

LUIZ HENRIQUE DE ANDRADE NASSAR

**A SOCIEDADE SIMPLES E A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO
BRASIL**

Curitiba, setembro de 2003.

LUIZ HENRIQUE DE ANDRADE NASSAR

**A SOCIEDADE SIMPLES E A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO
BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto.

Curitiba, setembro de 2003

TERMO DE APROVAÇÃO

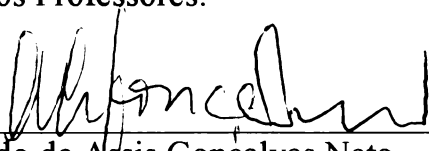
A SOCIEDADE SIMPLES E A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO
BRASIL

Por

LUIZ HENRIQUE DE ANDRADE NASSAR

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná. Comissão formada pelos Professores:

ORIENTADOR:



Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto



Prof.



Prof.

CURITIBA, _____ de _____ de _____.

Aos queridos avós Minda, Lourdes,
Irineo, Dilma e Jorge, verdadeiros
exemplos de vida.

Agradeço ao Prof. Assis Gonçalves, não somente pela presteza com que orientou a elaboração deste trabalho, mas principalmente pelas oportunidades concedidas e inestimável contribuição para minha formação intelectual.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	ii
RESUMO.....	vi
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I – A UNIFICAÇÃO DOS REGIMES.....	05
1. Sistema Francês (Teoria dos Atos de Comércio).....	05
2. Sistema Italiano (Teoria da Empresa).....	07
3. A Unificação do Direito Privado no Brasil.....	13
3.1. Reflexos da Teoria dos Atos de Comércio e da Teoria da Empresa.....	13
3.2. A Pertinência da Unificação e sua Amplitude.....	15
CAPÍTULO II - AS SOCIEDADES NÃO SUJEITAS AO REGIME COMERCIAL NO DIREITO COMPARADO.....	21
1. Sociedade Simples nas Legislações Suíça e Italiana.....	21
1.1. Breve Introdução Histórica.....	21
1.2. A Unificação dos Regimes e a Sociedade Simples no Código de Obrigações Suíço.....	22
1.3. A Unificação dos Regimes e a Sociedade Simples no Código Civil Italiano de 1942.....	24
1.3.1. Aspectos gerais.....	24
1.3.2. Objeto da Sociedade Simples no Direito Italiano.....	27
2. Relação Entre Direito Societário Civil e Comercial na Legislação Francesa, Argentina e Alemã.....	31
2.1. Sociedade Civil em França.....	31
2.2. Sociedade Civil na Argentina.....	34
2.3. Relação entre direito Civil e Comercial na Alemanha.....	36
2.4. Considerações Gerais.....	38
CAPÍTULO III – SOCIEDADES NÃO SUJEITAS AO REGIME COMERCIAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	40
1. Noções Introdutórias.....	40
2. A Sociedade Civil no Direito Brasileiro.....	43
3. Distinção Entre Sociedade Civil e Sociedade Simples.....	44
4. Aplicação Subsidiária das Normas da Sociedade Simples às Sociedades Comerciais	46
5. Objeto da Sociedade Simples no Direito Brasileiro.....	49
5.1. Breves Noções Sobre o Empresário no Direito Brasileiro.....	50
5.2. A Atividade Intelectual.....	52
5.2.1. Definição de “Elemento de Empresa”.....	54
6. Utilidade Prática da Sociedade Simples.....	58
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
ANEXOS.....	69

INTRODUÇÃO

Após mais de vinte e cinco anos de tramitação nas casas legislativas, foi finalmente sancionada a Lei nº 10.406/02, que institui o Novo Código Civil.

O Novo Código Civil vem para substituir o Código editado em 1916, à época em que a profusão das idéias liberais contaminava, de uma forma ou de outra, praticamente toda produção científica e literária no mundo ocidental. Como não poderia deixar de ser, o Código Civil brasileiro de 1916 não passou incólume pela ostensiva influência desse paradigma ideológico. Em cada uma de suas linhas, é possível, sem muito esforço, verificar projeções evidentes do ideal liberal. O antigo Código Civil, antes de tudo, enaltece o indivíduo, sua liberdade, sua autonomia de vontade, estando esses conceitos invariavelmente atravessados por uma concepção nitidamente patrimonialista.

O atual Código Civil, acompanhando a evolução filosófica ocorrida no último século, se não enterra completamente o patrimonialismo, traz uma série de inovações em relação ao seu antecessor.

Faz-se necessário, entretanto, esclarecer desde já, que embora represente uma evolução em relação ao código anterior, suas inovações não são propriamente novidades. Grande parte dos institutos e alterações trazidas pelo atual Código já são há muito tempo discutidos pela doutrina e jurisprudência. Muitas das questões, já pacificadas, não necessitavam previsão legal, que não raras vezes, está em desconformidade com o que se pratica costumeiramente.

Em verdade, o atual Código, já defasado em alguns aspectos e repleto de antinomias em outros, convoca à inevitável reflexão acerca da validade das codificações em um tempo no qual prevalece um modelo em que relações sociais e interpessoais (*lato sensu*) se apresentam tão dinâmicas e instáveis.

Para além das considerações acima, o objeto deste trabalho é justamente uma das inovações do atual Código, que se apresenta não somente em relação ao Código de 1916, mas faz relevante alteração estrutural em todo sistema jurídico vigente.

A exemplo do Código Civil italiano de 1942 e do Código suíço de Obrigações de 1911, o novo Código Civil traz uma concepção unificadora dos regimes de direito civil e de direito comercial, visando estreitar o espaço que divide esses dois modelos jurídicos. Diz-se estreitar, e não eliminar, pois como procurar-se-á demonstrar neste trabalho, em certos casos, a dicotomia direito civil, direito comercial resiste a pretensão unificadora do Código de 2002.

Em conformidade com os avanços doutrinários que se fizeram presentes nas últimas décadas. O novo Código abandona o conceito de comerciante e passa a adotar as noções de empresa e empresário.

O legislador do novo Código reservou o Livro II, denominado “Do Direito da Empresa” para tratar dos temas que vagam pelo Código Comercial revogado e legislação comercial esparsa. É neste Livro II que reside o paradoxo adiante tratado, vez que é justamente aqui, onde o direito comercial insere-se no direito civil e busca a ele amalgamar-se, que o legislador criou a exceção à unificação de regimes ao manter a polarização no direito societário. Tal polarização, anteriormente representada pela distinção sociedade civil - sociedade comercial, está sendo, a partir de 2003, representada pela divisão das sociedades em dois grandes grupos, de um lado as sociedades empresárias, de outro as não empresárias.

Novamente a exemplo do Código Italiano de 1942 e segundo o art. 982 do novo Código, será considerada empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria de empresário sujeito a registro, sendo simples as demais.

A sociedade simples, que pode ser tanto tipo societário (não empresária) como o tronco normativo a ser subsidiariamente utilizado por todas os outros tipos societários previstos no Código Civil, substitui a sociedade civil, mas a essa não se iguala. Por se tratar de nova forma e tipo societário, amplamente, mas não precisamente regulamentado pelo atual Código, é de inafastável premência que seja objeto de estudo esclarecedor de suas raízes históricas, objeto e utilidade prática.

Este estudo seria cientificamente inócuo se as tentativas de apresentar certo esclarecimento sobre o tema se limitassem à análise do ordenamento jurídico pátrio. Mesmo a utilização dos instrumentos para resolução de conflitos normativos presentes

no sistema jurídico brasileiro aliados a interpretação sistemática dos dispositivos referentes às sociedades simples não serão suficientes para o satisfatório deslinde dos conflitos normativos, tampouco bastantes a conferência da correta interpretação devida aos referidos dispositivos legais.

Tais problemas hermenêuticos sistemáticos somente poderão ser resolvidos a partir do estudo da natureza jurídica da sociedade simples e das razões que motivaram sua adoção pelo ordenamento jurídico nacional. Para tanto, faz-se necessária uma incursão à fonte onde bebeu o legislador brasileiro, faz-se necessário um completo estudo das legislações suíça e italiana¹, precursoras na criação deste tipo societário. Só assim, com a exegese integrada ao direito comparado, será possível a interpretação mais adequada.

Conforme já exposto, mais que a criação de um novo tipo societário, o Código Suíço de Obrigações de 1911 e o Código Civil Italiano de 1942 trazem em seu corpo o resultado de um dos grandes avanços da ciência civilista moderna: a unificação do direito obrigacional, abandonando importantes distinções entre direito civil e direito comercial. É justamente sob esse aspecto que este trabalho guarda suas maiores pretensões.

A adoção da sociedade simples pelo direito brasileiro pode ser tida como consequência desta unificação de regimes. O legislador, primordialmente intencionado a colocar o ordenamento jurídico positivo brasileiro na esteira dos sistemas unificadores, também importou a sociedade simples dos ordenamentos italiano e helvético, como se esse tipo societário estivesse irremediavelmente ligado a pretensão unificadora e dele não pudesse o legislador dispensar.

Desse modo, pretende o presente trabalho não somente apresentar a sociedade simples e seu objeto. Também pretende avaliar criteriosamente a importância e utilidade do referido tipo societário, para ao final, concluir-se se é realmente pertinente e necessário que diante de um sistema que preza pela unificação dos regimes civis e

¹ Notadamente o Código Civil Italiano de 1942 e o Código Suíço de Obrigações de 1911. Foram anexados a este trabalho os dispositivos legais em que ambos os Códigos referidos tratam da sociedade simples.

comerciais, mantenha-se duplicidade de tratamento (empresária e não empresária) no direito societário.

Para alçar o objetivo anteriormente assinalado, os capítulos serão organizados da seguinte forma: Primeiramente far-se-á um rápido apanhado sobre a evolução histórica do Direito Comercial, notadamente sobre o processo de unificação que de maneira ou outra deu origem à sociedade simples. Na seqüência apresentar-se-á uma noção sobre o tratamento jurídico conferido à sociedade simples nos países que a adotaram. Posteriormente será realizada uma análise sobre a forma como se relacionam o direito civil e o direito comercial nos países que não adotaram a unificação legislativa dos regimes. Ao final, tratar-se-á da sociedade simples no direito brasileiro, não se esquecendo de compará-la à antiga sociedade civil, determinando-se o objeto e finalmente a utilidade prática desse novo tipo societário.

CAPÍTULO I - A UNIFICAÇÃO DOS REGIMES.

1. O Sistema Francês (Teoria do Ato de Comércio).

Antes de iniciar o estudo sobre o processo que resultou na unificação dos regimes civil e comercial no direito brasileiro, faz-se necessário, primeiramente, uma breve noção acerca do desenvolvimento do direito comercial, mais detidamente, no tocante ao que FÁBIO ULHOA COELHO² denomina sistemas de disciplina privada da economia.

Conforme exposto pelo Prof. ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO³, o Direito Comercial nasceu como um direito classista, criado pelos comerciantes para ser aplicado em relações entre os próprios comerciantes ou quando esses, no exercício da mercancia, contratavam com outras pessoas não comerciantes. Nessa primeira fase, o Direito Comercial era efetivamente o Direito dos Comerciantes, criado e aplicado independentemente de qualquer atuação estatal.

Com o fortalecimento dos Estados Modernos, passou a haver maior intervenção do Estado na vida privada. Isso evidentemente se refletiu no Direito e como não poderia deixar de ser, também no Direito Comercial. Aos poucos os Estados foram instituindo o controle normativo do direito comercial, que deixou de ser criado e aplicado pelos comerciantes para ser preponderantemente legislado e aplicado pelo Estado. Há que se ressaltar que mesmo quando criado pelo Estado, o Direito Comercial continuou identificado com o Direito do Comerciante, representando um regime legal diferenciado, destinando à regulamentação das relações entre comerciantes, normas distintas das direcionadas às relações jurídicas em geral. Como se percebe, o Direito Comercial, desde seu nascimento, reclamava a necessidade de um microsistema normativo próprio, peculiar, especial, que conferisse tratamento diferenciado para os comerciantes e para as relações jurídicas por eles praticadas nessa condição.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. vol. 1. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.12

Sob as luzes da revolução francesa e seu ideal de igualdade formal, tornou-se insustentável a existência de um direito especial, restrito a determinada classe ou categoria, determinado exclusivamente por aspectos subjetivos dos seus destinatários. Com efeito, esse foi o marco do final da primeira fase subjetivista do Direito Comercial. A fase objetivista surge com o Código Mercantil napoleônico em 1808. Segundo o “sistema francês”⁴, diretamente ligado a teoria dos atos de comércio, as atividades econômicas são agrupadas em dois grandes conjuntos, sujeitos a sub-regimes próprios, qualificados como civis e comerciais⁵. Esse sistema se estrutura sobre a categoria dos atos de comércio. De acordo com a pretensão objetivista, sujeitavam-se às regras de direito comercial não somente os comerciantes, mas todo aquele que pratica atos de comércio. Segundo Prof. GONÇALVES NETO, esse rompimento histórico mudou totalmente a concepção de Direito Comercial:

...de **Direito dos Comerciantes** no exercício de sua profissão, convertera-se no **Direito do Comércio** – ou seja, no direito de alguns atos especiais (dos atos de comércio enumerados nos artigos 631 e 632 do Código Francês, a cujas regras estariam submetidos todos aqueles que os praticassem, comerciantes ou não.⁶ (sem negritos no original)

Mais uma vez se observa que o Direito Comercial continua sendo essencialmente discriminador. A mudança de concepção referida pelo Prof. GONÇALVES NETO, significa o deslocamento do critério qualificante, que passou da subjetividade à objetividade. Vale dizer que o Direito Comercial permanece como um sistema à parte, possuidor de regras próprias e especiais, sendo a teoria do ato de comércio nada mais que uma construção capaz de qualificar as situações e relações merecedoras do tratamento diferenciado conferido pelo Direito Comercial.

Estudar-se-á em seguida a Teoria da Empresa, todavia, são controversos os motivos que desencadearam o processo criativo que resultaria no seu surgimento, que acabou por superar a Teoria dos Atos de Comércio anteriormente estudada.

³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual de direito comercial*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000. p.33 et seq.

⁴ Sistema Francês é o nome dado por Fabio Ulhoa Coelho ao que outros autores, como Alfredo de Assis Gonçalves Neto, denominam Direito dos Atos de Comércio.

⁵ Conforme pensamento de COELHO. p.12 *usque* 14.

2. Sistema Italiano (Teoria da Empresa).

FÁBIO ULHOA COELHO aproxima a teoria da empresa do que denomina Sistema Italiano. Segundo o autor, o sistema italiano nasceu da preocupação em relação à bipartição da disciplina privada da economia e pode ser simplificada e identificado como o sistema que busca a unificação do direito privado. Conforme será visto no capítulo II, item 1.2, a legislação suíça inaugurou com o Código de Obrigações de 1911 uma tentativa de uniformização dos regimes de direito comercial e civil, todavia, foi somente com o Código Civil italiano de 1942 que houve uma unificação mais ampla do direito privado.

Ainda no pensamento de ULHOA COELHO⁷, a mera reunião das matérias civis e comerciais sob o mesmo caderno, como ocorreu na Suíça, não é suficiente para que se eliminem as diferenças de tratamento entre os regimes. É necessária uma construção teórica capaz de efetivamente fazer valer a pretensão unificadora dos regimes para além da reunião formal dos diplomas. Assim, como resposta a essa necessidade teórica, surge a teoria da empresa, considerada síntese do modelo italiano.

O Prof. GONÇALVES NETO compreende o tema por outro aspecto. Afirma que a construção da teoria da empresa inicia-se em virtude das dificuldades de sistematização do sistema objetivo (teoria dos atos de comércio) somada a evolução tecnológica e decorrente transformação dos meios de produção mediante adoção de procedimentos padrões para prática de atos em série, em massa ou em cadeia, que propiciaram o surgimento de novas formas de contratar. Essa nova conjuntura econômica exigiu a criação de um sistema jurídico que conferisse um tratamento peculiar aos contratantes que estivessem envolvidos na prática desses atos em série, “por força da estrutura organizacional edificada para realizá-los e com atenção à

⁶ GONÇALVES NETO. *Manual de direito comercial*. p.67.

⁷ COELHO. p.17

diversidade de efeitos que daí poderiam resultar na celebração dos respectivos contratos”.⁸

Como visto, o Direito Comercial já representava um regime especial de tratamento daqueles que praticassem atos de comércio, entretanto, este Direito Comercial dos atos de comércio não correspondia à exigência referida no parágrafo anterior. O novo sistema deveria ser composto de um regime jurídico capaz de dar soluções aos contratos de adesão; às relações que surgem das atividades ou contratos de empresa e se relevam ao interesse coletivo dos consumidores; às questões envolvendo o exercício abusivo de direito; aos contratos de colaboração e união econômica entre empresas; às relações de controle empresarial, enfim, a todas as novas formas de relações entre entes econômicos adaptados à produção em série e estruturalmente organizada.

Segundo GONÇALVES NETO⁹, é justamente nessa exigência de um regime jurídico que albergue as citadas novas formas de relação jurídica que está o embrião da teoria da empresa. O Autor aponta o Código Comercial alemão de 1897 e o Código Civil italiano de 1942 como os diplomas normativos que marcam essa nova fase do Direito Comercial denominada “Subjetiva Moderna”, que como o próprio nome diz, se caracteriza pelo retorno ao sistema subjetivo, ou seja, nesta nova fase, o núcleo do Direito Comercial volta a ser o sujeito comerciante, todavia, agora denominado empresário¹⁰.

Em que pese a diferença de pensamento entre os dois doutrinadores acerca das razões históricas que contribuíram para o surgimento da teoria da empresa, fato é que a teoria da empresa está de maneira ou outra (pelo menos historicamente) ligada ao movimento de unificação do direito privado e indiscutivelmente inaugurou a nova fase subjetivista do Direito Comercial, pois novamente deslocou-se o critério qualificante. Se antes o que submetia alguma situação jurídica à legislação comercial era a prática

⁸ GONÇALVES NETO. *Manual de direito comercial*. p.48

⁹ *ibid.* p.48 et seq.

¹⁰ Como será adiante melhor explicitado, a despeito da confusão ainda perpetrada por alguns autores, a distinção entre os termos “comerciante” e “empresário” é de grande relevância, sendo sua compreensão imprescindível para o perfeito entendimento do objeto social das sociedades empresárias e conseqüentemente do objeto social das sociedades não empresárias. Vide nota de pé de página 84.

de atos de comércio, nesta nova fase, o que passa a interessar como critério qualificador é a figura do empresário, entendido como aquele que pratica atividade econômica dirigida ao mercado e estruturalmente organizada.

Assim sendo, depois de analisadas as condições históricas que deram azo a construção da teoria da empresa, vale agora ressaltar algumas de suas características e seu significado para o direito privado.

Primeiramente, há que se mencionar importante análise feita pelo prof. GONÇALVES NETO¹¹ ao afastar a idéia de identidade entre os termos Direito Comercial e Direito de Empresa. A exemplo de vários doutrinadores italianos, o autor brasileiro, diante da forma como a empresa é tratada no Código Civil italiano de 1942¹², reluta em considerá-la o centro do sistema que enfeixaria as normas de Direito Comercial. Nem o Código Comercial alemão de 1897 nem o Código Civil italiano de 1942 procuraram enunciar um conceito de empresa, ao contrário, ambos os diplomas centram-se na definição do sujeito empresário, isto é, aquele que “exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços” (art. 2.082 do Código Civil italiano – sem grifos no original). O Prof. GONÇALVES NETO chama atenção para este detalhe, comentando que a partir da opção do legislador em conceituar o empresário e não a empresa, extrai-se a conclusão de que a empresa seria a atividade exercida pelo empresário, questionando o doutrinador sobre a necessidade de se procurar outro denominador comum, diverso da figura do empresário: “... se as regras são destinadas a quem exerce a atividade e não à atividade em si? Por que não dizer então que o Direito Comercial, pela reforma ocorrida na Itália em 1942, voltou a ser o Direito dos Comerciantes ou, na nova linguagem, o Direito dos Empresários.”¹³

¹¹ GONÇALVES NETO. *Manual de direito comercial*. p.63 usque 65

¹² “É que o referido Código considerou empresa em seu sentido econômico, como unidade, incluindo-a no Livro V, que trata ‘Do Trabalho’ (Del Lavoro), no qual estão regulados, dentre outros, o trabalho na empresa, as atividades profissionais e as condições para seu exercício. Afinados com os postulados da ideologia fascista da época em que foi promulgado, seus artigos 2.085 a 2.088 estabeleceram a subordinação da empresa (como células desses fins) aos superiores interesses do Estado” – GONÇALVES NETTO. *Manual de direito comercial*. p.64.

¹³ GONÇALVES NETO. *Manual de direito comercial*. p.65

Ainda tratando do equívoco em se confundir o Direito Comercial com Direito de Empresa, o professor ressalta que se assim fosse, haveria grande dificuldade em se determinar quais empresas estariam ou não sujeitas ao regime mercantil, vez que para o Código Italiano nem todas as empresas são mercantis¹⁴, fazendo surgir, por conseqüência, a necessidade de sempre se procurar determinar quais as empresas seriam mercantis – sujeitas ao regime especial do Direito Comercial (empresarial) e quais não seriam¹⁵.

Do exposto, mais importante que o esclarecimento acerca da confusão de nomenclatura do Direito Comercial, é notar o retorno do sistema subjetivo com a volta do mercador, comerciante e agora empresário para o centro das atenções. Esse retorno ao subjetivismo revela a necessidade do direito comercial passar a se preocupar com o agente econômico que se dedica à produção em série, padronizada e calcada em uma estrutura organizada. De fato, para a sujeição de certa atividade ao direito comercial, não mais é considerada a natureza civil ou comercial do objeto, mas sim como se organiza e produz o sujeito que exerce a atividade. O reflexo desse, por que não, novo paradigma do direito comercial pode ser facilmente notado. Aqueles que praticam comércio esporádico ou de modo exíguo tem sido excluídos do âmbito de regulamentação do Direito Comercial, assim como se excluem aqueles que praticam atividades cuja produção não pode ser realizada em série.

Atualmente, para se classificar o agente econômico como empresário e, portanto, sujeito às normas de Direito Comercial, dois critérios despontam como mais relevantes: o primeiro é o qualitativo, determinante da natureza da atividade exercida, que deve ser sob forma de empresa, ou seja, estruturalmente organizada; o segundo é o quantitativo, referente à intensidade com que é praticada a atividade, cuja produção

¹⁴ Estão excluídas do regime mercantil a empresa agrícola (salvo se se revestir de uma das formas societárias reguladas pelo Título V do Código Civil italiano ou for cooperativa) e a pequena empresa.

¹⁵ O autor alemão KARSTEN SCHIMIDT concorda com a opinião do Prof. ASSIS GONÇALVES ao afirmar: “Por diversas razones, el derecho comercial, como disciplina jurídica, no puede ser comparado con el moderno derecho de la empresa” (SCHIMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Traduzido por WERNER, Frederico. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1997. p.10) Por outro lado, WALDIRIO BULGARELLI posiciona-se em sentido contrário “é indubitável que o direito comercial pode ser o direito das empresas” (BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 70)

deve ser em massa, em cadeia e padronizada. Evidentemente, o empresário somente obterá uma produção padronizada e em quantidade se atentar ao critério qualitativo, ou seja, organizando uma estrutura de produção.¹⁶

Já FÁBIO ULHOA COELHO analisa a Teoria da Empresa sobre outros aspectos, principalmente no tocante ao significado da teoria da empresa para o movimento de unificação de regimes. Entretanto, como pode ser extraído das considerações seguintes, em alguns pontos podem ser observadas convergências entre as suas opiniões e as do Prof. GONÇALVES NETO.

