RTD Brasil

fevereiro
2003
nº 142

Gestão
2001/2003

Editor
Sergio Carrera

Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil
Praça Padre Manoel da Nóbrega, 16 - 5° andar - 01015-010 - São Paulo, SP
fone: 11.3115.2207 - fax: 11.3115.1143 - irtdpjbrasil@terra.com.br

# A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO DA CESSÃO DE CRÉDITO EM TD

**Recurso Especial n° 422.927- RO**
Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Márcio Silva dos Santos
Recorrido: Marilda Shirley de Souza Leiras Teixeira Chaves

**Ementa**

Cessão. Instrumento particular. Falta de registro. Ineficácia. É ineficaz em relação a terceiros a cessão feita por instrumento particular, sem registro (art. 1.067 do CCivil). Precedente. Recurso conhecido e provido.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 03 de setembro de 2002.
Ministro Cesar Asfor Rocha,
Presidente
Ministro Ruy Rosado de Aguiar,
Relator

**Relatório**

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Marílda Shirley de Souza Leiras Teixeira Chaves, invocando sua condição de cessionária, opôs embargos de terceiro para liberar seu crédito arrestado em processo cautelar preparatório de posterior execução movida por Márcio Silva dos Santos contra o cedente, Raimundo Pires dos Santos.

A sentença acolheu os embargos. O vencido apelou, e a egrégia Câmara Cível do Tribunal de Justiça, de Rondônia negou provimento ao recurso:

*"Apelação cível. Embargos de terceiro. Cessão de direitos.*

*A cessão de direitos pertinentes a créditos trabalhistas a quem antecipara determinada quantia não se sujeita ao disposto no art. 1.067 do Código Civil, principalmente quando esta é também absolutamente impenhorável"* (fl. 59).

Inconformado, o embargado interpôs recurso especial (artigo 105, III, a, da CF), sob alegação de afronta ao artigo 1067 do CC e ao art. 129, item 9º, da Lei 6.015/73 (Registros Públicos). Argumenta que a cessão de crédito não tem efeito em relação a terceiro à falta das solenidades legais, e sem o devido registro.

Admitido o recurso, com as contra-razões, vieram-me os autos.

É o relatório.

**Voto**

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator):

O art. 1.067 do CCivil dispõe:,

*"Não vale, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não se celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do art. 135".*

No caso dos autos, Raimundo Pires era credor de R$ 10.000,00, devidos pela Faculdade de Ciências Humanas de Rondônia (FARO), crédito oriundo de reclamatória trabalhista na qual foi defendido por Márcio Silva dos Santos, a quem o reclamante ficou devendo a importância de R$ 3.000,00, expressa em nota promissória, a título de honorários. Não paga a verba honorária, o advogado Márcio ingressou com medida cautelar de arresto do crédito do devedor Raimundo junto à FARO, e contra essa medida é que Marilda Teixeira ingressou com embargos de terceiro, alegando que recebera em cessão o crédito de Raimundo contra a FARO, pois a ele antecipara um numerário.

Essa cessão tem eficácia entre as partes (Raimundo, Marilda e FARO), mas não a tem em relação ao terceiro, credor dos honorários devidos por Raimundo, uma vez que feita por instrumento particular, sem registro.

Em situação assemelhada, já assim decidiu esta Quarta Turma:

*"I - A cessão de crédito não inscrita no registro de títulos e documentos, conquanto válida entre os contratantes, não é oponível a terceiros para excluir o crédito da constrição judicial".* (REsp nº 19661/SP, 4ª Turma, rel. o em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 08/06/1992).

Posto isso, conheço do recurso pela alínea "a" e lhe dou provimento, para julgar improcedentes os embargos. Custas pela embargante, que pagará honorários de 10% sobre o valor da causa.

É o voto.

# ARTIGO DO PROFESSOR MIGUEL REALE TEM RESPOSTA DO INSTITUTO. CONFIRA!

**Em 1° de fevereiro, o jornal "O Estado de S. Paulo" publicou artigo do respeitado jurista e professor, Miguel Reale, sob o título "Emendas ao Código Civil". Por abordar tema ao qual este *Instituto* tem dedicado especial atenção, durante toda sua prolongada tramitação, a referência feita pelo articulista ao § 1° do art. 1361 causou tamanha perplexidade, que prontamente o IRTDPJBrasil preparou o documento aqui publicado, que foi protocolado no Escritório Reale Advogados Associados às 11 horas do dia 7 do mesmo mês. Conheça o teor do nosso trabalho e, se quiser ter acesso ao artigo mencionado ligue para nossa sede 11.3115.2207 para recebê-lo por fax. Divulgar nossa resposta será uma atitude importante!**

São Paulo, 5 de fevereiro de 2003.

Excelentíssimo Senhor
**PROFESSOR DOUTOR MIGUEL REALE**
São Paulo, SP

Prezado Mestre,

Na qualidade de presidente desta entidade, que reúne os Registradores de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do País, venho ao Grande Professor, orgulho da cultura jurídica brasileira, para - com todo o respeito - oferecer estas humildes considerações acerca do artigo *"Emendas ao Código Civil"*, publicado em 1º de fevereiro último, no jornal *"O Estado de S.Paulo"*.

Causou-nos perplexidade o trecho no qual, literalmente, Vossa Senhoria, tratando do § 1º do Art. 1.361, afirma:

**"POIS BEM, PRETENDE-SE NADA MAIS NADA MENOS QUE A SUBSTITUIÇÃO DA CONJUNÇÃO OU POR E, PARA PASSAR A SER EXIGIDO TAMBÉM O REGISTRO DO LICENCIAMENTO DO VEÍCULO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS, PARA GÁUDIO DE SEUS SERVENTUÁRIOS..."**

Ao leitor desatento, ou menos informado, tal assertiva enseja entendimento que remete ditos serventuários à vala comum daqueles que à sorrelfa buscam locupletar-se, quando, a bem da legítima verdade - e Vossa Senhoria melhor o sabe - os Registradores da especialidade atacada praticam atos de ofício, que encerram indiscutível prevenção de litígios.

Aliás, a confirmação do que dizemos encontra respaldo nas próprias palavras de Vossa Senhoria, perpetuadas no documento que encaminhou ao Ministro da época o texto do projeto do Código Civil, fazendo-o na condição de *Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil*, do qual pedimos vênia para transcrever o item 27, letra "l", como segue:

**l) DE GRANDE ALCANCE PRÁTICO É O INSTITUTO DA *PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA*, DISCIPLINADO CONSOANTE PROPOSTA FEITA PELO PROF. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, QUE ACOLHEU SUGESTÕES RECEBIDAS DO BANCO CENTRAL DO BRASIL E ANALISOU CUIDADOSAMENTE PONDERAÇÕES FEITAS POR ENTIDADES DE CLASSE. PASSOU A SER CONSIDERADA CONSTITUÍDA A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA COM O ARQUIVAMENTO, NO REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR, DO CONTRATO CELEBRADO POR INSTRUMENTO PÚBLICO OU PARTICULAR, QUE LHE SERVE DE TÍTULO. NOTE-SE QUE, EM SE TRATANDO DE VEÍCULOS, ALÉM DESSE REGISTRO, EXIGE-SE O ARQUIVAMENTO DO CONTRATO NA REPARTIÇÃO COMPETENTE PARA O LICENCIAMENTO, FAZENDO-SE A ANOTAÇÃO NO CERTIFICADO DE PROPRIEDADE.** (grifamos)

**OS DEMAIS ARTIGOS, EMBORA DE MANEIRA SUCINTA, COMPÕEM O ESSENCIAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, DE MODO A PERMITIR SUA APLICAÇÃO DIVERSIFICADA E GARANTIDA NO MUNDO DOS NEGÓCIOS.**

Destarte, pode-se dizer, pelo menos no que diz respeito à emenda em comento no artigo, que nossos legisladores provavelmente buscaram restabelecer o *statu quo ante*, para o que basearam-se nas convicções do Mestre, que foram ainda mais definitivas naquele documento ao Ministro, afirmando de forma cristalina:

**m) A IGUAL EXIGÊNCIA DE CERTEZA JURÍDICA OBEDECE A DISPOSIÇÃO SEGUNDO A QUAL O *PENHOR DE VEÍCULOS* SE CONSTITUI MEDIANTE INSTRUMENTO PÚBLICO OU PARTICULAR, TAMBÉM INSCRITO NO REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS, COM A DEVIDA ANOTAÇÃO NO CERTIFICADO DE PROPRIEDADE.**

Acrescente-se, humildemente, que o art. 120 do Código de Trânsito Brasileiro, *data maxima venia*, não pode permitir o elástico entendimento pretendido no texto publicado no jornal, se levarmos em conta que seu art. 1º define ao que veio, dizendo: *"O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código"*. Por essa razão, é-nos difícil compreender e aceitar, s.m.j., que uma Resolução do Contran tenha capacidade para atropelar o instituto da propriedade fiduciária, fazendo tabula rasa da legalidade vigente, que já destina a um único Registro Público a competência garantidora da validade "erga omnes". Pior, admitir-se que o Contran, via singela resolução, possa estabelecer a criação e operação de uma serventia exclusiva, transformando em letra morta a Lei 8.935, de 1994, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, permitindo aos Detrans passar a praticar atos privativos do Registro de Títulos e Documentos.

De modo a espancar, em definitivo o tema, pelo menos ao nosso sentir, é crucial identificar o objetivo da mencionada resolução 772/93, cujo enunciado esclarece que ela *"Regulamenta a inserção e exclusão do gravame da alienação fiduciária em garantia no cadastro de veículos e no CRV"* (grifamos). Assim, trata-se de mero cadastro de veículos, ao qual não se pode, sob pena de grave ofensa, emprestar foro de legitimidade jurídica para a inscrição da propriedade fiduciária.

Aliás, tão frágil o documento - sob a ótica legal - que seu atestado de nascimento declara como parte uma forte Associação Nacional diretamente interessada, a quem é atribuída até mesmo a responsabilidade pela inclusão no mero cadastro, insistimos. Por que o Poder Público se eximiu dela? Daí decorre questão, por certo, sem resposta: quais garantias jurídicas pode oferecer a inscrição de gravame num cadastro e documento que servem unicamente para o trânsito, feita por determinação e responsabilidade de particulares?

Assim, festejado Mestre, sentindo ainda hoje a força das vossas palavras finais, contidas no documento de encaminhamento ao Ministro, as quais fazemos nossas,

**AO FAZER A ENTREGA DESTE TRABALHO DE EQUIPE, AO QUAL FORAM INCORPORADAS VALIOSAS CONTRIBUIÇÕES ORIUNDAS DAS MAIS VARIADAS FONTES DO SENTIR E DO SABER DA COMUNIDADE BRASILEIRA, CONFORTA-ME, BEM COMO AOS DEMAIS COMPANHEIROS, A CONSCIÊNCIA DE TERMOS AGIDO COM SERENA OBJETIVIDADE, PROCURANDO HARMONIZAR, DE MANEIRA CONCRETA E DINÂMICA, AS IDÉIAS UNIVERSAIS DO DIREITO COM AS QUE DISTINGUEM E DIGNIFICAM A CULTURA NACIONAL; OS PRINCÍPIOS TEÓRICOS COM AS EXIGÊNCIAS DE ORDEM PRÁTICA; A SALVAGUARDA DOS VALORES DO INDIVÍDUO E DA PESSOA COM OS IMPERATIVOS DA SOLIDARIEDADE SOCIAL; OS PROGRESSOS DA CIÊNCIA E DA TÉCNICA COM OS BENS QUE SE PRESERVAM AO CALOR DA TRADIÇÃO.**

não podemos deixar de expressar nossa surpresa, permita-nos, com a guinada constante do artigo do jornal, para o que certamente não contribuiu a realidade, de vez que a falta do registro do documento de alienação em Títulos e Documentos tem desnecessariamente abarrotado nossos tribunais, face à insegurança jurídica estabelecida.

Por fim, queremos expressar a Vossa Senhoria a nossa inquebrantável certeza de que - mantida a segura e positiva orientação sobre o instituto da propriedade fiduciária, **"DISCIPLINADO CONSOANTE PROPOSTA FEITA PELO PROF. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES..."**, como asseveraram vossas próprias palavras, o gáudio maior seria de todos os que na esfera jurídica e de negócios necessitam de segurança e eficácia jurídica.

Com respeito e admiração.
José Maria Siviero
Presidente

# VOLTAMOS À TELEVISÃO BRASILEIRA!

**Cartório, o parceiro amigo** é o programa da *TV Justiça* que vai ao ar aos **sábados às 11h**, com reapresentação aos **domingos às 11h** e às **segundas às 6h e 22h**.

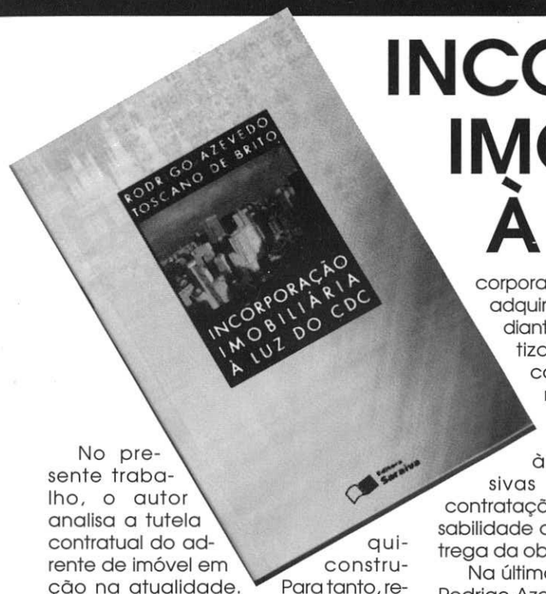
Trata-se de iniciativa da ***ANOREG-BR***, coordenada pelo Dr. José Maria Siviero, que visa mostrar ao público as seis especialidades de cartórios como verdadeiros parceiros nos acontecimentos mais importantes da vida do cidadão brasileiro.

Informações adicionais, bem como a síntese dos programas que já foram ao ar, estão disponíveis no site da ***ANOREG-BR*** *www.anoregbr.org.br*.

Além da *TV Justiça*, que é transmitida para todo o País através da **NET**, **DirecTV**, **Sky** e **TVA cabo**, a **UNITV** de São Paulo - canal 48 UHF - também exibe o programa às 19h das 4ªs feiras, com reprise às 14:30h das 5ªs feiras.

