

OS RUMOS DO DIREITO EMPRESARIAL EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Maria Celeste Morais Guimarães*

1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Os primeiros anos do século XX foram assinalados, na cultura jurídica brasileira, por duas experiências de importância singular: a elaboração do Código Civil, cujo projeto de 1899 tramitou pelas Casas do Congresso até 1916, e, com menor ressonância na vida profissional e acadêmica, surgiram as novas leis comerciais, que atendiam às necessidades de uma sociedade economicamente mais complexa que a do Império, substituindo dispositivos e capítulos do Código Comercial de 1850.

É essa a época em que a cultura jurídica do País assume as características intelectuais que ainda hoje conserva.

O direito privado positivo e a sua ciência obedeciam a uma uniforme inspiração liberal, ainda não contrastada pelo avolumar-se da intervenção econômica do Estado e pelo sentido assistencial e social, que definem os anos atuais.

Como assinala o inigualável San Thiago Dantas, “todo conhecimento histórico é função do presente, responde a uma pergunta que esse presente formula sobre si mesmo, e tenta dar inteligibilidade ao futuro.”¹

Vista de hoje, porém, a cultura jurídica brasileira no século XX podia ser dividida, segundo o citado autor, em dois segmentos, diversos em suas características, embora contínuos.

O primeiro, que refletia uma estrutura essencialmente agrária, em que se baseava a riqueza nacional à época, esboçava a formação de uma pequena burguesia industrial, em grande parte recrutada entre imigrantes, que iniciaram uma discreta ascensão, cujos interesses passaram a pedir disciplina jurídica própria.

O segundo é marcado pela elaboração do Código Civil, influenciado pela nova mentalidade liberal, formada pelo estudo das grandes leis civis, européias, a cuja sombra florescera o capitalismo.

Ao mesmo tempo, um outro movimento veio alimentar o novo sentido da evolução jurídica: a proteção jurídica do trabalhador, que gerou um novo ramo do direito positivo - o direito do trabalho.

San Thiago Dantas assinala, a respeito, que “o direito do trabalho foi um imperativo da condensação, nos grandes centros urbanos, de uma classe de trabalhadores do comércio e da indústria, que o Código Civil burguês de 1916, em sua débil regulamentação da locação de serviços, desprotegia inteiramente.”²

* Advogada. Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Professora dos Cursos de Bacharelado e Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade Milton Campos.

¹ DANTAS, San Thiago. “O Direito Privado brasileiro. Aspectos gerais de sua evolução nos últimos cinquenta anos”. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 155, jul./set./1980, p. 6.

² Ob. cit., p. 7.

Fruto dessas transformações, importantes reformas legislativas vieram modernizar o direito brasileiro, em especial o direito comercial. A vida econômica se tornava cada dia mais complexa, com o aparecimento das primeiras indústrias, o engrandecimento dos bancos e a intensificação do comércio, sobretudo, externo.

As críticas que os meios jurídicos formulavam, de longa data, às deficiências do Código Comercial de 1850 e a crescente tese da unificação do direito privado multiplicaram no foro as questões sobre sociedades, falências e obrigações comerciais, suscitando uma elaboração jurisprudencial bastante rica em torno de questões relegadas pela doutrina. E desse conjunto de circunstâncias nasceram as bases legislativas do novo Direito Comercial à época:

