ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Direito e Liberdade

CÓDIGO CIVIL DE 2002: A RELAÇÃO ENTRE O ADMINISTRADOR NÃO SÓCIO E AS SOCIEDADES SIMPLES E EMPRESÁRIAS LIMITADAS

CIVIL CODE OF 2002: THE RELATIONSHIP BETWEEN THE NON- MEMBER ADMINISTRATOR AND THE SIMPLE AND LIMITED COMPANIES

Rodrigo Toscano de Brito*

RESUMO: O presente trabalho procura demonstrar os novos conceitos positivados pelo Código Civil de 2002, no que concerne ao Direito de Empresa, que afastou a aplicação da teoria do ato de comércio. Para tanto, faz uma abordagem das pessoas jurídicas de direito privado existentes no Brasil, ressaltando as duas espécies de sociedade: simples e empresária. A partir daí, passa a tratar dos seus aspectos conceituais, abordando o conceito de empresário e de não empresário e que apóiam, necessariamente, a noção daquelas espécies societárias, momento em que cuida também em distingui-las. Há uma preocupação em demonstrar o relacionamento das sociedades empresárias e simples e os demais tipos societários previstos na legislação. Por fim, o trabalho cuida da figura do administrador não sócio, mostrando qual a relação existente entre ele e a sociedade e, em conseqüência disso, ao que está sujeito, notadamente quanto à responsabilidade patrimonial.
Palavras-chave: Direito de empresa. Empresário. Não empresário. Sociedade simples. Administrador não sócio.

ABSTRACT: This paper attempts to demonstrate the new codified concepts by the Civil Code of 2002, regarding the Company Law, which left behind the application of the theory of Trade Act. To accomplish a corporate approach to private law existing in Brazil, it highlights the two kinds of society: simple and business. From this point on, it addresses its conceptual aspects, pointing the concept of non-businessman and entrepreneur and supporters, necessarily, the corporate notion of those species of companies, and also distinguishes them. There is a concern to demonstrate the relationship of business corporations and simple ones and the other corporate types in the legislation. Finally, the work mentions the administrator non-member, showing what the relationship between him and the society is and, in consequence, what he is submitted to, particularly regarding the financial liability.
Keywords: Business Law. Businessman. Non entrepreneur. Simple society. Non-member Administrator.

* Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP; Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba, nos cursos de graduação e pós-graduação; professor de Direito Civil da Escola Superior da Magistratura da Paraíba; Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Advogado.

1 DIREITO DE EMPRESA E OS NOVOS CONCEITOS POSITIVADOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Muito se discutiu ainda momentos antes da entrada em vigor do novo Código Civil, se o prazo previsto para a "vacatio legis", de um ano, prevista no art. 2.044, era suficiente para que todos os brasileiros conhecessem o texto de uma legislação tão vasta e importante. Durante tal discussão, notadamente para aqueles que queriam aumento do referido prazo, a impressão era a de que todos, realmente, cuidaram em se atualizar e conhecer o novo texto, pelo que seria prudente um prazo maior.

O que se viu, entretanto, no "prazo de um ano", não foi exatamente a preocupação em se conhecer, de fato, o Código Civil. Aliás, dúvidas devem pairar quando se imagina que, se o prazo fosse maior, todos efetivamente conheceriam ou, pelo menos, discutiriam melhor o novo diploma legal.

Durante o período da "vacatio legis", em vez de partirmos para conhecer as novas regras, ficamos, uns a esperar para ver-lhes a entrada em vigor, outros a discutir se o tempo aqui referido era mesmo o ideal. Resultado: a impressão é a de que quase todos os operadores do direito foram apanhados de surpresa, quando tivemos, na verdade, tempo suficiente para conhecer e debater o novo texto do Código. Um ano na sociedade conhecida como a da informação, vamos convir, é mais do que suficiente, especificamente se imaginarmos que, em 1916, o prazo foi o mesmo e os meios de informação, nem de longe, equiparavam-se aos atuais.

Por que, então, fazer esta digressão? Primeiro, a fim de, de fato, chamar a atenção para os novos debates que a legislação civil já instalou. Segundo, para dizer que, mesmo aqueles que se quedaram surpresos com a entrada em vigor da nova lei, ainda não observaram que muitos dos seus conceitos são, efetivamente, novos, ou seja, não se pode raciocinar em alguns pontos, levando-se em conta os ensinamentos da legislação pretérita.

É exatamente este fenômeno que ocorre com a inserção do direito de empresa na codificação civil.

Dois assuntos cruciais precisam, desde já, vir à baila. Primeiro, o legislador, ao trazer o Direito de Empresa para o bojo do Código Civil, e

assim o fez no Livro II da Parte Especial, o que se pode notar, logo após o Livro do Direito das Obrigações, assim agiu com uma mensagem muita clara: a unificação das obrigações[1]. Não se trata, de fato, da unificação do direito privado, como quis, e ainda querem alguns, mas da centralização, por assim dizer, de um conjunto de normas obrigacionais civis e empresariais. Em segundo lugar, também é importante destacar que há de toda sorte uma autonomia didática do direito de empresa. Não é pelo simples fato de ele estar inserido no Código Civil que, como num passe de mágica, acaba o direito comercial. Este continua com sua autonomia didática, mas com sede comum para as questões civis e empresariais: o Código Civil.

Contudo, o que realmente justifica essas noções iniciais é o fato de que, embora tenha-se criado toda uma expectativa em torno do novo diploma civil, depois de se falar exaustivamente sobre o assunto, só depois de ver sua real influência no mundo prático, os operadores jurídicos se interessaram pelo tema. Precisam, agora, não só se adaptar, mas estar abertos, como já frisado, para novos conceitos, já debatidos pela doutrina e jurisprudência, e agora positivados. É o que ocorre, por exemplo, com o empresário e o não empresário e com a sociedade simples e a empresária. São temas que, de fato, representam uma efetiva mudança e, deste ângulo, precisam ser estudados.