É possível ainda assistir o programa ao vivo, pela *Internet*, através do endereço **www.superig.com.br**. Basta clicar em *TV Justiça*, no quadro de **TVs ao vivo-escolha o canal**, que aparece à direita da página. Não perca e avise seus usuários.

# INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA À LUZ DO CDC




No presente trabalho, o autor analisa a tutela contratual do adquirente de imóvel em construção na atualidade. Para tanto, realiza um levantamento da evolução da teoria contratual fazendo uma abordagem desde os caracteres clássicos do contrato até o Código de Defesa do Consumidor, dando relevo aos princípios e à função social dos contratos. Também faz um cotejo entre as normas específicas sobre a incorporação imobiliária em face do Código de Defesa do Consumidor, dando ênfase à passagem da teoria contratual clássica para a nova teoria contratual, a partir da qual surgiram, no Brasil, as normas de proteção do consumidor.

Ressalta o impacto dessa nova teoria contratual sobre os contratos imobiliários, dentre os quais o de incorporação imobiliária, individuando, a partir daí, todos os elementos caracterizadores.

Após a evolução de todos esses aspectos, o autor, com rigor técnico, mostra a influência do Código de Defesa do Consumidor sobre o contrato de incorporação imobiliária e a tutela do adquirente da unidade autônoma diante dessa nova ótica. Sistematiza essa abordagem destacando as etapas da incorporação imobiliária, dando especial realce à natureza adesiva desses contratos, à nulidade das cláusulas abusivas mais comuns nessas contratações e ao alcance da responsabilidade do incorporador após a entrega da obra.

Na última parte do trabalho, o Prof. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito elucida como a noção de patrimônio de afetação sobre as incorporações imobiliárias pode aliviar os efeitos da falência do incorporador, um dos principais problemas enfrentados pela matéria aqui tratada.

Pelo grande interesse que o tema apresenta em face dos desafios jurídicos enfrentados hoje na aquisição de imóvel próprio, no Brasil, o que muitas vezes só é possível comprando-o na fase de construção ou até antes de seu início, o trabalho tende a preencher um espaço na literatura jurídica brasileira, no que diz respeito à comparação entre a Lei de Condomínio e Incorporações e o Código de Defesa do Consumidor.

Considerando a forte influência do Direito Civil sobre a matéria tratada na obra, esta já se encontra completamente adaptada às linhas do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Dessa forma, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, estudantes e toda a comunidade jurídica passam a ter à disposição um trabalho que visa, precipuamente, à analise de um tema que transcende, por sua natureza, o direito meramente privado: a aquisição do imóvel próprio no sistema de construção.

O presente trabalho, *Incorporação imobiliária à luz do CDC*, originariamente denominado *A proteção contratual de adquirente de imóvel em construção*, foi objeto de dissertação de mestrado defendida pelo autor, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, perante banca examinadora composta pelos Professores Maria Helena Diniz, Roberto Senise Lisboa e Eduardo Carlos Bianca Bittar.

O autor é mestre e doutorando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor de Direito Civil do Centro Universitário de João Pessoa, da Escola Superior da Magistratura e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, onde leciona nos cursos de graduação e especialização. É, também, professor convidado de diversas instituições onde ministra cursos em nível de pós-graduação. Advogado militante em João Pessoa, foi, ainda, durante anos, substituto de tabelião e registrador, tendo adquirido experiência na área de Direito Imobiliário.

Informações: Editora Saraiva, fone *11.3613.3344* ou pela Internet, no site *www.editorasaraiva.com.br*

## Caderno Especial traz informações sobre o NCC

Esta edição do ***RTD Brasil*** traz um Caderno Especial com importantes estudos de vários autores sobre o novo Código Civil.

Coerente com o aviso divulgado no ***RTD Brasil*** de janeiro, e até reforçando-o, o ***Instituto*** objetiva ajudar você a entender e aplicar com segurança o novo Diploma, fornecendo material para estudo, além de responder consultas concretas.

Ainda assim, muita paciência e bom senso continuam sendo indispensáveis nestes primeiros meses.



RTD Brasil
fevereiro 2003 nº 142
Gestão 2001/2003
Editor Sergio Carrera

Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil
Praça Padre Manoel da Nóbrega, 16 - 5° andar - 01015-010 - São Paulo, SP
fone: 11.3115.2207 - fax: 11.3115.1143 - irtdpjbrasil@terra.com.br

# A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO DA CESSÃO DE CRÉDITO EM TD

**Recurso Especial nº 422.927- RO**
Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar
Recorrente: Márcio Silva dos Santos
Recorrido: Marilda Shirley de Souza Leiras Teixeira Chaves

**Ementa**

Cessão. Instrumento particular. Falta de registro. Ineficácia. É ineficaz em relação a terceiros a cessão feita por instrumento particular, sem registro (art. 1.067 do CCivil). Precedente. Recurso conhecido e provido.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 03 de setembro de 2002.
Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente
Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

**Relatório**

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Marilda Shirley de Souza Leiras Teixeira Chaves, invocando sua condição de cessionária, opôs embargos de terceiro para liberar seu crédito arrestado em processo cautelar preparatório de posterior execução movida por Márcio Silva dos Santos contra o cedente, Raimundo Pires dos Santos.

A sentença acolheu os embargos. O vencido apelou, e a egrégia Câmara Cível do Tribunal de Justiça, de Rondônia negou provimento ao recurso:

*"Apelação cível. Embargos de terceiro. Cessão de direitos.*

*A cessão de direitos pertinentes a créditos trabalhistas a quem antecipara determinada quantia não se sujeita ao disposto no art. 1.067 do Código Civil, principalmente quando esta é também absolutamente impenhorável"* (fl. 59).

Inconformado, o embargado interpôs recurso especial (artigo 105, III, a, da CF), sob alegação de afronta ao artigo 1067 do CC e ao art. 129, item 9º, da Lei 6.015/73 (Registros Públicos). Argumenta que a cessão de crédito não tem efeito em relação a terceiro à falta das solenidades legais, e sem o devido registro.

Admitido o recurso, com as contra-razões, vieram-me os autos.

É o relatório.

**Voto**

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator):

O art. 1.067 do CCivil dispõe:,

*"Não vale, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não se celebrar mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do art. 135".*

No caso dos autos, Raimundo Pires era credor de R$ 10.000,00, devidos pela Faculdade de Ciências Humanas de Rondônia (FARO), crédito oriundo de reclamatória trabalhista na qual foi defendido por Márcio Silva dos Santos, a quem o reclamante ficou devendo a importância de R$ 3.000,00, expressa em nota promissória, a título de honorários. Não paga a verba honorária, o advogado Márcio ingressou com medida cautelar de arresto do crédito do devedor Raimundo junto à FARO, e contra essa medida é que Marilda Teixeira ingressou com embargos de terceiro, alegando que recebera em cessão o crédito de Raimundo contra a FARO, pois a ele antecipara um numerário.

Essa cessão tem eficácia entre as partes (Raimundo, Marilda e FARO), mas não a tem em relação ao terceiro, credor dos honorários devidos por Raimundo, uma vez que feita por instrumento particular, sem registro.

Em situação assemelhada, já assim decidiu esta Quarta Turma:

*"I - A cessão de crédito não inscrita no registro de títulos e documentos, conquanto válida entre os contratantes, não é oponível a terceiros para excluir o crédito da constrição judicial".* (REsp nº 19661/SP, 4ª Turma, rel. o em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 08/06/1992).

Posto isso, conheço do recurso pela alínea "a" e lhe dou provimento, para julgar improcedentes os embargos. Custas pela embargante, que pagará honorários de 10% sobre o valor da causa.

É o voto.

# VOLTAMOS À TELEVISÃO BRASILEIRA!

**CARTÓRIO, O PARCEIRO AMIGO** é o programa da *TV Justiça* que vai ao ar aos **sábados às 11h**, com reapresentação aos **domingos às 11h** e às **segundas às 6h e 22h**.

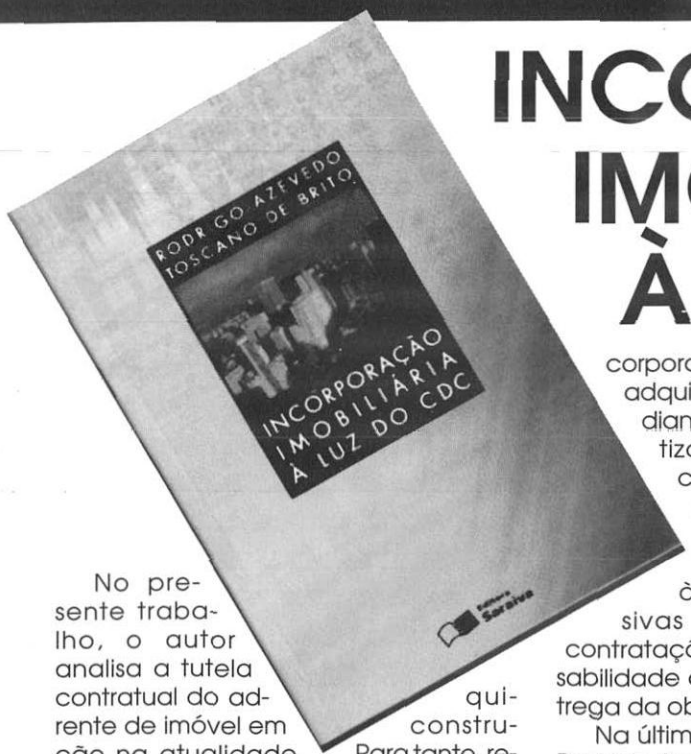
Trata-se de iniciativa da ***ANOREG-BR***, coordenada pelo Dr. José Maria Siviero, que visa mostrar ao público as seis especialidades de cartórios como verdadeiros parceiros nos acontecimentos mais importantes da vida do cidadão brasileiro.

Informações adicionais, bem como a síntese dos programas que já foram ao ar, estão disponíveis no site da ***ANOREG-BR*** *www.anoregbr.org.br*.

Além da *TV Justiça*, que é transmitida para todo o País através da **NET**, **DirecTV**, **Sky** e **TVA cabo**, a **UNITV** de São Paulo - canal 48 UHF - também exibe o programa às 19h das 4ªs feiras, com reprise às 14:30h das 5ªs feiras.

É possível ainda assistir o programa ao vivo, pela *Internet*, através do endereço **www.superig.com.br**. Basta clicar em *TV Justiça*, no quadro de **TVs ao vivo-escolha o canal**, que aparece à direita da página. Não perca e avise seus usuários.

# INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA À LUZ DO CDC




No presente trabalho, o autor analisa a tutela contratual do adquirente de imóvel em construção na atualidade. Para tanto, realiza um levantamento da evolução da teoria contratual fazendo uma abordagem desde os caracteres clássicos do contrato até o Código de Defesa do Consumidor, dando relevo aos princípios e à função social dos contratos. Também faz um cotejo entre as normas específicas sobre a incorporação imobiliária em face do Código de Defesa do Consumidor, dando ênfase à passagem da teoria contratual clássica para a nova teoria contratual, a partir da qual surgiram, no Brasil, as normas de proteção do consumidor.

Ressalta o impacto dessa nova teoria contratual sobre os contratos imobiliários, dentre os quais o de incorporação imobiliária, individuando, a partir daí, todos os elementos caracterizadores.

Após a evolução de todos esses aspectos, o autor, com rigor técnico, mostra a influência do Código de Defesa do Consumidor sobre o contrato de incorporação imobiliária e a tutela do adquirente da unidade autônoma diante dessa nova ótica. Sistematiza essa abordagem destacando as etapas da incorporação imobiliária, dando especial realce à natureza adesiva desses contratos, à nulidade das cláusulas abusivas mais comuns nessas contratações e ao alcance da responsabilidade do incorporador após a entrega da obra.

Na última parte do trabalho, o Prof. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito elucida como a noção de patrimônio de afetação sobre as incorporações imobiliárias pode aliviar os efeitos da falência do incorporador, um dos principais problemas enfrentados pela matéria aqui tratada.

Pelo grande interesse que o tema apresenta em face dos desafios jurídicos enfrentados hoje na aquisição de imóvel próprio, no Brasil, o que muitas vezes só é possível comprando-o na fase de construção ou até antes de seu início, o trabalho tende a preencher um espaço na literatura jurídica brasileira, no que diz respeito à comparação entre a Lei de Condomínio e Incorporações e o Código de Defesa do Consumidor.

Considerando a forte influência do Direito Civil sobre a matéria tratada na obra, esta já se encontra completamente adaptada às linhas do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Dessa forma, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, estudantes e toda a comunidade jurídica passam a ter à disposição um trabalho que visa, precipuamente, à analise de um tema que transcende, por sua natureza, o direito meramente privado: a aquisição do imóvel próprio no sistema de construção.

O presente trabalho, *Incorporação imobiliária à luz do CDC*, originariamente denominado *A proteção contratual de adquirente de imóvel em construção*, foi objeto de dissertação de mestrado defendida pelo autor, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, perante banca examinadora composta pelos Professores Maria Helena Diniz, Roberto Senise Lisboa e Eduardo Carlos Bianca Bittar.

O autor é mestre e doutorando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor de Direito Civil do Centro Universitário de João Pessoa, da Escola Superior da Magistratura e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, onde leciona nos cursos de graduação e especialização. É, também, professor convidado de diversas instituições onde ministra cursos em nível de pós-graduação. Advogado militante em João Pessoa, foi, ainda, durante anos, substituto de tabelião e registrador, tendo adquirido experiência na área de Direito Imobiliário.

Informações: Editora Saraiva, fone *11.3613.3344* ou pela Internet, no site *www.editorasaraiva.com.br*

## CADERNO ESPECIAL TRAZ INFORMAÇÕES SOBRE O NCC

Esta edição do ***RTD Brasil*** traz um Caderno Especial com importantes estudos de vários autores sobre o novo Código Civil.

Coerente com o aviso divulgado no ***RTD Brasil*** de janeiro, e até reforçando-o, o ***Instituto*** objetiva ajudar você a entender e aplicar com segurança o novo Diploma, fornecendo material para estudo, além de responder consultas concretas.

