, somos conduzidos a uma interpretação circular que nada esclarece.

Se a noção de organização, como entende uma certa doutrina, é o elemento diferenciador entre atividades comerciais (ou empresariais) e as não comerciais, então as organizações não governamentais, ONGs, são, vejamos só, empresas porque *organizadas*.

A seguir tal raciocínio, o de que a organização da atividade é o que define a empresa, e esta é comercial, então profissões intelectuais serão empresas, logo atividades comerciais.

A base dessa argumentação é o exemplo oferecido por Sylvio Marcondes Machado, em um esforço para explicar porque médicos não são empresários e hospitais são empresas.

Nenhum reparo deve ser feito ao exemplo, que está correto. Incorretas são as interpretações que o seguiram. Marcondes Machado não aprofundou as noções subjacentes a esse exemplo já que parece óbvio que as atividades têm natureza distinta.

Fundamentar conclusões em um exemplo como "máxima de autoridade" gera incerteza e custos de transação.

A breve análise do conjunto de serviços prestados por um hospital demonstra que, além de serviços médicos — atividade intelectual — outros bens e serviços são fornecidos. Medicamentos, refeições e lavanderia vêm à mente e representam atividades comerciais. Os primeiros (medicamen-

5. "Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade."

nenhum empresário irregular ou de fato deveria ser permitido!

Conclui-se da interpretação lógica de ambos – art. 966, parágrafo único e art. 967 – que empresário e comerciante são sinônimos. Como não há uma lista relacionando as atividades empresariais, a melhor referência para os juristas ainda é o rol de atividades, disciplinadas por lei especial, do art. 19 do revogado Regulamento datado de 1850.

A questão é se uma lei promulgada em 2002 poderia ser interpretada utilizando-se como instrumento uma norma de 1850 e já, de há muito, revogada. Ao se retornar ao tradicional e consolidado método de interpretação baseado na lista das atividades que têm natureza comercial, certamente serão cometidos erros.

Dois podem ser desde logo indicados. O primeiro é a ideia de que contadores (*Certified Public Accountants* – CPA) que prestam serviços através de sociedade são comerciantes. O outro, refere-se a advogados atuando como consultores, que não são classificados como profissionais intelectuais, mas, ao contrário, como intermediários e, portanto, comerciantes.

4. Sociedades após 2002

Como a nova lei unificou a disciplina das obrigações, os contratos, inclusive os de sociedade, são disciplinados na mesma parte do Código. As sociedades estão definidas no art. 981,⁶ o art. 982⁷ qualifica uma sociedade como empresária se o objeto social consistir em atividade típica do empresário. As exceções são as sociedades anô-

nimas, sempre comerciais, e as cooperativas, sempre não comerciais, conforme determina o parágrafo único do mesmo dispositivo.⁸

O fato de as companhias serem comerciais pela forma, ou, nas palavras da lei, empresárias, corrobora a conclusão alcançada acima. Empresário e comerciante são sinônimos. O art. 983 confirma essa tese, já que requer que as sociedades adotem um dos tipos ou estruturas criadas e desenvolvidas pelos comerciantes desde o século XII.

A regra contida no art. 983 é bastante clara. Empreendimentos “comerciais” são empresas e devem, quando organizados como sociedades, adotar forma comercial, *i.e.*, uma das tradicionais estruturas desenvolvidas para o tráfico comercial. Empreendimentos “não comerciais” podem adotar quaisquer das formas, mas isso não implica sua qualificação como empresa.

A criação de sociedades de contadores (CPAs) sob a estrutura de uma sociedade de responsabilidade limitada não significa que o empreendimento será considerado empresarial. Nem a organização nem o tipo legal são suficientes, *per se*, para definir a empresa ou o empreendimento comercial.

Conclusão: uma simples tradução, se feita de maneira inadequada, permite interpretações incorretas, criando externalidades e efeitos de segunda ordem.

4.1 Sociedade de responsabilidade limitada

A *GmbH* alemã foi introduzida no Brasil em 1919, como lei especial sob o regime do Código Comercial. O Decreto n. 3.078, com dezenove artigos, disciplinou a nova estrutura e a tornou o modelo mais

utilizado no país para a criação de sociedades, comerciais, ou não.

