

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 128 — outubro-dezembro de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: Scripta

SUMÁRIO

DOCTRINA

A DISCIPLINA DO DIREITO DE EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
— LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES 7

ASSOCIAÇÕES E SOCIEDADES

— RACHEL SZTAJN 15

ATUALIDADES

CONTROLE PÚBLICO E SOCIAL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO
— FÁBIO KONDER COMPARATO 27

A DISCIPLINA DO AVAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— RACHEL SZTAJN e HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 33

DA COMPETÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PARA INTERVIR NA MUDANÇA DE CONTROLE DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS

— ARNOLDO WALD 41

O NOVO MERCADO DA BOVESPA E O COMPROMISSO DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA COM PRÁTICAS DE BOA GOVERNANÇA CORPORATIVA

— MARIO ENGLER PINTO JUNIOR 54

PARTICULARIDADES DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 61

O PROTESTO DE BOLETOS BANCÁRIOS

— JEAN CARLOS FERNANDES 66

DA NECESSIDADE DE SE REPENSAR A PRAXE DA DUPLICATA MERCANTIL

— BRUNO RESENDE RABELLO 75

O SISTEMA DE DEFESA COMPOSTO NO PEDIDO DE FALÊNCIA

— COMPREENSÃO DA OPOSIÇÃO FALIMENTAR

— VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO 91

UMA ANÁLISE JURÍDICA DO ESTUDO E GERENCIAMENTO DOS RISCOS ENVOLVIDOS NA ATIVIDADE FINANCEIRA E SEU TRATAMENTO ATUAL NO BRASIL

Sul — UFRS. Advogado da União. Professor Substituto na UFRS. Professor na Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS, na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul — FEMARS, no Instituto de Desenvolvimento Cultural — IDC, na Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul — AJURIS e na Fundação Escola da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul — FESDEP

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado

MARIO ENGLER PINTO JUNIOR

Procurador Geral Adjunto do Estado de São Paulo

NILSON LAUTENSCHLEGER JR.

Mestre em Direito Comercial pela Universidade de Munique, Alemanha. Doutorando da mesma Universidade. Advogado em São Paulo

PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Comercial da Escola Paulista da Magistratura. Advogado

RACHEL SZTAJN

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

RICARDO TEPEDINO

Advogado em São Paulo

RUI BELFORD DIAS

Advogado no Rio de Janeiro

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO

Professor no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, nos Cursos de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — PUC/MG. Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela UFMG

Doutrina

A DISCIPLINA DO DIREITO DE EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO¹

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

“Lo studio storico è complemento dello studio dogmatico; il quale se ci mostra quali sono i principi della scienza del diritto privato, desidera e vuole poi che si richiamino alle loro origini di ragione e di fatto perché siano intesi bene e tenuti nei propri confini e stimati nel giusto valore” (Federigo Del Rosso, *Alcuni Cenni sulla Logica del Diritto Privato Civile*, Pisa, 1836, p. 68).

1. A unificação da matéria obrigacional e o Direito de Empresa. 2. O Código Civil como lei básica e o fenômeno da decodificação. 3. A atividade negocial e o Direito de Empresa. 4. O Direito de Empresa.

1. A unificação da matéria obrigacional e o Direito de Empresa

O novo Código Civil brasileiro introduziu, na sua parte especial, e logo após o Livro dedicado ao Direito das Obrigações, sem solução de continuidade, dispositivos relativos ao que denomina de *Direito de Empresa* (arts. 966 a 1.195), que eram desconhecidos do Código anterior. Confessadamente inspirado no Código Civil italiano de 1942, a ponto de repetir alguns artigos do Código peninsular relativos à disciplina da empresa (inserida no Capítulo relativo ao Direito do Trabalho), o novo Có-

digo mostra-se fiel à longa tradição do Direito brasileiro, consagrando a idéia da unificação da matéria obrigacional e inscrevendo no âmbito do Direito das Obrigações a disciplina do Direito das Empresas, considerado como um desdobramento imediato e natural daquele.