Ainda assim, muita paciência e bom senso continuam sendo indispensáveis nestes primeiros meses.

**Este Caderno Especial do *RTD Brasil* - que circula com a edição nº 142 - tem o objetivo de levar ao associado do *Instituto* - com exclusividade - textos relativos ao Novo Código Civil, que servem de base aos estudos e à sua aplicação na área de TD & PJ.**

IRTDPJBRASIL

*- você em primeiro lugar -*

# As Pessoas Jurídicas no novo Código Civil

*Paulo Roberto de Carvalho Rêgo*

**Introdução**

Cada vez mais, fico impressionado com a facilidade com que são expostas questões técnicas de direito, sem qualquer compromisso com o sistema jurídico vigente ou sem um prévio e acurado estudo das fontes e princípios que o regem. Essa é, ao meu ver, a situação em que se encontra a chamada Teoria da Empresa, nos moldes em foi adotada no nosso novo Código Civil.

É assombroso ver que alguns profissionais do direito apregoam a extinção do direito comercial, do comerciante ou do próprio comércio, apenas em razão da revogação, parcial, do Código Comercial, como se isso fosse possível.

Há, até, os que fazem referências ao direito italiano, sem que, ao que parece, tenham ao menos lido o seu Código Civil. O tivessem feito, e saberiam que a fonte de onde foram retiradas, em grande parte, as disposições do Livro II, do referido Código Civil, e que versa sobre "O Direito de Empresa", no Código Civil Italiano, que data de 16 de março de 1942, está incluído no seu Livro V, que trata "Do Trabalho", isso porque ajustado ao regime fascista, então em vigor, unificou não só o Direito Civil e o Comercial, mas, também, o Direito do Trabalho, matéria que o nosso regime protecionista não se atreveu a tratar.

Vejamos, assim, dentro de nossas parcas possibilidades, os sistemas de interpretação das leis; o direito comparado, italiano, sobre o assunto; as disposições do novo Código Civil pátrio, que abeberou-se em suas fontes; e a doutrina, quanto à hermenêutica e exegese da norma em vigor, para aclarar o mercado jurídico.

**A hermenêutica**

Ensinava CARLOS MAXIMILIANO, sobre a tarefa do intérprete da lei, que "não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico"[1]. Foi, também, o insigne Ministro da Corte Suprema quem melhor definiu os métodos de diagnose, subsunção e interpretação das leis, ao tratar dos requisitos para utilização dos diversos métodos disponíveis aos juristas. Sobre a interpretação gramatical, dizia o mestre:

*O processo gramatical exige a posse dos seguintes requisitos:*

*1) conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática;*

*2) informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelos menos intelectuais e estilo do autor; orientação do seu espírito; leituras prediletas; abreviaturas adotadas;*

*3) notícia completa do assunto de que se trata, inclusive a história respectiva;*

*4) certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das suas partes.*[2]

Adotado esse critério, vimos que o legislador pátrio foi buscar no ordenamento italiano sua fonte. Observamos, também, que as expressões utilizadas o foram em sua acepção e sentido jurídico dos institutos, não vulgar, como é próprio aos renomados juristas que compuseram a Comissão, da qual resultou a lei civil unificada, de cujas lições extraímos o espírito que norteou a opção legislativa e seus ensinamentos, que serão oportunamente apontados, corroborando nosso entendimento. Verificamos, ainda, no direito italiano, o histórico da norma ora importada. Enfim, procedemos, passo a passo, sob a guia do saudoso jurista, para esboçarmos a interpretação que abaixo nos permitimos externar.

Fizemos mais, adotamos, também, os demais métodos interpretativos, inclusive o processo sistemático, hoje melhor aceito pela doutrina e jurisprudência, que consiste, na lição do citado mestre, "em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto"[3], confrontando "a prescrição positiva com outra de que proveio, ou de que da mesma dimanaram; verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos."[4] Assim, comparamos o disposto no artigo 966 e seu parágrafo único com os demais dispositivos do Código sobre o assunto, seja na parte geral das pessoas jurídicas, seja no próprio Livro sobre o Direito de Empresa, seja nas disposições finais transitórias. Enfim, confrontamos regra e exceção, o geral e o particular, de modo a obter os almejados esclarecimentos preciosos.

Fomos além, seguindo o método de CARLOS MAXIMILIANO, culminamos o método sistemático, com o exame do Direito Comparado, que,

*"levado às suas últimas conseqüências, naturais, lógicas, induz a pôr em contribuição um elemento moderníssimo – o Direito Comparado. Efetivamente, deve confrontar-se o texto sujeito a exame, com os restantes, da mesma lei ou de leis congêneres, isto é, com as disposições relativas ao assunto, quer se encontrem no Direito nacional, quer no estrangeiro; procura-se e revela-se a posição da regra normal no sistema jurídico hodierno, considerado no seu complexo."*[5]

E o fizemos, porque o nosso legislador entendeu por *recepcionar* o Direito de Empresa do Código Civil italiano. Segundo HERMES LIMA, *"chama-se recepção a adoção por certo país, como próprio, de um direito estrangeiro"*[6]. No mesmo sentido, BOBBIO esclarece que *"fala-se de reconhecimento ou recepção quando existe um fato social precedente ao Estado ou, de qualquer maneira, independente deste, que produz regras de conduta a que o Estado reconhece (isto é, atribui) a posteriori o caráter da juridicidade ou, em outros termos, que o Estado recepciona (isto é, acolhe em bloco) no próprio ordenamento sem ter contribuído para a formação do seu conteúdo."*[7]

Examinamos, também, o Direito de Empresa observado seu histórico nacional, porque, como se sabe, sua idealização nacional remonta a TEIXEIRA DE FREITAS, não sendo uma descoberta italiana.[8]

Examinamos, enfim, a melhor doutrina, inclusive os ensinamentos do Jusfilófoso MIGUEL REALE, coordenador dos trabalhos que resultaram no novo Código Civil, tudo a fim melhor fundamentar as conclusões a que chegamos.

**A doutrina**

Dentro da lição de CARLOS MAXIMILIANO, acima cotejada, vamos investigar o pensamento dos integrantes da Comissão de Revisão do Projeto de Código Civil, não sem descurar que

*Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que seu autor.*[9]

Citando FERRARA, diz que

*A lei é a expressão da vontade do Estado, e esta persiste autônoma, independente do complexo de pensamentos e tendências que animaram as pessoas cooperantes na sua emanação. Deve o intérprete descobrir e revelar o conteúdo de vontade expresso em forma constitucional, e não as volições algures manifestada, ou deixadas no campo intencional; pois que a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e, sim, o que exprimiu de fato.*[10]

Com essas ressalvas, iniciemos o estudo do Direito de Empresa, lendo MIGUEL REALE, para quem

*Na Itália, que é indiscutivelmente, o país onde o Direito Comercial adquiriu maior altitude cultural, a tese da unificação do Direito Privado acabou triunfando. É obra dos nossos dias: o Código Civil Italiano é de 1942 e, com ele, se abriu um novo capítulo na história da codificação civil.*

*Observe-se que, na Itália, depois da unificação do Direito Privado, com o desaparecimento do Código Comercial, disputaram os autores para saber se desaparecera apenas o Código Comercial, ou se desaparecera também o Direito Comercial. Alguns mestres, como, por exemplo, Mário Rotondi, que é um dos grandes partidários da tese da unificação, sustentava que o Direito Comercial deixara de existir como disciplina autônoma.*

*Em contraposição a essa tese de Mario Rotondi, vemos um jurista insigne, Francesco Messineo, afirmar que, não obstante a inexistência do Código Comercial, ainda subsiste, com caracterização plena, o Direito Comercial, como um Direito autônomo.*

*Afirma, com razão, Messineo que o fato de existir ou não um Código não cria, ou extingue, o Direito correspondente, pois não se trata de autonomia legislativa, mas sim de autonomia científica. O Direito Comercial é um Direito autônomo, porquanto visa a determinados problemas, cuja existência se configura de forma clara e bem nítida nas relações sociais, sendo necessário, além do mais, ponderar que o Código Civil abrange matéria que não é toda de Direito Civil, assim como este não se contém por inteiro nesse Código. Pelas mesmas razões, além de se fundar nas normas constantes do Código Civil unificado, o*

*Direito Comercial tem outras fontes legais, como, por exemplo, as leis sobre falência, títulos cambiais, etc. Ora, se vigora, separadamente, uma lei de falências, além de outras especiais, regulando as atividades empresariais, é porque, indiscutivelmente, persiste algo nos fatos sociais que não justifica o desaparecimento do Direito Comercial, como campo autônomo de pesquisa.*[11]

Especificamente, sobre a mantença do Direito Comercial, nos trabalhos desenvolvidos no estudo do Projeto do novo Código Civil, disse o mestre que,

***Continuarão a existir, lado a lado, o Direito Civil e o Comercial**, pelos motivos já aduzidos.*

*Absurdo seria contestar o valor autônomo da atividade empresarial, a qual dá nascimento a certos tipos de associações, como, por exemplo, as sociedades anônimas. Haverá, sempre, um Direito Comercial relativo a essas organizações privadas constituídas por iniciativa dos empresários visando a fins de lucro, com base no investimento feito.*

*Além do mais, o Direito Comercial precisa de certas garantias, especialmente no que se refere ao crédito. Impõe-se a existência de um **registro próprio**, onde os atos dos empresários fiquem claramente salvaguardados, para que seja determinada a responsabilidade em relação a terceiros ou de terceiros. O registro das empresas é uma necessidade da própria mobilidade da vida econômica dos nossos dias.*

***O Direito Comercial não pode, nem deve desaparecer**, embora as suas normas fundamentais passem a integrar o Código Civil. **Foi esta a solução adotada pela Comissão Revisora do Código Civil, por nós presidida**, que, além do Livro das Obrigações, apresenta **outro, destinado a disciplinar a atividade negocial em geral, e a das empresas mercantis e industriais, em particular**. A essa preferimos das o nome de **Direito de Empresa, que abrange tanto a comercial como a industrial.*** [12]

Mais especificamente, sobre as pessoas jurídicas de direito privado, distinguindo as sociedades de natureza civil das de natureza comercial, acentuou o jurista MIGUEL REALE, que

*As pessoas jurídicas de Direito Privado discriminam-se em duas grandes categorias: as **civis** e as **mercantis**, podendo aquelas também ser de fins econômicos. No Anteprojeto do Código Civil, elaborado pela Comissão por nós presidida, a matéria se acha disciplinada com maior rigor técnico e com terminologia mais apurada, distinguindo-se, consoante sua redação final, as:*

*a) entidades de fins não econômicos, que são sempre civis, compreendendo as associações e as fundações;*

*b) entidades de fins econômicos, que podem ser ou sociedades simples ou sociedades empresárias.*

*Não é mais possível continuar-se a empregar a **antiga denominação** de "sociedades mercantis", pois a empresa é uma estrutura que atende a outros ramos não menos relevantes de atividade econômica, como o é o industrial. Vamos, pois, dar aos termos "mercantil" ou "comercial" um sentido lato.*

*Por outro lado, há certas sociedades de fins econômicos que **não são empresas, como as constituídas para exercer atividades de ensino, a advocacia, a medicina etc.** Não basta o simples "escopo de lucro", para transformar um ente em sociedade de tipo empresarial, que pressupõe estrutura e organização específicas.*

*A esta altura da exposição surge por sinal uma pergunta. Se todas as associações e sociedades possuem uma **forma** e um **conteúdo**, **isto é, uma estrutura** e, ao mesmo tempo, um **conjunto de finalidades** a serem atingidas, **que é que decide da natureza civil ou comercial (lato sensu) de uma pessoa jurídica?***

***Em regra, é o conteúdo, ou o tipo de atividade que dá qualificação jurídica a uma entidade e, não, a sua forma**. Assim, por exemplo, **se uma associação civil se organizar sob forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que é tipicamente comercial, será civil se visar, por exemplo, à satisfação de finalidades recreativas ou culturais**. As associações caracterizam-se, de modo geral, pelo exercício de atividades de natureza comum a todos os membros da convivência, ou de atividades que exigem qualificação específica nas quais o elemento pessoal é dominante.*[13]

É certo que há casos em que, apesar do **objeto civil**, a própria lei fez **exceção** à **regra**. É o que diz o ilustre Coordenador do Anteprojeto:

*Nem sempre, porém, é o **conteúdo** que **qualifica** a entidade. Casos há em que **a lei** liga, de modo cogente, o problema da **forma** ao da **caracterização jurídica**, como se dá no caso das **sociedades anônimas**, as quais **são sempre de natureza comercial**, qualquer que seja o seu **objeto**.* [14]

Vemos, pois, que é o próprio mentor do novo Código Civil que diz que é o **objeto** que indica a **natureza jurídica, a estrutura, civil ou comercial, das sociedades**, excetuados os casos em que a própria lei determina que não se observe a **regra geral**. A **exceção confirma a regra**, como dizia CARLOS MAXIMILIANO.

A alteração da *denominação* não altera a *natureza jurídica* das sociedades, ditada pela *atividade* que irá desenvolver. Conforme essa *atividade*, ou *objeto*, subsumir-se-á à *estrutura* jurídica ditada pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial. Estruturada sob as regras do Direito Civil, sua *forma*, ou seja, sua *organização*, será *simples*, qualquer que seja o *tipo* de sociedade escolhido pelos sócios, exceto a por ações, por expressa *exceção* legal.

**O Código Civil Italiano, fonte do nacional.**

Como vimos no intróito, o Código Civil Italiano, além de disciplinar as atividades profissionais, nas suas formas organizadoras e executórias, e seus objetivos intelectuais, técnicos ou manuais (Título I, art. 2060); disciplinou, também, "o trabalho em empresas" (título II), estabelecendo regras para as "empresas em geral" (Cap. I), onde, em sua Seção I, trata do "empresário", o qual, classifica como aquele que "exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim de produção ou troca de bens e de serviços" (título II, art. 2082); em sua Seção II, dispõe sobre os "colaboradores do empresário"; e, na seção III, versa a "relação do trabalho", tudo voltado a regular as diversas formas de trabalho, sob o ponto de vista do profissional, seja autônomo, seja pequeno empresário, seja um grande empreendedor e suas relações com seus colaboradores, desde os dirigentes, administradores ou técnicos até os simples operários.