Responsabilidade limitada e ausência de capital ou contribuição mínimos, remissão nos artigos da legislação de sociedades, se e quando necessário, fizeram-nos um sucesso. A existência de um modelo flexível foi a característica mais bem recebida.

Toda e qualquer decisão referente à administração ordinária ou extraordinária da sociedade dependia de aprovação de sócios representando 50% + 1 quotas ou maioria simples, salvo disposição contratual em contrário.

A utilização desse modelo para constituir sociedades entre cônjuges logo ensejou dúvida. Se casados sob o regime da separação absoluta de bens, a sociedade violaria esse regime? E no caso de casamento sob o regime da comunhão total de bens, seria contra o interesse dos credores? Tais questões recaiam sobre a possibilidade de alteração, pelos cônjuges, do regime de bens escolhido ou decorrente da lei.

Nenhuma ênfase foi dada ao fato de que a separação de ativos destinados ao negócio é feita no interesse dos credores do negócio. Após intensas discussões doutrinárias, os tribunais finalmente decidiram que não haveria violação às normas existentes se o casal, independentemente do regime de bens, constituísse sociedade de responsabilidade limitada.

Em outras palavras: casais poderiam, sem desobedecer a lei, constituir tal sociedade, segregando ativos e riscos. Ao mesmo tempo, autores brasileiros consideravam-na ilegal porque entendiam que os bens do casal não deveriam ser divididos sob a mesma titularidade (pessoas físicas e jurídicas não eram diferenciadas embora fossem formalmente diferentes). Mas as demandas sociais superaram o formalismo da lei. Tomou-se comum para cônjuges casados sob qualquer regime de bens separar bens privados ou domésticos daqueles utilizados em atividades econômicas.

Atualmente, após 2002, o formalismo está em pleno vigor como se a realidade e a experiência não importassem. O art. 977⁹ reflete as mesmas e ultrapassadas discussões sobre segregação de riscos. Cônjuges casados sob o regime da comunhão universal ou sob o regime da separação obrigatória de bens estão proibidos de constituir sociedades. A proibição exclui tais cônjuges mesmo que um terceiro também seja sócio.

Se o recurso às pessoas jurídicas permite a separação de ativos e a segregação de riscos, quando associado ao exercício de atividades econômicas, serve também para proteger os credores cujos créditos estão relacionados à atividade de cobranças apresentadas por pessoas cujos créditos têm outra natureza ou origem.

O art. 977 também demonstra como a forma prevalece sobre a função, desconsiderando a segregação de risco. Embora as sociedades unipessoais sejam admitidas, apesar de organizadas por pessoas jurídicas, é impossível constituir uma sociedade de responsabilidade limitada unipessoal dada a ausência de dispositivo legal permissivo no Código do século XXI. Provavelmente as justificativas para tanto sofreriam as severas críticas endereçadas à limitada constituída por cônjuges.

Itália, França, Espanha e Portugal, países de direito civil (*civil law*), admitem a criação de sociedades unipessoais de responsabilidade limitada. Alguns deles, inclusive, modificaram o Código Civil mediante a inclusão da sociedade unipessoal qualificada como sociedade ainda que sem contrato plurilateral, reconhecendo que a dinâmica das atividades econômicas em período de globalidade requer mecanismos de segregação de riscos e separação de ativos.

9. “Art. 977. 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 caso da separação obrigatória.”

6. “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

7. “Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.”

8. “Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

Sociedades de responsabilidade limitada e sociedades anônimas são estruturas organizacionais que servem a diversas finalidades. Duas são as principais: responsabilidade limitada dos membros e modelo operacional de governança; a segregação de riscos é uma consequência de seu reconhecimento como pessoas jurídicas, independentemente do número de membros: um, dois ou vários.

Problemas de tradução ou afirmação da predominância das raízes romanas, conforme alegam alguns? As raízes romanas e o formalismo prevaleceram, a proteção ao risco, objetivo tão pouco significativo, nem mereceu atenção. A exposição ao risco e a proteção dos riscos são fontes de custos de transação e/ou externalidades. Os legisladores brasileiros não levaram tais riscos em consideração, desprezando as demandas sociais e a importância de se elaborar normas aderentes tanto quanto possível à realidade social.