Primeiramente, preocupou-se o autor em definir empresa como a “atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção”¹⁷. Em seguida afirma que a teoria da empresa indiscutivelmente representa um avanço na ciência do direito e está muito mais adequada à realidade do capitalismo superior que a teoria dos atos de comércio. Todavia através dela, não se supera, totalmente, o tratamento diferenciado das atividades econômicas, concluindo o doutrinador que na verdade:

Vista como a consagração da tese da unificação do direito privado, essa teoria, contudo, bem examinada, apenas desloca a fronteira entre os regimes civil e comercial. No sistema francês, excluem-se as atividades de grande importância econômica - como a prestação de serviços, agricultura, pecuária, negociação imobiliária - do âmbito de incidência do direito mercantil, ao passo que, no italiano, se reserva uma disciplina específica para algumas atividades de menor expressão econômica, tais as dos profissionais liberais ou dos pequenos comerciantes (...) O acento da diferenciação deixa de ser posto no gênero da atividade e passa para a medida de sua importância econômica. (sem grifos no original)¹⁸

Como se observou acima, a teoria da empresa acompanhou o movimento de unificação do direito privado italiano e, de certa forma, foi seu substrato teórico. Todavia, por não abolir por completo o tratamento diferenciado a determinadas atividades econômicas e por ter adquirido autonomia em relação ao movimento unificador, vez que atualmente superou a teoria dos atos de comércio e é amplamente

¹⁶ As noções respeitantes aos critérios qualitativos e quantitativos foram encontradas em GONÇALVES NETO. *Manual de direito comercial*. p.68, contudo, no original, o autor não os utiliza como critérios para classificação do agente econômico, mas como critérios para classificação da própria atividade.

¹⁷ COELHO. p.18

¹⁸ *ibid.* p.19 e 20.

utilizada até mesmo em países cujo direito privado permanece apartado e distinguindo atividades comerciais das não comerciais¹⁹, que ULHOA COELHO²⁰ advoga ser “mais apropriado entender elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo da disciplina privada da atividade econômica e não como a expressão da unificação dos direitos comercial e civil”.

Sobre o exposto neste capítulo, há que se dar atenção a alguns detalhes. Primeiramente, a unificação do direito privado ocorrida na Itália está muito longe de representar o completo esgotamento das distinções normativas entre o Direito Civil e o Direito Comercial. A amplitude da unificação no Direito Italiano será melhor estudada em tópico próprio²¹, contudo, pode-se desde já afirmar que o Direito Comercial jamais deixou de existir. Jamais houve completa uniformização normativa. A teoria da empresa definitivamente não pode ser tida como o baluarte da unificação dos regimes. Mais realístico entender que em sendo contemporânea ao movimento de unificação, não deixa de representar uma nova fase, em que os regimes de direito civil e comercial se interpenetram com mais dinamicidade do que ocorria com a teoria dos atos de comércio.

Apresenta-se um novo cenário em que institutos tidos como exclusivamente mercantis acabaram por receber tratamento mais generalizado²². Todavia, não se pode esquecer que assim como a teoria dos atos de comércio, a teoria da empresa possuía e possui a importante função de estabelecer o critério de qualificação de determinadas situações jurídicas como sujeitas ou não as regras especiais do Direito Comercial.

¹⁹ Há dois países que representam exemplos eloquentes: o próprio Brasil, que antes mesmo da promulgação do Código unificador já utilizava conceitos da teoria da empresa e; também, a França, berço da antagônica teoria dos atos de comércio, que no ordenamento jurídico francês já se encontra bastante descaracterizada, pois tal ordenamento recepciona a teoria da empresa quando sujeita à jurisdição comercial, independentemente do objeto social, as sociedades anônimas, de responsabilidade limitada, em nome coletivo e em comandita.

²⁰ COELHO. p.20

²¹ Vide Capítulo II item 1.3.

²² O prof. ASSIS GONÇALVES bem compreendeu esse fenômeno ao afirmar que ao mesmo tempo em que o Direito Comercial passou a dar conta de novas atividades econômicas como o tráfico de bens imóveis e incorpóreos, “muitos institutos e regras, inicialmente tidos como eminentemente mercantis, migraram para uma aplicação generalizada, como ocorreu com as cambiais, com certos contratos, com os meios de prova e interpretação, com a simplificação das formas, com os critérios de determinação

A partir das breves noções acerca da influência das teorias do ato de comércio e da empresa e a relação desta com o movimento de unificação do direito privado, estudar-se-á em seguida os reflexos desse processo de unificação no direito brasileiro.

3. A Unificação do Direito Privado no Brasil

3.1. Reflexos da Teoria dos Atos de Comércio e da Teoria da Empresa.

De uma forma ou de outra, o cenário jurídico brasileiro bem retratou a disputa havida na Europa entre esses dois sistemas da disciplina privada da atividade econômica. O Código Comercial brasileiro de 1850 inspirou-se diretamente no Código Comercial Napoleônico. Apesar de não figurar no texto do Código nacional a expressão “atos de comércio”, tampouco ter sido inserida qualquer lista que os elencasse, notava-se claramente que da teoria dos atos de comércio estava presente em seus dispositivos. Assim, não foi necessário muito tempo para que o direito pátrio se adequasse completamente ao sistema francês. No mesmo ano de 1850 foi editado Regulamento 737, que nos arts. 19 e 20²³ definia as atividades sujeitas à jurisdição dos Tribunais de Comércio, sendo interessante notar que o § 2º do art. 20 previa que todas as questões relativas a companhias e sociedades, qualquer que fosse a natureza e objeto, estaria sujeita às disposições do Código Comercial. Vale dizer que nas

de preço do contrato de compra e venda e assim por diante”(GONÇALVES NETO. *Manual de direito comercial*. p.69) ,

²³ Assim dispunha o art. 19 do Regulamento 737 de 1850:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso:

§2º As operações de câmbio, banco ou corretagem;

§3º As empresas de fábrica, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 4º A armação e expedição de navios.

Art. 20. Serão também julgados em conformidade com as disposições do Código, e pelas mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa comerciante:

§ 1º As questões de particulares sobre títulos da dívida pública e outros quaisquer papeis do governo.

§ 2º As questões de companhia e sociedades, qualquer que seja sua natureza e objeto.

§ 3º As questões que derivarem de contratos de locação compreendidos na disposição do Título X, parte I, do Código, com exceção somente das que forem relativas às locações de prédios rústicos e urbanos.

primeiras legislações não se conferia tratamento diferenciado as sociedades cujo objeto fosse civil.

A lista de atividades prevista no Regulamento 737 de 1850, mesmo revogada, serviu de referência doutrinária para definição da incidência do direito comercial até o ano de 1960. Seguindo a tendência dos demais países de tradição romanística, a partir da década de sessenta o direito brasileiro foi se aproximando mais intensamente do sistema italiano, ou seja, nas palavras de ULHOA COELHO, “do estabelecimento de um regime geral de disciplina privada da atividade econômica, que apenas não alcança certas modalidades de importância marginal”²⁴. Contudo, a intenção do legislador nacional em adotar a unificação do direito privado é ainda mais antiga. Em 1912, no mesmo ano em que entrou em vigor o Código de Obrigações Suíço (primeiro diploma normativo que contemplava a unificação do direito civil e comercial), o renomado jurista Inglês de Souza já apresentava ao então Presidente Hermes da Fonseca um projeto de Código Comercial que previa a unificação de regimes. Em 1941, outro projeto de pretensão unificadora, foi apresentado ao Ministro Francisco Campos, desta vez por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães. Logo após, em 1965, Sylvio Marcondes foi encarregado de redigir o Título III -“Atividade Negocial”- do Anteprojeto do Código de Obrigações, no qual se baseou Miguel Reale para formulação do Projeto que tramitou nas casas legislativas desde 1975 e foi finalmente aprovado em 2002.

Ainda sobre o avanço histórico da teoria da empresa como influência direta no direito brasileiro, é possível traçar um panorama geral, considerando que o direito brasileiro filiou-se desde o último quarto do século XX à teoria da empresa. Nos anos 70 os estudos se concentram predominantemente nas mãos dos doutrinadores. Nos anos 80, muitos julgados já se pautavam na teoria da empresa como sistema mais adequado à composição de lides envolvendo empresários. Nos anos 90 são editadas três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei do Registro de Comércio) que nitidamente abandonam a teoria dos atos de comércio e,

§ 4º As questões relativas a letras de câmbio e de da terra, seguros, riscos e fretamentos.

²⁴ COELHO. p.23.

conseqüentemente, inclinam-se em direção a teoria da empresa, que é, por assim dizer, definitivamente adotada pelo direito brasileiro com a promulgação do Código Civil de 2002 e seu Livro II da Parte Especial – “Do Direito de Empresa”.²⁵

3.2. A Pertinência da Unificação e sua Amplitude

Adentrando propriamente no tema da unificação do direito privado no Brasil, há que se ressaltar as explanações do Prof. SYLVIO MARCONDES, relator do anteprojeto que serviu de substrato para o Código hoje vigente. Como era de se esperar, ao expor os motivos do Anteprojeto de Código de Obrigações²⁶, apresentado em 1964, o prof. MARCONDES demonstra ser grande entusiasta da unificação do direito privado no Brasil. Afirma que a elevação e disseminação da cultura aliadas ao enorme progresso tecnológico e a significativa elevação da produção e circulação de bens favorece a prática de atos econômicos por um número cada vez maior de pessoas. Negócios jurídicos antes privativos de uma classe (comerciantes) passam a constituir rotina cotidiana de todos. Acelera-se assim o processo denominado “comercialização do direito civil” ou, de igual sorte, a “civilização do direito comercial”. Segundo o autor, dessa conjuntura acima exposta decorre a possibilidade de convivência harmoniosa do direito civil e comercial em um mesmo Código.

MARCONDES segue afirmando que o propósito unificador não representa ruptura abrupta no pensamento jurídico e está de acordo com a evolução histórica do direito nacional e com a vocação da doutrina, lembrando que além das legislações suíça e italiana, precursoras na matéria, sinais da evolução do direito brasileiro no sentido da unificação de regimes, remontam, surpreendentemente, ao Código

²⁵ Informações mais detalhadas sobre o processo legislativo brasileiro relacionado à unificação do direito privado, desde o projeto de Inglês de Souza até a edição do atual Código Civil podem ser encontradas em BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 298 *usque* 306; MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p.3 e 4, COELHO, p.20 *usque* 26 e GONÇALVES NETO. *Manual de direito comercial*. p.56 *usque* 62.

²⁶ O *Anteprojeto de Código de Obrigações (Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil)* foi elaborado pelo prof. SYLVIO MARCONDES, apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e

Comercial de 1850, quando em seu art. 121 dispunha que “As regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.”²⁷

Ao formular parecer sobre o projeto do Código Civil²⁸, o Prof. RUBENS REQUIÃO, por seu turno, criticou avidamente a proposta de unificação da legislação, afirmando que:

Consiste a unificação, isto sim, na simples justaposição formal de matéria cível ao lado da matéria comercial, regulada num mesmo diploma (...) Muito mais razoável e funcional seria se permanecêssemos no sistema de codificação dualista, como nos projetos de 1965, inspirado no modelo suíço, de um Código Civil e de um Código de Obrigações, e não o incômodo sistema colado dos italianos...²⁹

O saudoso mestre ainda justifica seu posicionamento alegando que a unificação somente albergou o direito obrigacional. Assim, propunha, diante da insistência na idéia de codificação, que os projetistas deveriam limitar o Código Civil à parte geral, ao direito de família, ao direito das sucessões e ao direito real. As obrigações, essas sim unificadas, teriam um código especial.

A opinião de RUBENS REQUIÃO é corroborada por MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO, para quem o Código Civil é incapaz de abranger toda vastidão e particularidades do Direito Comercial, além de que o “O direito das obrigações, por manter matéria comum a ambos os ramos do direito, deveria constituir um Código a parte, tal como foi proposto desde 1941 por Ozimbro Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães...”³⁰

Negócios Interiores e editado pela Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviços de Reforma de Códigos, 1964.

²⁷ Os pensamentos de Sylvio Marcondes até aqui reproduzidos foram extraídos da *Exposição de motivos ao Anteprojeto de Código de Obrigações*. Serviços de Reformas de Códigos. 1964. p.4

²⁸ Os textos das observações de RUBENS REQUIÃO, feitas por escrito à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, incumbida de dar parecer sobre o Projeto do Código Civil (Projeto de Lei nº 634/75, do Executivo) foram reproduzidas na *Revista de Direito Mercantil*, número 17. 1975, p.134 usque 179.

²⁹ REQUIÃO, Rubens. Observações sobre o projeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, número 17. 1975. p.134 e 135.

³⁰ INACARATO, Márcio Antônio. A disciplina das sociedades comerciais no Anteprojeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, número 12. 1973. p.158.

Sendo ou não pertinente a reunião da matéria civil e comercial sob um único Código, mais importante é analisar qual a real amplitude dessa unificação no direito brasileiro.

Em que pese desfrutarem as considerações supra de inafastável interesse histórico, vez que refletem o ânimo dos doutrinadores à época em que se iniciou a estruturação do atual Código Civil, a maior contribuição do Prof. SYLVIO MARCONDES para este trabalho está em seus apontamentos sobre a amplitude da unificação legislativa brasileira, quando evidencia que as transformações impostas ao direito mercantil não se limitaram a atomização do seu quadro legal:

Elas vão além, pois abalam sua própria estrutura conceitual, fundada subjetivamente no comerciante e objetivamente nos atos de comércio. Atos que perdem, em si mesmos, o antigo tratamento especial, e, por isso, justificam sua unificação legislativa, mas que, por outro lado, despertam um novo interesse, quando coordenados em atividade, desenvolvida em empresa, criada e mantida pelo empresário. Fenômenos que resultam, junto a importantes conseqüências econômicas, renovadas concepções jurídicas, já acolhidas no nosso direito e de prestância relevante para informarem a atualização da matéria mercantil, no código projetado.³¹

Os apontamentos acima transcritos podem ter o condão de dirimir uma das grandes questões que se apresentam no estudo da unificação do direito privado. Frequentemente se põe em dúvida a real natureza do movimento unificador, tendo em vista a permanência da distinção de regimes modernamente transportada para o binômio empresário/não empresário. Segundo MARCONDES, a unificação, sob um aspecto, realmente ocorreu, contudo, surgiu uma nova distinção para substituir a que deixou de existir. Explicando melhor. A teoria dos atos de comércio, que antecedeu a teoria da empresa, definia o âmbito do direito comercial nos atos de comércio, ou seja, mereceriam tratamento especializado pela legislação comercial aquelas relações jurídicas que estivessem entremeadas por atos de comércio. Ocorre que a evolução tecnológica e conseqüente modificação nos modelos econômicos de produção e

³¹ Este excerto foi originariamente publicado em MARCONDES, Sylvio. *Exposição de motivos ao Anteprojecto de Código de Obrigações*. Serviços de Reformas de Códigos, 1964, p.9 (Esta é a mesma publicação referida na nota 26 supra). Em virtude de sua importância, foi também citado pelo próprio autor, onze anos depois em MARCONDES, *Questões de direito mercantil*. p.6.

circulação de bens resultou em uma proliferação, uma generalização das relações jurídicas de conteúdo econômico afetas aos atos de comércio.

Desse modo, não mais se justificava um tratamento diferenciado para tais relações, pois já não eram mais, efetivamente, “especiais”. Adquiriram predicado popular no cenário econômico, não mais havendo necessidade de sujeição à legislação especial. É justamente com essa amplitude que se cristaliza a chamada unificação do direito privado. Em verdade, no Brasil houve a unificação formal da legislação comercial e civil, todavia, o que efetivamente se uniformizou foi a disciplina das relações obrigacionais, pois atualmente não mais importa se a relação obrigacional envolve ou não atos de comércio.

Este ponto exige máxima atenção, pois é aqui que os operadores do direito tendem a equivocarem-se em relação ao real significado da unificação de regimes. Parece não haver dificuldade em se compreender que pela modificação da estrutura econômica, as relações envolvendo atos de comércio se generalizaram a ponto de prescindir de legislação especial. Entretanto, a dificuldade está em entender que isso não significa o esgotamento do Direito Comercial. Os que assim pensam, não conseguem dissociar o direito comercial do direito dos atos de comércio. Esquecem-se que a teoria dos atos de comércio somente indicava um critério para estabelecer quais situações jurídicas se sujeitariam às normas particulares do direito comercial e encaram a falência da teoria dos atos de comércio como a falência do direito comercial.

Há que se ter em mente que o mesmo cenário econômico-científico em que a evolução dos mecanismos de produção e circulação de bens que deflagrou a generalização das relações envolvendo atos de comércio também foi o nascedouro de novas formas organizacionais. Conforme já tratado anteriormente, a teoria da empresa, contemporânea aos movimentos de unificação do direito, surgiu como resposta à evolução tecnológica e decorrente transformação dos meios de produção mediante adoção de procedimentos padrões para prática de atos em série, em massa ou em cadeia, de forma estruturalmente organizada. Essa nova conjuntura econômica exigiu a criação de um sistema jurídico que conferisse um tratamento peculiar aos contratantes

que estivessem envolvidos na prática desses atos em série, por força da estrutura organizacional edificada para realizá-los e com atenção à enorme gama de efeitos que daí poderiam resultar na celebração dos respectivos contratos.

Desse modo, demonstrou-se que os atos de comércio não mais carecem ser regulamentados por legislação específica, a eles bastando um direito objetivo comum. No entanto, quando praticados em série e destinados a uma produção em massa, padronizada e operacionalizada por uma estrutura organizada que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício, tais atos negociais adquirem indiscutível importância para economia e, conseqüentemente, para o mundo jurídico.³²

Necessitam, portanto, em virtude da variedade de efeitos que podem produzir, uma regulamentação especial, sendo aqui encontrado o cerne de toda problemática. Por um lado o direito obrigacional foi uniformizado, tendo-se em conta a generalização das obrigações envolvendo atos de comércio, estando aí a tão aclamada unificação do direito privado. Entretanto, por outro lado, o Direito Comercial, tendo seu objeto deslocado, passou a preocupar-se com outra temática. Passou a tratar das relações envolvendo a figura do empresário, essas sim, em sua complexidade, carecedoras de uma legislação particular, especializada.

Como se vê, houve, de certo modo, a uniformização do direito obrigacional, todavia, isso definitivamente não significou a morte do direito comercial tampouco eliminou por completo as distinções entre os regimes comercial e civil. O que se unificou foi o direito obrigacional civil ao antigo direito comercial dos atos de comércio (este sim, atualmente vazio de sentido). Já o novo Direito Comercial, renovado por identificar o empresário como âmbito de aplicação, nasceu para o mundo

³² Sylvio Marcondes foi primoroso ao tratar do tema, como se observa no trecho transcrito: “Ora, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas, e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstancia em *atividade*. E, assim como, partindo do conceito de negócio jurídico, se erige um sistema de atos, cabe assentar-se os postulados normativos do exercício da atividade. Atos negociais e, portanto, atividade negocial. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime

jurídico necessitando ser tratado de forma distinta do direito geral. É nesse sentido que se diz que se o novo Código Civil, sob um aspecto, unificou o direito civil ao comercial (o antigo direito comercial), sob outro, contempla a distinção entre o tratamento jurídico dado ao direito geral (direito civil unificado ao antigo direito comercial dos atos de comércio) e o tratamento conferido ao novo Direito Comercial do Empresário.

É na estrutura normativa conferida ao direito societário pelo atual Código Civil, que se observa com mais facilidade a pretensão do legislador em dar tratamento jurídico diferenciado às situações que envolvem o empresário e sua atividade. É que o novo Código Civil estabelece expressamente a distinção formal entre os tipos de sociedades empresárias, sujeitas ao regime especial, e as não empresárias, sujeitas ao regime geral, formalmente representadas pela sociedade simples.

A sociedade simples passará, a seguir, a ser o objeto imediato deste estudo. Contudo, como os temas não podem se dissociar, a denominada unificação do direito privado e o regime jurídico especial do empresário não deixarão de ser analisados. Busca-se ao final, a constatação sobre as efetivas distinções entre o regime geral e o regime especial dedicado ao empresário, ressaltando-se, desde já, que este estudo se restringirá a matéria societária.

juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício.” (MARCONDES, *Questões de direito mercantil*. p.7.)

CAPÍTULO II - AS SOCIEDADES NÃO SUJEITAS AO REGIME COMERCIAL NO DIREITO COMPARADO.

1. Sociedade Simples nas Legislações Suíça e Italiana.

1.1. Breve Introdução Histórica.

É possível verificar que as sociedades surgiram para o direito de maneira bastante distinta da forma como são atualmente tratadas. NELSON ABRÃO³³ traz importantes considerações ao evidenciar que primitivamente, destacavam-se no ocidente as concepções germânica e romana de sociedade.

Após uma fase inicial de confusão, os romanos passaram a distinguir as sociedades: de um lado as em que havia manifestação da vontade dos sócios para constituição, de outro a simples comunhão. Mais tarde as sociedades romanas passaram a ser qualificadas pelo escopo da avença societária. Surgiram as *societas publicanorum*, cujo escopo era realizar empreitadas de obras públicas ou receber impostos. Este foi o primeiro tipo societário dotado de personalidade jurídica. O direito romano era caracterizado pela ausência de estrutura rígida na formação das sociedades, assim, diversas formas societárias foram criadas, conforme as necessidades da vida prática. Com o desenvolvimento da economia, que de exclusivamente rural passou a sofrer influência do emergente comércio, as sociedades comerciais começaram a se destacar das demais. Dessa feita, não demorou às sociedades comerciais adquirirem características particulares como a disciplina especial da responsabilidade dos sócios e a personalidade jurídica. Essas peculiaridades levaram muitos autores a separar as sociedades comerciais das civis e a considerar que tais sociedades constituíam sistemas jurídicos independentes³⁴. Esse

³³ ABRÃO, Nelson. *Sociedade simples, novo tipo societário?*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1975, p.13.

³⁴ Sobre o assunto, vide BOLLAFI, Renzo. *La società semplice*, edição de 1947, p.14. Também encontrado em ABRÃO, p.14.

momento histórico é de grande importância, pois possivelmente seja o início da separação dos regimes civil e comercial no que tange ao direito societário.

Em contra partida, no Direito Germânico prevalecia o sistema da “mão comum”, segundo o qual um direito pertence a vários titulares não individualmente, mas em sua coligação, ou seja, os bens pertencem a varias pessoas e a participação de cada um não pode ser determinada por quotas ideais. Diferentemente do Direito Romano, o Direito Germânico não conhecia a noção de personalidade jurídica.

Com o passar do tempo, as sociedades civis, estruturadas conforme o Direito Romano, ou foram desaparecendo ou foram se assemelhando as sociedades comerciais. Nesse ponto, os dois regimes (civil e comercial) voltam a se encontrar. Como observar-se-á a seguir, as sociedades germânica e romana influenciaram sobremaneira as codificações posteriores, inclusive no tocante as sociedades simples.

