

PAULO PENALVA SANTOS

DIREITO DE EMPRESA: VISÃO PANORÂMICA

SUMÁRIO

OS TÍTULOS DE CRÉDITO	4
EMPRESÁRIO E EMPRESA	6
O TRATAMENTO DISPENSADO À SOCIEDADE LIMITADA.	8
A SOCIEDADE COOPERATIVA	12
AS SOCIEDADES COLIGADAS.	12
CONCLUSÃO	13

O Novo Código Civil deve ser compreendido como uma lei básica, mas não global do Direito Privado, pois não representa a unificação completa do Direito Civil com o Direito Comercial. A unificação ocorreu apenas no âmbito do Direito das Obrigações, agora sem distinção entre obrigações civis e mercantis.

A parte do Novo Código, concernente às atividades negociais ou empresárias, é um desdobramento natural do Direito das Obrigações, que trata da atividade enquanto se estrutura para o exercício natural de negócios. E a atividade empresarial é uma das maneiras dessa organização, quando tem por finalidade a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Dessa forma, a primeira observação importante é que não há um Código de Direito Privado, como se imagina. Trata-se apenas de um Código Civil que unificou o Direito das Obrigações.

Tradicionalmente, o Direito Comercial abrange o conceito de comerciante, sociedades mercantis, contratos mercantis, títulos de crédito, falências e concordatas, o direito aeronáutico e o direito marítimo. No denominado Direito Comercial Terrestre, a unificação ocorreu em relação ao conceito de comerciante, que não existe mais, substituído agora pelo conceito de empresário e de sociedade empresária.

As sociedades previstas no Código Comercial desaparecerão e serão incorporadas ao Novo Código Civil. E haverá, também a unificação do Direito Privado em relação aos contratos.

Os contratos mercantis têm regras próprias, até a vigência do novo Código Civil. Há, por exemplo, uma norma importante sobre a mora, no artigo 138 do Código Comercial. Em relação ao penhor mercantil, o Código Comercial admite a tradição simbólica (art. 274), o que não é possível no penhor no Direito Civil. Também no que se refere ao próprio conceito de pagamento, em alguns casos, o Código Comercial equipara o pagamento em dinheiro ao pagamento com efeitos comerciais, que são os títulos de crédito.

Todas essas diferenças deixarão de existir, mas é importante salientar que, tanto na exposição de motivos quanto no próprio Código, fica claro que nem toda a matéria comercial vai desaparecer.

Veja-se, por exemplo, o artigo 2037 do Código Civil, na parte das Disposições Finais e Transitórias, que estatui o seguinte:

“Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.”

Esse dispositivo, de uma importância extraordinária, vai identificar as empresas que, de acordo com o novo Código Civil, por exemplo, se submetem ao processo falimentar; incluindo o empresário e as sociedades empresárias.

Também o artigo 903, que trata da Parte Geral de Títulos de Crédito:

“Art. 903. Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”.

Não se trata, portanto, da unificação do Direito Privado, conforme se observa da leitura de vários dispositivos do novo diploma. A unificação, releve-se a insistência, diz respeito apenas ao Direito das Obrigações. Matérias que reclamam disciplina especial, tais como o cheque, a nota promissória e todos os títulos de crédito, a falência e a concordata, o Direito Marítimo, o Direito Aeronáutico exigem tratamento autônomo.

De outro lado, cumpre frisar que o conceito de Direito Empresarial já era uma realidade no Brasil, e não foi introduzido pelo Novo Código Civil, pois vem-se desenvolvendo há muitos anos.

E a principal característica do Direito Empresarial em relação ao Direito Comercial era que o Direito Empresarial tinha por essência a natureza de um direito multidisciplinar. Havia, então, no sistema brasileiro normas sobre empresa na Constituição da República, também no Direito Administrativo e no Direito Penal econômico, todas igualmente importantes. Essa característica do Direito Empresarial, portanto, sempre existiu e agora haverá em matéria infraconstitucional, com essa revogação do Código Comercial pelo Novo ao Código Civil.

Voltando ao Novo Código, cabe destacar os tópicos mais importantes.