Em um Código que adota a sociabilidade como princípio fundamental, barreiras à assunção de riscos devem ser condizentes com o interesse social. A separação de ativos e o investimento em projetos ariscados são praticamente inseparáveis.

O art. 977 criou um problema: o que fazer com as sociedades de responsabilidade limitada já existentes entre cônjuges casados sob um dos regimes de bens proibidos? Elas devem ser dissolvidas ou um dos cônjuges deve retirar-se? O prazo de um ano durante o qual as sociedades devem adaptar seus contratos à nova disciplina requer uma definição mais clara.

Uma solução salomônica foi dada pelo Registro Público Empresarial, sob o fundamento de que essas sociedades eram atos jurídicos perfeitos e, portanto, não foram atingidas pela nova lei!

O art. 977 e a decisão da autoridade exemplificam os efeitos de segunda ordem causados por desnecessárias alterações legislativas, que podem ser computados no que se costuma chamar de "custo Brasil" para se fazer negócios.

Pior é o fato de que o novo Código permite mudanças no regime de bens, hipótese em que o casal poderia escapar da regra proibitiva. Parece que o código não é um sistema e essa circunstância também pode aumentar os custos de transação.

Uma última observação: uma sociedade não empresarial, transposição da *società semplice* italiana — tipo de sociedade que exerce atividades não qualificadas como empresariais — supre e complementa todos os tipos empresariais, inclusive a limitada. A remissão à legislação de sociedades anônimas depende de cláusula contratual.

5. Contratos comerciais e interpretação de cláusulas ambíguas

Provavelmente a pior decisão no que diz respeito à unificação da disciplina das obrigações reside na não reprodução dos arts. 130^o e 131^o do Código Comercial, aplicáveis à interpretação de cláusulas am-

10. "Art. 130. As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa."

11. "Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 — a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 — as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 — o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato; 4 — o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 — nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor."

lígus, incompletas ou que não contam com respaldo explícito em previsão legal.

Se normas gerais fossem invocadas para interpretar contratos comerciais, isso equivaleria a negar a existência de usos e costumes comerciais. Os usos e costumes, além de conhecidos dos comerciantes, reduzem custos de transação e têm aplicação mesmo sem expressa menção.

Por serem princípios operativos, ponder-se-ia imaginar que os arts. 130 e 131 não representariam barreira. Suposição falisa, também a função social do contrato, no art. 421, gera externalidades. Os contratos escritos, especialmente os comerciais, requerem, atualmente, maior atenção, aumentando os custos de transação.

Por fim, como a antiga Lei de Introdução ao Código Civil não foi revogada, talvez um apelo aos usos e costumes seja suficiente e permita a constituição de novas sociedades entre cônjuges independentemente do regime de bens do casamento.

6. Conclusões

A aprovação, com poucos debates, do Código Civil e o curto período de 12 meses de *vacatio legis* comprovam que a aprovação de mudanças nas normas jurídicas não combina com a pressa.

A pouco clara expressão "elemento de empresa" é um enigma e qualquer resposta lógica e significativa requer que o intérprete preste atenção e combine dois

artigos dispostos de forma desordenada. A incerteza criada gera custos de transação e pode tornar penoso distinguir atividades comerciais e não comerciais na apreciação de objetos sociais limitados. Os juristas e Tribunais dedicaram poucos esforços para desenvolver uma definição de *empresa* usando metodologia similar àquela empregada após a revogação do Regulamento n. 737/850, cujo art. 19 serviu de suporte.

Atrair o significado de "elemento de empresa" ao de organização equivale a invocar argumento circular: um comerciante pratica atos de comércio ou atos de comércio são aqueles praticados por comerciantes? É possível exercer, profissionalmente, uma atividade econômica sem organização? Todas as organizações são empresas?

A decisão de preservar as sociedades de responsabilidade limitada preexistentes em clara violação à lei cria expectativas inadequadas: talvez em outros casos decisões similares sejam adotadas, então por que observar as normas agora?

A interpretação dos contratos comerciais sob a ameaça da função social e a ausência dos arts. 130 e 131 indicam que esse Código Civil não se tornará "comercial", como ocorreu na Itália.

Más traduções aliadas à importação de instituições estrangeiras são fonte de custos de transação, efeitos de segunda ordem e prejudicam o desenvolvimento econômico.