1.2. A Unificação dos Regimes e a Sociedade Simples no Código de Obrigações Suíço.

Conforme anteriormente afirmado, o Código Civil brasileiro foi inspirado na codificação italiana de 1942 que por sua vez teve como modelo o Código de Obrigações Suíço de 1911. Este código unificou parcialmente o direito privado, procurando eliminar as distinções civil/comercial principalmente no que tange ao direito obrigacional contratual. Como não poderia deixar de ser, tal unificação não estaria completa se o legislador helvético mantivesse a expressão “sociedade civil”. Portanto, não pode deixar de criar um tipo societário cujo escopo fosse substituir a incomoda sociedade civil, de origem notadamente romana. Assim, criou a sociedade simples para disciplinar as relações de natureza não comercial e para servir de fonte normativa subsidiária às sociedades comerciais.

O Código suíço trata da sociedade simples em seu Título vigésimo terceiro, artigos 530 a 551³⁵, da Segunda Parte, consagrada aos “Contratos”, enquanto que as “Sociedades Comerciais” vêm disciplinadas na parte seguinte, a Terceira, artigos 552 a

827. Como se percebe, a sociedade simples foi regulada na parte destinada aos contratos, logo antes dos dispositivos relativos às sociedades. Esse posicionamento não ocorreu por acaso, o legislador suíço tratou a sociedade simples antes das demais, pois intencionou que aquela funcionasse como fonte normativa aos outros tipos societários³⁶.

A referida codificação, no que concerne à sociedade simples, era uma mescla de institutos latinos e germânicos. No início adotava o regime patrimonial da co-propriedade indivisa (de origem latina) e as regras sobre responsabilidade perante terceiros e representação (próprias do direito germânico). Com a reforma do Código de Obrigações, a Sociedade Simples Suíça adquirira semelhanças em relação à sociedade civil germânica, trocando o regime da co-propriedade pelo regime da mão comum.

Em princípio, a sociedade simples suíça não possui personalidade jurídica. Como reflexo da adoção do regime da mão comum, os bens da sociedade pertencem em comum aos sócios. Dessa forma, os credores individuais dos sócios não podem atingir os bens sociais, senão sobre a quota parte do sócio devedor.

Também como reflexo da adoção do regime da mão comum e, naturalmente, pela sua despersonalização, as obrigações assumidas coletivamente, ou por meio de representação, são solidárias (art.544, 3), salvo pacto contrário, sempre sem o caráter de subsidiariedade³⁷. Por outro lado, as dívidas contraídas por um sócio, mesmo que sejam no interesse da sociedade, obrigam apenas o sócio contratante.

A responsabilidade solidária dos sócios é uma das características que aproxima a sociedade simples suíça das sociedades comerciais. As sociedades civis costumam se caracterizar pela responsabilização dos sócios pelas dívidas de maneira proporcional ao capital que cada sócio investiu. A antiga sociedade civil brasileira adotava o regime da proporcionalidade na responsabilidade como consequência do sistema civilista

³⁵ Esses dispositivos podem ser observados na íntegra, vide anexo 1.

³⁶ Esse posicionamento da matéria disciplinadora da sociedade simples no capítulo reservado aos contratos é prerrogativa do Código de Obrigações Suíço. O Código Civil brasileiro trata do assunto no título destinado às sociedades, assim como o Código Civil italiano.

³⁷ Vale dizer que os credores da sociedade simples suíça, ao buscarem seus créditos, não necessitam primeiramente esgotar o patrimônio social, podem fazer valer seus direitos diretamente sobre os bens pessoais dos sócios.

positivado no Código Civil brasileiro de 1916 que assim exigia. A sociedade simples brasileira herdou este sistema e passou a ser, no Brasil, a única sociedade de responsabilidade ilimitada cujas perdas são arcadas por todos os sócios na proporção de suas quotas.

O Direito suíço dispensa qualquer formalidade para constituição da sociedade simples. Há completa liberdade de associação, pode resultar de uma convenção verbal ou mesmo de fatos presuntivos. Os integrantes podem constituir a sociedade simples fora da nomenclatura e das exigências das sociedades comerciais, mesmo que tenha finalidade pecuniária.

Conforme acima exposto, a sociedade simples será despersonalizada, a menos que seja registrada no registro de comércio competente. Se assim ocorrer, a sociedade simples adquirirá personalidade jurídica, mas deixará, necessariamente, de ser simples, pois terá de adotar a forma de uma sociedade comercial.

Após análise das características da sociedade simples suíça, passa-se adiante a tratar da sociedade simples no Direito italiano.

1.3. A Unificação dos Regimes e a Sociedade Simples no Código Civil Italiano de 1942.

1.3.1. Aspectos gerais.

No Direito italiano, a unificação de regimes se deu de maneira muito mais ampla que no Direito suíço, pois o legislador procurou estender a unificação a todo direito privado, inclusive o trabalhista. Por ser uma bem-vinda resposta ao clamor doutrinário para realização da unificação do direito privado, este Código Civil de 1942 é considerado por alguns juristas como verdadeiro *Digesto da Modernidade*³⁸.

Assim como ocorreu no Direito suíço, a unificação de regimes exigiu a extinção da sociedade civil, para que em seu lugar surgisse a sociedade simples. No entanto, a

³⁸ BARRETO FILHO, Oscar. *A atividade negocial do anteprojeto no código civil*. Em aula proferida sob os auspícios da Associação dos Advogados de São Paulo, 25/09/1974 in ABRÃO, p.09.

sociedade simples não nasceu somente para servir de tipo societário cujo objeto se traduzisse em atividade não comercial. A exemplo da legislação suíça, no Direito italiano a sociedade simples também cumpre função de ser fonte normativa para as demais sociedades. Sobre o tema, é preciso o ensinamento de ANTÔNIO BRUNETTI ao afirmar que algumas normas da sociedade simples são supletivas das da sociedade em nome coletivo: “A sociedade simples nasceu com o Código de 1942. Não é exato que corresponda à velha sociedade civil. Estruturalmente, põe-se ao lado das sociedades comerciais de pessoas. Muitas de suas regras formam o ordenamento da sociedade em nome coletivo.”³⁹

Nota-se aqui a interpenetração entre os dois regimes. Conforme afirmou NELSON ABRÃO⁴⁰, no direito societário italiano, não há compartimentos estanques. Há um livre trânsito das normas de um campo para o outro. Tal interpenetração normativa resta ainda mais evidente se for considerada a possibilidade de uma sociedade de objeto não comercial (simples, portanto) adquirir a forma de uma sociedade comercial, passando a ser regulada pelas normas próprias do tipo de sociedade que assumiu.

RENZO BOLLAFI, por outro lado, adverte os entusiastas da unificação, relativizando os ensinamentos de ANTÔNIO BRUNETTI ao não admitir que a sociedade simples seja a base comum de todos os contratos sociais. Para o autor, o referido tipo societário:

...representa apenas a estrutura na qual se inspiram, salvo desvios, a sociedade em nome coletivo e a em comandita simples, assim como a sociedade por ações constitui a estrutura a qual se adequam a em comandita por ações e a de responsabilidade limitada.⁴¹

LORENZO MOSSA, abordando outro aspecto, contribui com a doutrina que identifica a gradativa assimilação da sociedade simples à comercial. Afirma apresentar-se a sociedade simples como um órgão *interna corporis* que adquire o caráter comercial se se projetar exteriormente. Para entender melhor esta interessante

³⁹ BRUNETTI, Antônio. “*Trattato del Diritto delle Società*”, volume I, 1948, página 325 in ABRÃO, p.20.

⁴⁰ ABRÃO, p.20 *usque* 22.

proposição, é necessário esclarecer que a exemplo do que ocorre no Direito suíço, a sociedade simples italiana não possui personalidade jurídica. Assim, o convencionado entre os sócios valeria somente *interna corporis*, entre os sócios, pois sua despersonalização não permite que a sociedade simples projete-se nas relações exteriores que envolvam terceiros estranhos ao quadro social. Desse modo, MOSSA afirma que quando a sociedade simples projetar-se exteriormente, estará agindo como uma sociedade comercial em nome coletivo. Nas palavras do Autor: “A sociedade simples, quando destinada a operar com o público, ou de fato opera com este, é tratada como uma sociedade em nome coletivo.”⁴²

Embora interessante sob o aspecto da assimilação da sociedade simples à comercial, a opinião acima explanada foi objeto de fortes críticas de renomados juristas italianos. Os doutrinadores mais recentes não admitem que a sociedade civil ou simples somente se distinga das sociedades comerciais quando se limite a ser uma sociedade interna. Por todos, vale apresentar a opinião de GIUSEPPE FERRI⁴³, para quem “no sistema atual (Código Civil Italiano de 1942) as sociedades internas desbordam seguramente da noção de sociedade”.

Em que pese a discussão sobre a natureza com que a sociedade simples italiana se projeta em suas relações externas ser de extrema importância para o Direito daquele país, não é necessário que nela se prossiga, pois goza de graça meramente acadêmica e ilustrativa quando o objetivo do estudo da sociedade simples italiana se restringe ao fornecimento de subsídios para melhor entendimento da sociedade simples no Direito brasileiro. Isso ocorre porque a razão do embate doutrinário é justamente a despersonalização da sociedade simples italiana. Como a sociedade simples brasileira possui personalidade jurídica, não há o que se discutir sobre a forma que se apresentará em suas relações exteriores. Apresentar-se-á como pessoa jurídica que é, com a forma regulamentada pelo Código Civil brasileiro nos artigos 997 a 1038,

⁴¹ BOLAFFI, Renzo. “*La società semplice*”, 1947.p.69. in ABRÃO, p.26.

⁴² MOSSA, Lorenzo. *Tratado del nuovo diritto commerciale*. tomo II, *Società commerciale personali*. 1951, p.238. in ABRÃO, p.21.

⁴³ FERRI, Giuseppe. *La società*. 1971, p.36 in ABRÃO, p.26.

exceto se os sócios preferirem que a sociedade simples adote a forma de uma sociedade comercial.

De todo exposto nessas considerações gerais, importante ressaltar que no direito italiano, a sociedade simples nasceu com funções diferenciadas e muito mais amplas que a antiga sociedade civil. Conforme anteriormente visualizado, a sociedade simples funciona como uma ponte entre os regimes de direito comercial e civil. É bem verdade que os autores italianos muito discutiram sobre a verdadeira amplitude dessa mediação. Para alguns, como LORENZO MOSSA, a pretensão unificadora foi alcançada com sucesso, chegando a identificar situações em que na prática as sociedades simples se confundem com sociedades comerciais. Todavia, há autores, como GIUSEPPE FERRI que não admitem tal confusão. Há ainda autores, como RENZO BOLAFFI, que advertem os mais crentes da unificação afirmando que a sociedade simples não pode ser tida como a base comum de todos os contratos sociais. Apesar da divergência doutrinária acerca da amplitude da interpenetração normativa entre os regimes, certo é que em um sistema jurídico que busca a unificação, a sociedade simples pode ser, de maneira ou outra, vista como um campo para o câmbio de normas entre os regimes, pois é inequívoca a possibilidade de aplicação subsidiária das normas regulamentadoras da sociedade simples aos outros tipos societários.

Além do escopo de servir como fonte normativa subsidiária a outras sociedades, a sociedade simples italiana também representa a veste jurídica para atividades não empresariais, cuja exata noção será tratada a seguir.

1.3.2. Objeto da Sociedade Simples no Direito Italiano.

É de suma importância para o prosseguimento deste trabalho, que se defina neste momento o objeto da sociedade simples italiana. Segundo o Código Civil de 1942, art. 2249⁴⁴, sociedade simples está destinada a ser o invólucro jurídico da

⁴⁴ Código Civil Italiano de 1942. Art. 2249.

atividade não comercial. Essa afirmação isolada não é de muita utilidade, pois se faz necessário precisar o que é considerada atividade não comercial na Itália.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o legislador italiano, apesar de no Código Civil de 1942 já conhecer e utilizar os conceitos de empresa e empresário, preferiu definir o objeto sociedade simples como a atividade diversa da comercial. Essa opção salta aos olhos, pois ao mesmo tempo em que o Código Italiano conceitua empresário e o insere no sistema jurídico, adotando a teoria da empresa, permanece fazendo referência ao termo “comerciante” e apresentando rol de atividades sujeitas ao registro de comércio⁴⁵, demonstrando assim estar a comercialidade e a teoria dos atos de comércio ainda muito presentes no sistema jurídico italiano⁴⁶. Tal apontamento chama atenção justamente por dificultar a definição do objeto da sociedade simples. Ao estabelecer que o objeto da sociedade simples se traduz na atividade diversa da comercial, o legislador não especificou se estava se referindo às atividades que não envolvem atos de comércio (teoria dos atos de comércio) ou se estava se referindo às atividades de cunho não empresarial⁴⁷.

Adentrando propriamente no estudo do objeto da sociedade simples italiana, depara-se aqui com os primeiros indícios de limitação à aplicação prática deste tipo societário. Alguns dos autores italianos consultados são categóricos ao afirmar que na Itália, a atividade rural é a única não comercial sujeita ao regime societário. Assim sendo, como espécie de sociedade, a sociedade simples somente seria utilizada como estrutura societária da atividade rural. São representantes dessa corrente os autores

As sociedades que tiverem por objeto o exercício de uma atividade comercial, devem constituir-se de acordo com um dos tipos regulados nos capítulos III e seguintes deste título [D.T., arts. 205 e 206]

As sociedades que tiverem por objeto o exercício de uma atividade diversa, são reguladas pelas disposições das sociedades simples, a não ser que os sócios tenham querido constituir a sociedade de acordo com um dos outros tipos regulados nas Capítulos III e seguintes deste Título.(...)

⁴⁵ O Código Civil italiano de 1942 elenca as atividades sujeitas ao registro de comércio, enunciando no art. 2195. “Estão submetidos à obrigação de inscrição no Registro das Empresas os empresários que exercem:

1. uma atividade industrial dirigida à produção de bens ou de serviços;
2. uma atividade intermediária na circulação dos bens;
3. uma atividade de transporte por terra, por água ou por ar;
4. uma atividade bancária ou de seguros;”

⁴⁶ Cf. BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. p.302

GIAN CAMPOBASSO⁴⁸ e ANTÔNIO BRUNETTI, sendo que o último, ao tratar do tema, define a utilidade prática da sociedade simples da seguinte maneira:

Mostra uma afinidade teleológica com a parceria agrícola, na qual um concedente e um ou mais colonos se associam para o cultivo de um fundo ou para o exercício de atividades conexas, com o fim de dividir os produtos e vantagens (art. 2.164). Será o tipo adequado para as atividades agropecuárias.⁴⁹

FRANCESCO MESSINEO⁵⁰ amplia o espectro de utilização da sociedade simples ao afirmar que a sociedade simples, no direito italiano, fica reservada como veste jurídica da “atividade agrícola ou da gestão de imóveis.”

GIUSEPPE FERRI⁵¹ ensina que o campo típico da sociedade simples é a atividade agrária, todavia, diz haver possibilidade da utilização desse tipo societário “na hipótese de sociedades ocasionais, quando o objeto da sociedade seja uma pequena empresa e a sociedade não seja constituída segundo um dos tipos consentidos para o exercício em comum de uma pequena empresa.”

Como visto não há divergência doutrinária acerca da sociedade simples ser tipo societário destinado preponderantemente à atividade agrária, entendendo alguns autores que a tal atividade se restringe, em oposição a outros que vêem um campo de atuação mais amplo. Todavia, a despeito dessas discussões, aos objetivos deste trabalho interessa saber a opinião dos autores italianos acerca da possibilidade de a sociedade simples ser tipo societário a albergar a união de esforços para o desempenho de profissão regulamentada, por exemplo, uma sociedade de médicos.

RENZO BOLLAFFI⁵² é defensor dessa possibilidade, afirma que a sociedade simples foi criada, sobretudo, para o exercício da atividade agrária, no entanto, para o

⁴⁷ Vide nota de pé de página nº 84 para melhor compreensão da relação semântica entre os termos “não comercial” e “não empresarial”

⁴⁸ “solo l’attività agricola è giuridicamente qualificabile come attività non commerciale.” (CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale – diritto delle società*. Torino: UTET, 1988.p.55/56.)

⁴⁹ BRUNETTI. p.344. in ABRÃO, p.27

⁵⁰ MESSINEO, Francesco. *Derecho civil y comercial*. tradução argentina de MELENDO, Santiago Sentis, tomo V, 1955. p.308 in ABRÃO, p.27

⁵¹ FERRI. p.64. in ABRÃO, p.27

⁵² BOLLAFFI.p.6. in ABRÃO, p.27

autor, nada impede que também seja utilizada para o exercício em comum de uma profissão.

Outros autores, como GIUSEPPE FERRI⁵³, negam à associação de profissionais não somente o caráter de sociedade simples, mas também a própria condição de sociedade. Para o autor: “Não entram no âmbito da sociedade simples, enquanto desbordam diretamente da noção de sociedade, as associações de profissionais para o exercício em comum de atividades profissionais.” O mestre justifica sua assertiva no fato de a atividade ser executada de modo individual, havendo somente um rateio de despesas e proventos, completando: “o exercício das profissões liberais não é de per si, qualificável como atividade econômica. Pode tornar-se só se se inserir com elemento de uma atividade empresária.”

MARIO CASANOVA⁵⁴ faz importantes considerações ao enunciar que: “O caráter estritamente pessoal da atividade profissional impedirá que ela possa ser referida, ao contrário do que aos profissionais individuais que a cumprirem pessoal e efetivamente a um ente abstrato ou a um grupo unificado de muitas pessoas”.

Certamente, a simples colocação das assertivas acima expostas não é nada esclarecedora e efetivamente não resolve a problemática acerca da possibilidade da atividade exercida por profissionais ser juridicamente sujeita aos regulamentos da sociedade simples. Ocorre que neste item do trabalho, não se pretende a resolução do impasse ou seu detalhamento. Pretende-se, tão somente, apresentar a opinião dos doutrinadores italianos para que se tenha noção do pensamento que permeava o país na década de setenta. Mais adiante, quando se tratar do objeto da sociedade simples no direito brasileiro, o tema será analisado de maneira mais ampla.

De todo modo, independentemente discussão acima relatada, certo é que para grande maioria dos juristas italianos, a sociedade simples tinha por objeto primeiro a atividade rural. Nesse sentido, O Prof. da Universidade de Napoli, GIAN CAMPOBASSO⁵⁵, defensor da idéia que restringe à atividade rural o campo de atuação da sociedade simples, esclarece que mesmo aqueles que exercem atividade

⁵³ FERRI. p.66 in ABRÃO, p.28

⁵⁴ CASANOVA, Mario. *Le imprese commerciali*, 1955. p. 159 in ABRÃO, p.28

rural não utilizam o tal tipo societário para estruturar seus negócios. Segundo o autor italiano, por uma série de motivos, as empresas agrícolas têm preferido adotar o regime das sociedades de capital ou das sociedades cooperativas; isso quando não utilizam o contrato associativo.

Assim, conclui o doutrinador que a sociedade simples ganha importância somente por ser protótipo normativo das sociedades de pessoas. Sua disciplina é em linha de princípio aplicada à sociedade coletiva e comandita simples, o que a faz possuir relevante papel normativo no âmbito das sociedades de pessoas. No entanto, arremata CAMPOBASSO, isso exaure sua importância, dado que na prática não possui significativa difusão como tipo societário aplicável a determinada atividade.

De todo exposto, verifica-se que os autores italianos possuem opiniões divergentes acerca do que seria atividade não comercial, ou seja, objeto da sociedade simples. Das obras consultadas, parece estar a maioria mais inclinada a admitir que a sociedade simples pode revestir a atividade rural, mas possui escassa utilidade prática como tipo societário.

Após a exposição desse quadro geral sobre a regulamentação da sociedade simples na Suíça e Itália, países que como o Brasil, aderiram a reunião da legislação comercial e civil sob o mesmo diploma, apresentar-se-á na seqüência um rápido panorama da legislação e das opiniões dos autores provenientes de países que não adotaram o sistema unificado. Estas considerações são especialmente relevantes no que atine ao objeto da sociedade não sujeita ao regime especial e o que a distingue das sociedades sujeitas ao regime especial, sejam elas denominadas comerciais ou empresariais.⁵⁶

2. Relação Entre Direito Societário Civil e Comercial na Legislação Francesa, Argentina e Alemã.

2.1. Sociedade Civil em França.

⁵⁵ CAMPOBASSO. p.55 et,seq...

⁵⁶ Sobre a relação entre os termos “comercial” e “empresarial”, vide nota de pé de página nº 84.

Primeiramente, cumpre reproduzir, sinteticamente, os ensinamentos de PAUL DIDIER⁵⁷ sobre o direito societário francês. Segundo o autor, em sua antiga configuração, o Código napoleônico previa nos art. 1841 e 1842 três tipos de sociedades:

- a) *Celles par lesquelles plusieurs personnes s'associaient pour une entreprise désignée.* Este tipo societário, constituído por uma empresa determinada, caracteriza-se pelo agrupamento de comerciantes com o objetivo comum de exercer determinada atividade comercial.
- b) *Celles qui n`se appliquaient qu`à certaines choses déterminées.* É a sociedade de determinada coisa ou coisas. Como aqueles que possuem um barco em sociedade.
- c) *Celles qui étaient conclues pour l'exercice de quelque métier ou profession.* Associação de profissionais para o exercício de profissão em comum.

Hoje em dia, explica o autor, o texto mudou. A lei de reforma das sociedades civis (1978) que notadamente as aproximou das sociedades comerciais revogou os artigos 1841 e 1842 do antigo Código Civil. As sociedades de coisas e de profissionais não aparecem mais.

Boa parte da doutrina passou a considerar a sociedade como uma técnica de organização da empresa. Entretanto, ao mesmo tempo, as sociedades profissionais como as sociedades de coisas, estas modernamente chamadas de sociedades de gestão, adquiriram na prática e na doutrina, importância que jamais tiveram, a ponto de muitos autores proporem a volta da tríplice classificação das sociedades. Assim, autores como COZIAN E VIANDIER⁵⁸ passaram a defender a idéia de que se a sociedade é uma técnica de organização da empresa, pode também ser a técnica de organização de uma parceria, reunindo sócios que desejem exercer profissões em comum ou pode ainda ser uma técnica de organização do patrimônio. Uma forma de melhor gerenciar uma massa de bens comuns, como por exemplo, as Sociedades Imobiliárias.

Em todo caso um limite se impõe no direito francês: a sociedade é uma técnica de organização de atividade de caráter econômico, e qualquer organização que não

⁵⁷ DIDIER, Paul. *Droit commercial (l'entreprise en société)*. 2ª ed. Paris: Universitaires de France, 1997. p. 37

possuir esse caracter não será comercial. DIDIER⁵⁹ ainda menciona que a jurisprudência francesa tem excluído do conceito de sociedade que, na tradução literal, prometem a seus membros o gozo de afetos, amores ou as distrações, diversões que pode proporcionar a vida normal. Assim se excluem, por exemplo, os círculos literários ou musicais. As instituições formadas com vistas ao favorecimento da literatura, da música, das artes e das ciências e das congregações religiões também são excluídas do conceito de sociedade, mesmo que seus membros cobrem *couvert* pelas apresentações. As organizações que tem como finalidade propagar as idéias de seus membros também não são sociedades, assim como as associações destinadas à fundação de escolas de livre ensino primário, mesmo que os serviços prestados possam ser avaliados financeiramente e, finalmente, de maneira mais abrangente, não serão sociedades todas as associações que possuam trabalho de interesse misto, geral e particular, que não proporcionem a seus membros vantagens monetárias, mas somente morais.