O primeiro, e o mais relevante, trata do empresário e da sociedade empresária, conceitos que vão substituir os conceitos estreitos de comerciante e de sociedade mercantil.

Em seguida, o Código faz uma revisão completa dos tipos tradicionais de sociedade, ou seja, salvo a sociedade anônima, todas as demais serão tratadas no novo Código Civil, que fixa os princípios que vão governar as sociedades. Há um capítulo geral sobre sociedades e há a criação da sociedade simples, que vem substituir a atual sociedade civil.

Outro ponto de destaque é o minucioso tratamento dispensado à sociedade limitada.

No dia-a-dia do advogado, a questão ligada à sociedade limitada e suas alterações constituem problema importante a ser enfrentado. Isso porque mais de 98% das sociedades constituídas no Brasil têm a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada. A preocupação imediata é, portanto, a necessidade de adaptar os contratos sociais das sociedades por cotas ao novo Código Civil.

Em seguida, o Código Civil também trata, em capítulo próprio, das sociedades coligadas, estabelecendo também normas sobre a liquidação, transformação, incorporação, fusão. Disciplina também as sociedades dependentes de autorização, bem como o estabelecimento, que representa o instrumento ou meio de ação da empresa.

E, finalmente, os denominados institutos complementares, que são o registro, o nome e a preposição.

Antes de discorrer sobre a questão da empresa e do empresário, é oportuno salientar que, pela primeira vez, no Brasil, vigorará uma lei geral sobre títulos de crédito.

OS TÍTULOS DE CRÉDITO

Os artigos 887 a 926 referem-se aos títulos de crédito em geral, como normas básicas comuns a todas as categorias de títulos de crédito, como tipos formais que são do Direito das Obrigações.

Os títulos de crédito, principalmente por suas implicações internacionais, como ocorre com a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque, continuam regidos pelas leis especiais, sendo certo que o Novo Código só se aplicará nos casos de lacuna nas leis especiais.

Para tratar dos títulos de crédito, o legislador tinha duas opções. Legislar, como em relação às sociedades, em que tratou da Parte Geral e também de todas as sociedades, salvo a sociedade anônima; ou, legislar como fez em relação aos títulos de crédito, cuidar apenas da teoria geral.

Exatamente o contrário do que fez em relação às sociedades, onde todas as formas — salvo a anônima — mereceram um tratamento especial, nos títulos de créditos o Novo Código cuidou somente dos preceitos gerais.

Parece que toda a parte ligada à Teoria Geral dos Títulos de Crédito terá pouca aplicação prática, porque os principais títulos de crédito já estão tratados em leis especiais. Só numa eventual omissão de uma dessas leis e, mesmo assim, no que não for incompatível com aquele determinado título de crédito, é que se aplicará a Teoria Geral.

Mas o maior problema em relação aos títulos de crédito é um sistema novo, não tratado pelo Novo Código Civil, que é a questão dos títulos escriturais. Esse é o grande desafio, porque os títulos de crédito tiveram uma utilidade extraordinária na circulação dos créditos desde a Idade Média, nas cidades italianas, mas estão em desuso.

Cada vez mais o cheque é substituído pelo sistema eletrônico de acessar conta-corrente, e assim por diante. Nas ações, basicamente, é o sistema escritural que predomina. Discute-se muito hoje em dia se a duplicata pode ser emitida de forma escritural.

Isso é um sistema novo. E é um grande desafio que o Novo Código Civil não enfrentou, pois no artigo 887 repete o conceito clássico de Vivante em relação ao título de crédito definindo-o como “ *o documento necessário para o exercício de um direito literal e autônomo nele contido.....* ”. Percebe-se, à toda evidência, que o título escritural não cabe nessa definição, pois não tem a cartula que é um elemento essencial na definição do artigo 887.

Esse conceito novo de título escritural é a realidade, pois a tendência natural da maioria dos negócios jurídicos, antes representados pelos títulos de crédito, é que eles venham a ser agora praticados por meio desses títulos escriturais.

Apesar de o parágrafo 3º do artigo 889 referir-se a uma forma que poderia se assemelhar ao título escritural, esse conceito é conflitante com a própria definição do artigo 887, que considera a cartularidade como elemento essencial do título de crédito. Ora, se a premissa do título escritural é a inexistência de cartula, como é possível conciliar esse conceito com o definido no artigo 887?