- a) A **Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908**, que reformou o direito cambial. Para essa reforma contribuem as idéias compendiadas por José Antonio Saraiva em seu magistral *Direito Cambial Brasileiro (1905-1908)*, desprendendo-se a letra de câmbio do contrato de câmbio para adquirir as características modernas de título de crédito autônomo;
- b) o **Decreto Legislativo n. 1.102, de 21 de novembro de 1903**, instituiu as normas para as empresas de armazéns reclamadas pela expansão das exportações brasileiras, e o **Decreto n. 6.644, de 17 de setembro de 1907**, deu regulamento aos armazéns das docas de Santos;
- c) a **Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908**, reformou o direito falimentar. Em 1899, J. X. Carvalho de Mendonça publicara *Das falências e dos meios de evitar a sua declaração*. O comércio e o foro reclamavam a uma voz contra o processo então vigente de falências pela facilidade dos meios instituídos para preveni-la e daí nasceu, como corretivo das suas deficiências, a Lei n. 2.024, de autoria do grande mestre comercialista;
- d) a **Lei n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919**, que deu normas às sociedades por quotas de responsabilidade limitada;
- e) o **Decreto n. 2.591, de 7 de agosto de 1912**, ao cheque;
- f) o **Decreto n. 14.728, de 16 de março de 1921**, aos bancos e à fiscalização bancária;
- g) o **Decreto n. 17.535, de 19 de novembro de 1926**, às vendas mercantis, regulando as contas assinadas em duplicata, e afinal,
- h) o **Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940**, lei das sociedades por ações.

Toda essa renovação legislativa, que deu ao País, no terreno comercial, instituições modernas, veio encontrar expressão doutrinária em uma das obras mais representativas da cultura jurídica da época: o monumental *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* de J. X. Carvalho de Mendonça.

Como o Direito Mercantil de José da Silva Lisboa é o marco intelectual da primeira fase do nosso desenvolvimento econômico como País independente, o Tratado de Carvalho de Mendonça é o marco desse período inicial do século XX, que a intensificação posterior da vida industrial e comercial já não permite que consideremos contemporâneo.

Os ramos do direito privado, apesar da importância das reformas consumadas, estavam ainda a exigir novas mudanças. E uma obra, ao findar do século, se impôs à consciência jurídica como o mais imperioso reclamo da evolução do direito privado: a codificação e a reforma do direito comercial.

As transformações da economia brasileira no sentido de uma diversificação cada vez maior de atividades e de uma ampliação de escala dos empreendimentos conduziram o sistema legal a deficiências insanáveis, que se tornaram embaraços à evolução. A conquista de uma superfície econômica maior, o aceleração do processo de criação de riqueza reclamavam, pois, a instauração de uma nova fase.

Definiu-se, desse modo, uma das características mais importantes do desenvolvimento histórico brasileiro: a coexistência de um capitalismo ainda bastante liberal, com um intervencionismo econômico estatal marcante.

Assiste-se no Brasil, até hoje, ao choque dessas forças, até certo ponto contrárias: “a expansão econômica que reclama uma liberdade de meios, que as leis sociais não lhe permitem desfrutar.”

Não é sem razão que, mais uma vez, os primeiros anos do século XXI vêm assinalar, coincidentemente com o ocorrido no século passado, a outra experiência singular do direito brasileiro: a edição do novo Código Civil, com a conseqüente reforma do Direito Comercial.

2 A TESE DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O Direito Comercial, segundo Tullio Ascarelli, apresenta-se como um direito especial no sentido sistemático, “como um conjunto de normas que regulam uma determinada matéria consoante determinados princípios de caráter geral.”³

Constitui, entretanto, antes de mais nada, se considerado no quadro geral do direito comparado e no conjunto da sua evolução histórica, um direito especial no sentido histórico, e é sob este aspecto que melhor se entende a sua autonomia e o seu papel, os próprios problemas que hoje se apresentam quanto a sua reforma e quanto à unificação do direito privado (unificação de que nem sequer se poderia cogitar, caso o Direito Comercial não constituísse uma categoria histórica).

Ocorre que o direito comercial não pode distinguir-se dos demais ramos do direito, consoante aqueles critérios que facultam, em qualquer sistema jurídico, distinguir o direito substantivo e o processual, o direito civil e o criminal e assim por diante. Apresenta-se o Direito Comercial, *prima facie*, como uma subdistinção do direito privado.

³ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 15.

Embora nele prevaleçam normas de direito privado, o Direito Comercial não contém, entretanto, exclusivamente normas dessa espécie, bastando, para mostrá-lo, lembrar o instituto da falência. Nesse caso, por exemplo, poder-se-ia falar em um direito comercial substancial e em um Direito Comercial processual, de natureza coletiva, portanto, de ordem pública.