De fato, a unificação das obrigações no Direito brasileiro já se mostrava praticamente instaurada em nosso meio, em pleno Império, desde o seu primeiro monumento legislativo, ou seja, o Código Comercial de 1850, cujo art. 121 estabelecia, faz mais de 150 anos, que, salvo modificações e restrições nele estabelecidas, “as regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais”. Já então, portanto, a matriz da matéria obrigacional era a lei civil, composta, na época, por um cipoal de regras a que faltava o fio ordenador que só viria a se introduzir no Direito brasileiro — se abs-

1. Comunicação feita no “Colloquio Internazionale” sobre “Il nuovo Codice Civile del Brasile e il sistema giuridico latinoamericano”, realizado em Roma, entre os dias 23-25 de janeiro de 2003, no Instituto Ítalo-Latino Americano (IILA), Palazzo Santacroce, patrocinado pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

traímos a *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, de Teixeira de Freitas — com o Código Civil de 1916. O propósito unificador, ora consagrado pelo novo Código, não era, pois, uma novidade no Direito nacional, tanto que o mesmo Teixeira de Freitas, incumbido em 1859 pelo Governo Imperial de elaborar um *Esboço de Código Civil*, entregue um lustro depois, mas antecipado em folhetins, já propusera pioneiramente a unificação do Direito Privado das Obrigações.

Em 1900, na comissão revisora do Código Civil de Clóvis Beviláqua, Bulhões de Carvalho voltou a aventar a mesma idéia de unificação, que foi, ainda uma vez mais, e ao arpejo da vocação brasileira, considerada prematura. Em 1912, Inglês de Souza, incumbido de elaborar um Projeto de Código Comercial, entendeu igualmente que não devia limitar-se a esse Código, e apresentaram emendas e aditivos que o transformariam em um Código de Direito Privado.

Nos anos que se seguem, esse movimento uniformizador das relações privadas não esmoreceu. Assim como o Código Civil italiano de 1942 foi precedido por várias tentativas frustradas de elaborar um Código das Obrigações de cunho unitário (como as idéias lançadas por Cesare Vivante em alguns escritos no fim do século XIX, principalmente na introdução de seu *Trattato*, de 1893, por Vittorio Scialoja, já no início da Primeira Guerra Mundial, em 1916, numa legislação que seria comum aos países europeus, e pelo projeto unificado franco-italiano de Código das Obrigações e dos Contratos, de 1927),² o novo Código Civil bra-

2. Cesare Vivante, *Per un Codice Unico delle Obligazioni*, in *Arch. Giur.*, XXIX, 1888, pp. 407 ss., e *Trattato di Diritto Commerciale*, Milão, 1893 (objeto de retratação na introdução da 5ª ed., de 1893); Vittorio Scialoja, *Per un'Alleanza Legislativa fra gli Stati dell'Intesa*, in *Nuova Antologia*, 1916, p. 450; *Progetto di Codice delle Obligazioni e dei Contratti*, texto definitivo aprovado a Parigi nell'ottobre 1927, anno VI. *Projet de Code des Obligations et des Contrats*, texte définitive approuvé à Paris en octobre 1927, Roma, 1928, anno VI.

sileiro também foi precedido de projetos de códigos unificados da matéria obrigacional. Em 1941, a comissão composta de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, elaborou um Projeto de Código das Obrigações, orientado no sentido de “reduzir a dualidade de princípios aplicáveis aos negócios civis e mercantis, em prol da unificação de preceitos, que devem reger todas as relações de ordem privada”. Em 1965, nova comissão de juristas, tomando como ponto de partida o anteprojeto elaborado por Caio Mário da Silva Pereira, volta a apresentar um Projeto de Código das Obrigações, desta feita com a inclusão no sistema unificado de uma terceira parte inovadora dedicada *aos empresários e às sociedades*, fato que o projeto anterior desconhecia.³