Ainda sobre os títulos de crédito, cabe, também, uma pequena comparação: a Parte Geral é semelhante ao sistema que a Lei Uniforme de Genebra adotou em relação à nota promissória e letras de câmbio.

Mas existem algumas diferenças relevantes. Por exemplo, a Lei Uniforme de Genebra admite, no caso de notas promissórias à vista ou a certo tempo, a previsão de juros. O Código Civil veda-a expressamente. O Código Civil não permite a cláusula proibitiva de endosso (no artigo 890) e a Lei Uniforme de Genebra, sobre nota promissória e cheque, admite-a no seu artigo 15.

A distinção mais importante, que é de uma utilidade prática extraordinária, diz respeito ao aval parcial. O aval parcial é muito usado na prática porque, nem sempre, o avalista pretende se obrigar na forma da obrigação principal. A Lei Uniforme de Genebra e a Lei do Cheque sempre admitiram o aval parcial, o que não será possível de acordo com o Novo Código Civil.

Conclui-se, assim, que apesar da semelhança entre a Teoria Geral dos títulos de crédito nos artigos 887 a 926 do Código Civil, existem diferenças importantes, como os três exemplos acima destacados.

EMPRESÁRIO E EMPRESA

De outro lado, nos artigos 966 e seguintes o Novo Código disciplina a atividade negocial enquanto se estrutura para o exercício dos negócios. E exatamente uma das formas de organização dessa atividade é a empresa, quando tem por objetivo a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Empresa é um conceito fácil de compreender mas difícil de definir. Isso ocorre também, por exemplo, com aquele princípio importantíssimo do Direito Constitucional, o princípio da razoabilidade: todo sabem o que é razoabilidade, mas na hora de definir existe sempre uma certa dificuldade.

Essa dificuldade do conceito de empresa decorre do fato de que, na realidade, este é mais um conceito econômico do que jurídico. Mas, de qualquer maneira, o legislador do novo Código Civil define empresário e considera sociedade empresária aquela sociedade que exerce a atividade do empresário.

Por ser um conceito mais econômico do que jurídico é que a Novo Código Civil, influenciado pelo Código Civil Italiano de 1942, não define empresa, mas empresário. Segundo o sistema italiano, agora importado para o nosso Código Civil, empresário é a pessoa que desempenha uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. E a empresa seria então a atividade econômica do empresário, com as características acima referidas.

O Código Civil, apesar de essas formulações tratarem de atividade negocial, exclui do conceito de atividade empresarial, primeiramente, o pequeno empresário, que é aquele que se dedica a uma atividade artesanal ou de preponderância de um trabalho próprio. Exclui, ainda, aqueles que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística. E, numa terceira hipótese, o empresário rural. Apenas, a lei faculta ao empresário rural a possibilidade de ter a característica de empresa, desde que se inscreva no Registro de Atividades Empresariais.

É pouco provável que um empresário rural queira submeter-se às regras da atividade empresarial, pelo simples fato de que vai se submeter ao rigor extraordinário da impontualidade adotado pella Lei de Falências. Então, não se percebe, num primeiro momento, nenhuma utilidade prática para que o empresário rural possa se submeter às regras da sociedade empresária sabendo que, em seguida, estará exposto ao sistema extremamente rigoroso do processo falimentar. Eventualmente, só a hipótese de vantagem tributária poderá atrair essa migração do empresário rural desse conceito fora de empresa para ser incluído na atividade empresarial.

Também está excluída da atividade empresarial a exercida pela sociedade simples. A sociedade simples se assemelha bastante à sociedade civil, do atual Código Civil. Na realidade, são operações econômicas de natureza não empresarial. Por isso, não se vinculam ao Registro de Empresas, mas sim ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas. O objeto social sempre foi importante para conceituar sociedade mercantil mas, a partir de agora, o registro passa a ser um elemento fundamental.

O Código Civil, no artigo 966, define o empresário, nos seguintes termos:

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

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.”