Aliás, mesmo no âmbito do direito privado, o Direito Comercial tem um caráter fragmentário, embora, no seu conjunto, as suas normas se apresentem orientadas consoante determinados critérios gerais.

Isto, porque o Direito Comercial, segundo o mesmo ASCARELLI, não é o direito da distribuição e produção da riqueza, em contraposição ao direito de consumo, como já foi afirmado, pois que, de um lado, não abrange a atividade agrícola como tampouco o comércio imobiliário e, de outro lado, compreende os atos comerciais unilaterais que, consoante alguns direitos positivos, como, por exemplo, o italiano, estão integralmente sujeitos às disposições do direito comercial.

Não é ele também o direito da circulação, segundo o mesmo autor, embora haja nesta tese tradicional um grande fundamento de verdade, pois que, apesar da importância central do fenômeno da circulação no direito comercial e até da possibilidade de, com fundamento na circulação, explicarem-se algumas peculiaridades de institutos que não a disciplinam diretamente, não regula ele, nem apenas, nem toda a circulação de bens.

Não é, por fim, o direito comercial o direito da intermediação, pois não podem qualificar-se como de intermediação os atos cambiais e a produção industrial, a não ser por meio de uma conexão presumida *juris et de jure*, o que já demonstra a falta de acerto desta construção, se entendida de modo rigoroso.

Seria, então, o direito comercial, como atualmente se preconiza, o direito das empresas? Para ASCARELLI não, pois que, de um lado, não abrange as empresas agrícolas (e, note-se, a exploração agrícola sob forma de empresa no que respeita à sua organização interna é, até, historicamente anterior à organização do comércio ou da indústria); e, de outro lado, disciplina o ato de comércio ocasional e os atos cambiais que não se prendem necessariamente, hoje em dia, a uma empresa ou atividade sistemática, nem a relações entre empresas.

A despeito das controvérsias, assinala o mestre ASCARELLI que:

Hoje em dia a bipartição do direito privado em civil e comercial se prende, fundamentalmente, à distinção entre relações agrícolas de um lado e relações comerciais do outro. Este critério é substancialmente exato em todas as legislações atuais; exato na história do direito, pois que nunca e em nenhum direito, o direito comercial abrangeu a lavoura.⁴

Pois bem. Esta realidade veio ser alterada com a edição do Código Federal Suíço, que unificou o direito das obrigações naquele país e, posteriormente, pelo Código Civil Italiano de 1942, ampliando, assim, a discussão sobre uma pretendida unificação.

⁴ Ob. cit., p. 21.

Para ASCARELLI⁵, essa unificação se consolidou na codificação italiana de 1942, não por via de supressão, mas de triunfo dos princípios comercialistas, praticamente reconhecidos no Código Italiano como princípios gerais de todo o direito privado (em matéria de solidariedade, juros, prescrição, etc.), sancionando o que já (dada a largueza da categoria dos atos de comércio no Código Comercial Italiano de 1882) havia ocorrido espontaneamente.

É bom que se diga que não houve, na Itália, ao contrário do que se pode supor diante da lição do grande comercialista, uma unificação legislativa, uma vez que o Código Privado de 1942 não atingiu institutos importantes do direito comercial, como a FALÊNCIA - que continua disciplinada pelo régio Decreto n. 267/42 -, ou mesmo as CAMBIAIS. O que se pode dizer, sim, é que, em face da nova codificação, o direito comercial não se resumiu mais à prática de atos de comércio, e não mais atos de comércio qualificáveis, quer objetiva, quer subjetivamente; o ato já não é diferenciável como comercial ou não, em relação às suas características objetivas, ou à qualificação do sujeito.