Frustradas essas tentativas de codificar, separada e unitariamente, a matéria obrigacional, em projetos que não prosperaram, eis que o assunto foi retomado em 1969, com a constituição de uma comissão presidida por Miguel Reale, e composta por José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Clóvis do Couto e Silva, Herbert Chamoun e Torquato Castro. A ela foi dada a orientação pelo Governo de não mais cuidar apenas da unificação da matéria obrigacional, para valer ao lado dos Códigos Civil e Comercial, mas, sim, de elaborar um projeto de Código Civil, entendido como lei básica — mas não global — do Direito Civil, conservando, em seu âmbito, o Direito das Obrigações, sem dicotomia, com a inclusão de regras relativas ao Direito das Empresas. A comissão apresentou em 1972 o respectivo anteprojeto, que viria, em 1975, a converter-se no Projeto de Lei do Poder Executivo 634-B, enviado à Câmara dos Deputados.

É esse Projeto que, após longa tramitação pelas duas Casas do Congresso brasileiro, seria convertido na Lei 10.406, de

3. Rubens Requião, *Notas sobre o Projeto do Código de Obrigações*, Universidade Federal do Paraná, 1966.

10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil ora em discussão, e que entrou em vigor em 11 de janeiro último, ou seja, um ano após a sua publicação no órgão oficial (art. 2.044). Ademais, a lei em tela abriu o prazo de mais um ano, a partir de sua vigência, para que os empresários, individuais ou sociais, viessem a se adaptar às disposições do novo Código (art. 2.031).

2. O Código Civil como lei básica e o fenômeno da decodificação

Ao contrário do Código Civil italiano, o novo Código brasileiro não teve o propósito de promover a unificação de todo o Direito Privado, mas, apenas, a unificação do Direito comum em matéria de obrigações; assim como não alimentava a ambição de abranger todas as relações privadas, mas tão-somente a de se constituir como “lei básica, mas não global, do direito privado, conservando, em seu âmbito, o direito das obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis”, como se adverte na exposição de motivos do projeto convertido em lei.⁴

Daí que o novo Código revoga, além do Código Civil anterior (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916), apenas a parte primeira do Código Comercial, relativa ao “comércio em geral” (Lei 556, de 25 de junho de 1850), mantendo, assim, o Direito Privado dividido em dois códigos, permanecendo o Código Comercial emasculado, contendo apenas a parte relativa ao comércio marítimo (art. 2.045), com a ressalva adicional de que, salvo disposição em contrário, “aplicam-se aos empresários e às sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis” (art. 2.037). Daí também porque enfatiza a exposição de motivos que o projeto “não é

4. Miguel Reale, *O Projeto de Código Civil. Situação Atual e seus Problemas Fundamentais*, São Paulo, 1986, pp. 71 ss.

global”, como ressaltamos, ficando, destarte, excluídas “as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letras de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam”.

O Código acompanha, portanto, a tese da *autonomia substancial* do Direito Mercantil e adota o processo de *unificação parcial* do Direito Privado, na parte relativa ao Direito das Obrigações, deixando para leis esparsas as matérias que reclamam disciplina especial autônoma (*in primis*, falência, concorrência etc.), certo de que os institutos do chamado Direito Comercial, estejam normatizados em um Código único, conjuntamente com os de Direito Civil, ou incorporados a legislações extravagantes, sempre serão substancialmente distintos dos de Direito Civil, posto que informados por princípios próprios. Como salientou Sylvio Marcondes em notável Conferência produzida na Câmara dos Deputados, ao discorrer sobre a parte do projeto a seu encargo, as razões expostas por Vivante na sua famosa retratação para sustentar a autonomia do Direito Mercantil continuam válidas, “mas nem por isso excluem a coordenação unitária de atos jurídicos concernentes ao fenômeno econômico”.⁵

Ainda segundo a referida exposição de motivos, o escopo que prevaleceu na redação do projeto foi o de imprimir ao Código novo a sua caracterização como *lei básica*, “não dando guarida senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para

5. “Fonte sistemática de institutos adequados ao desenvolvimento deste (do fenômeno econômico), 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 direito judiciário nos processos pecuniários 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” (Sylvio Marcondes, “Direito mercantil e atividade negocial no projeto de Código Civil”, in *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, 1977, p. 29).

a *legislação aditiva* a disciplina de questões 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 adaptações da lei à experiência social e econômica”.

