

A mudança do direito empresarial no direito brasileiro

Elias Jacobsen Bana

Com o advento do novo Código Civil em 2002, todo o sistema societário que antes existia passou a vigorar com mudanças significativas, gerando mudanças que abrangem desde a estrutura básica das sociedades até sua administração.

O Direito brasileiro contempla cinco espécies de sociedades empresárias. Merecem maior destaque as duas primeiras, pois a importância que estas exercem se deve a sua influência na economia brasileira, diretamente proporcional ao número de cada uma existente. As três restantes, não constituem um número expressivo, nem tem um impacto relevante sobre a economia.

As sociedades empresárias admitidas pelo ordenamento jurídico nacional são: Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada; Sociedade Anônima; Sociedade em nome Coletivo; Sociedade em Comandita Ações; Sociedade em Comandita Simples.

Não se admite outras formas de constituição de sociedades empresárias, senão estas, mas, existe ainda a Sociedade em conta de Participação, que não é considerada propriamente uma sociedade em função de suas peculiaridades.

Podemos citar como exemplo o artigo 966 do Código Civil Vigente, que conceitua o que seja o empresário, por exemplo, onde se atribui caráter econômico a sua atividade. Superou-se a idéia de atos de comércio, que era fruto de debate doutrinário por mais de um século dentro do ordenamento brasileiro. O empresário, ante a lei atual, tem uma conceituação fechada, e tem seu lugar definido no universo do mercado.

Menciona Rubens Requião [1] que na empresa moderna o gerente constitui apenas uma peça da máquina de produzir riqueza e gerar dividendos. No mesmo tópico, o jurista, de modo profético, aponta a tendência de se permitir a participação dos empregados no conselho diretor da administração da empresa.

Em relação ao Código vigente, o professor paranaense Clayton Reis [2] explica o artigo 966, ou melhor, de qual atividade se refere o artigo: “(...) uma atividade voltada exclusivamente para a produção de bens de consumo, que tenham como objeto central o

interesse econômico, ou seja, o animus de conferir ao empresário o lucro na exploração do setor produtivo, no âmbito das relações de consumo”.

Lembrando que o profissional liberal, não se encaixa na categoria de empresário, por estar vinculado aos respectivos códigos de ética, como por exemplo, o advogado, que não pode ser considerado um empresário propriamente dito.

A doutrina de modo geral critica a junção feita pelo legislador, no novo Código, do direito civil e do direito comercial, compondo um livro inteiro no Código, o segundo, pois as disposições do código civil desvirtuam o sentido do direito comercial, que necessita ser mais dinâmico, diferente do direito civil.

As mudanças no direito comercial, ainda mais quando inseridas dentro do Código Civil, tem grande influência na aplicação do direito material dentro de uma demanda judicial. As novas disposições, que substituem dentro do código a nomenclatura de direito comercial para direito empresarial, fazem sombra sobre todas as atividades econômicas ou empresariais, ou seja, atividade mercantil privada.

Nos dizeres de Paulo Roberto Colombo Arnoldi [3]:

O novo Código neste novo livro, em linhas gerais, traz grandes inovações no que diz respeito ao Direito Comercial, substitui a figura do comerciante pela do empresário, seguindo a linha do Código Civil italiano de 1942, onde adota a moderna teoria da empresa, como modelo de disciplina da atividade econômica. Inova sensivelmente na parte relacionada as sociedades, agora denominadas de empresárias. Regulamenta de forma mais explícita e complementa o instituto do estabelecimento. Deu tratamento mais claro e moderno a alguns institutos como: o registro das sociedades empresária, o seu nome, dos prepostos da empresa, da escrituração mercantil que agora pode adotar os instrumentos modernos da tecnologia da informática. O Código inova e consagra práticas já consagradas na doutrina e jurisprudência. Ajusta normas de uso comum e normas concebidas para os agentes de atividade empresarial.

De maneira geral, podemos apontar a mudança do sistema subsidiário, no caso de lacuna de especificação no contrato social, do sistema da sociedade dita de responsabilidade limitada pelo sistema, vindo do direito italiano, de sociedade simples.