Não nos resta dúvida, assim, que o direito comercial, a partir da Codificação Italiana, deixou de ser um direito especial e passou a tutelar outros atos que não só aqueles praticados pelos comerciantes, deixando a qualificação subjetiva de ser uma condição para aplicabilidade das normas de direito comercial, daí não haver mais razão para qualquer distinção.

As normas de Direito Comercial, que antes tutelavam só uma classe, e uma modalidade de atos, passaram a ter uma tutela mais geral, os seus efeitos foram mais abrangentes, mais amplos, porque não mais só dirigidos para uma determinada categoria ou atividade, criando, portanto, a partir desse processo, o ambiente fértil para a unificação pretendida.

É, assim, o conceito de empresário, introduzido pelo Código Italiano no célebre artigo 2.082, que consolidou a unificação tão preconizada, inaugurando uma nova etapa no direito mundial, encerrando a *distinção* antes existente “entre relações agrícolas de um lado e relações comerciais do outro”. E é esse conceito que foi adotado pelo novo Código Civil brasileiro.

3 O CONCEITO DE EMPRESÁRIO

O novo Código Civil brasileiro adotou o mesmo conceito do Código Italiano, quando assim definiu o empresário no seu art. 966:

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

Assim dispôs o art. 2.082 *do Codice Civile Italiano, verbis:*

Imprenditore. - È imprenditore (2086) chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195).

⁵ ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. *RDM*, n. 114, p. 248.

A novidade do conceito, para nós, é a qualificação do empresário pelo EXERCÍCIO DE UMA ATIVIDADE ECONÔMICA, que abrange tanto a clássica circulação de bens identificada no conceito do art. 4º do Código Comercial (mercancia), como a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Vê-se que o Código não conceituou *empresa*, como também não o fez o Código Italiano. Empresa é, antes de tudo, o exercício de uma atividade e empresário, o que exerce, profissionalmente, a atividade econômica organizada. É justamente enquanto atividade (e não enquanto organização objetiva) que a empresa pode ser mais utilmente considerada no seu perfil geral, e contraposta ao estabelecimento, como o complexo de bens que instrumentam uma atividade, e ao complexo das relações patrimoniais de que, dado o exercício da empresa, é titular o empresário.

Por força, assim, da absorção dos atos de comércio pelo conceito de atividade econômica - mais abrangente - não se justifica mais, histórica e cientificamente, a insistência na dualidade tradicional.

Entende-se por atividade econômica a “produção ou circulação de bens e serviços”. A produção de bens é a fabricação de produtos ou mercadorias. Toda atividade de indústria é, por definição, empresarial. A produção de serviços é, por sua vez, a prestação de serviços, agora também abrangida como atividade empresarial. Além da circulação de bens, que é a clássica atividade de comércio, acresceu-se a circulação de serviços, que vem a ser a intermediação da prestação de serviços. A agência de turismo não presta os serviços de transporte ou hospedagem, mas, ao montar um “pacote de viagem” ao cliente, os intermedeia.

E não bastando isso, o art. 971 do novo Código Civil dispôs que “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, CASO EM QUE DEPOIS DE INSCRITO, FICARÁ EQUIPARADO PARA TODOS OS EFEITOS, AO EMPRESÁRIO SUJEITO A REGISTRO.” (destacamos)

Não haverá, portanto, mais distinção entre um e o outro. O exercício da atividade econômica, portanto, engloba a atividade agrícola, que foi equiparada à atividade empresarial, desde que, evidente, o empresário providencie a sua inscrição no Registro Mercantil.

Se por um lado o Código Civil inovou, por outro retrocedeu ao passado ao prever no art. 967 que “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.” (grifo nosso)

Não será obrigatória apenas para o empresário rural, o qual, como vimos anteriormente, “pode requerer a sua inscrição”. É, pois, facultativa.

O secular Código Comercial Brasileiro, no art. 4º, dispunha que “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”, adotando assim, aparentemente, o sistema do Código espanhol de 1829, que já fora acolhido pelo Código português de 1833.

Aparentemente, apenas. Porque a matrícula nunca foi entre nós requisito indispensável à qualificação do comerciante.