Observando-se o que sucedeu nos sessenta anos de vigência do Código Civil italiano, fonte de inspiração da presente codificação brasileira, verifica-se que o mesmo passou por constantes e extensas modificações, não só internamente, no corpo do Código, com a ab-rogação de dispositivos e a introdução de normas novas, mas, sobretudo, externamente, com a edição de leis especiais, destinadas a inovar profundamente setores específicos do ordenamento privado. Em balanços feitos principalmente por ocasião da celebração do cinquentenário do Código italiano,⁶ foi verificado que o texto atual está muito distante do texto de 1942, mormente em matéria de Direito de Família, de Propriedade e de Direito de Trabalho (que passou a ser objeto de ampla regulação fora do Código, como ocorre no Brasil). Já no setor das obrigações e das empresas, porém, sofreu menores alterações, sendo de se assinalar a constante revisão operada no Direito Contratual e no Direito Societário, com uma legislação aditiva volumosa relativa ao mercado mobiliário, à disciplina da concorrência, à proteção ao consumidor etc.

Esse crescente processo de edição *a latere* de leis especiais levou os juristas peninsulares a indagar se tal fenômeno não estaria gerando a perda pelo Código Civil da posição central que ocupava na disciplina das relações privadas, emprestando a este uma função meramente *residual* no sistema de fontes do Direito comum. Segundo a opinião de muitos, esse processo centrífugo de “*decodificação*”, para usarmos

6. Pietro Rescigno, “Rilettura del Codice Civile”, in *I Cinquant'Anni del Codice Civile*, Milão, 1993, pp. 22 ss.

da expressão de Natalino Irti,⁷ estaria criando microssistemas normativos, com autonomia lógica, comprometendo a posição do Código Civil como sede dos princípios gerais e como núcleo das garantias e direitos dos particulares, que passaria a ser assumido exclusivamente pela Constituição.

O modelo adotado pelo Código Civil brasileiro procura passar ileso a essas críticas e percalços, optando, como linha diretriz, pela adoção de regras jurídicas gerais, dotadas de estabilidade, objetivando, por fim, repita-se, uma “lei básica, mas não global, do direito privado”, que admitisse a edição concomitante de leis especiais em matérias candentes, sujeitas a transformações inevitáveis, que reclamam disciplina autônoma. A reforçar essa linha reguladora, introduz o Código uma *Parte Geral*, de longa tradição no Direito brasileiro, tal como existia no Código de Clóvis Beviláqua e na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, desconhecida do modelo italiano, cujas disposições preliminares abordam tão-somente as fontes e os critérios de interpretação.

A estrutura sistemática adotada pelo Código brasileiro é, assim, distinta do modelo italiano, procurando disciplinar apenas aquilo que é nuclear na disciplina das relações privadas, evitando ser omnicompreensiva. Sob esse prisma, o fenômeno da proliferação da legislação especial de Direito Privado até reforça a centralidade do Código, que se torna, destarte, o ponto de referência obrigatório para o desate de eventuais contradições entre as leis, dado o número excessivo destas e a sua crônica carência de coordenação.