PAUL DIDIER também expõe sobre as sociedades de profissionais, de especial interesse ao presente estudo, pois como será demonstrado mais adiante, as sociedades de profissionais são, no direito brasileiro, sujeitas ao revestimento jurídico da sociedade simples.

No ensinos do autor, a lei de 29/11/1966 autorizou os profissionais liberais a exercer suas profissões sob o *sein de sociétés civiles professionnelles*, e a lei de 31/12/1990 permitiu a criação de *sociétés professionnelles commerciales*. Essas sociedades, tanto civis como comerciais, devem ter como objeto exclusivo o exercício em comum da profissão de seus membros, que propõem aos seus clientes um exercício remunerado e vivem da venda de sua produção. Embora possa haver hesitação em se admitir o caráter mercantil de uma atividade liberal e, embora a atividade liberal mercantil conserve uma série de características da atividade liberal tradicional, o autor

⁵⁸ COZIAN e VIANDIER. Droit des sociétés. 4ªed. LITEC. P.16 in DIDIER. p.39.

⁵⁹ DIDIER. p.45

pensa que se deve considerar a sociedade de exercício liberal como uma variante da empresa mercantil e não como uma entidade específica.⁶⁰

BRULIARD e LAROCHE⁶¹ complementam as explicações de Paul Didier e dissertam sobre a sociedade civil no direito francês estabelecendo, de início, distinção pouco esclarecedora ao mencionar que sociedade civil é aquela que possui objeto civil e sociedade comercial a que possui objeto comercial.

Fazem os autores a advertência que após a Lei de 01/08/1893 todas as Sociedades Anônimas seriam sociedades comerciais, mesmo que possuíssem objeto civil. Entretanto, as constituídas antes da promulgação da lei, continuariam sendo Sociedades Anônimas civis.

Afirma ainda, por derradeiro, ser importante a distinção entre sociedades civis e comerciais principalmente por três motivos: As sociedades civis não necessitam contrato por escrito; as sociedades civis não são submissas a as normas de publicidade que atingem as sociedades comerciais e sociedades civis escapam as regras especiais que governam os comerciantes, notadamente no que concerne aos livros de comércio, o regime fiscal, dos procedimentos de falência e liquidação judiciais e na competência do Tribunal Comercial para o julgamento das causas obviamente comerciais.

2.2.Sociedade Civil na Argentina.

No tocante ao direito societário argentino, EFRAÍN RICHARD⁶² faz relevantes considerações acerca da distinção entre sociedade civil e comercial. Afirma que para que exista sociedade no direito argentino deve existir uma relação de duração, exteriorizada, de origem negocial. Deve haver separação dos patrimônios dos sócios e da sociedade. Não é suficiente a mera atuação com fim comum. É necessária uma

⁶⁰ *ibid.* p.40

⁶¹ BRULLIARD, Germain e LAROCHE, Daniel. *Principes de droit commercial*. Paris: Presses Universitaires de France, 1950. p.71 e 72.

⁶² RICHARD, Efrain Hugo e MUINO, Orlando Manoel. *Derecho Societário*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. p.16

organização jurídica que permita à sociedade contrair obrigações e direitos imputáveis diferencialmente ao patrimônio da sociedade e dos sócios.

Segundo o autor, a diferenciação substancial entre sociedade civil e comercial não mais é possível, pois a determinação do conceito de comerciante, que antes permitia tal distinção, foi eliminada. As diferenças ficam por conta das formalidades legais. Serão sempre comerciais, independentemente de sua atividade, as Sociedades Anônimas, Comandita por Ações e Sociedades de Responsabilidade Limitada.

RICHARD também ressalta característica do direito argentino que o não está presente no direito societário brasileiro, afirmando que: “grande parte da doutrina aceita que a sociedade civil é um tipo societário que pode desempenhar atividade civil e comercial, partindo da inexistência de proibições em tal sentido...”⁶³. Todas essas tendências apontam para a unificação do direito societário, com a paulatina diminuição das diferenças entre sociedades civis e comerciais.

Entretanto, ainda existe na Argentina as seguintes diferenças normativas:

A sociedade civil deve ser constituída por escritura pública, a comercial pode ser constituída por escritura pública ou privada.

A sociedade comercial deve ser registrada, alguns de seus atos devem ser publicados e deve se ajustar a um dos tipos previstos em lei. À sociedade civil nada disso é exigido.

A Sociedade Comercial esta obrigada a ter um sistema de contabilidade não exigido da sociedade civil, a menos que tenha atividade comercial.

Quanto a responsabilidade dos sócios. Nas sociedades civis regulares não existe responsabilidade solidária, salvo pacto em contrário. Nas sociedades comerciais, como a sociedade coletiva, todos os sócios contraem responsabilidade ilimitada, subsidiária e solidária, sendo que disposição em contrário não afeta terceiros.

Ainda ressalta EFRAIN RICHARD⁶⁴ que a classificação de uma sociedade, se civil ou comercial, somente é válida para seu funcionamento interno, pois nos atos que

⁶³ *ibid.* p.17: “gran parte de la doctrina acepta que la sociedad civil es un tipo societario que puede tener actividad civil o comercial, partiendo de la inexistencia de prohibiciones en tal sentido...”

⁶⁴ *ibid.* p.18

realizar com terceiros, aplicar-se-á a lei comercial ou civil dependendo da natureza da controvérsia.

2.3.Relação entre direito Civil e Comercial na Alemanha.

Este ponto receberá abordagem distinta dos anteriores. Em vez de direcionar o estudo para o direito societário alemão, optou-se por uma análise mais afeta ao conceito de comerciante e de atividade lucrativa, visando, com essa escolha, privilegiar os ensinamentos doutrinários alemães que possam contribuir com a definição do objeto da sociedade simples no direito brasileiro, a ser realizada a diante.

Inicia-se este ponto a partir das considerações feitas por RAISCH⁶⁵ em relação aos conceitos de comerciante e empresa. Segundo o autor o conceito jurídico de empresa não é uma categoria definida no direito comercial. Para esta ciência, afirma o autor, empresário é quem oferece prestações com valor econômico a outros participantes do mercado de forma independente e mediante uma unidade econômica organizada, estabelecida de forma duradoura. Partindo-se deste conceito, é possível afirmar que empresa é a unidade econômica organizada mediante a qual o empresário atua no mercado. Tem a empresa como característica inafastável a atuação no mercado, exercendo atividade de oferta⁶⁶.

Em relação ao comerciante, KARSTEN SCHMIDT⁶⁷ ensina que para o Código de Comércio e ao pensamento tradicional do direito comercial alemão, quem ocupa o ponto central da matéria é o comerciante e não a empresa ou o empresário. Os comerciantes constituem o âmbito de genuínos destinatários das normas do HGB (Código de Comércio alemão). A categoria é formada pelos comerciantes que o são em virtude de lei (*comerciantes formales*) e por aqueles que desenvolvem atividade comercial, arrematando o doutrinador com o ensinamento de que a exceção daqueles

⁶⁵ RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*. p.119 et. seq. in SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial* (tradução de Federico E. G. Werner). Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. p.67

⁶⁶ Segundo SCHMIDT (loc.cit. p.296) Não é suficiente que a atividade se realize apenas em um mercado interno, como no caso de um armazém que somente atende os próprios empregados ou que só atende a sócios. Nesse caso não há exploração de atividade lucrativa.

⁶⁷ SCHMIDT.p.288

que são comerciantes pela forma, somente pode ser agente de uma “atividade lucrativa” e mercantil aquele que explora uma empresa⁶⁸. A inscrição no Registro de Comércio pode ter efeito meramente declaratório em alguns casos (como no daqueles comerciantes que já adquirem esse *status* por natureza⁶⁹) e em outros tem efeito constitutivo (caso dos chamados comerciantes por opção, que está facultado a submeter-se ao direito comercial).

SCHMIDT⁷⁰ ainda trata do conceito de “actividad lucrativa”. Cabe abrir um parêntese e ressaltar que o que foi traduzido pelo tradutor argentino como atividade lucrativa pode ser analogamente relacionado com o que entendemos por atividade empresária.

O HGB aponta expressamente o conceito de atividade lucrativa. Pode-se descrevê-la como atividade profissional e independente – mas não artística, científica ou profissional liberal – que se desenvolve com a intenção de obter lucro de forma continuada. A independência é condição imprescindível: só quem é titular de empresa pode ser agente e sujeito de uma atividade lucrativa e ser comerciante; o empregado não pode sê-lo.

No tocante a profissionalidade, SCHMIDT⁷¹ faz interessantes considerações. Primeiramente informa que a profissionalidade se aplica somente às pessoas físicas, indagando o autor alemão que se assim não fosse, qual seria a profissão de uma sociedade? O autor afirma ainda que o agente que atua empresarialmente automaticamente atua de maneira empresarial.

Adentrando no tema que mais interessa a este estudo, SCHMIDT⁷² ensina que no direito alemão existem certos grupos que tradicionalmente se excluem do conceito de atividade lucrativa, embora atuem independentemente e de modo organizado não são

⁶⁸ Note-se que nesta frase, o termo “comerciante” poderia ser perfeitamente substituído pelo termo “empresário”. Assim, conclui-se que ou o autor ou o tradutor não fizeram distinção entre os termos.

⁶⁹ “Quien es comerciante, como consecuencia de su actividad económica (§ 1º, II, HGB), lo es sin que se deba tener en cuenta si está inscripto o no en el Registro de Comercio” SCHMIDT.p.289.

⁷⁰ *ibid.*p.290/291

⁷¹ *ibid.*p.292

⁷² *ibid.* p.293

atividades lucrativas a científica, a artística e as profissões liberais⁷³. O fundamento desta limitação se encontra na tradição do direito profissional. Apenas se pode justificar pelos ensaios de justificação histórica⁷⁴. Embora existam imagens profissionais mais definidas, há de se reconhecer que persistem problemas de delimitação⁷⁵. Possível, então, afirmar que o conceito de atividade lucrativa é ainda mais impreciso do que o conceito de empresa utilizado no direito comercial.

2.4. Considerações Gerais

De todo exposto neste capítulo, faz-se necessário ressaltar alguns pontos de maior importância. Primeiramente há que se notar que mesmo nos países em que não se optou pela unificação legislativa do direito privado, há grande influência da teoria da empresa. França, Argentina e Alemanha foram capazes de adaptar seu direito às novas concepções doutrinárias mantendo a orientação dualista na legislação. Sobre o tema, RUBENS REQUIÃO⁷⁶ já alertava que para acompanhar as evoluções científicas, notadamente as que concernem à teoria da empresa, é inútil a unificação legislativa e a criação de institutos sem tradição histórica como a sociedade simples, bastando o incremento dos institutos já existentes.

Para além das críticas à unificação, é necessário ressaltar que nas exposições sobre o direito francês e argentino, é possível observar que as sociedades sujeitas ao regime especial, ou seja, sociedades comerciais ou empresárias, recebem tratamento significativamente diferenciado em relação às sociedades sujeitas ao regime geral, ou

⁷³ Não realizam atividade lucrativa os profissionais liberais, tais como médicos, dentistas, advogados, notários, contadores públicos, assessores impositivos e arquitetos; mas a realizam os farmacêuticos. Desse modo, uma sociedade de advogados ou consultório médico explorado em comum constitui-se mera sociedade de direito civil.

⁷⁴ Assim, por exemplo, mediante a invocação das motivações idealistas, do caráter predominantemente pessoal da atuação, do alto nível socialmente elevado da atividade ou do direito profissional de tais grupos profissionais.

⁷⁵ O autor questiona: onde termina a atividade científica de um perito em economia da empresa e onde começa o assessoramento econômico de empresas? Onde termina a atividade artística e onde começa a atividade artesanal, ou seja, lucrativa? O que diferencia exatamente a profissão de intérprete, como profissão liberal, da de tradutor como atividade econômica? Quando se trata de assistência paga prestada em sanatórios e asilos, onde está o limite entre as prestações de profissionais liberais e as de atividades lucrativas, frente aos pacientes de tais estabelecimentos?

⁷⁶ REQUIÃO. *Observações...* p. 136

seja, as sociedades civis. Essa constatação é importante na medida em que será avaliada, a seguir, a significância da distinção de regimes no direito brasileiro.

Outro aspecto relevante a ser notado é concernente ao objeto da sociedade sujeita ao regime geral. Observou-se que em França há a categoria das sociedades comerciais de profissionais liberais, ressaltando PAUL DIDIER que as sociedades de profissionais liberais devem ser consideradas uma variante das sociedades mercantis e não uma entidade específica. Já em relação ao direito Argentino, RICHARD leciona que não há mais sentido na diferenciação entre sociedades civis e comerciais, pois os atos de comércio já estão suficientemente generalizados para dispensar tratamento jurídico especial.

Finalmente, igualmente interessantes são os esclarecimentos de SCHMIDT sobre as sociedades cuja atividade não é considerada atividade lucrativa que, como anteriormente afirmado, guardam semelhança semântica as nossas atividades empresariais.

CAPÍTULO III – SOCIEDADES NÃO SUJEITAS AO REGIME COMERCIAL NO DIREITO BRASILEIRO.

1. Noções Introdutórias

Com a já estudada mudança de foco do direito comercial e com a reunião legislativa do direito privado, a sociedade civil, como estava regulamentada pelo Código Civil de 1916, não mais se coadunava com o novo sistema jurídico erigido a partir de uma concepção que desconsidera o ato de comércio como critério para sujeição de determinada sociedade ao regime especial. Desse modo, o novo Código necessitava estabelecer novas normas para disciplina do tipo societário que, por albergar atividades não empresárias, não está sujeito às normas do regime especial (regime do empresário). Nesse momento, o legislador poderia ter reformado a disciplina normativa da sociedade não sujeita ao regime especial (não empresária) e mantido a nomenclatura “sociedade civil” para designá-la⁷⁷. Porém, tal opção não se adequava à política legislativa da época. É que nosso novo Código, a exemplo do Código Civil italiano de 1942, envereda-se, pelo menos teoricamente, à diretriz unificadora do direito comercial e civil. Assim sendo, a denominação sociedade civil não soaria bem em um sistema que pretende extirpar a dicotomia civil/comercial. Diante disso, o legislador nacional buscou solução novamente no Código italiano de 1942, por sua vez inspirado no Código de Obrigações suíço de 1911, e importou o instituto da “sociedade simples”. Denominação do tipo societário sujeito ao regime geral (regime do não empresário).

Vale aqui ressaltar a opinião do Prof. Rubens Requião, que criticou avidamente a adoção da nomenclatura “sociedade simples” pelo nosso direito, comentando:

⁷⁷ Conforme visualizado no capítulo anterior, a adoção da teoria da empresa pelo direito positivado de um país não implica, necessariamente, na unificação legislativa do direito privado. Há países que reformaram sua legislação societária para adequarem-se à teoria da empresa, todavia, mantiveram a denominação sociedade civil. Em verdade, pouco importa a nomenclatura, importante é conhecer a amplitude de utilização e objeto da do tipo societário sujeito às regras do regime geral.

“temos combatido a introdução dessa nomenclatura em nosso direito, pois representa ela nada mais que a sociedade civil”⁷⁸

Independentemente das críticas, o fato é que a sociedade simples foi positivada em nosso direito objetivo. No Código Civil de 2002, a sociedade simples foi encaixada na Parte Especial; Livro II – Do Direito de Empresa; Título II – Da Sociedade; Subtítulo II – Da Sociedade Personificada; Capítulo I – Da Sociedade Simples.

Antes de se prosseguir no estudo, há ainda mais uma crítica inevitável, pois o contra-senso sistemático no atual Código Civil é flagrante em relação à posição destinada à sociedade simples. Ora, a sociedade simples representa justamente o tipo societário não sujeito ao regime de direito do empresário, todavia, sua regulamentação foi inserida no Livro II, cujo título é “Do direito da Empresa”. Nesse ponto, mais coerente foi o posicionamento do legislador italiano, que inseriu a sociedade simples no Título V (Das Sociedades), evitando assim a contradição sistemática.

Quanto a definição de sociedade simples, nem o Código italiano, nem o Código brasileiro a realizaram. O art. 530 do Código de Obrigações suíço, entretanto, apresentou o seu conceito, como se observa, pouco esclarecedor, *in verbis*:

Art. 530. A sociedade é uma sociedade simples, no sentido do presente título, quando ela não oferece características distintivas de uma das outras sociedades reguladas pela lei.

O Código brasileiro optou por definir as sociedades empresárias, relegando à sociedade simples condição residual, estabelecendo ainda que independentemente do objeto, serão sempre sociedades simples as cooperativas e sempre sociedades empresárias as sociedades anônimas, como se verifica no art. 982, *in verbis*:

⁷⁸ REQUIÃO, Rubens. Observações sobre o projeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, número 17. 1975. p.158 e 159

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.

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

Além de ser o tipo societário que funciona como veste jurídica à atividade não empresarial, a sociedade simples no direito brasileiro herdou outra característica do direito italiano. As normas que disciplinam a sociedade simples também são normas gerais, aplicáveis subsidiariamente às sociedades empresárias, ou seja, a sociedade simples também funciona como compartimento normativo suplementar. Esse aspecto será melhor tratado em item próprio⁷⁹.

Finalmente, é ainda pertinente tratar neste ponto introdutório das semelhanças e distinções da sociedade simples brasileira em relação à sociedade simples na legislação suíça e italiana. Segundo NELSON ABRÃO⁸⁰, a sociedade simples nacional possui em comum com seus modelos predecessores já estudados, as seguintes características: o fato de maneira ou outra ser sucedânea da sociedade civil; o escopo econômico; não ser, em princípio, de forma empresária e comercial e o fato de ser seu ordenamento normativo compartimento geral para aplicação normativa subsidiária às sociedades empresárias, exceto as sociedades por ações. Contudo, a sociedade simples nacional diverge das estrangeiras por ser dotada de personalidade jurídica e quanto à responsabilidade dos sócios que, legalmente, não é solidária, podendo tornar-se mediante dispositivo contratual expresso.

Apresentadas essas breves noções introdutórias, passaremos adiante ao estudo mais aprofundado da sociedade simples, seu objeto e utilidade prática. Primeiramente, porém, será necessário definir com precisão a diferença entre a sociedade simples e a sociedade civil do antigo Código Civil. Para tanto, será imprescindível um breve

⁷⁹ Vide Capítulo III, item 4.

⁸⁰ ABRÃO. p.48

estudo da sociedade civil, seguido de uma análise comparativa entre sociedade civil e simples.

2. A Sociedade Civil no Direito Brasileiro.

O antigo sistema legal brasileiro dividia as sociedades em dois grandes grupos: as civis e as comerciais. As sociedades civis foram regulamentadas pelo Código Civil de 1916 nos arts. 1363 a 1409. A definição das sociedades civis dada pelo Código de 1916 é bastante ampla e segundo WALDIRIO BULGARELLI⁸¹, capaz de conter todos os tipos de sociedade, (inclusive as comerciais) e as próprias associações. Isso ocorre porque, como se observará a seguir, o art. 1363 não era nada preciso ao enunciar, *in verbis*:

Art. 1363. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns.

De fato, como bem asseverou BULGARELLI, a definição legal pode englobar tanto as associações como as sociedades comerciais. Perante conceito tão genérico, para se distinguir as sociedades civis das associações recorria-se e recorre-se a finalidade, pois as associações não possuem fim econômico, enquanto as sociedades necessariamente possuem finalidade econômica.

Já em relação à distinção entre sociedade civil e comercial, conforme anteriormente exposto, toma-se o objeto social como critério. Todavia, as exceções não podem ser esquecidas. As sociedades anônimas são sempre sujeitas ao regime comercial, enquanto que as cooperativas eram sempre sociedades civis. Agora com o novo Código, as cooperativas serão sempre sociedades simples.

Outro aspecto importante a ser ressaltado é a possibilidade da sociedade civil, nos termos do art. 1364 do antigo Código Civil, revestir-se das formas estabelecidas nas leis comerciais. Nesse caso, a sociedade civil obedeceria aos preceitos da

sociedade comercial que elegera como forma jurídica, entretanto, continuaria sendo inscrita no registro civil de pessoas jurídicas. Assim sendo, os sócios poderiam, livremente, sempre optar pela forma de uma sociedade comercial. Nesse sentido, era possível a constituição de sociedade limitada com objeto cível, inscrita no registro civil.

Finalmente, é de grande interesse para este estudo definir-se quais eram as distinções de tratamento jurídico entre as sociedades civis e as sociedades comerciais. Para tanto, recorre-se novamente ao Prof. WALDIRIO BULGARELLI. Segundo o autor:

...enquanto o regime das sociedades civis e das associações é mais livre, deixando aos sócios inteira liberdade para dispor, disciplinado a lei apenas algumas regras básicas; já nas sociedades comerciais, dada a sua finalidade lucrativa e objeto econômico, a regulamentação é mais minudente e de forma imperativa, não tendo elas muita margem fora do quadro geral para se organizarem. Também as sociedades comerciais obedecem às formas estabelecidas pela lei, como *numeros clausus*, não sendo lícito inventarem novos tipos de sociedade fora daqueles fixados pela lei⁸²

3. Distinção Entre Sociedade Civil e Sociedade Simples.

Após a análise de algumas características da sociedade civil no antigo sistema legal brasileiro, é necessário estabelecer os limites de correlação entre a sociedade simples e a sociedade civil do Código Civil de 1916. Devemos recordar os capítulos anteriores para se ter em mente que o sistema jurídico composto pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850 sofreram forte influência do sistema francês e conseqüentemente da teoria dos atos de comércio. Distingua-se o âmbito de aplicação do direito comercial pela presença dos atos de comércio nas relações jurídicas. Assim, na esfera societária, seria comercial a sociedade que praticasse atos de comércio, com efeito, seria civil a sociedade cuja atividade não envolvesse atos de comércio. Em outras palavras, a sociedade seria reputada comercial ou não em virtude da natureza de seu objeto social, de sua atividade.

⁸¹ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.245

⁸² *ibid*, p.247 e 248.

Após a já estudada substituição da teoria dos atos de comércio pela teoria da empresa, perdeu sentido a distinção de regimes a partir da natureza da atividade exercida pela sociedade. Agora, mais importante que saber se a atividade envolve atos de comércio, é saber de que maneira se organiza e produz o agente econômico e a relevância econômica da atividade.⁸³

Assim, realmente não haveria propósito em se manter, no novo Código, pautado na teoria da empresa, o instituto da sociedade civil em contraposição às sociedades comerciais. Como a correlação deixou de ser comercial (atividade que envolve atos de comércio) / não comercial (atividade que não envolve atos de comércio) e passou a ser empresária/não empresária⁸⁴, a exemplo do ocorrido na Suíça e na Itália, o legislador brasileiro adotou a nomenclatura “simples” para designar o tipo de sociedade não empresária, em contrapartida aos tipos de sociedades empresárias previstos no Código Civil.