Não era requisito necessário: o art. 15 do Regulamento n. 737 já dizia que os comerciantes ou são matriculados, ou não. E o Decreto n. 1.597, de 1º de maio de 1855, pondo termo a algumas dúvidas e controvérsias a respeito, deixou expresso, em seu art. 1º, que “a jurisdição comercial voluntária, ou contenciosa, e administrativa, compreende a todos os comerciantes matriculados ou não-matriculados”.

Aliás, como salientou o brilhante Teixeira de Freitas, “se a matrícula dos comerciantes tem por efeito dar-lhes o gozo da proteção liberalizada pelo Código em favor do comércio, tal benefício exclui força; e portanto a qualificação exprime matrícula facultativa, não matrícula obrigatória...”⁶

Não era requisito suficiente: da prática habitual da mercancia, do efetivo exercício do comércio é que resultava para alguém a qualidade de comerciante.

Da matrícula resultava tão-somente, nos termos do art. 9º do Código revogado, a presunção de se ter alguém dedicado ao comércio, não a prova de ser comerciante.

Aliás, a matrícula, como assevera o insigne comercialista João Eunápio Borges, “não entrou nos hábitos do comércio do Brasil e é hoje instituição obsoleta, em quase completo abandono. E é por isso que, embora ainda legalmente em vigor, a estamos tratando como instituição praticamente extinta”.⁷

Mas como a matrícula, também o registro da firma não constitui requisito da qualidade de comerciante.

E o que mais se estranha, ainda, é que o novel Código Civil, a despeito do art. 967, dispôs no art. 986 que: “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples”, reconhecendo a existência da sociedade que passa a ser intitulada de “sociedade em comum”.

Vê-se, pois, que a redação do art. 967 traduz um retrocesso, ao insistir na obrigatoriedade da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis do empresário, mostrando-nos, contudo, que a exigência do registro volta a revelar-se como um instrumento de controle público da atividade econômica.

4 DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Dentre as sociedades empresárias disciplinadas pelo Código Civil, merece destaque a SOCIEDADE LIMITADA, tratada, de início, no art. 1.052, o qual dispôs que a limitada é aquela cuja “responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Aditamento ao Código do Comércio, v. 1º, p. 232; e à p. 325 acrescenta: “Nosso Código não seguiu o sistema da matrícula obrigatória... porque pena não impõe a quem é comerciante sem matrícula; e ao contrário, supõe a liberdade natural de sê-lo sem matrícula, ou outra qualquer dependência, legislando para as suas duas ordens de comerciantes matriculados e não-matriculados”.

⁷ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, p. 127.

Ao dispor, portanto, que o limite da responsabilidade será o valor da quota subscrita e que a solidariedade ocorrerá apenas pelo que faltar para completar o capital social, elimina a descabida sanção de que, no silêncio do contrato, todos os sócios respondam solidariamente pelos débitos sociais. Para começar, isso já é muito bem-vindo.

O que contrasta é o artigo que se segue - art. 1.053 - quando estabelece sejam as omissões da disciplina estabelecida neste capítulo reguladas pelas normas da sociedade simples. O mesmo se diga quando, no parágrafo único, reserva a regência supletiva das normas acionárias ao poder dispositivo das partes.

O que há, contudo, de estranho nisso?

O fundamento da rejeição está na impropriedade do modelo acolhido perante a estrutura particular das sociedades limitadas. Isto, quer se tenha em vista o modelo adotado pelo Código Federal Suíço das Obrigações, quer aquele acatado pelo legislador italiano de 1942.

O modelo da sociedade simples, obra do legislador italiano de 1942, também não é adequado à finalidade que lhe assinala o novo Código Civil brasileiro.

Instituiu o novo Código Civil a “sociedade simples” no art. 997, assim a definindo:

A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará (incisos ali enumerados).

Já o art. 2.247 do *Codice Civile Italiano* dispõe:

Della società semplice.