No Capitulo II, do mesmo Título I, do Livro V, dá tratamento diferenciado aos empresários agrícolas (sim, empresários), dispondo que, a esses, não se aplicam as regras inerentes ao registro das empresas mercantis, que exercem *atividade comercial* (arts. 2136 e 2200), porque sua *atividade* é *produção* de bens e serviços, e não de *intermedição* desses, nem agrega algo aos seus produtos, como ocorre nas indústrias.

Especificamente no que toca ao direito societário, ou seja, a forma de *organização* das empresas, classifica, em seu Capitulo III, as "Empresas *Comerciais* e das Outras Empresas Submetidas a Registro", donde já se pode antever, com clareza solar, que *manteve a distinção* entre as sociedades de âmbito *comercial e as demais*, de âmbito não mercantil. Ao tratar da *estrutura* dos empresários, os *elementos* que o legislador italiano entendeu *caracterizadores* da *atividade comercial*, sujeitos ao *Registro das Empresas* (no Brasil, Registro do Comércio ou Juntas Comerciais), foram elencados no artigo 2195 do seu Código de Direito Privado, assim:

*Art. 2195 (Empresários obrigados a registro)*

*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 de bens;*

*3. uma atividade de transporte por terra, por água ou por ar;*

*4. uma atividade bancária ou de seguros;*

*5. outras atividades auxiliares das precedentes.*

*As disposições da lei que fazem referência às atividades e às empresas comerciais, se aplicam, se não houver declaração em contrário, a todas as atividades indicadas neste artigo e às empresas que as exercem.*

*Art. 2196 (inscrição das empresas)*

*Dentro de trinta dias do início da empresa, deve o empresário, que exerce uma atividade comercial, pedir a inscrição ao ofício do Registro das Empresas em cuja circunscrição estabeleceu ele a sede, indicando:*

*1. o seu prenome, etc...*[15]

Quer dizer, os *elementos caracterizadores da estrutura jurídica da empresa* (que nada tem a ver com sua estrutura material ou física, ísto é, tamanho ou número de colaboradores ou sócios), estão ligados aos *objetivos* da sociedade, sua *atividade* principal, *estruturada* pelo *Direito Comercial*. O fato da unificação das leis em um só Código não extinguiu a ciência ou os princípios regedores do Direito Comercial, nem o do Trabalho e muito menos o Civil.

A demonstrar que o vocábulo "estrutura" foi recepcionado no nosso Código Civil, também como a indicar a natureza jurídica do instituto, além dos ensinamentos de REALE, já transcritos acima, está o parágrafo único do artigo 41 do novo Código Civil brasileiro, que diz:

*Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:*

*... omissis*

*Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado **estrutura** de **direito privado**, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.*

Ora, quando o legislador fala em *estrutura*, obviamente, está se referindo à *estrutura de direito*, *estrutura jurídica*, que pode ser *público* ou *privado*, e, este, subdivide-se em de *Direito Civil* ou *Comercial*.

Não se ouse dizer, também, que o nosso sistema jurídico expurgou a atividade *comercial*, eis que, o nosso próprio novel Código revela, por exemplo,

que dentre outros motivos, "cessará a incapacidade pelo *estabelecimento civil* ou *comercial*", para os menores de 16 anos com economia própria (art. 5°, parágrafo único, inciso V).

Aí está, portanto, o nosso sistema jurídico a estabelecer a distinção das sociedades, segundo sua estrutura jurídica, civil ou comercial, de acordo com a atividade desenvolvida.

Reforçando o conceito de que a estrutura de que trata a lei é a *estrutura jurídica* e não o tamanho da empresa, o Código Italiano, no mesmo Livro V, após tratar, como vimos, no Título I, da disciplina das atividades profissionais, e no Titulo II, do trabalho em empresas, regula, em seu Titulo III, o "Trabalho Autônomo", e, em suas disposições gerais, contidas no Capitulo I, o define como aquele em que a realização do "trabalho ou serviço", dá-se "com esforço prevalentemente próprio e sem vínculo de subordinação" (art. 2222); e, no Capitulo II, trata "Das Profissões Intelectuais", que estão excluídos da inscrição no Registro das Empresas (aqui, Registro do Comércio), podendo "valer-se, sob a própria direção e responsabilidade, de substitutos e auxiliares", sem qualquer restrição ao número de colaboradores. E diz mais, que, "se o exercício da profissão constituir ***elemento*** de uma ***atividade*** *organizada* em *forma* de *empresa*", aplicam-se as regras previstas para as empresas em geral; e, no que tange às suas relações com seus colaboradores (empregados, *lato sensu*), o disposto nas seções II (dos colaboradores do empresário), III (da relação de trabalho) e IV (do aprendizado – aqui estágio), dos referidos Capítulos I (das empresas em geral) do Titulo II do trabalho em empresas) do Livro V (do trabalho), excluindo, no entanto, expressamente, o disposto na Seção I, do mesmo Titulo II, que trata do "empresário" e as regras do Capítulo III Seção I, que tratam do Registro das Empresas.

Distintas as *atividades* profissionais, entre as *comerciais* e afins (art. 2195 – industrial, comercial, transportes, bancárias e de seguros) e as *intelectuais* (médicos, dentistas, contadores, etc.), e do trabalho autônomo, passa o Código Italiano a tratar da *organização* do trabalho em sociedades. Quer dizer, a *forma* como se *organiza* uma sociedade, ou sua organização, é estabelecida no Título V (Das Sociedades), daquele Digesto Privado, e diz respeito ao tipo de sociedade adotado pelos sócios (limitada, por ações, em comandita simples, etc).

É elucidativa, também, a norma italiana, ao repetir a mantença do Direito Comercial a *estruturar* suas *atividades* típicas, ao distinguir os "tipos de sociedades". Diz o artigo 2249:

*Art. 2249 (Tipos de Sociedades)*

*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.*

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

Vê-se, portanto, que, também no direito italiano, o que define a ***estrutura jurídica*** de uma ***sociedade*** é o seu ***objeto***, que se divide em *comercial ou afim* (industrial, bancário, securitário ou de transportes) ou as *intelectuais* e quaisquer outras não comerciais ou afins (medicina, odontologia, contabilidade, advocacia, recreação, entretenimento, etc.). Fica claro, também, que, as sociedades que tiverem ***estrutura jurídica*** de ***Direito Comercial*** serão obrigadas a adotar a ***forma de organização*** das *sociedades em nome coletivo, em comandita simples, por ações, em comandita por ações ou de responsabilidade limitada* (Capítulos III a VII do Titulo V, referido); enquanto as ***estruturadas pelo Direito Civil*** poderão ***organizar-se*** sob a ***forma*** de *sociedade simples, por quaisquer das outras formas previstas em lei*, exceto a por ações.

Feita essa digressão, fica mais fácil compreender o novo Código Civil, em especial o seu Livro II, que trata "do Direito de Empresa".

**O novo Código Civil Brasileiro**

Caracteriza, o Código nacional, o empresário e o registro da sociedade, por esse constituída, segundo seu ***objeto***. Diz a lei:

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

*Parágrafo único.* ***Não se considera empresário*** *quem exerce profissão intelectual, de* ***natureza*** *científica, literária ou artística, ainda com o* ***concurso de auxiliares ou colaboradores****, salvo se o exercício da profissão constituir* ***elemento*** *de empresa.*

*Art. 967. É obrigatória a inscrição do* ***empresário*** *no Registro Público de Empresas* ***Mercantis*** *da respectiva sede, antes do início de sua atividade.*

Quer dizer, o que *define* o *empresário* é a *atividade* por ele *exercida*. E *atividade organizada* significa a *constituída* sob a *forma* de *empresa individual* (empresário) ou por qualquer dos *tipos* societários admitidos em lei (sociedade). Não será empresário, nem sociedade empresária, o *exercício* de *atividade* de *natureza civil, qualquer que seja o volume de colaboradores*, salvo se a *profissão* constituir *elemento de empresa*, como o *exercício* da *profissão de banqueiro*, ou compra e venda de créditos (*factoring*), por exemplo.

"Organização, derivado de *organizar* (constituir em organismo), é, em sentido técnico, empregado para designar o conjunto de regras adotadas para a composição e funcionamento de certas *instituições*, sejam de interesse público ou de interesse privado. Desta forma, a evidência de uma *organização* já imprime o sentido de *constituição* ou *instituição* de alguma coisa, cujo **funcionamento está subordinado às normas e regras, que lhe deram *estrutura***", como asseverava DE PLÁCIDO E SILVA. E mais, que, "a rigor técnico, organização exprime propriamente o *conjunto de regras e de princípios* que vão servir de base à criação ou formação de uma instituição, respeitadas as regras e princípios legais, para que se lhe dê personalidade jurídica e se tracem as normas de funcionamento e de existência legal."[16] *Atividade econômica organizada, assim,* ***significa a constituição de uma sociedade para o exercício dessa atividade****, subordinada às normas e regras que lhe deram* ***estrutura****, ou seja, o* ***Direito Civil ou o Comercial***.

Diz, ainda, o nosso Código em comento:

*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.*

*Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.*

Vê-se, pois, claramente, que o que define a *natureza* da sociedade é o seu *objeto*, a *atividade* a ser desenvolvida.

Dispõe, mais, nosso ordenamento civil, que

*Art. 1.000 A sociedade* ***simples*** *que instituir* ***sucursal, filial ou agência*** *na circunscrição de outro Registro Civil das Pessoas Jurídicas, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.*

Por isso, também, fica claro que pouco importa o tamanho da sociedade ou o exercício direto, pelos sócios, das suas atividades.

Ora, como é notório, a hermenêutica exige a integração e interpretação das leis, de modo a que façam algum sentido, vedando-se as interpretações que não fazem sentido algum. E não faz nenhum sentido, por exemplo, entender inúteis à interpretação da natureza jurídica das sociedades, as exceções previstas no parágrafo único do artigo 982, que dizem que, qualquer que seja o ***objeto*** da sociedade por ações, essa será empresária, e que, qualquer que seja o ***objeto*** da sociedade cooperativa, essa será simples. "*Verba cum effectu, sunt accipienda*: 'Não se presumem, na lei, palavras inúteis'. Literalmente: 'Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia'"[17] Essas *exceções* confirmam a *regra* de que ***é o objeto da sociedade que define sua estrutura,*** *empresária* (comercial) ou *simples* (civil), por força da lei. E essa exceção já vem desde o ordenamento comercial anterior, ao dispor a Lei das S.A., exatamente no mesmo sentido (art. 2°, §1°) .

Também não teria nenhum sentido, a lei nova permitir que as sociedades simples contem com colaboradores, em número indefinido, e possa abrir filiais, sucursais ou agências, se pensarmos que não será empresário somente quem, por si e diretamente, exerça a atividade social, porque, ao que sabemos, aos homens ainda não é dado o dom da ubiqüidade. Se fosse necessário o exercício da atividade, diretamente e *per si*, não seria possível a abertura de filiais e nem necessária a colaboração de auxiliares sem número definido. A lei, se al quisesse, teria restringido.

*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Se o legislador utilizou termos e institutos jurídicos para definir as hipóteses, não é dado ao intérprete entender que há limitação de pessoal ou do tamanho do local de trabalho, em que serão exercidas as atividades objetivadas pelas sociedades.

Assim, e considerando que às sociedades simples, independentemente da forma de sua organização jurídica (simples, limitada, etc.), é facultado o ***concurso de auxiliares ou colaboradores,*** inclusive com instituição de ***sucursal, filial ou agência***, parece claro que a adoção dos vocábulos *estrutura, organizada e elemento* de empresa, somente podem ser entendidos, respectivamente, como ***estrutura jurídica*** (sujeição a determinado ramo do Direito, como visto), ***organizada***, como forma de sua constituição, gerenciamento, responsabilidade, etc (simples, limitada, etc.), e, ***elemento*** de empresa, como elemento caracterizador da atividade empresarial desenvolvida (comercial, bancária, financeira, intelectual ou não comercial), que é ditado pelo ***objeto*** social. Quais são os elementos, ou requisitos, para a constituição de uma sociedade? Dentre eles encontra-se o fundamental, caracterizador, que é o ***objeto*** social.

Assim, por exemplo, o particular, economista, que deseje constituir um pequeno banco de investimentos, apenas com uma sede (ou uma sede e um ou dois escritórios de negócios em outras capitais, como sói ocorrer), com cerca de vinte a trinta funcionários, exerce atividade de banqueiro e o exercício dessa atividade, declarada como objeto social, em seu contrato constitutivo, o impede de constitui-la como sociedade *simples*, porque o *exercício dessa atividade é elemento de empresa*. No mesmo sentido, se esse mesmo economista resolver constituir uma pequena indústria de plásticos, mecanizada, com o auxilio de seus dois filhos e mais dois empregados, não poderá organizá-la sob a forma de sociedade simples, porque o exercício de atividade industrial, que agrega um valor à matéria prima, é *elemento de empresa*, face ao seu objeto social ser a indústria de matéria plástica. Igualmente, se um escritor renomado resolver abrir uma livraria, com o auxilio apenas de sua filha, onde irá comerciar livros, pouco importa o tamanho da estrutura ou da organização material de seu negócio, porque sua atividade é elemento de empresa, que é o objeto social das sociedades que compram e vendem livros. Nesses casos, o registro é mercantil, no Registro de Empresas.

Por outro lado, se um grupo de médicos resolve associar-se ao Doutor Ivo Pitangui, e constituir uma clínica, com apoio de diversos enfermeiros, secretárias, faxineiros, nutricionistas e demais auxiliares necessários ao exercício de sua atividade profissional científica, essa sociedade poderá ser simples e esse exercício não irá configurar elemento de empresa, porque o objeto social de prestação de serviços médicos não é atividade típica comercial ou afim, como disse REALE [18]. De igual modo, um contador poderá constituir uma sociedade para prestação de serviços de auditoria, com diversos colaboradores, sem que essa atividade designe elemento de empresa. Nesses casos, o registro é civil, e é feito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Quer dizer, o que define o regramento da estrutura e organização das sociedades não é a profissão do sócio ou o "tamanho" da sociedade, mas, sim, a atividade que irá exercer naquela sociedade e, a *atividade, que é elemento de empresa, é definida no objeto*, descrito no contrato social.