E o empresário tem três características: primeiro, a habitualidade no exercício de negócios que visem à produção ou à circulação de bens ou serviços. Em segundo, o escopo de lucro ou resultado econômico. E, em seguida, a organização ou estrutura estável dessa atividade. Esses três requisitos estão contidos no Novo Código Civil.

A atividade empresarial pode ser exercida, então, pelo empresário, que veio substituir aquele conceito estreito do comerciante individual, ou pela sociedade empresária, que é o modelo novo, o modelo mais amplo do que seria inicialmente a sociedade mercantil.

O artigo 1150 do novo Código Civil dá uma importância extraordinária ao registro, porque deixa claro que as sociedades empresárias devem ser registradas no Registro de Empresa Mercantil e as sociedades simples, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Portanto, além daquelas características necessárias para a sociedade empresária, o registro passa a ser o requisito essencial para caracterizá-la, o que se verifica no artigo 967 e, principalmente, no artigo 1150 que trata especificamente do registro.

Na realidade, a utilização do conceito de atividade empresária já vinha desde a vigência da Lei 8.934/94, regulamentada pelo Decreto 1800/96, que trata do registro dessa atividade. Logo, esse conceito de atividade empresarial, em termos de legislação ordinária, não surgiu agora no Código Civil. A Lei n. 8.934/74 é muito importante, porque, para efeito de registro, já havia adotado o conceito de sociedade empresarial, superando aquela idéia tradicional de sociedade mercantil.

Na vigência do Novo Código Civil, dúvidas em relação às sociedades prestadoras de serviço, se elas se submetem ou não à falência, assim como as sociedades que têm por objeto a compra e venda de imóvel, estabelecimentos de ensino ou hospitalares, em muitos casos, são questões agora superadas. Ou seja, desde que a sociedade se enquadre nos conceitos de sociedade empresarial, a grande diferença, que representará um problema extremamente sério, é a sujeição dessas sociedades ao processo falimentar.

De outro lado, se a sociedade for simples (art. 997) não se aplicará a Lei de Falências, mas a insolvência civil. O artigo 955 do Novo Código Civil trata da insolvência civil. Estabelece, repetindo a norma do artigo 748 do CPC, que *“a sociedade é considerada insolvente quando as dívidas excedam a importância dos bens do devedor.”* Em seguida, os artigos 956 a 965 tratam da classificação de créditos na insolvência civil. É claro que esse sistema do Código Civil novo já nasceu velho, porque, por força da Constituição, as normas gerais do Direito Tributário são de natureza de Lei Complementar, portanto, o Código Tributário Nacional trata da prioridade do crédito tributário, reconhecendo, apenas, supremacia absoluta do crédito trabalhista, nos termos do artigo 186 do CTN. E esse sistema de classificação de créditos do Código Civil deve ser interpretado de acordo com essas leis que tratam das preferências e privilégios dos créditos trabalhistas e tributários.

Quanto às formas societárias, o Novo Código Civil deu um tratamento moderno às sociedades em conta de participação, em nome coletivo, comandita simples, sociedade por cotas de responsabilidade limitada e a comandita por ações.

Salvo a sociedade limitada, no Novo Código Civil, o que se percebe é que todas as demais formas societárias caíram em desuso a partir do Decreto n. 3.708/19, que regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada. E por uma razão muito simples, porque não faz sentido alguém constituir uma sociedade em nome coletivo, comandita simples ou comandita por ações na qual pelo menos um dos sócios terá sempre a responsabilidade ilimitada em relação às obrigações sociais.

Então, o Código manteve essas sociedades, mas é pouco provável que elas venham a ser adotadas, por conta da extraordinária vantagem que a sociedade por cotas de responsabilidade limitada representa para os seus sócios.

Antes do Decreto n. 3.708/1919 era muito difícil constituir-se uma sociedade anônima. Havia uma série de requisitos e formalidades que dificultavam a criação de companhias, cuja constituição dependia até mesmo de autorização governamental. Assim, a única opção para o comerciante era a adoção de uma das formas societárias prevista no Código Comercial de 1850. A partir do Decreto n. 3.708/19, a utilização dessa forma societária foi de tal importância que, praticamente, esvaziou esses sistemas tradicionais que continuam em vigor no Novo Código Civil.