Desse modo, a sociedade simples definitivamente não corresponde à sociedade civil do antigo Código. Em primeiro porque a sociedade simples está afeita a atividade não empresarial, enquanto a sociedade civil estava relacionada à atividade que não envolvia atos de comércio e, conforme explicado, há profunda diferença entre esses conceitos. Em segundo porque as normas da sociedade simples, ao contrário do que ocorria com a sociedade civil, podem ser subsidiariamente aplicadas às sociedades do regime especial (empresárias), conforme abordado no Capítulo III, item 4 infra.

⁸³ Este tema foi exaustivamente tratado no cap I, onde é possível compreender melhor a mencionada transição do direito dos atos de comércio para o direito de empresa, além de ser possível verificar o que interessa para qualificação de certa atividade como empresarial ou não.

⁸⁴ Há aqui uma verdadeira celeuma semântica a ser esclarecida. Na verdade, a frase que antecede esta nota está eivada de uma incorreção que pelo exíguo e restrito espaço deste estudo não pode ser atendida no texto principal. Conforme estudado no Capítulo I, houve um deslocamento do âmbito de atuação do Direito Comercial. Sua especialidade deixou de recair sobre os atos de comércio e passou a direcionar-se ao empresário. Assim, em última análise, quando se diz que determinada sociedade, relação ou situação jurídica é comercial, quer-se dizer que envolve a figura do empresário e consequentemente da empresa. Como o legislador de 2002 extinguiu do texto normativo o termo “comercial” e o substituiu por “empresarial”, os autores erroneamente associaram o termo “comercial” a legislação revogada, sendo que somente o mencionam quando estão a falar da já obtusa distinção que toma em conta os atos comerciais. Desse modo, o binômio comercial/não comercial passou a ser utilizado unicamente como correspondente de atividade que envolve ato comercial/atividade que não envolve ato comercial. Essa idéia é falsa pois tecnicamente, o binômio comercial/não comercial

Não estão totalmente errados, entretanto, os autores que consideram a sociedade simples sucedânea da sociedade civil. É que ambas destinam-se a regulamentar os tipos societários não sujeitos ao regime especial, ou seja, não sujeitos ao Direito Comercial, desde que se tenha sempre em mente as considerações apontadas na nota de pé de página 84 supra. Os tipos societários também guardam semelhança no objeto que tratam. Já está claro que não se pode confundir o objeto da sociedade civil (atividade que não envolve atos de comércio) com o objeto da sociedade simples (atividade desenvolvida por não empresário). Todavia, essa confusão é muito comum na prática, vez que grande parte das atividades que não envolvem atos de comércio também não são praticadas por empresários. Corolário dessa afirmação é o fato de que a maioria das atividades que antes se sujeitavam ao regime jurídico da sociedade civil, passarão a sujeitar-se ao regime da sociedade simples. No entanto, a atenção aqui deve ser redobrada, pois nem todas as atividades antes objeto da sociedade civil, serão albergadas pela sociedade simples, como por exemplo, as atividades de imobiliárias, escolas e hospitais, pois apesar de não envolverem atos de comércio, o sujeito que as exerce é, na maioria dos casos, empresário.

4. Aplicação Subsidiária das Normas da Sociedade Simples às Sociedades Comerciais.

Já se dissertou acerca da dupla função da sociedade simples. Por um lado é tipo societário cujo objeto é a atividade não empresarial, por outro serve de modelo ou fonte supletiva para os demais tipos societários

O atual Código Civil prevê expressamente nos arts. 1.040, 1.046, 1.055 e 1.096 a possibilidade das sociedades empresarias regulamentadas pelo Código utilizarem-se subsidiariamente das normas destinadas à Sociedade Simples. Dessa forma, quis o legislador criar um compartimento normativo comum aos dois regimes. Estipulou

também pode ser perfeitamente utilizado, no atual Direito Comercial, como correspondente de empresário/não empresário.

regras gerais aplicáveis tanto às sociedades empresárias quanto às não empresárias (sociedade simples como tipo societário).

Para melhor entender a intenção do legislador, nada como saber a opinião de SYLVIO MARCONDES⁸⁵, autor do Anteprojeto que deu origem ao atual Código Civil. Marcondes inicia explicando que o Código Comercial de 1850 regulamentava o direito societário através de normas gerais, aplicáveis a todos os tipos societários, e normas específicas a cada tipo societário. O Código Civil de 1916, adotou sistemática diferente. Como regulamentava apenas uma forma de sociedade, não era necessário distinguir as normas gerais das específicas. Após essas considerações o autor explica que o Anteprojeto (a obra consultada é de 1970) não pode adotar nenhum dos sistemas acima expostos. Primeiro porque as disposições gerais não alcançam todas as sociedades personificadas, vale dizer, não se aplicam às sociedades anônimas. Segundo porque as disposições gerais transbordam ao quadro das sociedades personificadas e se aplicam, supletivamente, às não personificadas. Terceiro e último, porque as normas gerais precisam servir de esquema para composição das sociedades não empresariais e, quanto a essas, funcionam como normas especiais.

Diante das palavras de SYLVIO MARCONDES, abre-se uma nova porta para o entendimento do atual Código Civil. A exemplo do que ocorreu no Código Comercial de 1850, o Código Civil de 2002 também se preocupou em estabelecer normas gerais aplicáveis a todos os tipos societários. A diferença é que o atual Código excluiu, acertadamente, a sociedade anônima do rol das sociedades que poderiam se utilizar das normas gerais. Incluiu as sociedades despersonificadas. E o mais importante para este estudo, aproveitou o capítulo das normas gerais como esquema normativo disciplinador da sociedade não empresária (sociedade simples), sendo que nesse momento, quando as normas gerais disciplinam a sociedade simples, funcionam como normas especiais.

Explica-se: O legislador necessitava instituir normas gerais aplicáveis subsidiariamente a todos os tipos societários, mas também necessitava instituir normas

que regulamentassem as sociedades não empresárias. O legislador poderia ter instituído as normas gerais em um capítulo e as normas específicas da sociedade não empresária em outro. Todavia, preferiu o legislador estabelecer que as normas específicas da sociedade não empresária seriam idênticas as normas gerais. Desta feita criou a sociedade simples que, ao mesmo tempo, é o compartimento das normas gerais e o tipo societário cujo objeto é a atividade não empresarial.

Espera-se que com essa explanação fique mais claro o entendimento da dupla finalidade da sociedade simples. Como se observa, confunde-se no mesmo instituto, fonte normativa e tipo societário.

Os demais autores brasileiros dedicaram-se de forma módica ao tema, RUBENS REQUIÃO aproveita os ensinamentos de SYLVIO MARCONDES e afirma:

As normas gerais, como as refere Sylvio Marcondes, contidas no regime legal das sociedades simples, são aplicáveis de modo subsidiário às sociedades em nome coletivo, em comandita simples, em conta de participação e à própria sociedade limitada, se seu contrato não opta pela regência suplementar da Lei das Sociedades Anônimas.⁸⁶

Assim como o Prof. RUBENS REQUIÃO, os demais doutrinadores brasileiros não negam esta característica da sociedade simples. Há unanimidade no entendimento que vê no sistema normativo da sociedade simples as regras gerais⁸⁷ aplicáveis

⁸⁵ MARCONDES. Problemas de direito mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970. p.147/148; o mesmo pensamento também pode ser encontrado em MARCONDES. *Exposição de motivos do Anteprojeto do Código Civil*. p.20/21

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25ªed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.p.402.

⁸⁷ Este estudo é infelizmente muito restrito para que se de conta dessas normas gerais aplicáveis aos demais tipos societários, todavia, apenas de forma ilustrativa, elencam-se a seguir as principais: I – quaisquer cláusulas contratuais previstas no art. 977 do Código Civil somente podem ser modificadas pela unanimidade dos sócios (art. 999); II – a cessão das quotas depende da concordância dos demais sócios (art. 1.003); III – além de dinheiro, a integralização do capital pode-se dar pela entrega de bens ou direitos (art. 997, III); IV – a destituição do administrador, designado pelo contrato social ou sua alteração, somente se dará por ordem judicial e provada justa causa (art. 1.019); V – a maioria poderá destituir o sócio nomeado administrador por ato separado, podendo ocorrer o mesmo com o administrador não sócio (art. 1.019, parágrafo único); VI – não são causas de dissolução da sociedade a incapacidade superveniente, a morte, a retirada e a exclusão de sócio, sendo fatos que ensejam a resolução da sociedade diante do sócio que se enquadre em um daqueles fatos: a) a incapacidade superveniente poderá determinar a exclusão do sócio, a pedido da maioria (art. 1.030); b) a morte pode provocar a liquidação da quota do sócio falecido, podendo haver acordo com os herdeiros para o prosseguimento da sociedade; o contrato poderá determinar a dissolução da sociedade no caso de

subsidiariamente às demais sociedades de pessoas. No entanto, a discussão gira em torno da pertinência e utilidade dessas disposições. Conforme exposto no Capítulo II, item 1.3, os italianos debruçaram-se sobre o tema, havendo divergências quanto a real amplitude da interpenetração normativa entre os regimes de direito civil e comercial.

No Brasil, a discussão ainda não é tão intensa, mesmo porque é muito recente e somente agora iremos nos deparar com questões práticas envolvendo o tema. Todavia, o Prof. RUBENS REQUIÃO⁸⁸ já inaugurou a polêmica ao lecionar que seria melhor se o Código trouxesse regras gerais atinentes a todas as sociedades como um capítulo, e não as confundindo com as normas relativas à sociedade simples, que não são ligadas à nossa tradição.

MARLON TOMAZZETE, também criticando o novo Código, afirma que: “as sociedades simples não se destinam ao exercício da atividade empresarial, ao contrário das outras sociedades previstas que exercem basicamente outro tipo de atividade, sendo um contra-senso buscar nas sociedades simples soluções, para as sociedades limitadas.”⁸⁹

5.Objeto da Sociedade Simples no Direito Brasileiro.

Definir o objeto da sociedade simples no direito brasileiro é tarefa das mais complexas, sendo que as conclusões a seguir apontadas jamais poderão ser tidas como definitivas, vez que o tema demandará ainda muitos anos de estudo para a definição de um posicionamento mais concreto.

morte, ou os sócios remanescentes poderão pedir a dissolução (art. 1.028); c) garante-se a retirada do sócio, a qualquer tempo, da sociedade com prazo indeterminado (art. 1.029), mas nas sociedades com prazo determinado depende-se de ato judicial, provada justa causa; d) a exclusão do sócio implica apenas a liquidação de sua participação (art. 1.031); VII – a falta grave do sócio pode implicar a sua expulsão, determinada pelo juiz (art. 1.030); VIII – no caso de resolução da sociedade em relação a um sócio, o reembolso do capital obedecerá ao balanço patrimonial da sociedade (art. 1.031), salvo outra disposição do contrato.

⁸⁸ REQUIÃO, Rubens. Observações sobre o projeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, número 17. 1975. p.158 e 159, também encontrado em REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*.p.402.

⁸⁹ TOMAZZETE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.p.112

Primeiramente há que se enfrentar questão aparentemente já superada, mas que ainda não foi bem compreendida por alguns autores. ATILA DE SOUZA LEÃO ANDRADE JUNIOR⁹⁰ afirma ser a definição de sociedade simples contida no Código muito simplista e estabelece que as sociedades simples podem ser as sociedades não empresárias; as sociedades cooperativas; as fundações e associações. Não há como não chamar atenção para o equívoco do autor em relação às duas últimas. O Código Civil prevê expressamente no art. 981 que o contrato de sociedade será celebrado por pessoas que se obrigam a contribuir com bens ou serviços para realização de atividade econômica e a partilha, entre si, dos lucros. Como se observa, pressuposto para constituição de uma sociedade é o exercício de atividade econômica com fins lucrativos. Ocorre que as fundações e associações possuem regramento próprio, estando legalmente impedidas de exercer atividades econômicas com fins lucrativos. Ao elencar as fundações e associações como “espécies” de sociedades simples, o autor equivocou-se em relação ao próprio conceito de sociedade, desconsiderando sua característica econômica.

Sobre o tema, o Prof. SYLVIO MARCONDES desfaz o engano ao lecionar que “nem toda pessoa jurídica é sociedade, e estamos tratando, no código, das sociedades. Ora, as associações e as fundações são pessoas jurídicas, mas não são sociedades; são coletividades que não podem estar unidas à coletividade denominada sociedade”⁹¹

Feito o primeiro esclarecimento, cabe advertir que neste trabalho, o estudo será iniciado a partir das pistas deixadas pelo legislador. Conforme visto no item 1 deste Capítulo, o Código Civil define sociedade empresária como a que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, sendo simples as demais (art. 982). Tendo o Código conferido à sociedade simples uma condição residual, será necessário primeiramente compreender o objeto da sociedade empresária para na seqüência se definir quais atividades competirão residualmente à sociedade simples. A definição legal da sociedade empresária remete diretamente à figura do empresário, de cujo conceito nos ocuparemos a seguir.

⁹⁰ ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *O novo direito societário brasileiro*. Brasília: Editora Brasília, 1999. p.96

5.1. Breves Noções Sobre o Empresário no Direito Brasileiro

Nesse momento, há que se lembrar das considerações anteriormente feitas acerca da evolução histórica do direito comercial. Estudou-se no Capítulo I que houve um deslocamento do critério utilizado para sujeitar determinada atividade ao regime especial do direito comercial. Não mais importa a natureza da atividade, mais relevante no sistema atual é identificar como se estruturam os meios de produção, circulação ou prestação de serviços. Nesse contexto, reconhece-se no texto legal que as atividades em que os meios de produção estão estruturados de determinada maneira especial são denominadas atividades próprias de empresário. Resta agora a tarefa de se determinar que qual a configuração dessa “estrutura organizacional especializada” que merece ser denominada “própria de empresário” e conseqüentemente, sujeita a um regime jurídico especial.

O atual Código enuncia o conceito de empresário em seu art. 966.

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

Parágrafo único. Não se considera empresário que 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.

A partir dessa definição, no intuito de determinar o objeto da sociedade simples, como já se observou, residual em relação à atividade empresarial, boa parte da doutrina⁹² tem se limitado a adotar o cômodo posicionamento de definir a atividade própria de empresário nos exatos termos da lei como o “exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.” (art.966

⁹¹ MARCONDES. *Questões de direito comercial*. p.9

do Código Civil) Tal definição pode satisfazer em primeiro momento, todavia, torna-se inútil quando utilizada na prática, não resistindo a uma análise mais aprofundada da matéria, pois como veremos mais adiante, o fator organização da produção, tão acentuado e enaltecido pelos autores contemporâneos, não é suficiente para qualificação de uma atividade como própria de empresário. Primeiramente é necessário analisar mais profundamente o conceito de empresário. Nesse mister, foi mais uma vez brilhante o Prof. SYLVIO MARCONDES.

Segundo MARCONDES⁹³, é possível verificar a conjugação de três elementos no conceito legal de empresário. Em primeiro lugar, o empresário é, por princípio, agente de uma atividade econômica, ou seja, atividade em que haja criação de riquezas, bens e serviços. Assim sendo, mesmo que o sujeito exerça atividade profissionalmente, se não houver produção de riqueza não será considerado empresário.

Em segundo lugar, a atividade deve ser organizada, compreendendo-se organização como a conjugação dos fatores de produção (trabalho, natureza, capital). O elemento organização será melhor tratado na seqüência.

Em terceiro lugar, identifica-se o elemento profissionalidade. Neste estudo, já houve uma previa exposição sobre profissionalidade quando abordado o direito alemão (Capítulo II, item 2.3.). MARCONDES, por sua vez, define a profissionalidade como a habitualidade e sistemática na prática da atividade, tendo implícito que é exercida em nome próprio⁹⁴ e com ânimo de lucro.

Uma vez superada a definição direta fornecida pelo caput do artigo 966 do Código Civil, resta analisar o enunciado no parágrafo único do referido artigo.

5.2. A Atividade Intelectual

⁹² A exemplo de NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.p.303.

⁹³ MARCONDES. *Questões de direito mercantil*. p.10

⁹⁴ Vide no Capítulo II, item 2.3 as considerações de SCHMIDT sobre ser a profissionalidade predicado exclusivo das pessoas físicas

O mencionado dispositivo legal nega a qualidade de empresário àqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Como será demonstrado a seguir, a frase grifada faz toda diferença na avaliação do problema. Se o Código a tivesse excluído, estaria contrariando sua própria sistemática interna, afastando a teoria da empresa e, de costas para a evolução histórica do direito comercial, inclinando-se em direção a teoria dos atos de comércio. Explica-se. Se o Código qualificasse taxativamente a profissão intelectual como não sujeita ao regime próprio de empresário, sem nenhuma ressalva, estaria o legislador do Código se rogando da possibilidade de simplesmente elencar quais atividades estariam sujeitas ao regime próprio de empresário e quais não estariam. Desse modo, o legislador de 2002 estaria agindo da mesma maneira que o legislador do Código Comercial de 1850. A única diferença é que em 1850 elencou-se taxativamente as atividades sujeitas ao regime comercial, e em 2002 estaria se elegendo as atividades não sujeitas ao regime comercial.⁹⁵

Em última análise, se o legislador de 2002 não tivesse feito a ressalva acima grifada, estaria considerando, para qualificar a atividade como sujeita ou não ao regime empresarial, a natureza da atividade (como consideravam os que adotavam a teoria dos atos de comércio) e não as características estruturais do empreendimento (como devem considerar os que adotam a teoria da empresa). A sentença anterior é plenamente justificável vez que não há nada que indique que a atividade intelectual não possa ser estruturada de forma empresarial⁹⁶. Fundamentando, remete-se ao direito comparado. Como ressaltado no Capítulo II, item 2.3, o autor alemão SCHMIDT⁹⁷ ensinou que no direito alemão, a atividade intelectual (científica, artística e profissões

⁹⁵ Vide esclarecimento na nota de pé de página nº 84

⁹⁶ Sobre a relação entre natureza da atividade e estrutura do empreendimento e a possibilidade da atividade intelectual ser também empresarial, é magistral o ensinamento de NELSON ABRÃO (op.cit. p.61) “É a estrutura, pois, que dará, ou não, a forma empresária à sociedade. Mas, o legislador italiano já parte do pressuposto de que aquela que possui objeto comercial tem o cerne de empresária, donde não pode ser simples ou civil. Mas a recíproca não é verdadeira: esta, conforme a estrutura, pode ser empresária”

liberais) pode atuar independentemente e de modo organizado, todavia, tradicionalmente se excluem do conceito de atividade lucrativa (para nós empresária). O fundamento desta limitação se encontra na tradição do direito profissional, apenas se justificando pelos ensaios de justificação histórica, ou seja, não há justificação jurídica para excluir as mencionadas atividades do regime empresarial. Já no Direito Francês, observou-se no Capítulo II item 2.1 que a Lei de 31/12/1990 permitiu a criação de *sociétés professionnelles commerciales*, indício da possibilidade das sociedades de profissionais de adequarem ao regime comercial.

Doutrinadores nacionais como NELSON ABRÃO⁹⁸ e RUBENS REQUIÃO também já se posicionaram pela possibilidade da atividade intelectual ser tratada como empresa, nas palavras do mestre REQUIÃO: “Podemos, desde já, prever as dificuldades em caso de profissão intelectual ou científica, com dezenas de funcionários, em não se lhe aplicar a noção de empresa (...) Toda a organização que contar com uma quantidade de colaboradores, deveria ser tratada como empresa. Nela haverá organização do trabalho alheio.”⁹⁹

Observou-se, pelo exposto, não haver razão jurídica para se taxar a atividade intelectual como não sujeita ao regime empresarial, de forma que a ressalva contida no parágrafo único do art. 966 acabou salvando o texto legal desse parágrafo.¹⁰⁰

5.2.1. Definição de “Elemento de Empresa”

Feitas as considerações iniciais, resta agora a mais espinhosa das tarefas, definir o que se entende pela expressão “elemento de empresa” inserida na frase “salvo se constituir elemento de empresa” (art. 966, § único).

⁹⁷ SCHIMDT. p.293

⁹⁸ Vide nota de pé de página 96 supra.

⁹⁹ REQUIÃO. *Observações...* p.155

¹⁰⁰ Em verdade, após os esclarecimentos feitos, conclui-se ser o parágrafo único do art. 966 completamente inútil. O caput já faz a definição dos que estão sujeitos ao regime próprio do empresário. Se a atividade intelectual não estiver empresarialmente estruturada, não estará sujeita ao regime empresarial. Se estiver, estará. Essas conclusões são possíveis a partir do caput do art. 966, de nada servindo, portanto, o parágrafo único. Sobre o tema ver também GONÇALVES NETO. *Lições de direito societário*. p.101 e 102.

Já se advertiu anteriormente que boa parte da doutrina nacional, ao deparar-se com esta questão, afirma que se a atividade intelectual for organizada, estará caracterizado o elemento de empresa. Há aqui, entretanto, relevante ponto a ser levantado. É possível afirmar-se que a mera organização da atividade não é suficiente para caracterizá-la como empresa. Se assim fosse, estaríamos diante de um grave impasse. É que conforme muito bem assinalado por REMO FRANCHESCHELLI¹⁰¹, a constituição de uma sociedade já implica em organização. Na mesma toada é o ensinamento do Prof. GONÇALVES NETO:

É de se lembrar, ainda, que se a atividade intelectual for desenvolvida por sociedade, sempre será organizada. Constituir uma sociedade para exercer uma atividade econômica de prestação de bens ou de serviços, nada mais é que organizar tal atividade. Ou seja, exercer uma atividade econômica por meio de sociedade já significa exercê-la de modo organizado.¹⁰²

Desse modo, há duas distinções a se fazer. Primeiramente, a constituição de uma sociedade, mesmo sendo direcionada à atividade intelectual, contará sempre com o elemento organização. Todavia, somente o elemento organização não implica na existência de uma empresa, do contrário, chegar-se-ia a improvável conclusão de que toda sociedade é empresa¹⁰³.

Desse modo, é imperioso verticalizar o estudo e direcioná-lo para definição das características que realmente importam para constatação da ausência do elemento empresa nas sociedades.

¹⁰¹ FRANCHESCHELLI, Remo. *Imprese e Imprenditori*. Milão: Giuffrè, 1972. p.164

¹⁰² GONÇALVES NETO. *Lições de direito societário*. p.102

¹⁰³ Durante o período de implantação da sociedade simples na Itália, houve sério embate entre os doutrinadores acerca da equivalência entre sociedade e empresa. Mário CASANOVA (op.cit., p.157) entendia que “na atividade exercida em empresa coexiste e subsiste a fazenda mercantil; no campo do trabalho prevalentemente normal ou intelectual não existe *azienda*. Destes conceitos e da definição legislativa de sociedade (art. 2.247 do Código italiano) se deduz que a atividade social não poderia ser senão uma atividade econômica organizada, ou seja, uma empresa”. Francesco MESSINEO (Derecho Civil e Comercial, tomoV, 1955, p. 308, in ABRÃO. p.23) corrobora a tese de Casanova ao afirmar que “a sociedade simples exercita atividade econômica organizada e, por isso, é empresária”. Até mesmo o mestre RUBENS REQUIÃO (*Observações...* p.155) equivocou-se ao afirmar que “Toda a organização que contar com uma quantidade de colaboradores, deveria ser tratada como empresa”. O engano foi desfeito por REMO FRANCHESCHELLI. (*Op.cit.*p.44) ao afirmar que “a fórmula as ‘sociedades são empresárias’ é errônea, de um lado porquê nem sempre, nem necessariamente, a sociedade vem utilizada para o exercício de uma empresa; do outro, porque, ainda quando o seja, não se pode confundir o sujeito com a atividade por ele desempenhada”.