Disposizioni generali

2251. Contratto sociale. - Nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti.

Invoca-se aqui a lição de Giuseppe Ferri, quando esclarece ter sido este modelo criado, justamente, “para o exercício de uma atividade econômica que não seja qualificada pela lei como comercial [...], frisando ser intenção do legislador de 1942, a sua aplicação específica no campo da economia agrária, embora admissível possa ser utilizada fora deste âmbito”.⁸

É necessário lembrar que a sociedade simples do modelo italiano somente não pode ser reconduzida à *societas* do Código Civil, em sua pureza, pelo fato de se terem transfundido, em sua estrutura, regras da sociedade em nome coletivo, de molde a dotá-la de certa autonomia patrimonial (relativa). No seu âmago vigorava a idéia original do caráter não comercial da atividade econômica visada.

Em síntese, o fundamento da criação da sociedade simples no modelo italiano de 1942 residiu, pura e simplesmente, na necessidade de criar uma sociedade civil apta ao exercício de atividade econômica, posto que impedida de

⁸ FERRI, Giuseppe. *Trattato di Diritto Civile Italiano*, v. 10, Le Società, UTET, Turim, 1971, p. 64.

se valer das formas societárias comerciais chamadas “de pessoas”, dada a correlação entre forma e objeto (necessariamente comercial).

Já a sociedade por quotas de responsabilidade apareceu na Alemanha de 1892 como um modelo intencionalmente intermediário, entre os extremos - sociedade em nome coletivo e sociedade anônima.

E foi este modelo, justamente, o acolhido pelo legislador português de 1901, para daí inspirar o nosso Decreto n. 3.708/1919, em que pese a ênfase personalista em direção contrária à do modelo original.

Se assim é, haveria de aproveitar-se a oportunidade da reedição legal, de molde a reconduzir a sociedade à sua fonte original, escoimando-a dos defeitos traduzidos no Decreto de 1919.

E não é isto o que se faz, quando se ordena que no silêncio da regulação específica seja a sociedade regulada pelo disposto para as sociedades simples.

Também não é o que ocorre com o *Codice Civile Italiano*:

Della società a responsabilità limitata.

2472. Nozione. - Nella società a responsabilità limitata per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio.

Le quote di partecipazione dei soci non possono essere rappresentate da azioni (Trans. 216).

2474. Si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni degli articoli 2328, ultimo comma, 2329, 2330, 2330-bis, 2331 primo e secondo comma, 2332 e 2341.

Os artigos a que faz menção o Código Italiano referem-se às disposições sobre as sociedades anônimas. É o que nos parece mais correto.

Quando fazemos tais considerações, não estamos a defender seja a sociedade “limitada” uma simples modalidade da sociedade anônima sem ações. Seria erro igual ao dos que, por considerá-la sociedade de pessoas, reduzem-na, como o faz Waldemar Ferreira, a uma sociedade em nome coletivo de responsabilidade limitada, ou a uma comandita sem comanditados.

Ora, para se caracterizar como de “pessoas” ou de “capital” uma sociedade, o critério mais positivo e menos impreciso que os usualmente propostos pelos partidários dessa classificação - se se quiser mantê-la - é o da garantia oferecida aos credores sociais. Seriam de pessoas as sociedades cujas obrigações fossem garantidas pelo patrimônio social e, subsidiariamente, pelo patrimônio individual de um ou mais sócios: sociedades em nome coletivo, em comandita, de capital e indústria. E de capital as que - uma vez integralizado o capital - só oferecem aos credores, como garantia exclusiva, o patrimônio social: as sociedades anônimas e as sociedades por cotas de responsabilidade limitada.

Reafirmando, pois, a inaturalidade e inutilidade prática dessa classificação, incluímos, como o mestre João Eunápio Borges, a sociedade limitada, ao lado da sociedade anônima, entre as sociedades de capital.