Tendo por escopo compor uma *lei básica* do Direito Privado, natural, também, que as suas normas se afeiçoem aos *princípios* igualmente *básicos* da Lei Maior, entendidos como fundamentos de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual o presente Código pressupõe e admite a chamada

7. Natalino Irti, *L'Età della Decodificazione*, 2ª ed., 1979, p. 33.

“*constitucionalização do Direito Privado*”, ou seja, a aplicação direta da normativa constitucional às relações privadas (*Drittwerking*).⁸ De onde também o grande número de *normas básicas* fixadas na Parte Geral do Código, de larga aplicação nos domínios do Direito Público, dada a progressiva integração no campo do Direito Público do Direito Civil. Essa integração se opera, contudo, sem descaracterizá-lo, pois, como é dito na Exposição de Motivos, o Código toma o Direito Privado e o Direito Público “como duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica, considerando-os distintos, mas substancialmente complementares, e até dinamicamente reversíveis, e não duas categorias absolutas e estanques”.

Por fim cabe dizer que, ao promover a unificação apenas do Direito Obrigacional, e não do Direito Privado como um todo, o Código brasileiro se antecipa a esse novo apelo de divisão do Direito Privado que começa a delinear-se na Itália, sob o influxo do *Diritto Comunitario*, entre o Direito comum e o Direito Econômico.⁹ A unificação do Direito Privado em um único código é, como se sabe, uma peculiaridade do Direito italiano, conservando os demais países da Comunidade Européia de tradição romanística a divisão tradicional entre Código Civil e Código Comercial, o que vem motivando esse pleito de nova separação. A preservação da dicotomia formal entre a matéria civil e a matéria mercantil, a não ser no campo obrigacional, manterá o Direito brasileiro a cavaleiro diante de eventual demanda similar, no âmbito do Mercosul.

3. A atividade negocial e o Direito de Empresa

No projeto em tela, a elaboração da parte relativa ao Direito de Empresas, inse-

8. Francesco Galgano, *Il Diritto Privato tra Codice e Costituzione*, Bolonha, 1986; Francesco Lucarelli, *Diritti Civili e Istituti Privatistici*, Pádua, 1984, pp. 31 ss.

9. Guido Alpa, *Trattato di Diritto Civile*, v. I, Milão, 2000, p. 195.

rida como desdobramento da disciplina do Direito Obrigacional unificado, foi confiada ao Professor Sylvio Marcondes, que já elaborara a parte terceira do Projeto de Código das Obrigações de 1965 dedicada aos empresários e às sociedades. Reformulando o texto anterior, deu o redator ao corpo do Código que disciplina as sociedades e o exercício da atividade profissional a denominação de *atividade negocial*, denominação essa que seria substituída, no Congresso, por *atividade empresarial* e, ao depois, por *Direito de Empresa*, que iria prevalecer no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e no código sancionado. A substituição da denominação “atividade negocial” e a eliminação do artigo inaugural do livro dedicado aos empresários e às sociedades tiraram do anteprojeto a sua contribuição a mais original, ou seja, a noção de *atividade negocial* — embora esse conceito se mantenha tacitamente preservado como elemento informativo fundamental, permeando os demais dispositivos do Código relativos ao Direito de Empresa.¹⁰

Com efeito, em face da adesão do Código à doutrina do *Rechtsgeschäft*, o conceito de *ato jurídico*, restrito, na concepção adotada pelo antigo Código Civil, ao que tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (art. 81), se amplia como fonte formal de todo comportamento apto a construir direitos subjetivos, compreendendo toda declaração de vontade, seja individual ou coletiva, seja dos órgãos jurisdicionais ou do Poder Legislativo, seja das autoridades administrativas ou do particular, constituindo gênero, do qual a declaração de vontade do particular, dirigida no sentido da obtenção de um resultado, seria espécie, denominada de *negócio jurídico*. Daí inscrever-se o negócio jurídico — e não o ato jurídico — como o Título I do Livro Terceiro da Parte Geral do Código (art. 104 ss.).

10. Sylvio Marcondes, “Direito mercantil e atividade negocial no projeto de Código Civil”, in *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, 1977, pp. 1 ss.