O TRATAMENTO DISPENSADO À SOCIEDADE LIMITADA.

Nessa parte da atividade da empresa, vale destacar a relevância das mudanças em relação à sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

A maioria absoluta das sociedades adota essa forma societária de sociedade limitada, por uma vantagem extraordinária que é a liberdade contratual. A liberdade contratual da sociedade limitada justifica que todos, desde o pequeno comerciante, até as maiores empresas de capital estrangeiro adotem, a forma de sociedade limitada. Tome-se como exemplo a IBM do Brasil, a Gillette do Brasil, a Gessy Lever, a Kolynos, a Ford, todas essas grandes empresas de capital estrangeiro adotam a mesma forma que interessa ao pequeno comerciante.

E qual seria essa vantagem? Exatamente a liberdade contratual. A análise de um contrato social dessas empresas multinacionais revela que, por vontade dos sócios, a sociedade se aproxima mais de uma S.A do que das sociedades tradicionais do Código Comercial.

No novo sistema que vigorará a partir de janeiro de 2003, nota-se que a lei aproximou a sociedade limitada da S/A fechada e, com uma contradição flagrante: determinou que, salvo disposição contratual em contrário, aplica-se supletivamente a regra geral das sociedades simples (art. 1.053).

Inicialmente, a desvantagem prática é que se criou uma série de formalidades na sociedade limitada, que eram desnecessárias. E num segundo momento, como já se afirmou acima, impõe como aplicação supletiva, não a Lei da Sociedade por Ações, como é o sistema atual. O Decreto n. 3.708/19, determina que “serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.”

Sempre foi esse o sistema mais razoável. Agora, não. Essa regra foi invertida, o que pode ser observado no artigo 1053 do Código Civil:

“Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

Há uma ressalva, no parágrafo, segundo a qual o contrato social pode dispor em sentido contrário. Então, é fundamental que tais contratos tenham, a partir de agora, a norma que admite expressamente a aplicação supletiva da Lei de Sociedades por Ações, senão será aplicada a Parte Geral do Novo Código Civil.

Outra alteração que merece destaque diz respeito à administração da sociedade. O Código Civil é hostil ao nome “gerente” porque, nos artigos 1.172 e seguintes define o gerente como o

preposto mais qualificado em determinado estabelecimento. A pessoa que sempre foi denominada de gerente — e não há utilidade prática alguma nessa alteração — passa a ser administrador.

Então, a sociedade será que representada pelo órgão “administração” e não mas “gerência”.

Ainda sobre a administração, a nova lei mas cria um instituto novo, que é o Livro de Atas de Administração. A partir da vigência do Novo Código Civil, haverá duas formalidades a mais: um Livro de Registro de Atas de Assembléias e um Livro de Atas de Administração. A mudança do administrador, por conseguinte, não depende obrigatoriamente da alteração do contrato social. Entende-se que a modificação do contrato social para substituir o administrador só será necessária quando a sua indicação constar no contrato social.

Desta forma, a partir da vigência da nova lei, será prudente que credores e terceiros interessados verifiquem, mediante certidão a ser obtida na Junta Comercial, no Livro de Ata da Administração as pessoas que têm poderes para representar a sociedade.

Outra alteração que merece registro é a previsão expressa na lei do Conselho Fiscal, o que é absolutamente desnecessário, porque as grandes sociedades que adotam a forma da sociedade limitada já tinham previsão para o funcionamento desse órgão. Cuida-se de órgão facultativo, mas que só interessa ao sócio minoritário, porque lhe dá um enorme poder de fiscalização. Então, do ponto de vista do sócio, é um órgão que interessa provavelmente ao sócio minoritário, mas não ao sócio majoritário.

A questão do direito de retirada exige, ainda, muita reflexão. Chama a atenção o fato de que o Novo Código Civil não repete uma regra muito importante do Código Comercial que é a do artigo 335, V que autoriza a dissolução da sociedade por prazo indeterminado a qualquer momento, desde que a requerimento do sócio.