No estudo dos atos jurídicos, VICENTE RÁO ensinava o que são "elementos", na ciência do Direito, esclarecendo que, pelo

*Antigo sistema de classificação dos componentes dos atos jurídicos parte da noção filosófica de* ***elementos****, ou seja, das* ***partes que, em seu todo, formam ou constituem as coisas materiais****, aplicando esta noção, analogicamente, às coisas imateriais. E os elementos distingue em essenciais (genéricos e específicos), naturais e acidentais.*

.....

***Essenciais dos atos jurídicos são, pois, os elementos que os compõem, qualificam e distinguem dos demais atos****, elementos, isto é, sem os quais aqueles atos não se forma, nem se aperfeiçoam. Deles, uns são genéricos porque a todos os atos jurídicos dizem respeito; específicos são outros, por atinentes a cada tipo de ato particularmente considerado.* ***Elementos essenciais genéricos dos atos jurídicos*** *são a vontade do agente capaz (elemento volitivo compreendendo a autodeterminação do agente, a declaração voluntariamente produzida e a vontade do conteúdo do ato), o* ***objeto possível, lícito, determinado ou determinável****, a forma e, segundo certa corrente doutrinária, a causa.*[19]

Sabendo o que são elementos dos atos jurídicos, ou seja, uma parte do todo que o compõe; e que, dentre esses, **o objeto é elemento essencial**, ORLANDO GOMES, estudando a empresa e seus elementos, dizia que

*A noção de empresa interessa ao Direito Comercial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Tributário, mas* ***é no Direito Civil que a definição da sua natureza jurídica se elabora****.*

.....

*Na empresa combinam-se* ***elementos humanos, materiais e intelectuais****. Os elementos humanos são os empregados, os operários e os dirigentes. Os elementos materiais, os meios utilizados na atividade econômica e, também, na organização do trabalho (contratos, regulamento coletivo, código disciplinar). Os* ***elementos intelectuais definem-se*** *nas suas diversas* ***finalidades*** *lucrativas.*

.....

*Preferem outros autores definir o empresário, isto é, quem combina e organiza os fatores da produção para exercer em proveito próprio, e assumir o risco, uma atividade econômica. Constitui-se juridicamente como sociedade que* ***exerce profissionalmente a referida atividade****, que produz para o mercado.*

.....

*São elementos componentes da empresa, considerada patrimônio especial: a) bens corpóreos (móveis, imóveis, dinheiro, mercadorias); b) bens incorpóreos (nome comercial, siglas, insígnias, patentes de invenção, marcas de fábrica); c) créditos e débitos; d) o fundo de comércio, representado, dentre outros fatores, pela clientela, o ponto, a fama, os segredos do negócio, a propaganda, o sistema de organização.*

.....

*No Direito italiano distingue-se a empresa da azienda. O termo* ***empresa*** *usa-se para designar a* ***atividade*** *econômica do empresário, enquanto azienda é o complexo de elementos objetivos organizados, que são indispensáveis como instrumento de* ***empresa, mas não constituem parte desta****; os meios que o empresário* ***organiza*** *para o* ***exercício*** *da empresa.*[20]

Da lição de ORLANDO GOMES extrai-se que, também para ele, dentre os elementos da empresa, a atividade profissional exercida é que interessa para a definição de sua natureza jurídica; os meios de sua *organização* não constituem elemento da *empresa*. E isso, aliás, está evidente na própria dicção do parágrafo único do artigo 966 do nosso Código Civil, eis que, "***não se considera empresário*** quem exerce *profissão intelectual, de* ***natureza*** *científica, literária ou artística, ainda* com o ***concurso de auxiliares ou colaboradores***, salvo se o ***exercício da profissão*** *constituir* ***elemento*** *de empresa*". O quer isso dizer? Que **o único elemento, ponderado e admitido pelo legislador, para caracterizar empresária uma sociedade, é a natureza do exercício da profissão a ser desenvolvida, ou seja, a atividade dela, o seu objeto social**.

Finalmente, pondo uma pá de cal sobre se subsistem, ou não, as atividades comerciais ou mercantis, e a mera alteração de sua nomenclatura, dispôs o novo Código Civil pátrio:

*Art. 2037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.*

E por que isso? Porque o Direito Comercial é muito maior do que o Código de Direito Privado unificado, não se extinguindo nem as atividades mercantis, nem as sociedades comerciais e, muito menos, os comerciantes, por lei ou decreto. O Direito Comercial é uma ciência e o estudo científico não fica adstrito às disposições legais.

## O registro

Depois de examinarmos com a profundidade que o tema societário merece, conceituando o que é estrutura, organização, elemento e o exercício profissional de atividade econômica, interpretando esses institutos jurídicos, dentro do nosso sistema e de acordo com o Direito Comparado, é de rigor examinar aspecto essencial às "sociedades civis e comerciais", que "dependem, para a sua existência plena no *mundo do Direito, de certas formalidades que se chamam formalidades de registro*"[21].

Há Direito especial a reger os registros das sociedades, sendo da competência privativa da União legislar sobre registros públicos (Constituição Federal, art. 22, XXV, em distinção expressa constitucional ao Direito Civil e Comercial, previstos no mesmo artigo, porém no inciso I); e da competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, para legislar sobre as Juntas Comerciais (Constituição Federal, art. 24, III).

Esse Direito especial encontra-se, hoje, regulado nas Leis nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, no tocante aos Registros Civis de Pessoas Jurídicas; e, nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, quanto ao registro público de Empresas Mercantis e atividades afins.

A importância do estudo das formalidades de registro está na disposição contida no artigo 1.153 do novo Código Civil, que determina

*Art. 1.153. Cumpre à autoridade competente,* ***antes de efetivar o registro, verificar*** *a autenticidade e a legitimidade do signatário do requerimento,* ***bem como fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato*** *ou aos documentos apresentados.*

Esse dispositivo deixa clara a responsabilidade com que se devem haver as autoridades competentes ao registro, obrigados a verificar, dentre outros aspectos, a adequação do ato levado a registro à sua competência legal, conforme atribuído nas respectivas leis de regência (8.934/94 ou 8935/94).

Por isso, força é reconhecer o equívoco com que vem se manifestando alguns vogais da Junta Comercial do Estado de São Paulo, que não apreenderam a exata exegese dos dispositivos do novo Código Civil sobre os institutos acima referidos, quanto ao Direito de Empresa.

Assim, equivoca-se, no nosso sentir, o douto vogal CASSIO PORTUGAL GOMES FILHO, ao entender que

***Não existe mais a distinção entre sociedades comerciais e sociedades civis****, as primeiras reguladas pelo Código Comercial de 1850 ou pelo Decreto 3.708, de 1919, e as segundas pelo Código Civil de 1916, artigos 1.363 e seguintes.* ***A típica sociedade civil, de prestação de serviços, registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, passa agora, com o novo Código, a ser uma sociedade empresária, e como tal, sujeita a registro na Junta Comercial****.*

*De acordo com a colocação do novo Código, afigura-nos* ***difícil vislumbrar para que finalidade será constituída uma sociedade simples, já que não terá atividade econômica.*** [22]

Como já visto *ad nauseam*, acima, não houve extinção do Direito Comercial e, muito menos, das sociedades por ele reguladas, nem às reguladas pelo Código Civil. De igual modo, já vimos que as típicas sociedades civis, de prestação de serviços, não passaram a ser sociedades empresárias, muito menos sujeitas a registro nas Juntas Comerciais. E não há nenhuma dificuldade em vislumbrar a natureza jurídica que estrutura as sociedades de Direito Civil e sua organização pela via simples ou qualquer dos tipos das societárias admitidas para sua constituição, porque o que as rege é a atividade exercida, o objeto da sociedade.

Nem dá margem a dúvidas ou dificuldades, *data venia*, as apontadas pelo referido Vogal, ao dizer que

*Parece-nos que vai ser difícil fazer a distinção se determinado artista ou intelectual é empresário ou não, tomando-se, por exemplo, o caso de Paulo Coelho, que exerce profissão intelectual e literária, escrevendo livros que são vendidos no mundo inteiro, e também do conhecido artista plástico Gustavo Rosa, que pinta e vende lindos quadros no país e no exterior, sob encomenda. Será que ambos serão considerados empresários, ante as disposições do novo Código? Parece-nos que sim, por estar evidente o intuito de ganhar dinheiro e ter lucratividade, porém não se sabe até que ponto se tornará obrigatória a inscrição de ambos no Registro Público de Empresas Mercantis, isto é, na Junta Comercial, que é condição para serem considerados empresários.* [23]

Em primeiro lugar, Paulo Coelho não vende seus livros, quem os vende são as livrarias, lojas de conveniências, bancas de jornais, etc. A natureza jurídica do contrato entre o "Mago" e sua *editoras*, é de contrato típico, de *edição*, que, inclusive, dá, ao autor, privilégio especial, na massa falida do editor, sobre os exemplares da obra existente (art. 964, VII, do novo Código Civil). Em segundo, porque tanto Paulo Coelho, quanto Gustavo Rosa, são remunerados pela sua própria *elaboração,* literária e artística, ou como diz REALE, a razão da qualificação de civil a uma atividade econômica que pode dar resultados às vezes iguais ou superiores aos obtidos no plano industrial ou mercantil, é que o profissional "não tem por escopo adquirir matéria-prima para fins de produção, mas sim vende, ou elabora bens de seu próprio cultivo. Não é também um intermediário, ou seja, alguém situado entre o produtor e os consumidores a fim de auxiliar ou possibilitar o fenômeno da circulação da riqueza, com ou sem a transformação dos bens negociados." [24]

É, também, REALE, quem informa que as sociedades civis de caráter econômico são as que visam fins de lucro, sem praticarem atos de comércio [25]. O fim de lucro em nada altera a estrutura civil da sociedade, como vimos.

Equivoca-se mais, com a devida *venia*, o Vogal e ex-presidente da JUCESP, MORELLO NETTO, ao afirmar que "se a sociedade simples revestir-se dos tipos societários referentes à sociedade em nome coletivo, à sociedade em comandita por ações, em *sociedade limitada*, e tiver as características empresariais, inclusive a *sociedade cooperativa*, *deverá registrar-se no Registro Público das Empresas Mercantis*". [26] Tal interpretação peculiar é, na verdade, *contra legem*. Em primeiro lugar, porque a sociedade simples só pode ser registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local da sua sede, como diz, com todas as letras, o artigo 998 do novo Código Civil. Em segundo, porque se a lei facultou, às sociedades simples, constituir-se sob qualquer dos tipos societários previstos nela previstos, à exceção das sociedades por ações (artigo 983, segunda parte), o inverso não é verdadeiro, porque a lei não abriu a faculdade de constituir-se simples às sociedades empresárias. E, em terceiro, porque as sociedades cooperativas serão sempre simples (assim como as por ações serão sempre empresárias) por força da exceção expressa no parágrafo único do artigo 982 do novo Código Civil.

Retratam, na verdade, e até pela pouca profundidade com que versado o tema nas matérias citadas, publicações *ad usum delphini*, olvidando que os registros públicos são regidos pelas regras do Direito Público, seguindo, sempre, critérios objetivos e expressos nas leis próprias, não podendo ficar ao sabor das opiniões ou entendimentos *contra legem*. Não há, no direito público, autonomia da vontade, nem discricionariedade.

Temos, assim, que, observada a atividade profissional exercida, é que se diagnostica a estrutura jurídica a que estará sujeita a sociedade, Civil ou Comercial, e sua organização se dará por qualquer dos tipos societários admitidos no Código Civil (que *unificou*, não *extinguiu*, o Direito Civil e o Comercial), salvo as sociedades por ações, que sempre serão empresárias, e as cooperativas, que sempre serão simples.

Resta, assim, em matéria de formalidades de registro, acrescentar que, face às disposições transitórias do novo Código Civil, os contratos sociais e estatutos de sociedades, constituídos antes da entrada em vigor da nova lei, obedecem ao disposto nas leis anteriores, para fins de registro no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (arts. 998, 1151 e §§, e 2035 do Código Civil), independente da prova de data.

Também as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, avençados antes da vigência do novo Código Civil, obedecerão ao disposto nas leis anteriores, exceto se contrariarem preceitos de ordem pública ou a função social da propriedade ou dos contratos (art. 2035, parágrafo único).

De igual modo, a dissolução ou liquidação de pessoas jurídicas, iniciadas antes da vigência do novo Código Civil, obedecerão ao disposto nas leis anteriores (art. 2.034, CC).

Por fim, vale frisar que o novo Código Civil utiliza o vocábulo "autenticidade" em sua acepção jurídica, ou seja, de autêntico, firmado por quem tem legitimidade para fazê-lo, devendo ser provada essa condição.

## Conclusão

Vimos, ao longo deste trabalho, que o que define a estrutura jurídica da empresa, ou seja, o regramento a que está sujeita, pelo Direito Público ou Privado, Civil ou Comercial, é o seu ***objeto social***, a ***atividade*** que irá ***exercer profissionalmente***. Se for de índole comercial ou afim, estará sujeita às regras do Direito Comercial e no Registro Comercial será feita sua inscrição; se for de índole não comercial, ou comum, ou civil, ou sujeito à forma de organização simples, qualquer que seja a forma de sua organização (simples, limitada, etc.) será regrada pelas normas de Direito Civil e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas será feita sua inscrição.