Ora, a prática, quando continuamente reiterada, de negócios jurídicos, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, na busca de uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos ou negócios jurídicos, o transubstancia em *atividade negocial*. Como observou Hegel em sua *Ciência da Lógica*, os aumentos quantitativos redundam, muitas vezes, em modificações qualitativas. Contraposta aos negócios jurídicos, encarados como atos isolados, sem nenhum sentido de habitualidade, continuidade finalística e coordenação sistemática, a atividade negocial, dotada de todas as características acima, é erigida no Código em categoria jurídica diferenciada, sujeita a um regime legal distinto, no que concerne, desde à capacidade para a sua prática, até o sistema de validade e de efeitos jurídicos que presidem o seu exercício.¹¹

Cumprir observar que, no artigo inaugural, fixado no capítulo relativo à “atividade negocial”, que seria posteriormente eliminado, o anteprojeto estabelecia que o exercício dessa atividade, nos termos acima descritos, poderia ser desempenhado “por empresários, ou sociedades, *tenham estas, ou não*, por objeto, o exercício de atividade organizada de empresa”. Quer dizer, o exercício da atividade negocial poderia ser desempenhado por profissionais que se organizassem para o exercício habitual de negócios, constituindo a empresa *uma* das formas de tal organização (art. 966, *in fine*).

Apesar da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange, portanto, todas as formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Código teve o cuidado de preservar. Assim, “não se considera empresário quem exerce *profissão intelectual*, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores,

11. Nicola Rondonone, *L'Attività nel Codice Civile*, Milão, 2001, *passim*.

salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (art. 966, parágrafo único). Igualmente, o Código assegura “tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao *empresário rural* e ao *pequeno empresário*, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes” (art. 970), facultando ao empresário rural a eventual inscrição no registro das empresas mercantis, para se subordinar às normas que regem a atividade empresarial como tal (arts. 971 e 984). Os pequenos empresários, entendidos como tais os microempresários os empresários de pequeno porte, conforme definidos na Lei 9.841/1999, em seu art. 2º, são excluídos do regime empresarial, dada a *natureza artesanal* da atividade por eles desenvolvida, ou a predominância nela do trabalho em relação ao capital.

Em contrapartida, o Código não exclui da regência as chamadas *sociedades simples*, cujo escopo seria a realização de operações econômicas de natureza *não empresarial* (vale dizer, de exercício de atividade negocial sem conteúdo empresarial), não se vinculando como tal ao registro das empresas, mas sim ao registro civil das pessoas jurídicas (art. 998). Essas sociedades funcionariam, assim, como direito supletivo das sociedades típicas e como regra das sociedades não-empresariais, nelas incluídas as cooperativas (art. 982, parágrafo único) e as sociedades de profissionais intelectuais (art. 966, parágrafo único).

Parece, portanto, que o *nomen iuris* “atividade negocial”, fixada no anteprojeto, seria de maior rigor científico, na abrangência das matérias tratadas no tópico em questão, do que a denominação “atividade empresarial” e “direito de empresa”, que foram, por fim, sufragadas no Código, já que ali não se trata apenas do exercício da atividade profissional praticado por empresários e sociedades empresárias. É de se concordar, porém, que a parcela principal desse Livro do Código é dedicada ao Direito das Empresas, constituindo exceção os dispositivos relacionados com atividades profissionais não-empresariais, o que

justificaria, ou ao menos explicaria, a denominação adotada, desde que não se perca de vista o conceito mais abrangente de atividade negocial que está sempre presente no Código.