A “limitada”, portanto, não se confunde com nenhum dos outros tipos de sociedade, nem se reduz a subespécie de qualquer deles. Tem, ao contrário, fisionomia jurídica e função econômica próprias, que lhe asseguram posição definida

e peculiar entre as suas coirmãs mais velhas. Estas, em que pese terem sido mantidas no novo Código Civil, estão sendo banidas da vida mercantil.

Assim, têm inteira razão os que afirmam o particularismo da sociedade limitada, sem forçar inutilmente a sua inclusão em uma das categorias já existentes ou demonstrar suas maiores afinidades com esse ou aquele tipo.

Exatamente em função desse seu particularismo, como defendia o saudoso Prof. Celso Barbi Filho, é que gostaríamos que o novo Código Civil não introduzisse excessiva regulação, roubando a flexibilidade que sempre lhe foi própria.

Do mesmo modo que as leis estrangeiras nas quais se inspirou, não pretendeu o Decreto n. 3.708/1919 criar novo tipo simplificado de sociedade anônima e, muito menos, uma sociedade em nome coletivo, de responsabilidade limitada.

A Prof. Vera Helena de Mello Franco, da USP, assinala, em artigo sobre a matéria, que o novo Código, prevendo, ora a remissão da limitada à sociedade simples, ora à sociedade anônima, “tenta servir dois amos e isto com resultados duvidosos para ambos”.⁹

E mais. Conclui a autora:

Negar o perfil oscilante e maleável das limitadas, engessando-as sob o manto da lei acionária, não é o desejável. Mas também não é correto que, após ditar-lhe uma estrutura orgânica ao molde da sociedade anônima, pretenda-se abrandar a supressão da autonomia da vontade (própria das sociedades contratuais), levada a cabo mediante o recurso à sociedade simples.¹⁰

Além disso, o novo Código deixa passar em branco a possibilidade da introdução da sociedade limitada unipessoal em descompasso com as leis modernas, sem explicar o porquê da postura rançosa.

Nesse particular, andou melhor o anteprojeto do Professor Jorge Lobo, que disciplinava a matéria, há muito reivindicada pela doutrina mais autorizada.

CONCLUSÃO

Num belo estudo de 1955, Tullio Ascarelli¹¹ alerta que apenas a observância das normas secundárias de produção jurídica não esgota o tema das fontes de Direito.

A lei positiva, segundo o citado autor, pode ser salva através da interpretação criadora, que constitui a ponte necessária entre um *corpus juris* dado e as realidades em mudança. Estes dois caminhos dão-nos o sentido de que a ciência jurídica não

⁹ MELLO FRANCO, Vera Helena. O triste fim das sociedades limitadas no novo Código Civil, *RDM*, n. 123, p. 85.

¹⁰ Ob. cit., p. 86.

¹¹ *Apud* LAFER, Celso. “A importância de Hobbes e Leibniz na história do pensamento jurídico, segundo Tullio Ascarelli”. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, jul./set./1980, n. 155, p. 53.

é para o Direito o que as ciências naturais são para a natureza. Ela é, na sua história, um aspecto da própria evolução do Direito. O Direito e a ciência do Direito não existem um sem o outro. A interpretação (a norma aplicada), assim como a legislação (a norma posta) são obras de sabedoria.

Rasga-se novo horizonte. O primeiro - e decisivo - esforço da Ciência do Direito está confiado à doutrina. É ela que vivifica o texto legal, dando-lhe os contornos agora - quando o texto atual, introdutor do conceito de empresário, substitui a teoria dos atos de comércio - de modo a revelar os novos rumos do Direito Empresarial brasileiro.

Sustenta ASCARELLI, com propriedade, que o Direito não é um monólogo, mas um diálogo, tanto no momento da criação (fontes do Direito), quanto no de sua aplicação (interpretação), e que, portanto, ao ser diálogo deve levar em conta o que dizem os interlocutores.

Toda opinião, acentua o autor, tem um sentido e representa uma contribuição.¹²

Esperamos ter dado a nossa.

¹² Ob. cit., p. 54.