## Notas

[1] MAXIMILIANO, Carlos; *Hermenêutica e Aplicação do Direito,* Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 16.
[2] Ob. cit., pág. 107.
[3] Ob. cit., pág. 128.
[4] Ob. cit. pág. 129.
[5] Ob. cit. pág. 131.
[6] LIMA, Hermes; Introdução à Ciência do Direito, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955, 8ª ed., pág.134.
[7] BOBBIO, Norberto; *O Positivismo Jurídico, lições de filosofia do direito,* Ícone, São Paulo, 1999, pág. 164, destaques no original.
[8] REALE, Miguel; Lições Preliminares de Direito, Saraiva, SP, 25ª ed., 2000, pág. 365.
[9] Ob. Cit. Págs. 30-31.
[10] FERRARA, Francesco; *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, 1921, p. 210; *apud* MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit. pág. 30-31, destaques no original.
[11] Ob. cit., pág. 366-367.
[12] Ob. cit., págs. 368-369, destaques no original, negrito nosso.
[13] Ob. cit., pág.242-243, destaques no original, negrito e sublinhas nossos.
[14] Ob. cit. pág. 243, destaques em itálico no original, em negrito nossos.
[15] Código Civil Italiano, Record, 1961, trad. SOUZA DINIZ, apres. JOSÉ DE AGUIAR DIAS.
[16] SILVA, De Plácido; *Vocabulário Jurídico*, vol. III, Forense, São Paulo, pág. 1102; destaques em itálico no original; em negrito, nossos.
[17] MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit. pág. 250.
[18] Ob. cit., pág. 242-243.
[19] RÁO, Vicente; Ato Jurídico, noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração, RT, São Paulo, 4ª ed., 2ª tir., 1999, pág. 89, destaques em itálico no original; em negrito, nossos.
[20] GOMES, Orlando; Introdução ao Direito Civil, Forense, Rio de Janeiro, 2001, pág. 205-207, at. HUMBERTO THEODORO JUNIOR, destaques em itálico no original, negrito nosso.
[21] REALE, Miguel, ob. cit. pág. 248.
[22] GOMES Fº, Cássio Portugal; *Novo Código Civil - Direito de Empresa - Sociedades Limitadas*; *in* DOE, Caderno Junta Comercial, São Paulo, 11 de dezembro de 2002, pág. 2; destaques nossos.
[23] Idem, ibidem.
[24] Ob. cit., pág. 245.
[25] Ob. cit., pág. 244.
[26] MORELLO NETTO; João Baptista; *in* Do Registro Público de Empresas Mercantis, DOE, Caderno Junta Comercial, São Paulo, 11 de janeiro de 2003, pág.2; destaques nossos.

---

***O autor*** - Paulo Roberto de Carvalho Rêgo é 1º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de São Paulo; Diretor da ***ANOREG-SP*** e do ***CDT*** - Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo.

# As Fundações e o novo Código Civil

*Stanley Martins Frasão*
*Isabela Jorge Rios*

O Código Civil de 1916, em vigor até 10.1.2003, em seu artigo 16 prescreve que são pessoas jurídicas de direito privado: I - as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade publica e as fundações; II - as sociedades mercantis; e, III - os partidos políticos.

*O Novo Código Civil - NCC, Lei 10.406, de 10.1.2002, em vigor a partir* de 11.1.2003, em seu artigo 44 prescreve que as pessoas jurídicas de direito privado são: I - as associações; II - as sociedades; e, III - as fundações.
Na forma do art. 53 do NCC, as associações serão constituídas pela união de *pessoas que se organizarem-se para fins não econômicos.*

As normas sobre as sociedades estão disciplinadas no Livro II, Direito de Empresa, do NCC, que deixamos de tecer comentários por não ser objeto do presente.

Os artigos 62 a 69 do NCC disciplinam as fundações.

As fundações, após a vigência do NCC, terão que se adaptarem à nova legislação, tendo em vista a modificação das normas sobre a matéria. O prazo de adaptação será até 11.1.2004 (art. 2.031), mas qualquer modificação do estatuto reger-se-á, a partir de 11.1.2003, pelas normas do NCC. As fundações, instituídas na forma da legislação anterior, inclusive as de fins diversos dos previstos no parágrafo único do art. 62, subordinam-se, quanto ao seu funcionamento, ao disposto no NCC (art. 2.032). O NCC, em seu art. 62, parágrafo único, restringiu as atividades das fundações. Para a nova Lei, as fundações somente poderão se constituir para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Ao tratar de outras finalidades das citadas no NCC, não poderá ser mais constituída na forma de fundação, porque assim deixarão de ser consideradas.

Poderão ser associações, de acordo com os art. 53 e seguintes da mencionada lei. Não houve qualquer alteração no que tange à maneira de criação de uma fundação, ou seja, o instituidor, por meio de escritura pública ou testamento, fará dotação especial de bens livres com especificação do fim a *que se destinam, e caso queira poderá também declarar a forma de administra*ção (art. 62). Pode ocorrer que na sua formação, os bens dotados sejam insuficientes para constituir a fundação. Neste caso, os bens que se destinariam para a criação de uma nova fundação serão incorporados em uma outra fundação *que se proponha a fim igual ou semelhante ao determinado pelo instituidor, se* de forma diferente este não o dispuser (art. 63). O NCC traz em seu art. 64 a obrigação do instituidor de transferir a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, se a fundação for constituída por negócio jurídico entre vivos. Se o instituidor assim não proceder, por determinação do juiz, serão os bens registrados, mediante mandado judicial.

No que diz respeito à elaboração do estatuto da fundação projetada, deverão aqueles escolhidos pelo instituidor formula-lo, com observância do artigo 62, e submetê-lo à aprovação do Promotor de Justiça, com recurso ao juiz. Se o estatuto, dentro do prazo estipulado, ou se este for omisso, em 180 dias, não for elaborado por aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, o Ministério Público incumbir-se-á de providenciá-lo (art. 65).

Continuará o Ministério Público do Estado velando pelas fundações *onde estiverem situadas. Se exercerem suas atividades em mais de um Estado,* o encargo, em cada um deles, será do respectivo Ministério Público. A novidade será para as fundações situadas ou que tiverem estendido suas atividades no Distrito Federal ou em Territórios, pois neste caso ficarão sob a fiscalização do *Ministério Público Federal (art. 66). Alterações importantes foram implementa*das no âmbito da modificação do estatuto da fundação. No que concerne as alterações estatutárias, estas só poderão ocorrer quando (art. 67):

i. deliberadas por 2/3 dos competentes para gerir e representar a fundação;

ii. não contrariem ou desvirtuarem o fim desta;

iii. sejam aprovadas pelo órgão do Ministério Público, e, caso este as denegue, poderá o juiz supri-las, a requerimento do interessado.

O Ministério Público deve opinar sobre todas as alterações estatutárias, bem como aprová-las.

O NCC determina, de forma clara e precisa, em seu art. 68, que não encontra correspondência no Código Civil de 1916: quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em 10 (dez) dias. Impossibilitada a fundação de exercer suas atividades seja porque tornou-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade prevista, ou ainda houve o término do prazo para sua existência, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá promover a sua extinção. Em relação ao patrimônio, este será incorporado em outra fundação de igual fim ou semelhante, a escolha do juiz. Entretanto, sendo prevista a destinação do patrimônio da antiga fundação no ato constitutivo ou *no estatuto, esta prevalecerá (art. 69). O NCC, ao realizar as modificações apre*sentadas, buscou melhor definir as funções atribuídas a todos aqueles que participam de certa forma da criação, alteração e extinção das fundações, sem se olvidar da vontade de seu instituidor. Finalmente, vale registrar que o Projeto de Lei nº 7160 /2002 dispõe sobre a exclusão do parágrafo único do artigo 62 do Novo Código Civil, que foi apensado ao Projeto de Lei nº 6960 /2002.

O Projeto ainda está em tramitação, sendo possível acompanhar o processo pelo site www.camara.gov.br , ou através de um cadastro no mesmo site para que seja enviado via email o andamento do projeto.

---

***Os autores***: Stanley Martins Frazão é sócio de Homero Costa Advogados e Diretor Presidente da Fundamar - Fundação 18 de Março e Isabela Jorge Rios é estagiária de Homero Costa Advogados e voluntária da Fundamar.

# A teoria da empresa e a interpretação do art. 966

*Bruno Mattos e Silva*

Ao positivar a teoria da empresa, o novo Código Civil passa a regular as relações jurídicas decorrentes de atividade econômica realizada entre pessoas de direito privado. Evidentemente, várias leis específicas ainda permanecem em vigor, mas o cerne do direito civil e comercial passa a ser o novo Código Civil.

O novo Código Civil, na Parte Especial, trata no Livro II Do Direito de Empresa. Esse Livro II, por sua vez, está dividido em quatro títulos: Título I - Do Empresário, Título II - Da Sociedade, Título III - Do Estabelecimento, Título IV - Dos Institutos Complementares.

A teoria empresa está em oposição à teoria dos atos de comércio, que fora adotada pelo Código Comercial de 1850.

Em linhas muito gerais, de acordo com a teoria dos atos de comércio, parte da atividade econômica era comercial, isto é tinha um regime jurídico próprio, diferenciado do regime jurídico de uma outra parte da atividade econômica, que se sujeitava ao direito civil. Isso significava dizer que certos atos estavam sujeitos ao direito comercial e outros não. Os atos de comércio eram os atos sujeitos ao direito comercial; os demais eram sujeitos ao direito civil. Ou seja, atos com conteúdo econômico poderiam ser civis ou comerciais. Na verdade a questão não era tão simples, pois a doutrina não conseguia estabelecer exatamente um conceito científico do que seria o ato de comércio, sendo mais fácil admitir que

ato de comércio seria uma categoria legislativa, ou seja, ato de comércio seria tudo que o legislador estabelece que teria regime jurídico mercantil.

A teoria da empresa não divide os atos em civis ou mercantis. Para a teoria da empresa, o que importa é o modo pelo qual a atividade econômica é exercida. O objeto de estudo da teoria da empresa não é o ato econômico em si, mas sim o modo como a atividade econômica é exercida, ou seja, a empresa, com os sentidos que veremos adiante.

O art. 966 define o que seja empresário:

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

*Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa".*

Qual a diferença entre empresário e sociedades empresárias?

Sociedade empresária é a sociedade que exerce atividade econômica organizada. Ou, como diz o art. 982, é a que "tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967)".

Em oposição às sociedades empresárias, estão as sociedades simples, que são as sociedades que não exercem "profissionalmente atividade econômica organizada" (art. 966).

O novo Código Civil não define o que seja "atividade econômica organizada" ou o que seja "empresa". Essas definições cabem à doutrina.

O que é empresa?

Já é célebre a definição de empresa dada por Asquini, para quem ela compreende quatro perfis. Vejamos três significados jurídicos para o vocábulo técnico, que correspondente aos três primeiros perfis:

1. *perfil subjetivo.* A empresa é o empresário, pois empresário é quem exercita a atividade econômica organizada, de forma continuada. Nesse sentido, a empresa pode ser uma pessoa física ou uma pessoa jurídica, pois ela é titular de direitos e obrigações. Quando se diz "arrumei um emprego em uma empresa", temos a palavra empresa empregada com esse significado.

2. *perfil funcional.* A empresa é uma atividade, que realiza produção e circulação de bens e serviços, mediante organização de fatores de produção (capital, trabalho, matéria prima etc). Quando se diz "a empresa de estudar será proveitosa", temos a palavra empresa empregada com esse significado.

3. *perfil objetivo (patrimonial).* A empresa é um conjunto de bens. A palavra empresa é sinônima da expressão estabelecimento comercial. Os bens estão unidos para uma atividade específica, que é o exercício da atividade econômica. Como exemplo desse significado, podemos dizer "a mercadoria saiu ontem da empresa".

A empresa, portanto, tem todos esses significados.

Há também um quarto perfil, criticado pela doutrina por não corresponder a qualquer significado jurídico, mas apenas por estar de acordo com a ideologia fascista, que controlava o Estado italiano por ocasião da positivação da teoria da empresa:

4. *perfil corporativo.* A empresa é uma instituição, uma organização pessoal, formada pelo empresário e pelos colaboradores (empregados e prestadores de serviços), todos voltados para uma finalidade comum.

Para fins do art. 966, a palavra empresa tem como significado o segundo perfil mencionado acima. Empresa, portanto, é a atividade econômica organizada. A organização é a união de vários fatores de produção, com escopo de realização de bens ou serviços. O empresário, assim, é quem realiza essa empresa, expressão tomada como sinônimo de atividade.

A noção jurídica de atividade econômica organizada exige o concurso de atividade profissional alheia. Se alguém exercer uma atividade econômica individualmente, não será considerado empresário, à luz do art. 966 do novo Código Civil.

Pouco importa o regime jurídico das pessoas que trabalharem para o empresário. Poderá ser o regime trabalhista ou civil (em caso específicos, até mesmo o administrativo). Os colaboradores do empresário poderão ser empregados, regidos pelo direito do trabalho, ou trabalhadores autônomos, que são prestadores de serviço, regidos pelo direito civil. Pouco importa. Ou seja, empresário não é sinônimo de patrão; mas o empresário sempre contrata pessoas para trabalhar, ele sempre organiza o trabalho de outrem.

Mas a organização não compreende apenas a contratação de serviços sob regime civil ou trabalhista. Juridicamente, a organização definida no art. 966 é a organização de fatores produção. Abrange capital e trabalho. O capital compreende o estabelecimento, que é o conjunto de bens utilizados pelo empresário na sua atividade econômica (estoque, matéria prima, dinheiro, marcas, automóveis, computadores etc).

Essa organização deve ser profissional. Isso significa que deve ser contínua e com intuito de lucro, objetivando meio de vida. Atos isolados não são empresariais, mesmo que tenham conteúdo econômico.

Toda essa atividade organizada deve ter um sentido econômico. Se o objeto não for a produção ou a circulação de bens ou de serviços, não estaremos diante da empresa.

Essa é a teoria da empresa. Ela estuda isto: a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. É o que se lê, claramente, no caput do art. 966 do novo Código Civil.

Mas o art. 966 tem um parágrafo. Esse parágrafo diz que não é empresário "quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística (...)".

O que significa isso? Estaria o parágrafo único o art. 966 a excluir parte da atividade econômica do conceito de empresa?

Isso pode causar uma certa perplexidade quando temos em mente que a teoria dos atos de comércio é que fazia isso. A teoria dos atos de comércio é que dividia a atividade econômica em atos sujeitos e atos não sujeitos ao regime mercantil.

Tecnicamente, um parágrafo em um dispositivo de lei pode significar uma exceção ou uma explicação ao que foi dito no caput. Em outras palavras, um parágrafo pode estabelecer uma regra contraditória à do caput, aplicável apenas a situações específicas, pois regra especial derroga regra geral (parágrafo excepcionador) ou pode apenas explicar melhor algum conceito contido no caput, esclarecendo que alguma situação específica está ou não abrangida pela idéia do caput, sem qualquer contradição filosófica (parágrafo explicativo).

No caso concreto, pode-se interpretar o parágrafo único do art. 966 do novo Código Civil como uma exceção à regra do caput ou como uma explicação. Vamos analisar as duas possíveis interpretações a esse parágrafo único, para, ao final, concluir por uma ou outra interpretação.