O sistema da dissolução parcial perde importância, porque o fundamento jurídico era de que o sócio teria o direito de pedir a dissolução total da sociedade, mas como haveria também o interesse na manutenção da sociedade, o critério de apuração das cotas seria através de um sistema de liquidação total, embora não houvesse o desaparecimento da sociedade.

Outra questão tormentosa — referente ao critério de apuração do valor das quotas- agora será solucionada pelo artigo 1077, que admite que o contrato social possa dispor a respeito. Trata-se, aliás, de um problema antigo: a maioria das demandas, que surgem em relação às sociedades por cotas, tem origem na omissão do próprio contrato. Daqui por diante, todos os contratos sociais devem tratar dessa questão, podendo inclusive prever a solução admitida na Lei de S/A , notadamente os artigos 45 e 137.

Adiante, o Novo Código apresentam novas regras acerca dos atos restritivos de gerência. A violação de contrato social, se dissesse respeito ao objeto social, teria uma repercussão muito grande porque, em princípio, uma parcela razoável da doutrina entende que o objeto social seria o limite da capacidade de a sociedade se obrigar. Salvo casos em que houvesse o enriquecimento sem causa, o ato praticado em desacordo com o objeto social não obrigar a sociedade.

Mas o que se pretende aqui abordar é uma outra hipótese de violação do contrato social, que são os chamados atos restritivos de gerência. O sistema até hoje adotado no Brasil, conforme se depreende da leitura dos acórdãos do STF, era o sistema alemão e suíço, segundo o qual os poderes de gerência, desde que compatíveis com o objeto social, ainda que o contrato fosse registrado na Junta Comercial, seriam inoponíveis ao terceiro de boa-fé. Assim, por exemplo, a questão do aval quando vedado pelo contrato social.

Esse sistema sofrerá profunda modificação, pois a segunda corrente, que é a do sistema italiano, agora vem expressamente adotada pelo Novo Código Civil. O Código Civil Italiano, no

artigo 2.298, deixa muito claro que, desde que arquivado no órgão próprio, essa restrição é válida em relação ao terceiro de boa-fé. Trata-se, portanto, de alteração relevante, pois essas cláusulas restritivas de gerência serão agora oponíveis ao terceiro de boa-fé, desde que o contrato social esteja arquivado na Junta Comercial.

No tocante ao aumento de capital, surgem novas regras formais, que em alguns casos impõem, por exemplo, a comunicação prévia com 30 dias de antecedência para deliberar essa matéria. Também há normas sobre quorum especial em relação a determinada matéria.

Uma novidade relevante é a assembléia de cotistas. Percebe-se da leitura do Novo Código Civil que é possível distinguir, pela matéria, assembléias gerais ordinárias de assembléias gerais extraordinárias.

Em relação aos livros societários, já mencionamos a criação do Livro de Ata de Assembléias e o Livro de Ata de Administração que passam a ter uma relevância extraordinária em relação ao terceiro de boa-fé.

O Código Civil trata das sociedades dependentes de autorização, o que é de pouca relevância prática porque essa matéria era tratada no artigo 59 na Lei de Sociedades por Ações anterior e, por força da atual lei (lei 6404/76), continua em vigor. Essa matéria chegou, num determinado momento, a ser tratada pela Constituição da República. Depois, foi modificada. Parece que a única diferença é que voltou a ter a sede na lei ordinária e não na Constituição.

Nos artigos 1142 a 1149 é tratado o conceito de estabelecimento, pela primeira vez em lei:

“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

A lei protegia sempre de forma indireta a origem desse instituto que era o Fundo de Comércio ou o estabelecimento comercial, proibindo a concorrência desleal, casos em que a lei falimentar admitia a venda englobada dos bens do Fundo de Comércio.

Mas não havia uma definição clara desse conceito de Fundo de Comércio que já há muitos anos vinha evoluindo para o conceito de fundo de empresa. Antes da vigência da atual Lei de Locações, a jurisprudência já vinha admitindo, por exemplo, a extensão da ação renovatória àquelas sociedades que não eram mercantis. Era o caso dos colégios, dos hospitais. Isso nada mais era do que o próprio reconhecimento desse instituto ampliado, que seria o Fundo de Empresa.