Nesse sentido, GONÇALVES NETO inicia corretamente a discussão ao afirmar que a “única possibilidade de enquadrar a atividade intelectual no regime jurídico empresarial será considerando-a como **parte de um todo mais amplo apto a se identificar como empresa.**”(grifos no original)¹⁰⁴. Apesar de mostrar o caminho correto, a definição do autor deve ainda ser explicada e complementada.

SYLVIO MARCONDES presta importante contribuição ao lecionar que os profissionais intelectuais podem produzir bens, podem produzir serviços e podem, até mesmo, organizar os fatores de produção. Todavia, um fato pode evidenciar a diferença entre os profissionais empresários e não empresários: é que na atividade exercida pelos não empresários, “na prestação do serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção ou a coordenação de fatores é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou serviço”¹⁰⁵. Ou seja, na sociedade não empresarial, a prestação final é produto exclusivo do intelecto do profissional, o profissional disponibiliza sua produção mental diretamente ao cliente. Seus colaboradores, para usar o termo do Código, não possuem participação na confecção do produto final. Fica mais fácil compreender a partir da visualização de uma sociedade de advogados. A sociedade pode contar com a colaboração de secretárias, agentes de limpeza e *office boys*. Esses colaboradores sem dúvida estão organizados e contribuem para operacionalização da sociedade, todavia, em nada interferem no trabalho intelectual e individual do advogado, produto final entregue.

Igualmente relevantes são as considerações feitas pelo autor italiano MARIO CASANOVA, para quem: “O caráter estritamente pessoal da atividade da atividade profissional impedirá que ela possa ser referida, ao contrário do que aos profissionais individuais que a cumpriram pessoal e efetivamente, a um ente abstrato ou a um grupo unificado de muitas pessoas”¹⁰⁶. A partir dessa afirmação, é possível estabelecer importante distinção: Há situações em que um profissional, que compõem uma sociedade de profissionais do mesmo ramo, exerce sua atividade de modo individualizado, prestando seus serviços a um terceiro. Outra situação bastante

¹⁰⁴ GONÇALVES NETO. *Lições de direito societário*. p.102

¹⁰⁵ MARCONDES, *Questões de direito mercantil*. p.11

diferente compreende uma sociedade em que profissionais do mesmo ramo exercem suas atividades, direcionando-as a um ente abstrato, ou seja, a atividade é exercida internamente, o indivíduo presta serviço à própria sociedade e a sociedade, aproveitando o serviço prestado, vende seu produto a um terceiro. No primeiro caso a sociedade é eminentemente não empresária. Já no segundo caso, é possível notar o elemento de empresa.

Para ilustrar, analisa-se o exemplo de uma sociedade de jornalistas. No primeiro caso, cada um dos jornalistas integrantes da sociedade, escreveria matérias e as venderia para um cliente. No segundo caso os jornalistas prestariam seus serviços à própria sociedade. A atividade de jornalismo seria exercida internamente. A sociedade utilizaria as matérias escritas e confeccionaria um impresso. Posteriormente, a sociedade venderia seus impressos à clientela. O produto final vendido pela sociedade é resultante da reunião interna dos esforços intelectuais de vários jornalistas, aliados a fatores de produção (maquinário para impressão e funcionários). Assim sendo, neste caso, é nítida a presença do elemento de empresa.

Finalmente, há ainda mais algumas considerações a serem feitas. Estudou-se no Capítulo I. que a empresa se caracteriza pela adoção de procedimentos padrões para prática de atos em série, em massa ou em cadeia. Ao se avaliar se determinada sociedade é ou não empresarial, se configura imprescindível a análise dos elementos acima citados. Para ficar mais claro toma-se o exemplo anteriormente mencionado. Quando o jornalista que compõe uma sociedade de jornalistas produz matérias (produto final resultante de seu esforço mental), certamente não as produzirá em série, em massa ou em cadeia. Já no segundo caso, em que os jornalistas prestam seus serviços internamente à sociedade, que por sua vez imprime o jornal, a situação é distinta. O jornal (produto final resultante da atividade social) pode ser produzido em série, em massa ou em cadeia, pela adoção de procedimentos padrões.

Como se observou, é muito tênue a linha que divide a atividade intelectual empresarial da atividade intelectual em que o elemento de empresa está ausente. Para poder fazer essa distinção com considerável grau de acerto, o operador jurídico deve

¹⁰⁶ CASANOVA. p.159 *in* ABRÃO. p.28.

ter em mente os três pontos aqui abordados. Saber se na atividade social, a organização é acidental ou essencial à produção; saber se o serviço é prestado a um terceiro ou internamente a sociedade com vistas ao aproveitamento do serviço para produção do produto final comercializado e, finalmente, saber se a produção social adota procedimentos padrões para prática de atos em série, em massa ou em cadeia.

6. Utilidade Prática da Sociedade Simples

Observou-se no Capítulo I, item 3.2., que os autores brasileiros divergem quanto a pertinência da unificação legislativa do direito privado brasileiro. Não por acaso, os mesmos doutrinadores que discordam da sistemática adotada pelo Código Civil também são desfavoráveis à introdução da sociedade simples no ordenamento pátrio.

Ao discorrer sobre o tema, RUBENS REQUIÃO¹⁰⁷ evidencia sua discordância em relação ao modelo adotado pelo atual Código Civil: “Condenamos, conforme já tivemos a oportunidade de expressar em outro estudo, a introdução da sociedade simples no direito brasileiro, sem raízes na tradição jurídica de nosso país.”. Em outra obra, o Prof. REQUIÃO justifica sua afirmação alegando que ao contrário do direito italiano e suíço, em que a sociedade simples diferencia-se da antiga sociedade civil por possuir patrimônio próprio; no direito brasileiro, a sociedade simples é equivalente à antiga sociedade civil, não havendo, portanto, razão lógica para a mudança de nomenclatura. Indo ainda mais longe, o autor também afirma que a sociedade civil, como tipo de sociedade, deveria desaparecer com a unificação:

A sociedade civil é denominada agora pelo Projeto de sociedade simples. Entre nós, teria exatíssima procedência a afirmativa de Putzolo de que “a sociedade simples corresponde à velha sociedade civil”

A sociedade civil, como tipo de sociedade, deveria desaparecer com a unificação, passando a sociedade com objeto civil – rural, por exemplo – a tomar o tipo previsto de sociedade em nome coletivo, comandita simples, por quotas limitadas ou anônimas.¹⁰⁸

¹⁰⁷ REQUIÃO. *Curso de direito comercial*. p.401

Com o devido respeito ao saudoso mestre, devemos discordar de seu posicionamento. Certo é que da maneira como o novo Código foi sistematizado, a inclusão da sociedade simples no ordenamento jurídico pátrio é bastante criticável, todavia, como será a seguir abordado, o foco das críticas é outro. Primeiro, conforme estudado no item 03 deste Capítulo, a sociedade simples não pode ser confundida com a sociedade civil, pois, em que pese assemelharem-se seus propósitos, guardam relevantes distinções. Segundo, conforme apresentado no Capítulo I, item 3.2., as atividades próprias de empresários merecem regulamentação jurídica especial. Assim sendo, a crítica à sociedade simples deve ser direcionada à ausência de distinções relevantes entre os regimes de direito geral e empresarial, à possibilidade da sociedade de objeto não empresarial revestir-se do formato de uma sociedade empresária e à complexidade normativa da sociedade simples, como será a seguir explicitado.

Demonstrou-se no Capítulo I, item 3.2, a real amplitude da unificação legislativa havida no direito privado brasileiro. Na mesma oportunidade apontou-se a necessidade de se instituir um regime jurídico especial para regulamentação das atividades próprias de empresários. WALDÍRIO BULGARELLI foi bastante incisivo ao defender tal necessidade:

A verdade – no caso até rudimentar – é que não se pode tratar, estudar, interpretar e aplicar normas de natureza obrigacional referentes a: 1) negócios entre empresas; 2) negócios entre empresas e particulares, da mesma forma que se vêem e se interpretam as que se referem a 1) relações de família; 2) negócios entre particulares.¹⁰⁹

É verdade que o pensamento de BULGARELLI atinge o direito privado como um todo, no entanto, não é de se olvidar que suas considerações sejam extensivas ao direito societário. Com efeito, deve a legislação societária prever tipos societários que alberguem a atividade não empresarial e tipos societários destinados a ser o invólucro jurídico da atividade não empresarial. O atual Código Civil efetivamente prevê o tipo societário destinado a atividade não empresarial e sujeito ao regime geral (sociedade simples) e os tipos societários afetos à atividade empresarial e sujeitos ao regime

¹⁰⁸ REQUIÃO. *Observações...* p.160

¹⁰⁹ BULGARELLI. *A teoria jurídica da empresa.* p.67

especial – empresarial (demais tipos previstos, por exemplo, sociedade limitada). Entretanto, apesar do Código estabelecer os tipos societários sujeitos a regimes diferentes, não há, no direito societário brasileiro, relevantes distinções de tratamento entre os regimes geral e especial. Vale dizer que o regime jurídico especial – empresarial, pouco difere do regime jurídico geral, o que acaba por esvaziar o sentido em se estabelecer tipos societários distintos, destinados especificamente para cada regime jurídico.

O Prof. GONÇALVES NETO¹¹⁰ tratou do tema com perfeição, apontando não existir no direito pátrio nenhum dado que demonstre haver distinção entre os regimes geral e especial: “Se a idéia foi implementar dois regimes jurídicos diferentes, não há como identificá-los na preconizada proposta...”. O autor ainda afirma que as únicas distinções encontradas são relativas ao local de registro e ao regime de insolvência. Quanto ao local de registro¹¹¹, tem-se por óbvio ser fator de mínimo relevo, vez que representa apenas uma condição formal que em nada altera na realização das atividades sociais. Já no tocante ao regime de insolvência, GONÇALVES NETO observa que o novo Código não veio para dispor acerca do regime jurídico de insolvência em matéria societária, não trata nem tinha como tratar de tal matéria. Cabe à lei especial, que regula insolvência de pessoas físicas e jurídicas, dispor sobre quem está sujeito ou não às suas disposições. Enquanto essa regulamentação não ocorre, a dúvida sobre o regime de insolvência da sociedade simples permanecerá sem resposta diante do vazio legislativo.

Haverá ainda quem diga que há distinção entre os regimes especial e geral no âmbito tributário. Isso porque as sociedades de profissionais liberais, cuja habilitação profissional seja legalmente exigida, estão impedidas de optar pelos benefícios tributários do SIMPLES¹¹². Ocorre que tal impedimento não pode ser tratado como

¹¹⁰ GONÇALVES NETO. *Lições de direito societário*. p.98

¹¹¹ As sociedades empresárias serão registradas no Registro de Comércio-Junta Comercial (art. 967 do Código Civil) enquanto que as sociedades simples serão registradas no Cartório de Registro Civil de pessoas jurídicas (art. 1.000 do Código Civil)

¹¹² Houve discussão judicial quanto a possível ofensa que a referida distinção tributária causaria ao princípio constitucional da isonomia. O Supremo Tribunal Federal decidiu a questão na ADIN n 1.643. O Min. Maurício Corrêa proferiu despacho negando liminar e decidindo no seguinte sentido.

distinção entre regimes jurídicos. Em verdade, traduz-se em uma opção legislativa que em nada se relaciona com a dicotomia sociedade empresarial/não empresarial. A distinção tributária está diretamente relacionada à natureza da atividade liberal, não levando em conta a maneira como se estrutura, ou seja, não considerando se está ou não presente o elemento de empresa.

Além disso, ao abordar-se, no direito comparado, as sociedades não sujeitas ao regime especial comercial, sempre se ressaltaram as distinções entre os regimes geral e especial-comercial, sendo nosso ordenamento singular nesse aspecto.

Como restou demonstrado, a primeira óbice à utilidade prática da sociedade simples está relacionado a fator externo ao instituto. Em verdade, neste ponto, o problema não está na estruturação normativa da sociedade simples, mas principalmente no sistema jurídico em que está inserida. Desse modo, a sociedade simples acaba por configurar-se em um instrumento desajustado e sem utilidade, não porque seja retrogrado ou naturalmente inútil, mas porque o sistema jurídico em que está inserida não acompanhou a evolução doutrinária necessária a sua efetiva utilização. Em primária metáfora pode-se dizer que temos o trem, porém, não temos os trilhos.

Há ainda outro problema sistemático a ser exposto. A exemplo da sociedade simples italiana e suíça, os sócios podem optar livremente pela adoção da forma de uma sociedade empresária, sujeitando-se, neste caso, ao regime próprio do tipo societário adotado. Ocorre que essa possibilidade acaba por exaurir por completo a utilidade prática da sociedade simples.

Diante da possibilidade acima exposta e sendo os regimes geral e especial praticamente idênticos, a única justificativa para que se optasse pela constituição de uma sociedade simples pura seria pelas facilidades formais que tal tipo societário (criado justamente para albergar atividades menos complexas) deveria apresentar. Todavia, o legislador de 2002 eliminou essa hipótese, pois em vez de facilitar a

verbis: “Não poderá optar pelo simples a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro... professor, jornalista, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.”

constituição e proporcionar maior liberdade ao empreendedor não empresário, estruturou as normas que regulam a sociedade simples de forma tal que se torna mais conveniente ao não empresário optar pela adoção da forma de uma sociedade limitada.

Primeiro porque ao contrário da sociedade simples, a sociedade limitada possibilita a limitação da responsabilidade dos sócios, motivo que por si só é suficientemente relevante para desencorajar qualquer empreendedor a constituir outro tipo de sociedade de pessoas. Em segundo, em virtude das disposições legais que a regulamentam, a estrutura formal da sociedade simples acaba sendo mais complexa e difícil de administrar que a estrutura prevista para sociedade limitada.

Exemplo claro das desnecessárias dificuldades impostas pelo legislados ao administrador da sociedade simples está no art. 999 do Código Civil. O referido artigo dispõe que as modificações do contrato social que tenham por objetivo a matéria indicada no art. 997 dependem de deliberação unânime. Ora, os oito incisos presentes no art. 977 são respeitantes a matérias de extrema importância à atividade societária. Porquanto, as exigências do art. 999 podem não somente engessar a administração da sociedade como inviabilizar a obtenção do fim social.

MARLON TOMAZETTE¹¹³ corrobora o pensamento exposto afirmando que “Na prática, dificilmente se fará opção pela sociedade simples, normalmente será utilizada a forma de uma sociedade limitada, dada sua simplicidade de constituição e funcionamento, aliada a limitação de responsabilidade dos sócios”

Há, todavia, uma exceção em relação à inaplicabilidade da Sociedade Simples frente a possibilidade de adoção de tipo societário empresarial. Por determinação legal, é defeso às sociedades de advogados revestirem-se da forma de sociedade comercial. Assim, as sociedades de advogados serão sempre legítimas sociedades simples. No entanto, nem mesmo essa exceção confere maior interesse prático ao instituto em estudo. É que as sociedades de advogados possuem normatização própria entabulada em lei especial, não se adequando completamente às normas da sociedade simples.

O Código Civil ainda prevê outras duas aplicações práticas à sociedade simples. O art. 971 faculta ao empresário rural a possibilidade de se inscrever ou não

no registro de comércio, ou seja, o empresário rural pode optar pelo regime geral ou pelo regime empresarial. Caso opte por não se inscrever no Registro de Comércio e constitua uma sociedade com outro ou outros empresários rurais, a nova sociedade será simples. Essa previsão, todavia, esbarra na crítica feita anteriormente. Não há qualquer motivo para que empresários rurais optem por constituir sociedade simples em vez de sociedade limitada ou mesmo cooperativa.

Por outro lado, o Código Civil enuncia no art. 982, parágrafo único, que a sociedade cooperativa será sempre sociedade simples. Entretanto, como bem asseverou GONÇALVES NETO¹¹⁴, a “subsunção da cooperativa à categoria da sociedade simples não tem qualquer justificativa, não altera em nada seu regime jurídico em vigor...”. Realmente, o referido dispositivo legal não possui a menor razão de ser. As cooperativas traduzem-se em um tipo societário muito particular, regulamentado por lei especial (Lei nº 5.764/71). As cooperativas não serão registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, como as demais sociedades simples, pois continuarão arquivando seus atos constitutivos nas Juntas Comerciais dos Estados, de acordo com a lei especial¹¹⁵. Como visto, nada justifica o enquadramento das cooperativas como sociedades simples.

De todo exposto, observa-se que a sociedade simples no direito brasileiro seguirá, muito provavelmente, a mesma sorte da sociedade simples italiana que lhe deu origem. Da mesma forma que no direito italiano¹¹⁶, a sociedade simples perde sentido quando sua aplicação prática é criteriosamente avaliada, não resistindo nem ao flagrante descompasso com o sistema jurídico em que se insere, nem as inafastáveis falhas em sua estrutura normativa.

¹¹³ TOMAZETTE. p.111

¹¹⁴ GONÇALVES NETO. Lições de direito societário. p.100

¹¹⁵ Art.18 da Lei nº 5.764/71.

¹¹⁶ Vide Capítulo II item 1.3.

CONCLUSÃO

Este trabalho nasceu com dois propósitos bem definidos: determinar o objeto da sociedade simples e a utilidade prática desse novo tipo societário adotado pelo direito brasileiro. Para conclusão dessa tarefa, logo se evidenciou ser imprescindível o estudo da unificação do direito privado e da relação entre direito civil e direito comercial no direito comparado.

A análise dos movimentos de unificação do direito privado foi de extrema importância. Verificou-se a relação entre a sociedade simples e a unificação do direito privado no momento em que se afirmou que o instituto da sociedade simples fora criado primeiramente pelo Código de Obrigações suíço de 1911 e, posteriormente, adaptado para o Código Civil italiano de 1942, justamente os diplomas legais que experimentaram, com maior ou menor amplitude, a unificação legislativa do direito privado. Com efeito, o estudo da unificação de regimes, da teoria do ato de comércio e da teoria da empresa foram responsáveis pelo primeiro grande esclarecimento prestado neste trabalho.

Admite-se que no início do estudo a dúvida que pairava versava sobre o aparente paradoxo existente nos modelos jurídicos que adotaram a unificação. Se o propósito era a unificação do direito comercial ao civil, como explicar que no direito societário o legislador tenha erigido verdadeira barreira, distinguindo os regimes, separando de um lado a sociedade sujeita a um regime geral/civil e do outro as sociedades sujeitas ao regime especial/comercial? Com o estudo da efetiva amplitude da unificação a partir dos ensinamentos do prof. Sylvio Marcondes, foi possível concluir que o que se unificava era o antigo direito comercial (dos atos de comércio) ao direito civil. Desta união surgiu um direito obrigacional geral, que não mais distinguia as relações pela presença ou não de atos de comércio. Todavia, ao mesmo tempo que o surgimento da teoria da empresa marcou a derrocada científica da distinção baseada em atos de comércio, demonstrou que uma nova forma de se estruturar a produção e circulação de bens e serviços carecia de tratamento especial,

deslocando-se assim o foco do Direito Comercial para o empresário, agente executor dessa atividade estruturada de maneira especial.

Com efeito, conclui-se que em verdade, jamais houve uma efetiva unificação dos direitos civil e comercial. No mesmo momento em que o Código Civil unifica o direito obrigacional, desloca o foco do direito comercial para atividade empresária, enunciando que a atividade empresária, portanto, a atividade albergada pelo direito comercial, estará sujeita a um regime jurídico diferente do geral. Vale dizer que quando se unificou o direito dos atos de comércio ao direito civil, aquele já não mais representava o direito comercial. Apesar de reunidos em um mesmo caderno, o direito comercial (agora o direito do empresário) e o direito civil mantiveram-se apartados, pelo menos estruturalmente.

Diz-se “pelo menos estruturalmente” porque o legislador pátrio equivocou-se profundamente. Da análise do atual Código Civil, percebe-se que fora claramente concebido para no direito societário suportar dois regimes diferentes, o empresarial e o não empresarial. As paredes necessárias à distinção entre regimes foram edificadas, sendo a sociedade simples a maior delas. Simplesmente não há motivo para se criar um tipo societário, que diferentemente de todos os demais, está destinado a albergar a atividade não empresária, se não houvesse intenção em se conceder um tratamento diferenciado à atividade não empresária, em contraposição a atividade empresária.

Ocorre que mesmo diante dessas considerações, estando todo o esqueleto estrutural do Código pronto para conferir o necessário tratamento diferenciado aos regimes jurídicos, o legislador brasileiro não estabeleceu sequer uma distinção de relevo entre os regimes.

Esta discrepância entre estrutura e conteúdo é a principal responsável pela completa inutilidade da sociedade simples no ordenamento atual. Foi possível até mesmo garimpar no texto legal os elementos necessários a determinação do objeto da sociedade simples, no entanto, a falta de distinção entre o regime empresário e não empresário confere ao esforço realizado o predicado de inócuo.

Assim sendo, não há dúvidas em se afirmar que estamos diante de uma legítima monstruosidade legislativa. Primeiramente, o Código se pretende unificador do direito

civil e comercial, quando definitivamente não o é. Em segundo lugar, o Código está estruturado para conferir tratamento diferenciado entre os regimes comercial e civil, todavia, não confere.

Não adequando o esqueleto ao conteúdo, o Código Civil se apresenta como uma massa de dispositivos legais amorfa e incompreensível, capaz de fulminar seus próprios institutos (como a sociedade simples) desde o nascimento.

A despeito das decepcionantes conclusões, as relações afetivas do autor com própria obra impedem que este trabalho seja desde já sumariamente considerado imprestável à prática jurídica. Após o presente estudo, há maior certeza acerca da premente necessidade de se conferir um tratamento jurídico diferenciado às relações que envolvem empresários. Com um pouco de vontade política e conhecimento jurídico, o legislador poderá passar a editar leis marginais que atendam a mencionada necessidade. Aliando-se essa produção legislativa a uma pontual reforma no capítulo que a regula, a sociedade simples poderá, aos poucos, inflar-se de sentido e em um futuro não muito distante exercer papel de importância no direito societário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade simples, novo tipo societário?* São Paulo: Leud, 1975

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *O novo direito societário brasileiro.* Brasília: Editora Brasília, 1999.

ASCARELLI, Thullio. *Corso di diritto commerciale.* Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1962

AULETTA, Giuseppe e SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale.* 9ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

BRULLIARD, Germain e LAROCHE, Daniel. *Principes de droit commercial.* Paris:Universitaires de France,1950

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário.* 7ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOUVIER, Nicole Heudebert. *Droit civil et commercial.* 3ªed. Paris: Presses Universitaires de France, 1984

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais.*9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000

_____ *A teoria jurídica da empresa.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale.* vol II. Torino: UTET, 1988

COMPARATO, Fábio Konder. Observações sobre o projeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, número 17. 1975. p.173/179

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 1. 6ªed.São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER, Paul. *Droit commercial (l'entreprise en société).* 2ª ed. Paris: Universitaires de France, 1997

GUERY, Gabriel. *Droit des Affaires.* 5ªed. Paris: Dunod, Paris: 1991

FRANCHESCHELLI, Remo. *Imprese e imprenditori*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual de direito comercial*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000

_____ *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

_____ *Sociedade de advogados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

INACARATO, Márcio Antônio. A disciplina das sociedades comerciais no Anteprojeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, número 12. 1973. p.155/169

MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____ *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

_____ *Anteprojeto de Código de Obrigações – Exposição de Motivos*. Serviços de Reforma de Códigos, 1964.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2003

REQUIÃO, Rubens. Observações sobre o projeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, número 17. 1975. p.133/173.