4. O Direito de Empresa

De acordo com a concepção existente no Código Civil italiano, a disciplina do Direito das Empresas, concebida por Sylvio Marcondes, parte da tese de Alberto Asquini, hoje generalizadamente acolhida, de que a empresa é um fenômeno econômico unitário, que se apresenta, no entanto, no mundo do Direito, fragmentado, encarado sob aspectos diversos em relação aos diferentes elementos que nele concorrem, não cabendo por isso num esquema jurídico único. Ou seja, de acordo com o prisma sob o qual o fenômeno econômico da empresa é focalizado, diferentes são os *perfis* sujeitos à disciplina imprimida pelo Direito. Assim é que o conceito econômico de empresa é encarado no plano jurídico, ao menos, sob quatro ângulos diversos: *subjetivo*, como empresário; *objetivo*, como patrimônio; *funcional*, como atividade; e *corporativo*, como instituição. Na doutrina alemã, Julius von Gierke também frisava que a ordem jurídica considera e regula três aspectos essenciais da empresa econômica: em sentido subjetivo, como atividade do empresário (*Betriebstatigkeit*); em sentido objetivo, como conjunto patrimonial a serviço daquela atividade (*Betriebsgeschäft*); e em sentido corporativo, como a comunidade de trabalho composta pelo empresário e seus auxiliares (*Betriebsgemeinschaft*).¹²

Feita a ressalva de que esse último aspecto só interessa ao Direito do Trabalho,

12. Sylvio Marcondes, “Do conceito de empresa”, in *Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, 1970, pp. 1 ss.; Alberto Asquini, “Profili dell’impresa”, in *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 43, primeira parte, Milão, 1943, pp. 1 ss.; Gierke — Sandrock I, *Handels- und Wirtschaftsrecht*, por Julius von Gierke atualizado por Otto Sandrock, 9ª ed., 1975, pp. 96 ss.

que, entre nós, representa um campo totalmente distinto, sujeito a uma legislação especial, cumpre dizer que o Código Civil procura disciplinar a empresa sob todos os outros ângulos acima identificados. A empresa tem um conceito econômico unitário, mas não um conceito jurídico unitário, tratando ora de um, ora de outro aspecto desse “fenômeno econômico poliédrico”.

Sobre o conceito econômico de empresa — como organização dos fatores da produção de bens ou serviços para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados — não há, aliás, dissensão. A concepção econômica de empresa oferecida por Coase¹³ e pelos demais autores filiados à corrente da chamada *transaction cost economics*, entendida como uma organização dos agentes econômicos do mercado, orientada no sentido de obter mecanismos de redução dos custos de transação, não se opõe à noção unitária de empresa atrás citada. Apresentando-se, porém, a empresa no plano do direito através de diversos aspectos, não está o legislador obrigado a procurar operar a sua disciplina legal com a suposição de que ele caiba num esquema jurídico unitário, devendo dar tratamento distinto aos seus diferentes perfis, aliás destacados de maneira semelhante no conceito de *firm* veiculado pela citada escola econômica.

É o que, de resto, à semelhança do modelo italiano, faz o Código Civil brasileiro, prendendo-se, na disciplina da empresa, à figura do *empresário*, individual e social, sujeito de direitos e obrigações resultantes do exercício da empresa (*perfil subjetivo*), ao *estabelecimento*, ou seja, ao complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício de sua atividade empreendedora (*perfil objetivo*), e à atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços exercida profissionalmente pelo empresário (*perfil funcional*).

13. Ronald H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago-Londres, 1988, pp. 115 ss.

A disciplina do empresário e das sociedades empresárias, personificadas ou não, se estende do art. 966 ao art. 1.141 do Código, incluindo as sociedades simples, voltada ao exercício de atividade de fins econômicos não empresariais. A disciplina do estabelecimento ou *azienda*, vai do art. 1.142 ao 1.149. E a disciplina da atividade comercial ou empresarial aparece disseminada em vários dispositivos do Código (arts. 966, 972, 981, 982 etc.). São ainda por ele disciplinados, à semelhança do modelo peninsular, institutos complementares, tais como registro, nome empresarial, escrituração e prepostos, nos arts. 1.150 *usque* 1.195.