Se visto como uma exceção, o novo Código Civil estaria positivando a teoria da empresa, mas conteria uma pequena ou não pequena exceção: toda atividade econômica profissional organizada seria considerada empresa, com exceção dos serviços intelectuais.

Estaria excluída, assim, a atividade econômica desempenhada por médicos, advogados, escritores, escultores, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores. Essas atividades, ainda que realizada de forma profissional e organizada, com objetivo de lucro, não se sujeitariam ao regime jurídico empresarial.

Vamos frisar este ponto: se for dado ao parágrafo único, que se refere à profissão intelectual, for tomado como excepcionador da regra do caput, significará dizer que a atividade de prestação de serviços intelectuais realizada por uma grande organização não seria empresarial. Ou seja, uma sociedade de advogados, titular de um grande escritório de advocacia, com muitos empregados, com muitos computadores em rede, máquinas de xerox, acesso rápido à Internet, bibliotecas, enfim, com uma grande estrutura, não seria considerada empresa. Essa sociedade de advogados, com seu grande escritório de advocacia, reuniria todas as definições teóricas do caput do art. 966 do novo Código Civil, mas não seria considerada empresa em razão do parágrafo único ter excluído a profissão intelectual da atividade econômica sujeita ao regime empresarial.

Esse parágrafo único conta, na sua parte final, com a expressão "salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa".

Vamos ler de novo o parágrafo único do art. 966 e novamente tentar interpretá-lo:

*"Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa".*

Qual o alcance da expressão "salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa"? Qual seu sentido?

Interpretado o parágrafo único desse modo, isto é, no sentido de ser ele excepcionador da regra do caput, teremos dois incontornáveis problemas de hermenêutica:

1. O novo Código Civil positiva a teoria da empresa, que não divide a atividade econômica pelos atos em si considerados, mas sim pelo modo em que ela é exercitada. A teoria que divide os atos em si considerados (atos comerciais versus atos civis) é a teoria dos atos de comércio, do Código Comercial de 1850. Caso se diga que a profissão intelectual em si não é empresarial, estaremos interpretando o parágrafo único do art. 966 de acordo com a teoria dos atos de comércio e não de acordo com a teoria da empresa.

2. A segunda parte do parágrafo único do art. 966 não teria qualquer sentido lógico ou prático.

Vejamos, então, a interpretação no sentido de que o parágrafo único do art. 966, ao se referir à profissão intelectual, não constitui uma exceção ao caput do

art. 966, mas sim uma explicação. Trata-se da interpretação tecnicamente mais adequado do ponto de vista científico, pelos motivos a seguir expostos.

A idéia do parágrafo único do art. 966 do novo Código Civil é que a princípio a profissão intelectual não é empresarial por características próprias, isto é, não compreende a organização de fatores de produção. O parágrafo único do art. 966 diz a profissão intelectual, a despeito de ter conteúdo econômico (o parágrafo único usa a palavra "profissão", o que denota o caráter econômico) não é empresarial, mesmo se existentes auxiliares ou colaboradores.

Como vimos acima, de acordo com a teoria da empresa, não basta a contratação de pessoas ("auxiliares ou colaboradores", no dizer do parágrafo único do art. 966) em uma atividade econômica para a configuração da existência jurídica da empresa. É preciso um elemento a mais, que é o estabelecimento, o conjunto de bens. Isso fica mais claro quando nos lembramos dos quatro perfis de Asquini, *mencionados acima, que compõem a noção jurídica de empresa.*

Assim, de acordo com o parágrafo único do art. 966 do novo Código Civil, embora a princípio a profissão intelectual não seja empresarial, excepcionalmente pode ela constituir elemento de empresa. Nesse caso, ela será empresarial.

Retornemos ao exemplo do grande escritório de advocacia, com sua biblioteca, sua rede de computadores da mais alta tecnologia, com acesso à Internet. Ou mesmo pensemos em um grande hospital, de propriedade de um médico, com os mais modernos aparelhos cirúrgicos. Penso não haver dúvida de que tais constituem o estabelecimento, parte da organização empresarial prevista no caput do art. 966.

É preciso diferenciar a hipótese do advogado que contrate uma secretária e um office-boy para realizar as tarefas de secretariado e de mensageiro, da hipótese do grande escritório de advocacia mencionado acima. Esse advogado não é um empresário, mas apenas um profissional liberal, um trabalhador autônomo, que pode ter auxiliares nas suas atividades. Isso não é vedado pela lei, nem tampouco o transforma em empresário de acordo com a teoria da empresa. É este o sentido do parágrafo único do art. 966: diferenciar alguém que realiza atividade econômica não organizada de alguém que realiza atividade econômica organizada.

Portanto, tecnicamente parece ser mais adequado interpretar o parágrafo único do art. 966 do Código Civil como uma explicação e não como uma exceção ao disposto no caput. A princípio, a atividade intelectual não é empresarial (primeira parte do parágrafo único), mas se presente todos os elementos de uma empresa, ela será empresarial (segunda parte do parágrafo único). Em *outras palavras, a profissão intelectual pode ser empresarial, se presentes todos* os requisitos previstos no caput. Essa é a explicação do parágrafo único do art. 966.

Embora a interpretação ora adotada seja tecnicamente lógica e esteja de acordo com a teoria da empresa, ela não deverá prevalecer, pelos motivos políticos e culturais a seguir expostos:

O regime jurídico do empresário, de acordo com o novo Código Civil, é o regime jurídico do comerciante. É o que diz o art. 2.037, do novo Código Civil:

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

Disso decorre que empresários e sociedades empresárias estão sujeitas ao regime jurídico mercantil, ainda que não exerçam qualquer atividade que antes seria considerada como ato de comércio.

Este aspecto que é importante: perdeu relevância jurídica a noção de ato de comércio! Só que, culturalmente, continuamos com a divisão da atividade econômica em atividades "civis" (ex. advocacia), de um lado, e "comerciais", de outro lado (embora juridicamente isso não existe mais).

Se o regimento jurídico do empresário e da sociedade empresária é o regime jurídico do comerciante, então os empresários e as sociedades empresárias, tal como definidas pelo novo Código Civil, estão sujeitas à todos os institutos mercantis, como por exemplo, a falência e o registro na Junta Comercial. A potencial sujeição à falência e o registro na Junta Comercial fazem parte do regime jurídico do comerciante.

Realmente, o novo Código Civil é expresso no sentido de que o empresário, *tal como definido no art. 966, deverá se inscrever na Junta Comercial. É o* que diz o art. 967 do novo Código Civil, que estabelece ser obrigatória a inscrição do empresário no "Registro Público de Empresas Mercantis", que é a tão conhecida Junta Comercial.

*Levando tudo isso em consideração, é de se duvidar que os operadores do* direitos, as grandes sociedades de advogados, a OAB irão aceitar a interpretação de que sociedades de advogados sejam consideradas sociedades empresárias e, por via de conseqüência, sujeitas ao regime jurídico mercantil e que devam ser inscritas na Junta Comercial e sujeitas à falência.

Vejam que as sociedades de advogados, ainda que estejam regidas por lei específica, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), deveriam se sujeitar às disposições do art. 967, do novo Código Civil, caso se conclua que sociedade de advogados possam vir a ser sociedades empresárias. É verdade que o art. 15, § 1º, do Estatuto da Advocacia, lei especial, é expresso no sentido de que a sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB (e não no cartório de registro civil, muito menos na Junta Comercial). Contudo, o art. 2.031 do novo Código Civil dá o prazo de 1 (um) ano paras as sociedades constituídas sob a forma de leis anteriores (inclui a Lei nº 8.906/94?) adaptarem-se às disposições no novo Código, contado a partir da sua vigência.

Culturalmente, é muito difícil aceitar a mudança, sendo mais fácil aceitar que a "sociedade civil" é agora a "sociedade simples" e a "sociedade comercial" é agora a "sociedade empresarial". Sem trocadilhos, seria tudo muito simples, se ainda estivéssemos na teoria dos atos de comércio e não na teoria da empresa...

*Embora tecnicamente equivocada, é bem provável que prevaleça interpre*tação ao art. 966 do novo Código Civil no sentido de que a profissão intelectual (incluindo, portando, as sociedades de advogados), mesmo se tiverem trabalhadores contratados e contem com forte estrutura material, não são sociedades empresárias.

Embora tecnicamente equivocado, é bem provável que prevaleça entendimento de que atividades intelectuais são exercidas sempre pelas "sociedades simples", com registro no cartório de pessoas jurídicas, ainda que tenham estrutura material e humana complexa.

---

***O autor*** - Bruno Mattos e Silva é Procurador Federal em Brasília (DF), bacharel em Direito pela USP e teve este artigo publicado no site Jus Navigandi.

# O instrumento particular e o novo Código Civil

*Durval Hale*

Considera-se instrumento particular o que é elaborado sem a intervenção de agente público que tenha a função de instrumentação (normalmente, notário ou tabelião, vide artigo 6º da Lei Federal nº 8.935/94).

O artigo 221 do novo Código Civil, na esteira do artigo 135, do Código Civil de 1916, estipula que *"o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens,* ***prova*** *as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus* ***efeitos****, bem como os da cessão, não se operam,* ***a respeito de terceiros****, antes de* ***registrado*** *no registro público".*

Da leitura desse dispositivo, podemos deduzir que: a) o instrumento particular pode ser escrito por quem o assina; b) pode ser datilografado, digitado ou impresso, ou ser misto, em que haja palavras ou frases impressas e palavras ou frases escritas a mão, ou palavras ou frases impressas, datilografadas, digitadas; c) pode referir-se a quaisquer manifestações ou comunicações de vontade, de conhecimento e de sentimento, quer receptícias, quer não-receptícias.

A assinatura constitui elemento essencial da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. O que importa, no plano jurídico, é a manifestação de vontade, e é por isso que a assinatura é indispensável, porque ela **é o meio de individualização da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento**.

Como observa Pontes de Miranda, *"a assinatura somente individualiza aquilo que está acima dela, ou se há duas ou mais páginas, o que está nas outras páginas,* ***se rubricadas****. A rubrica não é assinatura, mas é auxiliar da assinatura para ligar as páginas rubricadas à última, que é assinada. A assinatura individualiza e fecha. Por ela é que se sabe que a manifestação ou comunicação se concluiu aí"* (**apud** "Tratado de Direito Privado", Ed. Bookseller, Tomo III, 1ª ed. 2000, pág. 410).

Por isso, acrescenta Pontes, *"quem, sem ler, assina, é como se tivesse lido, e quem escreveu e não assinou, por mais claro que houvesse sido nas suas proposições, não manifestou vontade. Pode tal documento provar a vontade que* ***tinha****, porém tal vontade, a despeito da grafia,* ***não entrou no mundo jurídico como vontade manifestada****"* (ob. cit. pág. 420). O mesmo ocorre com a assinatura falsa, uma vez que a manifestação de vontade, também nesse caso, não ingressou no mundo jurídico.

E se o instrumento particular estiver apenas escrito e assinado, sem a subscrição das testemunhas, pode ser reputado como prova documental?

O instrumento, assim formalizado, não pode ser considerado nulo, e Pontes de Miranda traz à colação antigo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, enfrentando o tema à luz do artigo 135, do Código Civil de 1916, deu correta interpretação à questão, valendo transcrever: "o *que se deduz do artigo 135 do Código Civil é que, sendo o instrumento firmado por duas testemunhas,* ***prova ele, por si só e ipso facto****, independentemente de qualquer subsídio, as obrigações de qualquer valor (para as quais não seja exigida forma especial). Faltando a assinatura de duas testemunhas, o documento não prova, por si só, a obrigação ou obrigações a que se refira. Isso, porém, não significa que o instrumento se possa considerar nulo. Assim se deve entender, porque o artigo 131 do mencionado Código (reproduzido no artigo 219 do novo Código Civil) dispõe: 'as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários'. E o parágrafo único do artigo 141 (atual parágrafo único do artigo 227, da nova Lei Civil) reza que 'qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito', do que se deduz que é de boa hermenêutica interpretar o preceito do artigo 135 em consonância com o disposto nos arts. 131 e 141 (atuais 221, 219 e 227, do novo Código Civil). Logo, a falta de assinatura de testemunha em número legal não invalida o documento.* ***Apenas reduz a extensão de seu valor probante****, ficando esse valor na dependência de outra prova, de natureza complementar, como a testemunhal"* (ob. cit., págs. 412/413).

Além disso, convém não olvidar: o reconhecimento da firma é ato de mera atestação, e não de certificação! Como ensina, com precisão, Pontes de Miranda, *"o reconhecimento apenas se refere aos sinais alfabéticos e outros sinais como os algarismos que no documento esteja, e à firma, sem se aludir ao que com eles se diz"* (ob. cit., pág. 415).

**Mas a eficácia do instrumento particular quanto a terceiros depende do prévio registro no Serviço de Títulos e Documentos do domicílio das partes.**

A norma do artigo 135, do Código Civil de 1916, repetida no artigo 221, do novo Código Civil, aplica-se aos atos jurídicos em geral, inclusive para os atos jurídicos comerciais ou empresariais.

Com efeito, o artigo 226, da nova Lei Civil, estabelece que *"os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios"*. Mas o parágrafo único do mesmo artigo dispõe: *"a prova resultante dos livros e fichas* ***não é bastante*** *nos casos em que a lei exige escritura pública,* ***ou escrito particular revestido de requisitos especiais*** *(hipótese do artigo 221), e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos"*.

A disciplina agora adotada pela nova Lei Civil deve ser rigorosamente observada, sobretudo pelos magistrados quando do exame da prova em juízo, a fim de atribuir ou não-atribuir o respectivo valor probante.

Aliás, antigo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já enfrentava o tema dos atos dos comerciantes, **verbis**: *"... É certo que podia valer-se de sua qualidade de comerciante para demonstrar por outra forma o seu direito. O que não lhe é lícito é pretender opor o contrato, com aqueles defeitos e desacompanhado de quaisquer elementos de convicção, a terceiros estranhos à avença. A admitir-se tal injustificado privilégio para os comerciantes, não haveria penhora que resistisse à fraude. Bastaria a conivência de qualquer comerciante para que tivesse de ser levantada, mediante a apresentação de contrato de compra e venda dos bens penhorados, antecedendo, e sem os requisitos exigidos pelo artigo 135, do Código Civil, para produzir efeitos contra terceiros"*. (RT 87/580, e 92/380, **in** Pontes de Miranda, ob. cit., pág. 416).