A doutrina italiana delimita os fundamentos dessa sorte de sociedade como uma sociedade de fins não empresariais [4], sendo a mais simplificada das formas societárias encontradas no ordenamento, no aludido ordenamento alienígena e no ordenamento pátrio. No sistema italiano, este instituto se estabeleceu em 1942, só agora sendo adotado no Brasil.

Essa mudança alterou todas as diretrizes fundamentais da tratativa do direito empresarial, que coloca outros parâmetros na presente pesquisa, que são aspectos a serem analisados. Os sócios agora têm outras responsabilidades, se comparados os sistemas do Código de 1916 e do Novo Código Civil de 2002. A doutrina nacional ainda não proferiu

vasta produção, mas já existem manifestações que servem de crítica e de orientação para o aprofundamento no assunto.

No antigo Código Civil, o ponto de partida era a sociedade limitada, que tinha um sistema de gestão mais simples, e que era utilizado subsidiariamente em caso de lacuna em outras espécies de sociedade. Tanto na administração, quanto na formação societária, a sociedade limitada apresentava certa segurança ao sócio, que estava limitado à sua cota de capital social, assim como o gerente tinha uma maior liberdade na gestão dos negócios.

No sistema atual, abandonou-se o regime da comercialidade para um regime de empresariedade, portanto, conforme o artigo 982 do Código Civil Vigente. A empresa que agora serve de paradigma é a sociedade simples, que já existe no sistema Italiano e Suíço, onde regulamenta diretamente as atividades econômicas, e as sociedades que exclusivamente se dedicam a essa atividade ou a atividades de natureza civil de natureza econômica. Trataremos desta primeiramente.

A bem da verdade, o legislador optou por não definir os contornos exatos do que seja a sociedade simples, apenas que seus participantes, em se escolhendo esse tipo societário, obrigam-se com a totalidade de seu patrimônio, solidária e ilimitadamente e que, ainda, essa sociedade não se presta à condução de empresas comerciais. Substitui, portanto, as antigas associações civis.

Tem-se que, com nos modelos estrangeiros todos os sócios são responsáveis, solidariamente, por todo o capital social, e assim, repartem a responsabilidade perante outros diante de relações com sua empresa. É um conceito mais aproximado de uma empresa de pessoas, do que uma sociedade de Capital.

O Deputado Ricardo Fiúza [5] assim se manifestou, à ocasião:

se adotarmos um paralelismo simétrico, a antiga sociedade comercial passou a ser denominada sociedade empresária, enquanto a sociedade empresária, enquanto a sociedade civil, regulada pelo Código de 1916, passou a ser definida como sociedade simples.

E não foi só o sistema subsidiário que se modificou. Desta mesma forma, onde se preza pelo empresariedade, a principal sociedade comercial teve modificações profundas, qual seja, a por cotas de responsabilidade limitada.

Esta sociedade limitada ganhou contornos de sociedade anônima, com a incorporação de elementos como a necessidade, e não mais a faculdade, da convocação de assembléia geral (artigo 1069. Inciso V), assim como a possibilidade de se instituir um conselho fiscal (artigo 1066), e ainda, da necessidade de fazer o balanço anual de resultado econômico (artigo 1065). Os contornos gerais da sociedade anônima aqui se fizeram presentes, pois o legislador quis atribuir a complexidade e transparência da sociedade anônima para a limitada.

A teoria da desconsideração tem, então, aplicação direta no ramo empresarial, sem a necessidade de subterfúgios, como por exemplo, vasta comprovação dentro de um

processo, dentro de um litígio judicial. Substituiu-se, portanto, o modelo padrão de sociedade civil da limitada pela simples, sem fins comerciais, dando à sociedade limitada uma transparência que já existia na sociedade anônima. Enfim, o escopo do atual código civil é empresarial.

Deste modo, a responsabilidade que tinha o administrador no antigo sistema não é mais o mesmo que o atual. Existe também a possibilidade de se atribuir o cargo de administrador da empresa para uma pessoa fora do quadro societário. É a figura do administrador profissional.