Então, na realidade, tal é a finalidade específica de tratar a lei desse sistema, cuja origem era o nosso conhecido fundo de comércio, ou estabelecimento comercial.

O Código Civil conceitua estabelecimento e define os efeitos da alienação, do usufruto ou do arrendamento, dando uma importância extraordinária ao registro. É o que estatui o artigo 1144:

“Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.”

Então, qualquer negócio jurídico que tenha por objeto o estabelecimento, que é o conceito antigo do fundo de comércio, deve ser levado a registro.

E também cabe frisar que o artigo 1147 trata expressamente da concorrência, ou seja, se no instrumento que der causa ao negócio jurídico não houver previsão expressa de autorização para

que o cedente continue naquela atividade, ele não pode participar da atividade por um prazo previsto no novo Código Civil.

“Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.”

Assim, se por acaso o cedente quiser continuar naquela atividade, há necessidade de previsão expressa.

O que a jurisprudência já há muitos anos vinha fazendo em relação à cessão de fundo de comércio ou estabelecimento era proibir a concorrência desleal. Mas não era proibido que o próprio titular pudesse ter uma outra atividade semelhante, desde que não caracterizasse a concorrência desleal.

Isso é, sem dúvida, a adoção exata do sistema italiano. Esse instituto, o estabelecimento, na realidade, tem origem de forma muito clara nos dispositivos do Código Civil Italiano.

Em seguida, há um tratamento novo em relação ao nome. O nome tem por finalidade identificar a firma ou a denominação; a firma serve para designar o nome pelo qual o empresário exerce a sua atividade, representando também a sua assinatura.

O sistema já existia e continua em vigor: algumas atividades só podem ser representadas por firma, como é o caso do empresário individual. E outras só por denominação, que é o exemplo da sociedade por ações. É até razoável concluir que a sociedade anônima não possa ter firma por uma razão muito simples, por causa do anonimato, quer dizer, não deve constar do estatuto os nomes dos sócios.

Gerou uma certa polêmica o artigo 1164, ao estabelecer que o nome empresarial não pode ser objeto de alienação. Mas essa interpretação deve ser feita em relação ao empresário e não à sociedade empresária, porque o nome empresarial tem um valor patrimonial considerável e, muitas vezes, é uma parcela substancial do próprio ativo. Não faz sentido que a lei pudesse impedir que uma sociedade empresária alienasse o seu nome. Num primeiro exame, pode-se concluir que a vedação do artigo 1164 diz respeito ao empresário, e não à sociedade empresarial.

Aplica-se, também, em relação ao nome, a Lei 8.934/94, que trata do registro da atividade empresarial, na qual há uma referência expressa aos princípios relevantes da veracidade, que proíbem a adoção de um nome que vincule uma informação falsa, bem como viole o princípio da novidade.

Essa forma de procedimento por meio da qual o nome é levado a registro é o sistema previsto no artigo 34 e seguintes da Lei 8934/94.

Após, nos denominados institutos complementares, a lei trata do registro de empresa, salientando, basicamente, que a sociedade simples tem que ser levada a registro no Cartório Civil de Pessoas Jurídicas e as sociedades comerciais na Junta Comercial.

Em relação à sociedade empresarial, aplica-se também a Lei n. 8934/94, que trata de todo o sistema de regularidade do registro, das formalidades, e da forma de controle. Esse sistema que rege as formalidades encontra-se na Lei de Registro de Atividades Empresariais, e não no Novo Código Civil.

Adiante, o Novo Código Civil rege, nos artigos 1169 a 1178, a atividade do preposto, matéria de pouca relevância. O preposto, de fato, era uma pessoa que tinha muita importância na vigência

do Código Comercial no século retrasado, sob a conceituação de um mero auxiliar no exercício da atividade do comerciante. Ele atuava sob as ordens e orientação do comerciante, e agora sob as ordens do empresário ou da sociedade empresária.

No capítulo referente ao preposto, a lei define o conceito de gerente. E o gerente, a partir de então, não é mais o representante, aquele órgão da sociedade por cotas de responsabilidade limitada. O gerente passa a ter apenas a qualificação do preposto mais especializado, ou seja, é o preposto mais graduado dentro do estabelecimento. Não há importância alguma nessa alteração, para incluir no Código Civil o conceito de preposto: o que se considerava gerente, passa a ser administrador, e o gerente, agora, nada mais é do que um preposto especializado.