No tocante às sociedades, o novo Código promove a revisão dos tipos tradicionais de sociedade, procurando configurá-los em função das características que a atividade comercial, em geral, e a empresária, em particular, lhes imprime, classificando-os em sociedades personificadas e não personificadas. Entre as *não personificadas*, alinham-se a sociedade em conta de participação e a "sociedade em comum" — de-

nominação extraída da redação do art. 304 do Código Comercial para as sociedades de fato ou irregulares.

Entre as sociedades *personificadas*, além da sociedade simples, não empresarial, regula o Código a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações, todas empresariais. De maneira distinta, porém, do congêneres italiano, o Código promove a fixação, em termos gerais, das normas caracterizadoras das sociedades anônimas (arts. 1.088-1.089) e das cooperativas (art. 982, parágrafo único, *c/c* art. 1.093), para ressalva de sua integração no sistema do Código Civil, embora disciplinadas em lei especial. Talvez deveria ter sido estendido idêntico tratamento, com a mesma ressalva de regência especial, também às sociedades limitadas. Correspondendo a mais de 90% das sociedades brasileiras, as limitadas atendem a apelos práticos múltiplos e diversificados que justificariam um estatuto mais flexível, com maior espaço para o exercício da autonomia privada.

Doutrina

ASSOCIAÇÕES E SOCIEDADES

RACHEL SZTAJN

A unificação do direito privado de corrente da aprovação Lei n. 10.406/2002, em vigor desde 11 de janeiro, impõe, ao estudioso do Direito, algumas reflexões no que concerne ao fenômeno associativo e às formas ou tipos socialmente desenhados.

As associações entre pessoas existiram desde a antiguidade mais remota; partindo da necessidade de defesa dos grupos sociais e a impossibilidade de uma pessoa, individualmente, operá-la, até motivos outros, a formação de grupos de pessoas, mais ou menos estruturados é comum. Certo que associações para realizar fim comum têm no contrato de sociedade o fenômeno mais estudado, com ênfase, particularmente, nas formas ou tipos empregados na organização das sociedades mercantis cujas origens remontam aos séculos XII e XIII da e.C. o fato pode ser explicado pela visibilidade desses grupos e pelo interesse econômico que os informa.

Demais disso, consolidadas essas organizações na prática comercial a uniformidade tipológica, característica dos institutos mercantis, é regra, sobretudo nos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica. Parece razoável aceitar que instituições sociais, desenhadas para atender interesses específicos podem constituir a base de normas de direito positivo; mais ainda, parece que, nesse terreno, eventuais diferenças introduzidas pelos ordenamentos são de menor importância. Exemplifica-se com a aquisição, ou não, de personalidade

jurídica por certos tipos de sociedades como a em nome coletivo e a comandita simples em que, mesmo naqueles sistemas como o brasileiro, em que são personificadas, não se altera o regime de responsabilidade dos sócios.

Mas, se as sociedades mercantis são mais estudadas o fenômeno associativo não se limita a elas ainda que, do ponto de vista quantitativo, possam ser em número mais elevado quando comparadas com outras formas de associação. O fenômeno associativo reflete necessidades humanas que não podem ser satisfeitas sem colaboração; quando o esforço individual não basta para o escopo visado as pessoas se reúnem para atingi-lo formando-se grupos familiares, clãs, tribos, organizações para defesa mútua, grupos de socorro, enfim, motivos não faltam para que se pense em reunir pessoas para buscar fim de interesse comum.

Alguns grupos são efêmeros, episódicos, outros estáveis, mas duradouros. Tudo depende do interesse ou da necessidade presente e da força que tenha para induzir à reunião de pessoas para alcançar o objetivo ou finalidade idêntica entre elas dividas. Organizações de pessoas são atos de autonomia privada e, por isso, interessam ao Direito.

A recente multiplicação de organizações sociais que servem como instrumento que, a par de reunir pessoas com interesse comum e que podem funcionar como instrumentos de pressão na defesa desses interesses específicos, torna a análise do fe-