Apesar de ter um sistema truncado, repudiado pela maioria dos comerciantes por ter certos ônus e procedimentos obrigatórios, e uma transparência que torna o empreendimento mais trabalhoso, mas é essa mesma transparência que almejou o legislador ao promulgar as mudanças no novo código. Mas de qualquer maneira, a aproximação entre a sociedade limitada e anônima abre espaço para a aplicação da teoria da desconsideração de forma mais clara, além de ter tornado a sociedade limitada mais profissional, ainda sem a determinação de um conselho de administração, que na verdade serve uma estrutura maior do que as empresas normais.

Mais importante que delimitar a nova empresa no ordenamento nacional é entender como isso pode ser benéfico, à sombra da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O funcionamento da empresa comercial não é mais restrito ao quadro societário, ou ainda, à esfera hermeticamente fechada formada pelo grupo idealizador e investidor, que deu origem a essa pessoa jurídica.

Com a entrada em vigor deste novo livro dentro do Código Civil, do direito de empresa, a responsabilidade pela direção da empresa limitada não é mais necessariamente de um sócio. Como já dito anteriormente, pode-se utilizar um administrador profissional, fora do quadro societário. Em se conjugando a disregard doctrine com essa nova realidade, temos que a responsabilização, grosso modo, deve recair sobre quem de fato administra e rege a sociedade, assim como mais acertadamente, deve recair sobre quem cometeu o abuso de direito, que deformou sua função de administrador.

Na antiga sistemática, elegia-se, dentro do corpo societário, a diretoria da empresa, tomando para si os poderes de representação da sociedade, em juízo ou no mercado, perante todos que se apresenta, e de poderes de direção e administração.

Novamente citando o professor Paulo Roberto Colombo Arnoldi [6]:

O comerciante era visto como aquele que apenas praticava atos de intermediação com finalidade lucrativa, hoje é aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Ressalva, por outro lado que, não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores (art.966, parágrafo único). Visou neste aspecto, os profissionais liberais, que somente serão alcançados pela regulamentação da atividade econômica, se de

fato for provado que exercem sua profissão numa organização empresarial. Se não for possível identificar o elemento empresa, a atividade será regulada de acordo com o regime próprio de cada categoria profissional específica.

Atualmente, deve se averiguar quem de fato faz parte do órgão diretor da sociedade, pois é por demais importante a figura do gestor profissional, agora admitido em absoluto em nosso ordenamento.

Este aspectos de mudança, criticados por uns e festejados por outros, muda completamente a incidência da desconsideração da personalidade jurídica, conforme vimos, quanto ao seu pedido judicial, ou ainda, quanto a sua forma de demanda. No Brasil, a teoria da desconsideração, assim como em outros países, começou a ser aplicada por meio de entendimento jurisprudencial, ou seja, sem que uma regra de caráter positivo tivesse incidência sobre o caso concreto.

Assim sendo, a jurisprudência sobre o assunto, principal fonte de estudo da teoria, trata do modelo de sociedades do Código Civil de 1916, sendo de bom alvitre perceber suas diferenças para a sua aplicação no atual contexto e estrutura do direito empresarial.

Dentro dessa nova realidade, então, de empresários considerados profissionais e sociedades ditas civis, ou simples, com uma responsabilidade ilimitada e solidária, assim como a própria diretoria eleita na empresa.

[1] REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. V.1, 21ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p159.

[2] REYS, Clayton et al. Direito empresarial & cidadania : questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 20004. p 66.

[3] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo, et al. Jurisprudencia Brasileira 196 – Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba : Juruá, 2002. p. 74.

[4] AULETTA, Giuseppe. Diritto Commerciale. Milão, 9ª ed, Dott. A. Giufferrè Editore. 1994. p. 115/126.

[5] et al. Novo Código Civil Comentado. 1 ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

[6] Op. cit, p. 75.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2101/A-mudanca-do-direito-empresarial-no-direito-brasileiro>
Acesso: 01/06/09