_____ *Curso de direito comercial*. 25ªed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

RICHARD, Efrain Hugo e MUINO, Orlando Manoel. *Derecho Societário*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

TOMAZZETE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BIBLIOTECA DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Sob a direção do Prof. Dr. Souza Diniz

CÓDIGO CIVIL SUÍÇO
E
CÓDIGO FEDERAL SUÍÇO DAS OBRIGAÇÕES
(LIVRO V DO CÓDIGO CIVIL)

Traduzidos diretamente do texto original alemão por

SOUZA DINIZ

(Antigo professor catedrático do Colégio Estadual de São Paulo)

COM TODAS AS MODIFICAÇÕES NELES POSTERIORMENTE INTRODUZIDAS
INCLUSIVE AS REVISÕES DO CÓDIGO DAS OBRIGAÇÕES DE 1911 E DE 1936

★ ★ ★ ★ ★

Com um prefácio do

Prof. Washington de Barros Monteiro

(Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)



Com uma apresentação do

DR. JOSÉ DE AGUIAR DIAS

(Desembargador no Est. da Guanabara)

★ ★ ★ ★ ★



DISTRIBUIDORA RECORD EDITORA

Rua Debrét, 23-C — Rio de Janeiro — 1961

valer a sua pretensão sob a forma de um crédito de capital cujo valor será fixado pelo do capital com o qual a mesma renda vitalícia, ao tempo da abertura da falência, em um sólido estabelecimento de renda, havia de ser estabelecida.

Art. 519 (2. Cessão e privação da renda)

(1) O credor da renda vitalícia pode, sempre que outra coisa não tenha sido pactuada, ceder o exercício do seu direito.

(2) Quem, a título gratuito, constituir uma renda vitalícia a favor de um terceiro, poderá estipular, ao mesmo tempo, que não possa ele ser dela privado, pelos seus credores, por via de proscição ou de falência.

Art. 520 (IV. Renda vitalícia de acôrdo com a lei sobre o contrato de seguro)

As determinações desta lei sobre o contrato de renda vitalícia, não encontram applicação aos contratos de renda vitalícia que estão regidos pela Lei Federal sobre os Seguros, sendo observado, porém, o que está [aqui] estabelecido a respeito da impenhorabilidade da pretensão à renda.

Art. 521 (B. Manutenção vitalícia: 1. Noção)

(1) Pelo contrato de manutenção [Verprüfung], obriga-se o mantido [Pfirundung] a transmitir um patrimônio ou valores patrimoniais singulares ao mantenedor [Pfirundgeber], e éste, a conceder ao mantido subsistência e cuidados durante o tempo de vida.

(2) Se o mantenedor fór instituído herdeiro do mantido, será tóda a relação regida pelas determinações do pacto sucessório.

Art. 522 (II. Constituição: 1. Forma)

(1) O contrato de manutenção necessita, para a sua validade, mesmo quando nenhuma instituição de herdeiro estiver com elle ligada, da mesma forma que o pacto sucessório.

(2) Se o contrato fór concluído com um estabelecimento de manutenção reconhecido pelo Estado, nas condições aprovadas pela autoridade competente, bastará o acôrdo escrito.

Art. 523 (2. Prestação de garantia)

Se o mantido ceder ao mantenedor um prédio, caberá a elle, pelas suas pretensões, um direito pignoratício legal sobre este prédio, igual áquele de um vendedor.

Art. 524 (III. Conteúdo)

(1) O mantido deve viver em comunidade doméstica com o mantenedor, e fica éste obrigado a lhe prestar o que o mantido, de acôrdo com o valor do que foi cedido e de acôrdo com as condições em que se manteve até então, possa, equitativamente, esperar.

(2) Tem elle de lhe proporcionar habitação e sustento de modo razoável, e deve-lhe, em caso de moléstia, os cuidados necessários e o tratamento médico.

(3) Os estabelecimentos de manutenção podem, com aprovação da autoridade competente, estabelecer estas prestações, obrigatórias para todos, nos seus regulamentos internos, como conteúdo do contrato.

Art. 525 (IV. Impugnação e redução)

(1) Um contrato de manutenção pode ser impugnado por essas pessoas ás quais cabe, contra o mantido, uma pretensão legal a alimentos, quando o mantido, pelo contrato de manutenção, se privou da possibilidade de cumprir a sua obrigação de alimentos.

(2) Em vez de invalidar o contrato, pode o juiz obrigar o mantenedor a prestar alimentos aos titulares de alimentos, com imputação desta prestação sobre o que o mantenedor tem de pagar, por força do contrato, ao mantido.

(3) Ficam reconhecidas mais a ação dos herdeiros para a redução e a de impugnação pelos credores.

Art. 526 (V. Extinção: 1. Denúncia)

(1) O contrato de manutenção pode, não só pelo mantido como pelo mante-

nedor, a todo tempo, para seis meses, ser denunciado se, de acôrdo com o contrato, a prestação de um é consideravelmente maior do que a do outro, e aquêle que recebe a prestação maior não pode provar a intenção de doação do outro.

(2) É determinante, na circunstância, a relação entre o capital e a renda vitalícia estabelecida pelo regulamento de um sólido estabelecimento de renda.

(3) O que, no momento da invalidação, já tinha sido prestado, será devolvido feita a compensação recíproca do valor do capital e juros.

Art. 527 (2. Rescisão unilateral)

(1) Tanto o mantido como o mantenedor, pode rescindir, unilateralmente, o contrato de manutenção, se, em consequência de transgressão das obrigações contratuais, a relação se tenha tornado insustentável, ou quando outros fundamentos poderosos tornarem a continuação dela excessivamente gravosa ou impossível.

(2) Se o contrato de manutenção fór rescindido por um tal fundamento, terá a parte culpada, juntamente com a devolução do que foi prestado, de pagar, à [parte] inocente, uma indenização razoável.

(3) Em vez de invalidar inteiramente o contrato, pode o juiz, a requerimento de uma das partes ou "ex-offício", suprimir a comunidade doméstica e atribuir, ao mantido, como indenização pela circunstância, uma renda vitalícia.

Art. 528 (3. Rescisão por morte do mantenedor)

(1) No caso de morte do mantenedor, pode o mantido, dentro de um ano de prazo, exigir a rescisão do contrato de manutenção.

(2) Neste caso pode elle fazer valer, contra o herdeiro, um crédito como o que lhe cabe no caso de falência do mantenedor.

Art. 529 (VI. Intransmissibilidade e exercício no caso de falência ou de penhora)

(1) A pretensão do mantido não pode ser cedida.

(2) Na falência do mantenedor consiste o crédito do mantido em uma importância igual ao capital com que, em um sólido estabelecimento de renda, podia ser adquirida uma renda vitalícia correspondente à prestação do mantenedor.

(3) No caso de uma efectivação de penhora, pode o mantido, por esse crédito, sem prossecução prévia, tomar parte na penhora.

TITULO XXIII

DA SOCIEDADE SIMPLES

Art. 530 (A. Noção)

(1) Sociedade [Gesellschaft] é a união contratual de duas ou várias pessoas para alcançarem uma finalidade comum, com esforços e meios comuns.

(2) É ella uma sociedade simples [einfache Gesellschaft], no sentido deste título, sempre que não se apresentarem os pressupostos de uma outra sociedade regulada por lei.

Art. 531 (B. Relações dos sócios entre si: 1. Entradas)

(1) Cada sócio [Gesellschafter] tem de realizar a prestação de uma entrada [Beitrag], seja em dinheiro, espécies, créditos ou trabalho.

(2) Se outra coisa não estiver pactuada, terão os sócios de realizar a prestação de entradas iguais e, na verdade, da espécie e no alcance que a finalidade pactuada exigir.

(3) Relativamente à obrigação de suportar os riscos e de dar garantia, encontram, analogamente, applicação os princípios da locação, sempre que um dos sócios tiver cedido o uso de uma coisa, e os princípios da compra, sempre que tiver transmitido a propriedade.

Art. 532 (II. Lucros e perdas: 1. Divisão dos lucros)

Cada sócio está obrigado a dividir os lucros, que pela sua natureza pertencem à sociedade, com os outros sócios.

Art. 533 (2. Divisão dos lucros e perdas)

(1) Se outra coisa não for pactuada, terá cada sócio, sem atenção à espécie e à importância da sua entrada, parte igual nos lucros e perdas.

(2) Se somente a parte nos lucros ou somente a parte nas perdas for pactuada, valerá este acôrdo para ambas.

(3) O acôrdo pelo qual um sócio, que para a finalidade comum entrou com trabalho, deve ter parte dos lucros mas não nas perdas, é admissível.

Art. 534 (III. Decisões da sociedade)

(1) As decisões da sociedade são tomadas com o consentimento de todos os sócios.

(2) Se bastar, de acôrdo com o contrato, maioria de votos, deverá ser tomada a maioria de acôrdo com o número de pessoas.

Art. 535 (IV. Administração da sociedade)

(1) A administração da sociedade cabe a todos os sócios sempre que não tenha sido ela cedida, exclusivamente, pelo contrato ou por decisão, a um ou a vários sócios ou a terceiro.

(2) Se a administração da sociedade couber a todos ou a vários sócios, poderá agir cada um deles sem a cooperação dos restantes; qualquer outro sócio, porém, autorizado à gestão dos negócios, tem o direito de impedir, opondo-se a ela, a operação, antes que se tenha consumado.

(3) Para a designação de um mandatário geral e para a realização de negócios jurídicos que excedem às operações habituais dos negócios comuns, sempre que não houver risco na demora, é necessário o consentimento de todos os sócios.

Art. 536 (V. Responsabilidade entre os sócios: I. Proibição de concorrência)

Nenhum sócio pode realizar, com vantagem sua, particular, negócios pelos quais o fim da sociedade seria frustrado ou prejudicado.

Art. 537 (2. Pretensões derivadas da atividade dos sócios em favor da sociedade)

(1) Pelas despesas ou compromissos que um sócio, em assuntos da sociedade, fizer ou contrair, assim como pelas perdas que sofrer, imediatamente, pela sua administração de negócios ou em consequência de um risco ligado inseparavelmente a eles, são, ante este, responsáveis os sócios restantes.

(2) Por dinheiro adiantado, pode êle, desde o dia da prestação do adiantamento, exigir juros.

(3) Contrariamente, não lhe cabe, por trabalho particular, uma remuneração especial.

Art. 538 (3. Cuidados exigíveis)

(1) Todo o sócio está obrigado, nos assuntos da sociedade, a empregar a diligência e os cuidados que costuma empregar nos seus próprios.

(2) Responde êle, pelo dano causado por culpa sua, ante os restantes sócios, sem que possa, com isso, compensar vantagens que, em outro negócio, proporcionou à sociedade.

(3) O sócio administrador que, pela sua atividade, percebe uma remuneração, responde de acôrdo com as determinações sobre o mandato.

Art. 539 (VI. Revogação e limitação dos poderes de administração)

(1) A faculdade de administração concedida no contrato social a um sócio, não pode, pelos sócios restantes, sem motivos poderosos, ser revogada ou limitada.

(2) Se existirem motivos poderosos, poderá ela, mesmo por um dos sócios restantes, ser revogada, ainda quando o contrato social estabeleça coisa diferente.

(3) Existe um motivo poderoso quando, em particular, o administrador se torna culpado de uma transgressão grave das obrigações ou quando tenha perdido a capacidade para uma boa administração.

Art. 540 (VII. Sócios administradores e não administradores: I. Em geral)

(1) Sempre que não estiver outra coisa prevista nas determinações deste título ou nas disposições contratuais, aplicam-se, às relações entre os sócios administradores e os sócios restantes, as disposições sobre o mandato.

(2) Quando um sócio, que não estiver autorizado à administração, cuidar de assuntos sociais, ou quando um sócio, autorizado à administração, exceder à sua autorização, encontrarão, sobre os atos de administração, aplicação as disposições relativas à gestão de negócios sem mandato.

Art. 541 (2. Exame dos assuntos sociais)

(1) O sócio não participante da administração tem, pessoalmente, o direito de informar-se sobre a marcha dos assuntos sociais, de consultar os livros comerciais e papéis da sociedade, e de levantar para si um balanço sumário sobre o estado do patrimônio comum.

(2) Um acôrdo em sentido contrário é nulo.

Art. 542 (VIII. Admissão de novos sócios e terceiros interessados)

(1) Um sócio não pode, sem o consentimento dos sócios restantes, admitir um terceiro na sociedade.

(2) Se um sócio, unilateralmente, interessar um terceiro na sua parte ou ceder-lhe a sua parte, não se tornará, êsse terceiro, sócio dos restantes e não adquirirá, particularmente, o direito de tomar conhecimento dos negócios sociais.

Art. 543 (C. Relações dos sócios com terceiros: I. Representação)

(1) Se um sócio, na verdade por conta da sociedade, mas no próprio nome, concluir um negócio com um terceiro, só êle se tornará, ante o terceiro, autorizado e obrigado.

(2) Se um sócio, em nome da sociedade ou de todos os sócios, concluir um negócio com um terceiro, só estarão os sócios restantes, ante o terceiro, autorizados e obrigados, de conformidade com as regras sobre a representação.

(3) Uma autorização para um único sócio, ante terceiros, representar a sociedade ou todos os sócios, presume-se existir desde que a êle tenha sido concedida a administração.

Art. 544 (II. Efeitos da representação)

(1) As coisas, os direitos reais ou créditos que tenham sido transmitidos à sociedade ou por ela adquiridos, pertencem, em comum, aos sócios, de acôrdo com as determinações do contrato social.

(2) Os credores de um sócio, se do contrato social não resultar outra coisa, só podem, para a sua satisfação, tomar em preensão a parte de liquidação do seu devedor.

(3) Se os sócios, em comum ou por representação, ante um terceiro, contraírem uma obrigação, responderão êles solidariamente, respeitadas as convenções em contrário.

Art. 545 (D. Fim da sociedade: I. Motivos de dissolução: I. Em geral)

(1) A sociedade será dissolvida:

1. quando a finalidade, para a qual foi ela pactuada, for alcançada ou quando se tornar impossível alcançá-la;

2. quando um sócio morrer, e, neste caso, somente se, de antemão, já não foi conveniado que a sociedade deveria continuar com os herdeiros;

3. quando a parte de liquidação de um sócio cair sob a administração forçada, ou [quando] for aberta a falência de um sócio, ou [quando] ficar êle sujeito à tutela;

4. por acôrdo unânime;

5. pelo transcurso do tempo para o qual a sociedade tinha sido pactuada;

6. por denúncia por parte de um sócio, quando um tal [direito] estiver reservado no contrato social, ou quando a sociedade tiver sido formada por tempo indeterminado ou pelo tempo de vida de um sócio;

7. por sentença do juiz, no caso de dissolução por um motivo poderoso.

(2) Por motivos poderosos pode ser exigida a dissolução da sociedade antes de terminada a duração contratual, ou, se foi ela pactuada por duração indeterminada, sem denúncia anterior.

Art. 546 (2. Sociedade de duração ilimitada)

(1) Se a sociedade foi formada por tempo indeterminado ou pelo tempo de vida de um sócio, poderá qualquer sócio denunciar o contrato para seis meses.

(2) A denúncia deve, contudo, ser realizada de boa-fé e não em tempo inoportuno, e só pode ter lugar, se estiver previsto o encerramento anual de contas, para o fim de um exercício anual.

(3) Se uma sociedade, depois do transcurso do tempo para o qual tinha sido ela pactuada, continuar tacitamente, considerar-se-á como renovada por tempo indeterminado.

Art. 547 (II. Efeitos da dissolução sobre a administração)

(1) Se a sociedade for dissolvida de outro modo que não pela denúncia, considerar-se-á a autorização à um sócio para a administração, em seu favor, como continuada até que tenha ele conhecimento da dissolução ou que devesse ter se empregasse diligência bastante.

(2) Se a sociedade for dissolvida pela morte de um sócio, terá o herdeiro do sócio falecido de, imediatamente, comunicar, aos outros, a circunstância da morte, e continuar, de boa-fé, os negócios tratados pelo seu antecessor jurídico, até que outras providências tenham sido tomadas.

(3) Os outros sócios têm, do mesmo modo, de continuar, provisoriamente, com os negócios.

Art. 548 (III. Liquidação: 1. Entradas)

(1) Na partilha que, depois da dissolução da sociedade, realizarem os sócios entre si, as coisas que um sócio trouxe, para propriedade [comum], não caberão a êle de volta.

(2) Tem êle, contudo, pretensão ao valor pelo qual foram elas aceitas.

(3) Se não tiver havido uma tal estimativa, dirigir-se-á a sua pretensão ao valor que as coisas tinham ao tempo da aceitação [delas].

Art. 549 (2. Divisão do excesso e da importância em falta)

(1) Se, depois da dedução das dívidas comuns, depois do reembolso das despesas e adiantamentos feitos por qualquer dos sócios, e depois da devolução das entradas patrimoniais, ficar um resto, será êle dividido entre os sócios como lucro.

(2) Se, depois da extinção das dívidas e do reembolso das despesas e adiantamentos, não bastar o patrimônio comum para a devolução das entradas patrimoniais, terão os sócios de suportar a falta como perda.

Art. 550 (3. Realização da partilha)

(1) A partilha, depois da dissolução da sociedade, deve ser realizada, em comum, por todos os sócios, com inclusão daqueles que não participavam da administração social.

(2) Quando, contudo, o contrato social disser respeito somente a uma única espécie de negócios que um sócio, no próprio nome, por conta de todos, tenha de cuidar, terá êle de terminar êsses negócios, mesmo depois da dissolução da sociedade, e prestar contas aos sócios restantes.

Art. 551 (IV. Responsabilidade ante terceiros)

Os compromissos com os terceiros não serão afetados pela dissolução da sociedade.

TERCEIRA PARTE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS E DA SOCIEDADE COOPERATIVA

TÍTULO XXIV

DA SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

SEÇÃO I

NOÇÃO E FORMAÇÃO

Art. 552 (A. Sociedades comerciais)

(1) A sociedade em nome coletivo [Kollektivgesellschaft] é uma sociedade na qual duas ou várias pessoas naturais, sem limitação da sua responsabilidade ante os credores da sociedade, se unem com o fim de, sob uma firma comum, explorar um negócio comercial, um negócio fabril ou um outro negócio exercido em forma comercial.

(2) Os sócios [Gesellschafter] têm de inscrever a sociedade no Registro do Comércio [Handelsregister].

Art. 553 (B. Sociedades não comerciais)

Se uma sociedade dessas exercer a sua atividade em forma não comercial, só se tornará sociedade em nome coletivo quando se fizer inscrever no Registro do Comércio.

Art. 554 (C. Inscrição no Registro: 1. Lugar e conteúdo)

(1) A sociedade tem de ser inscrita no Registro do Comércio do lugar onde tem ela a sua sede.

(2) A inscrição precisa conter:

1. o nome, o lugar da residência e a nacionalidade de cada sócio;
2. a firma da sociedade e o lugar onde tem ela a sua sede;
3. o momento em que tem a sociedade o seu início;
4. a indicação de uma eventual limitação na faculdade de representação da sociedade.

Art. 555 (II. Representação)

No Registro do Comércio só podem ser inscritas essas determinações sobre a representação que prevêem a sua limitação a um ou a vários sócios, ou uma representação por um sócio em comum com outros sócios ou com procuradores comerciais.

Art. 556 (III. Exigências formais)

(1) A comunicação das circunstâncias que devem ser inscritas e as suas alterações, precisam ser assinadas por todos os sócios, pessoalmente, no escritório do Registro do Comércio, ou apresentadas, por escrito, com as assinaturas autenticadas.

(2) Os sócios a quem deve caber a representação da sociedade, têm de assinar a firma e os seus nomes, pessoalmente, no escritório do Registro do Comércio, ou apresentar as assinaturas em forma autenticada.

SEÇÃO II

DAS RELAÇÕES DOS SÓCIOS ENTRE SI

Art. 557 (A. Liberdade contratual e remissão às sociedades simples)

(1) As relações recíprocas dos sócios apream-se, em primeiro lugar, de acordo com o contrato social.

(2) Sempre que nenhum acordo for concluído, terão aplicação as disposições sobre as sociedades simples, com as diferenças, contudo, que resultarem das determinações seguintes.

Art. 558 (B. Cálculo dos lucros e perdas)

(1) De cada ano econômico devem ser apurados, com fundamento na conta de lucros e perdas assim como no balanço, os lucros e as perdas, e deve ser calculada a parte de cada sócio.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

- att. c.
att. p. c.
c.
cost.
d.
d. l.
d. lg.
d. lg. c. p. s.
d. lg. lgt.
d. m.
d. p. c. m.
d. p. r.
G. U.
l.
l. ass.
l. aut.
l. camb.
l. fall.
l. inv.
l. mar.
nav.
ord. stato civ.
p.
p. c.
p. p.
prel.
r. d.
r. d. l.
t. u.
- Disposizioni di attuazione del Codice civile
— Disposizioni di attuazione del Codice di procedura civile
— Codice civile
— Costituzione della Repubblica
— Decreto
— Decreto legge
— Decreto legislativo
— Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato
— Decreto legislativo luogotenenziale
— Decreto ministeriale
— Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri
— Decreto del Presidente della Repubblica
— Gazzetta Ufficiale
— Legge
— Legge sull'assegno bancario (r. d. 21 dicembre 1933, n. 1736)
— Legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633)
— Legge cambiaria (r. d. 14 dicembre 1933, n. 1669)
— Legge fallimentare (r. d. 16 marzo 1942, n. 267)
— Legge sulle invenzioni industriali (r. d. 29 giugno 1939, n. 1127)
— Legge sui marchi (r. d. 21 giugno 1942, n. 929)
— Codice della navigazione
— Legge sull'ordinamento dello stato civile (r. d. 9 luglio 1939, n. 1238)
— Codice penale
— Codice di procedura civile
— Codice di procedura penale
— Disposizioni sulla legge in generale
— Regio Decreto
— Regio Decreto legge
— Testo unico

GIORGIO DE NOVA

Ordinario di Diritto civile nell'Università di Pavia

Codice civile e leggi collegate

Costituzione

Trattato C.E.E.

Codice civile

Leggi collegate

1988

Edizione ridotta di «Codici e leggi per l'udienza civile»
a cura di G. De Nova e C. Ferri, edito dall'UTET

5740745
1988

ZANICHELLI



Parimenti può essere escluso il socio che si è obbligato con il conferimento a trasferire la proprietà di una cosa, se questa è perita prima che la proprietà sia acquistata alla società (c. 1465¹, 2254¹, 2524, 2527¹).