Portanto, o registro a que se refere o artigo 135, como o artigo 221, do novo Código Civil, diz respeito aos atos jurídicos de direito civil e aos atos jurídicos de direito comercial ou empresarial.

Além disso, o **caput** do artigo 227, do novo Código Civil, reproduzindo a regra do artigo 401, do Código de Processo Civil, estatui que, *"salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo em que forem celebrados"*.

Daí se infere que a prova dos negócios jurídicos acima do teto fixado em lei só se produz **por escrito**, sendo admitida a prova testemunhal, apenas em caráter subsidiário e complementar **a um início de prova por escrito**, determina o Parágrafo único do mesmo artigo, chamando a atenção para a importância do instrumento particular como meio de prova.

Constitui, portanto, outra regra de suma importância para o julgador ao deferir as provas que serão produzidas em juízo.

A respeito da importância do registro em títulos e documentos, assim se manifesta Pontes de Miranda: *"o instrumento particular, se a lei não exigiu escritura pública, ou algum requisito formal especial,* ***vale; o que ele não tem, respeito a terceiros, é eficácia para se fazer imune a alegação de fraude.*** *É preciso atentar-se na função dos registros públicos quanto a algo que eles adicionam, no plano da* ***eficácia****. O registro de imóveis confere eficácia a respeito de terceiros, frente aos quais fica o ato de direito público, que é o registro, e não só o ato jurídico registrado, e a eficácia real. O registro de títulos e documentos somente confere àquele eficácia a respeito de terceiros. A função principal do registro de títulos e documentos é exatamente a de publicidade, isto é, de ter eficácia* ***erga omnes*** *(a respeito de terceiros). E um dos efeitos do registro de títulos e documentos é* ***conservar a prova da existência material do título registrado ou do documento registrado, com as mais indicações existentes****"* (ob. cit. pág. 417).

De todo o exposto, conclui-se que a nova Lei Civil conferiu ao instrumento particular uma disciplina jurídica bastante razoável, elegendo a prova documental como a prova por excelência, só admitindo a prova testemunhal em caráter subsidiário e complementar daquela, além de realçar a função publicitária do registro de títulos e documentos, como garantidor da eficácia **erga omnes** dos negócios jurídicos.

---

***O autor:*** Durval Hale é Oficial do 5º Registro de Títulos e Documentos da cidade do Rio de Janeiro; Juiz de Direito aposentado; ex-Promotor de Justiça e Presidente da ARTD e teve este estudo publicado no Boletim da entidade em janeiro/2003.

# A propriedade fiduciária e a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 1.361 do novo Código Civil

*Jairo Vasconcelos do Carmo*

1. É consabido que a alienação fiduciária atua entre as garantias reais, instituída para alavancar o crédito direto ao consumidor. Define-se como negócio jurídico em que uma das partes - o devedor fiduciante - aliena a propriedade de certa coisa ao credor fiduciário, substituindo o vínculo até a extinção da obrigação pelo pagamento ou, pela inexecuçao. A formalidade, para sua eficácia **erga omnes**, é o registro constitutivo do contrato, no caso de bem móvel, perante o Registro de Títulos e Documentos.

2. Contrariando a essa longa tradição, inseriu-se no novo Código Civil, em vigor desde 11.1.2003, § 1º, do art. 1.361, verbis: *"Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou,em se tratando de* ***veículos****, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro"* (grifei).

3. Aí o flagrante da inconstitucionalidade,sob duplo e perplexo olhar. Do

ponto de vista prático, porque arbitrária a seleção apenas de **veículos** como espécie isenta do registro público, embora impossível de suprir-se pelo fato do mero **registro de licenciamento** junto ao órgão de trânsito, que tem natureza administrativa, para fins de controle o fiscalização; do ponto de vista técnico-jurídico, por se tratar de afrontoso privilégio, importando em quebra intra-sistemática do ordenamento pátrio, onde a função registral é atributo exclusivo do Oficial Delegatário, que é um profissional do Direito, único dotado de fé pública, para além de vulnerar o princípio da igualdade (cf. CF, art. 236, Lei 8.935/94, art. 3º, Lei 6.015/73, art. 129, 5º; e, ainda: CTB, arts. 5º, 19, IX, 120).

**Da necessidade de restabelecimento da ordem civil-constitucional**

4. O novo Código Civil, nas palavras vibrantes do Prof. Miguel Reale, é informado pelas diretrizes da eticidade, socialidade e operatividade. Indiscutivelmente o é. Não significa, contudo, que muitas das suas normas não exijam a pena do legislador ou do juiz. Abstraindo-se, por ora, os três projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados ao escopo de alterar-lhe mais de 300 artigos, e que quase provocaram a prorrogação da sua vacância, devo fixar-me no objeto deste brevíssimo estudo, que se propõe, em verdade, a responder a uma só indagação: como compatibilizar, no plano hermenêutico, o § 1º, do art. 1.361, referido, com as leis especiais e a Constituição da República. Ou se terá uma lei modificadora ou o beneplácito de tutela judicial. Até lá, a ética negocial, inspirada na boa fé dos contratos, recomenda aos agentes *econômicos o máximo de cautela, mantendo, quanto possível, a rotina anterior* do registro em títulos e documentos dos contratos de alienação fiduciária, minimizando, nessa via, os riscos de previsível alegação de **inexistência da garantia** e de **carência de ação de busca e apreensão**. Ou até mais grave: a necessidade de fazer o registro retroativo de todos os contratos de alienação fiduciária.

5. Cabe enfatizar-se que o legislador jamais quis - e nem poderia - transferir aos DETRANS o mister do registro de contratos de alienaçao fiduciária, incumbência constitucional dos serviços registrais. Como se diz amiúde, houve um lamentável equívoco na redação do aludido § 1º, do art. 1.361, consubstanciado pelo uso da conjunção alternativa "ou", e que vicia, na base, *inapelavelmente, o surgimento do direito real que é a essência do próprio instituto* da alienação fiduciária. Em defesa do que se afirma, basta ter-se em mira o Projeto de lei nº 7.312/2002, do Deputado Ricardo Fiúza, que altera a redação do § 1º, nestes termos: *"Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, e, em se tratando de veículos, far-se-á, também, a anotação no certificado de registro, pela repartição competente para o licenciamento."*

6. Essa modificação, longe de desmerecer ou desvirtuar, aperfeiçoa e finaliza o processo de codificação. Recorde-se que o Código Civil de 1916, pouco tempo depois de vigente, foi alvo de revisão em cerca de 200 dispositivos, como se lê no Decreto Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919. Demais disso, o aspecto de maior relevância, obediente à Teoria Constitucional, é a adequação da regra do § 1º, citado, à norma do art. 236 e § 1º, da Constituição da República. São três as razões fundamentais: 1º) o art. 236 delimita o caráter privado dos serviços notariais e de registro, a exercer por delegação do poder público. De efeito, não poderia o novo Código Civil, sem **inconstitucionalidade**, deferir à repartição de trânsito a atribuição do registro dos contratos de alienação fiduciária; 2º) o § 1º, do art. 236, acha-se regulado pelas Leis 6.015/73 e 8.935/94, que definem as atribuições, a responsabilidade civil e criminal e os meios de fiscalização pelo Poder Judiciário das atividades de notários e registradores. De efeito, não poderia o novo Código Civil, sem **inconstitucionalidade** atribuir ao próprio poder público um determinado registro; 3º) a fiscalização do registro pela repartição de trânsito não poderia ser cumprida pelo Poder Judiciário, vez que os DETRANS estão vinculados ao Poder Executivo, havendo de respeitar-se a **independência** de cada um dos três poderes da Repúbica.

**O princípio da legalidade e o Código de Defesa do Consumidor**

7. *No tocante à propriedade fiduciária de veículos, o Registro de Títulos e* Documentos garante a segurança e a eficácia dos atos negociais, sendo indispensável, na atualidade, à efetiva proteção do consumidor de crédito bancário. Todos esses valores, a bem ver, de modo algum podem ser atendidos pelo registro de licenciamento, cujo fim é propiciar elementos de fiscalização e controle do tráfego. A explicação é óbvia: o regime jurídico do registro público subordina-se a diversos princípios, dentre os quais ecoa, aqui, o **princípio da legalidade**, também dito de qualificação, à conta do que o registrador examina a viabilidade jurídica dos diversos contratos, com marcada atenção aos elementos essenciais de existência e validade, a saber: capacidade e legitimação das partes e a idoneidade do objeto negocial. Relativamente aos elementos *naturais, isto é, aqueles inerentes ao contrato visado, como se ilustra, na doutrina* clássica, com os vícios redibitórios e a evicção, soma-se, hoje, especialmente, o complexo de normas defensivas do consumidor, a quem se assegura os **princípios da transparência e da vulnerabilidade**.

8. Ora, essas questões, muita vez, difíceis e complexas, reclamam a lente do especialista, donde a eleição do profissional do Direito, tal a letra do art. 236, da Constituição da República, explicitado no art. 3º, da Lei nº 8.935/94. Dois exemplos podem dimensionar a extensão do problema: reporto-me aos arts. 39 e 53, do Código do Consumidor, que versam, respectivamente, sobre as chamadas práticas abusivas e à outorga de crédito ou financiamento, incumbindo ao fornecedor indicar, no último caso, o preço do produto, o montante dos juros de mora e da taxa anual efetiva de juros, acréscimos legais, número e periodicidade das prestações, soma total a pagar, com e sem financiamento.

9. Eis porque o registro público não se confunde com registro administrativo, que se caracteriza, este, em cadastro ou banco de dados, Como ensinam Raúl Garcia e Angel Frontini, o **cadastro confere substância física** e o **registro público substância jurídica** (cf. Derecho Registral Aplicado, Depalma, 2ª Ed., Buenos Aires, 1993, p. 85). Dito de outro modo, insista-se: o cadastro do DETRAN sequer pode anotar no certificado de registro do veículo o ônus da alienação fiduciária porque a sua constituição formal depende do registro prévio do contrato em Títulos e Documentos.

**A riqueza mobiliária e os benefícios sociais e econômicos do RTD**

*10. Ninguém ignora a importância do registro público para publicizar a* propriedade imóvel e o rol dos direitos reais dela decorrentes. Pela mesma razão, diante dos novos rumos da **riqueza mobiliária**, que evolui sobre a riqueza da terra, quiçá até superando-a, já não se justifica afastá-la ou sonegá-la ao registro público, pelo menos no que tange a bens certos e específicos, como veículos ou obras de arte, cujos preços superam, pontualmente, tantos e tantos bens de raiz.

11. Para se ter melhor idéia, um fato oriundo da vida social e forense: o registro da propriedade veicular, embora à força do gravame fiduciário, aproveita aos credores em geral, máxime os credores de alimentos, pelo fácil acesso ao registro, favor da publicidade, logo aberto a qualquer do povo por meio de *certidões que custam em média dez reais. Mas, se a pessoa interessada for* pobre, o ato é gratuito, podendo ser satisfeito por via de ofício judicial e até simples solicitação da Defensoria Pública.

12. É inegável o risco de confiar-se aos DETRANS a prática de atos registrais, à míngua de infra-estrutura própria para operar com inteira segurança, o registro de contratos e outros termos conexos, com as averbações, nas hipóteses dalguma constrição judicial. Essa evidência aparece na crônica dos jornais, que anunciam com regularidade, as fraudes de clonagem ou de duplicidade de chassis, a prejuízo dos adquirentes de boa fé.

**Conclusão**

13. Toda codificação, como cediço, visa a proteger uma determinada ordem social, sem desmerecer o concurso de intervenções legislativas cada vez mais concretas e específicas, assim o Código do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Registros Públicos. No ápice, a Constituição que define a tábua axiológica do sistema, condicionando, obviamente, a interpretação dos diversos setores do Direito Civil.

14. Não se queira, sob as vozes febris do novo Código Civil, submeter-lhe o poder normativo da Constituição de 1988, cumprindo percorrer-se justo o caminho inverso, de modo a apreender a ampla sabedoria do seu conteúdo, todavia ao manto inovador e vinculante da Lei Fundamental. No que tange aos registros públicos, isso requer, da civilística e também da sociedade, que se alcance superar o vetusto preconceito que estigmatiza a atividade, amesquinhando a sua importância social, econômica e jurídica, que é séria e profunda, concorrendo, decisivamente, para acautelar, prevenir e conservar o ato negocial registrado.

15. Termino com as luzes de José Saramago e a conferência "O Direito e os Sinos", proferida na Faculdade de Coimbra. Nesta, a história do camponês que se apossa dos sinos da igreja e os toca insistentemente. Acordes aos usos, *significava o nascimento ou a morte de alguém. O povo acorreu apreensivo.* Esclarece o camponês: o Direito morreu! Narra, então a desventura de um enorme fracasso judicial. Pois bem. No Brasil, os sinos anunciam o nascimento de um novo Direito Civil. Que não anunciem, em simultâneo, a morte do registro público, como se fosse possível substitui-lo, a despeito da sua longa e vitoriosa evolução, desde o Brasil-Colônia por órgãos da Administração Pública, quase sempre custosa e ineficiente, do que resulta, na pós-modernidade, em política de privatização e busca do chamado Estado mínimo .

---

***O autor*** - Jairo de Vasoncelos do Carmo é titular do 4º Registro de Títulos *e Documentos da cidade do Rio de Janeiro e ex-Juiz de Direito do mesmo Estado.*

# ATENÇÃO, COLEGA REGISTRADOR.

*Seu Instituto está fazendo o esforço possível*
*para que você tenha a melhor e mais eficiente assessoria.*
*Para isso, é fundamental muita paciência, estudo*
*e bom senso na análise e aplicação do novo Código Civil,*
*como já foi dito no RTD Brasil de janeiro passado.*
*O tempo será o senhor da razão para que o Registrador*
*de TD & PJ trabalhe com segurança.*
*O Instituto luta para que esse tempo seja o mais curto possível.*
*Mas, sempre que houver dúvida em caso concreto,*
*conte com a entidade que sempre coloca você em primeiro lugar.*


IRTDPJBRASIL

irtdpjbrasil@3rtd.com.br
irtdpjbrasil@terra.com.br
fax: 11.3115.1143
fone: 11.3115.2207