A SOCIEDADE COOPERATIVA

A lei trata, no artigos 1093 a 1096, da sociedade cooperativa. A partir da Constituição de 1988, houve um avanço muito grande com relação às sociedades cooperativas porque elas foram libertadas da tutela estatal. Antes da Constituição de 1988, a tutela estatal era de uma importância extraordinária em relação à atividade na cooperativa.

Surgem, agora com o Novo Código Civil, normas gerais em relação às sociedades cooperativas, cujas principais características são as seguintes:

- 1º) adesão voluntária;
- 2º) número ilimitado de sócios;
- 3º) variabilidade do capital social ou a sua dispensa;
- 4º) cotas transferíveis a terceiros;
- 5º) cada sócio tem apenas um voto, ou seja, na sociedade cooperativa, o voto não é proporcional à participação no capital social.
- 6º) a responsabilidade pode, ou não, ser limitada em relação ao sócio.

E a lei definiu como objeto o exercício de atividade econômica de proveito comum, sem fins lucrativos, prevendo ainda, expressamente, que a contribuição dos sócios pode ser feita através de bens ou de serviços.

AS SOCIEDADES COLIGADAS.

No projeto, esse capítulo era tratado como sociedades *ligadas*. Está muito claro que era o instituto porque, na realidade, nesse sistema do Código Civil, vários institutos não eram tratados na lei anterior de sociedade por ações, porque o projeto foi elaborado na vigência da lei anterior de sociedade por ações, que é o DL 2627. Então, alguns institutos não estavam tratados lá e outros estavam, mas de forma inadequada.

O que se percebe em relação a estas sociedades que Código Civil inicialmente chamava de sociedades *ligadas* e, depois, passou a chamar de sociedades coligadas é que, na verdade, este é um sistema bem mais acanhado do que o existente na lei de sociedades por ações. Quando a lei da sociedade por ações trata das sociedades coligadas, controladas, além de definir melhor essas hipóteses, ela atribui responsabilidades, ela atribui determinadas obrigações em relação ao balanço patrimonial. E isso não fica muito claro em relação às sociedades coligadas.

Essas sociedades, portanto, constituem um sistema geral de sociedades coligadas, quando se tem o sistema especial da sociedade por ações, que, sem dúvida, é muito mais sofisticado do que essa parte geral do Novo Código Civil.

Em relação ao tema, cabe um destaque relevante: o Código define sociedade controlada, define sociedade coligada e também a sociedade de simples participação. Pois bem. Ao cuidar da

sociedade de simples participação, estabelece que é a sociedade que possui pelo menos 10% do capital social com direito a voto. Surge daí uma dúvida sobre se haveria cotas preferenciais, tirando, portanto, o direito de voto de determinados sócios cotistas, e se seria, ou não, possível prever-se, no contrato, cotas preferenciais.

A doutrina já reconhecia a possibilidade de existência de quotas preferenciais. Mas agora ficou muito claro: no momento em que a lei prevê essa caracterização de sociedade simples, a participação simples — em que houver uma participação de 10% do capital social com direito a voto — a consequência, que a lei já admite a existência de cotas preferenciais.

CONCLUSÃO

Concluindo, a alteração de maior impacto será a distinção entre sociedade simples e sociedade empresarial, cuja consequência mais importante será a aplicação, ou não, da Lei de Falências. Esse exame no caso concreto parece de uma relevância extraordinária, ou seja, algumas sociedades vão ter de conscientizar de que, a partir de agora, dentro dessa característica de sociedade empresarial, elas serão submetidas ao rigor da Lei Falimentar, não só pelo sistema da impontualidade, mas também pelo crime falimentar. Um exemplo que preocupa são de atividades como colégios e hospitais, que podem ter essa característica de atividade empresarial, e que agora estarão sujeitas ao rigor do sistema da impontualidade previsto da Lei de Falências. Impõe-se, portanto, uma reflexão sobre essa questão, que passa a ter características peculiares que não existiam até o advento do Novo Código Civil.