2287. Procedimento di esclusione. — L'esclusione è deliberata dalla maggioranza dei soci, non computandosi nel numero di questi il socio da escludere, ed ha effetto decorso trenta giorni dalla data della comunicazione al socio escluso (c. 24¹, 2527¹).

Entro questo termine il socio escluso può fare opposizione davanti al tribunale, il quale può sospendere l'esecuzione.

Se la società si compone di due soci, l'esclusione di uno di essi è pronunciata dal tribunale, su domanda dell'altro.

2288. Esclusione di diritto. — È escluso di diritto il socio che sia dichiarato fallito (l. fall. 149).

Parimenti è escluso di diritto il socio nei cui confronti un suo creditore particolare abbia ottenuto la liquidazione della quota a norma dell'art. 2270.

2289. Liquidazione della quota del socio uscente. — Nei casi in cui il rapporto sociale si scioglie limitatamente a un socio (c. 2284-2286), questi o i suoi eredi hanno diritto soltanto ad una somma di danaro che rappresenta il valore della quota (c. 230-bis¹).

La liquidazione della quota è fatta in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento.

Se vi sono operazioni in corso, il socio o i suoi eredi partecipano agli utili e alle perdite inerenti alle operazioni medesime.

Salvo quanto è disposto nell'articolo 2270, il pagamento della quota spettante al socio deve essere fatto entro sei mesi dal giorno in cui si verifica lo scioglimento del rapporto (c. 2307, 2529).

2290. Responsabilità del socio uscente o dei suoi eredi. — Nei casi in cui il rapporto sociale si scioglie limitatamente a un socio (c. 2284-2286), questi o i suoi eredi sono responsabili verso i terzi per le obbligazioni sociali (c. 2267) fino al giorno in cui si verifica lo scioglimento (c. 2530).

Lo scioglimento deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei; in mancanza non è opponibile ai terzi che lo hanno senza colpa ignorato.

(1) Sulla disciplina della regolarizzazione delle società di fatto mediante costituzione in forma di s.n.c., v. art. 1, l. 23 dicembre 1982, n. 947.

(2) Per la rivalutazione monetaria v. art. 11, l. 19 marzo 1983, n. 72, in *Appendice*, XII, 6.

(3) Così modificato per effetto della l. 31 ottobre 1955, n. 1064.

CAPO III

DELLA SOCIETÀ IN NOME COLLETTIVO. (1)

2291. Nozione. — Nella società in nome collettivo (c. 2315, 2615-ter) tutti i soci rispondono solidalmente (c. 1292 ss.) e illimitatamente per le obbligazioni sociali (c. 2304, 2499; l. fall. 147).

Il patto contrario non ha effetto nei confronti dei terzi (c. 2267¹, 2297).

2292. Ragione sociale. — La società in nome collettivo agisce sotto una ragione sociale costituita dal nome di uno o più soci con l'indicazione del rapporto sociale (c. 2295 n. 2, 2567).

La società può conservare nella ragione sociale il nome del socio receduto o defunto, se il socio receduto o gli eredi del socio defunto vi consentono (att. c. 207).

2293. Norme applicabili. — La società in nome collettivo è regolata dalle norme di questo capo e, in quanto queste non dispongano, dalle norme del capo precedente (c. 2251 ss.) (2).

2294. Incapace. — La partecipazione di un incapace alla società in nome collettivo è subordinata in ogni caso all'osservanza delle disposizioni degli articoli 320, 371, 397, 424 e 425 (att. c. 208).

2295. Atto costitutivo. — L'atto costitutivo della società deve indicare: 1) il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita (5), il domicilio, la cittadinanza dei soci;

2) la ragione sociale (c. 2292);

3) i soci che hanno l'amministrazione e la rappresentanza della società (c. 2298);

4) la sede della società e le eventuali sedi secondarie (c. 2250, 2299);

5) l'oggetto sociale (c. 2615-ter);

6) i conferimenti di ciascun socio, il valore ad essi attribuito e il modo di valutazione (c. 2253 ss.);

7) le prestazioni a cui sono obbligati i soci di opera (c. 2263¹);

8) le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti e la quota di ciascun socio negli utili e nelle perdite (c. 2263 ss.);

9) la durata della società (c. 2307).

2296. Pubblicazione. — L'atto costitutivo della società, con sottoscrizione autentica (c. 2703) dei contraenti, o una copia autentica di esso se la stipulazione è avvenuta per

atto pubblico (c. 2699), deve entro trenta giorni (1) essere depositato per l'iscrizione, a cura degli amministratori (c. 2626), presso l'ufficio del registro delle imprese (c. 2188 ss.; att. c. 99 ss.) nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale (c. 2297).

Se gli amministratori non provvedono al deposito nel termine indicato nel comma precedente, ciascun socio può provvedervi a spese della società, o far condannare gli amministratori ad eseguirlo.

Se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico, è obbligato ad eseguire il deposito anche il notaio (c. 2626¹).

2297. Mancata registrazione. — Fino a quando la società non è iscritta nel registro delle imprese (att. c. 99-101), i rapporti tra la società e i terzi, ferma restando la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci (c. 2291), sono regolati dalle disposizioni relative alla società semplice (c. 2251-2290).

Tuttavia si presume che ciascun socio che agisce per la società abbia la rappresentanza sociale, anche in giudizio. I patti che attribuiscono la rappresentanza ad alcuno soltanto dei soci o che limitano i poteri di rappresentanza non sono opponibili ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza (c. 2317).

2298. Rappresentanza della società. — L'amministratore che ha la rappresentanza della società può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, salvo le limitazioni che risultano dall'atto costitutivo o dalla procura. Le limitazioni non sono opponibili ai terzi, se non sono iscritte nel registro delle imprese (att. c. 99-101) o se non si prova che i terzi ne hanno avuto conoscenza (c. 2193).

Gli amministratori che hanno la rappresentanza sociale devono, entro quindici giorni dalla notizia della nomina, depositare presso l'ufficio del registro delle imprese le loro firme autografe (c. 2626).

2299. Sedi secondarie. — Un estratto dell'atto costitutivo deve essere depositato per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese (att. c. 99-101) del luogo in cui la società istituisce sedi secondarie con una rappresentanza stabile, entro trenta giorni dall'istituzione delle medesime (c. 2197).

L'estratto deve indicare l'ufficio del registro presso il quale è iscritta la società e la data dell'iscrizione.

Presso l'ufficio del registro in cui è iscritta

la sede secondaria deve essere altresì depositata la firma autografa del rappresentante preposto all'esercizio della sede medesima.

L'istituzione di sedi secondarie deve essere denunciata per l'iscrizione nello stesso termine anche all'ufficio del registro del luogo dove è iscritta la società (c. 2330¹, 2626).

2300. Modificazioni dell'atto costitutivo. — Gli amministratori devono richiedere nel termine di trenta giorni (1) all'ufficio del registro delle imprese (att. c. 99-101) l'iscrizione delle modificazioni dell'atto costitutivo (c. 2252) e degli altri fatti relativi alla società, dei quali è obbligatoria l'iscrizione (c. 2626).

Se la modificazione dell'atto costitutivo risulta da deliberazione dei soci, questa deve essere depositata in copia autentica.

Le modificazioni dell'atto costitutivo, finché non sono iscritte, non sono opponibili ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza (c. 2193; att. c. 211).

2301. Divieto di concorrenza. — Il socio non può, senza il consenso degli altri soci, esercitare per conto proprio o altrui una attività concorrente con quella della società, né partecipare come socio illimitatamente responsabile (c. 2291, 2318, 2462) ad altra società concorrente (c. 2390).

Il consenso si presume, se l'esercizio dell'attività o la partecipazione ad altra società prescriveva al contratto sociale, e gli altri soci ne erano a conoscenza.

In caso d'inservanza delle disposizioni del primo comma la società ha diritto al risarcimento del danno, salva l'applicazione dell'art. 2286.

2302. Scritture contabili. — Gli amministratori devono tenere i libri e le altre scritture contabili prescritti dall'art. 2214 (c. 2312; att. c. 200).

2303. Limiti alla distribuzione degli utili. — Non può farsi luogo a ripartizione di somme tra soci se non per utili realmente conseguiti (c. 2262, 2321, 2433¹, 2621 n. 2).

Se si verifica una perdita del capitale sociale, non può farsi luogo a ripartizione di utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente.

2304. Responsabilità dei soci. — I creditori sociali, anche se la società è in liquidazione (c. 2309 ss.), non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l'esclusione del patrimonio sociale (c. 2268, 2471¹).

2305. Creditore particolare del socio. — Il

(1) Per gli atti ricevuti o autenticati all'estero, l'art. unico, l. 13/3/1980, n. 73 dispone che il termine decorre dalla data del deposito da effettuarsi a norma dell'art. 106, n. 4, l. 16/2/1913, n. 89, secondo cui « nell'archivio notarile distrettuale sono depositati e conservati (...) gli originali e le copie degli atti notariali rogati in paese estero prima di farne uso nella Repubblica, sempreché non siano già depositati presso un notaio esercente ».

La determinazione del terzo può essere impugnata soltanto nei casi previsti dall'art. 1349 e nel termine di tre mesi dal giorno in cui il socio, che pretende di esserne lesa, ne ha avuto comunicazione (c. 2964 ss.). L'impugnazione non può essere proposta dal socio che ha volontariamente eseguito la determinazione del terzo (c. 1444).

2265. Patto leonino. — È nullo (c. 1418, 1419, 2263) il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite (c. 2178³, 2553, 2554).

Sezione III. — Dei rapporti con i terzi.

2266. Rappresentanza della società. — La società acquista diritti e assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza (c. 1387) e sta in giudizio nella persona dei medesimi (c. 2278).

In mancanza di diversa disposizione del contratto, la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore (c. 2257-2260) e si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (c. 2298).

Le modificazioni e l'estinzione dei poteri di rappresentanza sono regolate dall'art. 1396.

2267. Responsabilità per le obbligazioni sociali. — I creditori della società possono far valere i loro diritti sul patrimonio sociale (c. 2268). Per le obbligazioni sociali rispondono inoltre personalmente e solidalmente (c. 1292 ss.) i soci che hanno agito in nome e per conto della società e, salvo patto contrario, gli altri soci (c. 33³, 38, 41¹, 2291, 2297, 2317³).

Il patto deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei; in mancanza, la limitazione della responsabilità o l'esclusione della solidarietà non è opponibile a coloro che non ne hanno avuto conoscenza.

2268. Escussione preventiva del patrimonio sociale. — Il socio richiesto del pagamento di debiti sociali può domandare, anche se la società è in liquidazione (c. 2275 ss.), la preventiva escussione del patrimonio sociale (c. 2304, 2471¹), indicando i beni sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi (c. 1944², 2304).

2269. Responsabilità del nuovo socio. — Chi entra a far parte di una società già costituita risponde con gli altri soci per le obbligazioni sociali anteriori all'acquisto della qualità di socio.

2270. Creditore particolare del socio. — Il creditore particolare del socio, finché dura la società, può far valere i suoi diritti sugli utili

spettanti al debitore (c. 2262) e compiere atti conservativi sulla quota spettante a quest'ultimo nella liquidazione (c. 2282, 2283).

Se gli altri beni del debitore sono insufficienti a soddisfare i suoi crediti, il creditore particolare del socio può inoltre chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del suo debitore (c. 2288², 2305, 2531, 2614). La quota deve essere liquidata (c. 2289) entro tre mesi dalla domanda, salvo che sia deliberato lo scioglimento della società (c. 2272).

2271. Esclusione della compensazione. — Non è ammessa compensazione (c. 1241, 1246 n. 5) fra il debito che un terzo ha verso la società e il credito che egli ha verso un socio.

Sezione IV. — Dello scioglimento della società.

2272. Cause di scioglimento. — La società si scioglie (c. 2308, 2323):

- 1) per il decorso del termine (c. 2273, 2448 n. 1);
- 2) per il conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo (c. 27¹, 2448 n. 2);
- 3) per la volontà di tutti i soci (c. 1372, 2252, 2284, 2448 n. 5);

4) quando viene a mancare la pluralità dei soci, se nel termine di sei mesi questa non è ricostituita (c. 27², 2323);

5) per le altre cause previste dal contratto sociale (c. 2284, 2448 n. 6).

2273. Proroga tacita. — La società è tacitamente prorogata a tempo indeterminato quando, decorso il tempo per cui fu contrattata, i soci continuano a compiere le operazioni sociali (c. 2285¹, 2307³).

2274. Poteri degli amministratori dopo lo scioglimento. — Avvenuto lo scioglimento della società, i soci amministratori conservano il potere di amministrare, limitatamente agli affari urgenti, fino a che siano presi i provvedimenti necessari per la liquidazione (c. 29, 2279, 2449).

2275. Liquidatori. — Se il contratto non prevede il modo di liquidare il patrimonio sociale e i soci non sono d'accordo nel determinare, la liquidazione è fatta da uno o più liquidatori, nominati con il consenso di tutti i soci o, in caso di disaccordo, dal presidente del tribunale (c. 2309).

I liquidatori possono essere revocati per volontà di tutti i soci e in ogni caso dal tribunale per giusta causa su domanda di uno o più soci (c. 2259, 2450).

2276. Obblighi e responsabilità dei liquidatori. — Gli obblighi e la responsabilità dei liquidatori sono regolati dalle disposizioni stabilite per gli amministratori (c. 2260), in quanto non sia diversamente disposto dalle norme seguenti o dal contratto sociale (c. 2452).

2277. Inventario. — Gli amministratori devono consegnare ai liquidatori i beni e i documenti sociali e presentare ad essi il conto della gestione relativo al periodo successivo all'ultimo rendiconto.

I liquidatori devono prendere in consegna i beni e i documenti sociali, e redigere, insieme con gli amministratori, l'inventario dal quale risulti lo stato attivo e passivo del patrimonio sociale. L'inventario deve essere sottoscritto dagli amministratori e dai liquidatori (c. 2452).

2278. Poteri dei liquidatori. — I liquidatori possono compiere gli atti necessari per la liquidazione e, se i soci non hanno disposto diversamente, possono vendere anche in blocco i beni sociali e fare transazioni e compromessi (c. 2452²).

Essi rappresentano la società anche in giudizio (c. 2266).

2279. Divieto di nuove operazioni. — I liquidatori non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a tale divieto, essi rispondono personalmente e solidalmente (c. 1292 ss.) per gli affari intrapresi (c. 29, 2449, 2452).

2280. Pagamento dei debiti sociali. — I liquidatori non possono ripartire tra i soci, neppure parzialmente, i beni sociali, finché non siano pagati i creditori della società o non siano accantonate le somme necessarie per pagarli (c. 2452, 2625).

Se i fondi disponibili risultano insufficienti per il pagamento dei debiti sociali, i liquidatori possono chiedere ai soci i versamenti ancora dovuti sulle rispettive quote e, se occorre, le somme necessarie, nei limiti della rispettiva responsabilità e in proporzione della parte di ciascuno nelle perdite (c. 2263, 2267, 2452²). Nella stessa proporzione si ripartisce tra i soci il debito del socio insolvente (c. 1299²).

2281. Restituzione dei beni conferiti in godimento. — I soci che hanno conferito beni in godimento hanno diritto di riprenderli nello stato in cui si trovano (c. 1590). Se i beni sono periti o deteriorati per causa imputabile agli amministratori, i soci hanno diritto al risarcimento del danno a carico del patrimonio sociale (c. 1588), salva l'azione contro gli amministratori (c. 2254²).

2282. Ripartizione dell'attivo. — Estinti i debiti sociali, l'attivo residuo è destinato al rimborso dei conferimenti (c. 2263³). L'eventuale eccedenza è ripartita tra i soci in proporzione della parte di ciascuno nei guadagni (c. 2263³, 2265).

L'ammontare dei conferimenti non aventi per oggetto somme di danaro è determinato secondo la valutazione che ne è stata fatta nel contratto o, in mancanza, secondo il valore che essi avevano nel momento in cui furono eseguiti.

2283. Ripartizione di beni in natura. — Se è convenuto che la ripartizione dei beni sia fatta in natura, si applicano le disposizioni sulla divisione delle cose comuni (c. 1114 ss., 2817 n. 2).

Sezione V. — Dello scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio.

2284. Morte del socio. — Salvo contraria disposizione del contratto sociale, in caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi (c. 2289), a meno che preferiscano sciogliere la società (c. 2272 n. 3) ovvero continuarla con gli eredi stessi e questi vi acconsentano (c. 230-bis⁴, 2322, 2479, 2523, 2528).

2285. Recesso del socio. — Ogni socio può recedere dalla società (c. 1373³) quando questa è contratta a tempo indeterminato (c. 2273) o per tutta la vita di uno dei soci.

Può inoltre recedere nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa.

Nei casi previsti nel primo comma il recesso deve essere comunicato agli altri soci con un preavviso di almeno tre mesi (c. 24², 230-bis⁴, 2307³).

2286. Esclusione. — L'esclusione di un socio può avere luogo per gravi inadempimenti (c. 24³, 1455) delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale (c. 2253, 2301, 2320), nonché per l'interdizione, l'inabilitazione del socio (c. 414 ss., att. c. 208²) o per la sua condanna ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici (p. 32).

Il socio che ha conferito nella società la propria opera (c. 2263²) o il godimento di una cosa (c. 2254²) può altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera conferita o per il perimento della cosa dovuto a causa non imputabile agli amministratori.

usi (1), ha diritto [dopo un anno di ininterrotto servizio] (2), ad un periodo di ferie retribuito, che non può essere inferiore a otto giorni.

2244. Recesso. — Al contratto di lavoro domestico sono applicabili le norme sul recesso (c. 1373) volontario e per giusta causa, stabilite negli artt. 2118 e 2119.

Il periodo di preavviso non può essere inferiore a otto giorni o, se l'anzianità di servizio è superiore a due anni, a quindici giorni (3).

2245. Indennità di anzianità. — In caso di cessazione del contratto è dovuta al prestatore di lavoro un'indennità proporzionale agli anni di servizio [salvo il caso di licenziamento per colpa di lui o di dimissioni volontarie].

L'ammontare dell'indennità è determinato sulla base dell'ultima retribuzione in danaro, nella misura di otto giorni per ogni anno di servizio.

[Se gli usi lo stabiliscono, l'indennità è dovuta anche nel caso di dimissioni volontarie] (4).

2246. Certificato di lavoro. — Alla cessazione del contratto il prestatore di lavoro ha diritto al rilascio di un certificato che attesti la natura delle mansioni disimpegnate e il periodo di servizio prestato (c. 2124).

TITOLO V

Delle società

CAPO I

DISPOSIZIONI GENERALI.

2247. Nozione. — Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi (c. 2253) (5) per l'esercizio in comune di un'attività economica (c. 2082) allo scopo di dividerne gli utili.

2248. Comunione a scopo di godimento. — La comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III (c. 1100 ss.).

(1) Per il riposo settimanale di una giornata intera v. art. 7, l. 2 aprile 1958, n. 339.
(2) La Corte cost., con sentenza 17 febbraio 1969, n. 16, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo questo articolo limitatamente all'inciso « dopo un anno di ininterrotto servizio ».

(3) Per la determinazione del periodo di preavviso, v. ora art. 16, l. 2 aprile 1958, n. 339.

(4) L'art. 17, l. 2 aprile 1958, n. 339 ha riconosciuto l'indennità « in caso di licenziamento o di dimissioni » ed ha così implicitamente modificato i primi due commi e tacitamente abrogato il 3° comma. La Corte Cost., con sentenza 4 maggio 1972, n. 85, ha poi dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 17 legge cit. « nella parte in cui esclude il diritto all'indennità di anzianità in caso di licenziamento in tronco ».

(5) Sulla società di professionisti, v. l. 23 novembre 1939, n. 1815.

(6) Così sostituito dall'art. 1, d. p. r. 29 dicembre 1969, n. 1127.

2252. Modificazioni del contratto sociale. — Il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente.

Sezione II. — Dei rapporti tra i soci.

2253. Conferimenti. — Il socio è obbligato a eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale (c. 2286).

Se i conferimenti non sono determinati, si presume che i soci siano obbligati a conferire, in parti eguali tra loro, quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale.

2254. Garanzia e rischi dei conferimenti. — Per le cose conferite in proprietà la garanzia dovuta dal socio e il passaggio dei rischi sono regolati dalle norme sulla vendita (c. 1465, 1483 ss., 2286').

Il rischio delle cose conferite in godimento resta a carico del socio che le ha conferite (c. 2281). La garanzia per il godimento è regolata dalle norme sulla locazione (c. 1578 ss., 2342, 2440).

2255. Conferimento di crediti. — Il socio che ha conferito un credito risponde della insolvenza del debitore, nei limiti indicati dall'art. 1267 per il caso di assunzione convenzionale della garanzia (c. 2342, 2440).

2256. Uso illegittimo delle cose sociali. — Il socio non può servirsi, senza il consenso degli altri soci, delle cose appartenenti al patrimonio sociale per fini estranee a quelle della società.

2257. Amministrazione disgiuntiva. — Salvo diversa pattuizione (c. 2258), l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri.

Se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più soci, ciascun socio amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta.

La maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili, decide sull'opposizione (c. 2258').

2258. Amministrazione congiuntiva. — Se l'amministrazione spetta congiuntamente a più soci, è necessario il consenso di tutti i soci amministratori per il compimento delle operazioni sociali.

Se è convenuto che per l'amministrazione o per determinati atti sia necessario il consenso della maggioranza, questa si determina a norma dell'ultimo comma dell'articolo precedente.

Nei casi preveduti da questo articolo, i singoli amministratori non possono compiere

da soli alcun atto, salvo che vi sia urgenza di evitare un danno alla società.

2259. Revoca della facoltà di amministrare. — La revoca dell'amministratore nominato con il contratto sociale non ha effetto se non ricorre una giusta causa (c. 1723').

L'amministratore nominato con atto separato è revocabile secondo le norme sul mandato (c. 1726).

La revoca per giusta causa può in ogni caso essere chiesta giudizialmente da ciascun socio.

2260. Diritti e obblighi degli amministratori. — I diritti e gli obblighi degli amministratori sono regolati dalle norme sul mandato (c. 1703 ss.).

Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società (c. 1292 ss.) per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa (c. 18, 2392').

2261. Controllo dei soci. — I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizia dello svolgimento degli affari sociali, di consultare i documenti relativi all'amministrazione e di ottenere il rendiconto quando gli affari per cui fu costituita la società sono stati compiuti.

Se il compimento degli affari sociali dura oltre un anno, i soci hanno diritto di avere il rendiconto dell'amministrazione al termine di ogni anno, salvo che il contratto stabilisca un termine diverso.

2262. Utili. — Salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto (c. 2303, 2350, 2433).

2263. Ripartizione dei guadagni e delle perdite. — Le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti. Se il valore dei conferimenti non è determinato dal contratto, esse si presumono eguali (c. 2265).

La parte spettante al socio che ha conferito la propria opera, se non è determinata dal contratto, è fissata dal giudice secondo equità (c. 2295 n. 7).

Se il contratto determina soltanto la parte di ciascun socio nei guadagni, nella stessa misura si presume che debba determinarsi la partecipazione alle perdite (c. 2265).

2264. Partecipazione ai guadagni e alle perdite rimessa alla determinazione di un terzo. — La determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite può essere rimessa ad un terzo (c. 1349).