Além disso, a mudança de terminologias, ainda que de menor importância, como é o caso da supressão do "sócio-gerente", também precisa ser vista. Não pela questão terminológica, conforme dito, mas pelos novos efeitos. Um desses importantes efeitos são os relacionados à figura do administrador na sociedade limitada, que pode ser sócio ou não.

É, assim, com o escopo de demonstrar estes dois temas, a distinção entre sociedade simples e empresária e a figura do administrador, notadamente o não sócio, que se desenvolvem os tópicos a seguir.

2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O ROL DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Para que se possa melhor ambientar o tema, é de mister partir do rol

1 Sobre esta temática cf.: ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Novo Código Civil**: a unificação das obrigações e o novo direito empresarial. Barueri: Editora Manole, 2002.

de pessoas jurídicas de direito privado, observado no art. 44 do Código Civil de 2002. Ali se verifica o seguinte: "São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações".

Apenas para se fazer uma rápida referência, é importante notar que a associação não se confunde com a sociedade, como parece mesmo evidente, em face do rol colocado, porque naquela "não há fim lucrativo ou intenção de dividir o resultado, embora tenha patrimônio, formado por contribuição de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais etc", como frisa Maria Helena Diniz[2]. Ou seja, este aspecto é importante para se evidenciar, desde já, que na sociedade, independentemente de ser simples ou empresária, não pode haver fim lucrativo.

As associações têm natureza civil e são personificadas pelo seu registro no Serviço Registral de Pessoas Jurídicas, ou como é mais conhecido, nos cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, os quais, na maioria dos casos, no Brasil, funcionam anexados aos cartórios de Registro de Títulos e Documentos. Ali o interessado na constituição de uma associação deve levar o estatuto aprovado pela assembléia e as atas de fundação, eleição e posse da diretoria, para que se proceda ao registro e à conseqüente personalização da pessoa jurídica, no caso, a associação.

O raciocínio aplicado às fundações não é diferente. São também entidades sem fins lucrativos, entretanto não formadas por pessoas, mas por um patrimônio especial que, após a personalização, é afetado para que os fins da fundação sejam alcançados. Silvio de Salvo Venosa destaca que "para a constituição da fundação há dois momentos bem delineados: o ato de fundação propriamente dito, que é a sua constituição emanada da vontade, e o ato de dotação de um patrimônio, que lhe dará vida"[3]. Realmente, o interessado, ou interessados, em criar a fundação, primeiro emite a vontade, querendo instituir a fundação, mas esta enfrenta um ato complexo, vale dizer, não basta a vontade, há que se ter também um patrimônio destinado à afetação e, ainda, o registro no cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Normalmente, o que ocorre primeiro é a elaboração do estatuto da

2 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 212.
3 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1. p. 290.

fundação. Após este, deve-se fazer a escritura pública de dotação de bens para a fundação. É esta escritura que tem o condão de dotar de bens a pessoa jurídica agora estudada. Tanto o estatuto como a escritura pública de dotação de bens devem ser apresentados ao membro do Ministério Público competente – nas comarcas maiores são os curadores das fundações –, para que seja elaborado um parecer sobre a possibilidade de criação da referida fundação, nos moldes desejados. Tem-se sugerido que, como a escritura e o estatuto estão sujeitos ao crivo do Ministério Público, o melhor será levar à análise do membro ministerial as respectivas minutas, pois assim há economia de tempo e de dinheiro, no que concerne ao registro da fundação. O risco de modificação dos documentos, posterior ao parecer, não deve ser matéria de preocupação. É normal o parecer ser condicional à manutenção do texto analisado e ao registro, tanto assim que determina, após o registro por parte dos interessados, os documentos devem ser arquivados no próprio Ministério Público.

Dessa forma, após ter em mão o estatuto, com a escritura de dotação de bens e com o parecer, o interessado deve levá-lo ao cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, para que se proceda ao registro e à conseqüente personalização da fundação.

Essas colocações sobre associações e fundações são meramente ilustrativas, para que se possa situar melhor a matéria. O escopo, aqui pretendido, é o estudo das sociedades, como visto, referidas no inciso segundo do art. 44.

No art. 44, o legislador apenas elencou as sociedades, não fazendo menção mais específica ao tema, ainda ali na Parte Geral do Código Civil. A sociedade só voltou a ser contemplada no art. 981 e seguintes do mesmo diploma legislativo, em que se encontra o seguinte: "Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados". Como se vê, desde logo, as sociedades, diferentemente do caso das associações e fundações, têm um fim econômico.

Sob a ótica do Diploma Civil de 2002, as sociedades estão divididas em dois grandes grupos, por assim dizer, as sociedades simples e as sociedades empresárias. A rigor, se está, com isso, introduzindo, entre nós, a "teoria da empresa" do direito italiano, que representa efetivamente mudança con-

ceitual, à qual todos devem se adaptar, sem estar vinculado à velha "teoria do ato de comércio", sob pena de não vislumbrar a real modificação realizada no direito brasileiro.

A partir de agora, portanto, passa-se a apresentar os balizamentos da teoria da empresa, afim de que se possa fazer a distinção correta entre sociedades simples e empresárias, entre nós. Para tanto, utilizar-se-á do conceito de empresário individual, como corolário para se entender os novos aspectos. É o que se passa a fazer.

3 EMPRESÁRIO E NÃO EMPRESÁRIO

Para se visualizar a distinção sugerida neste tópico, deve-se partir da definição observada no "caput" do art. 966 do Código Civil. Com efeito, ali tem-se o seguinte: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"[4].

Primeiramente, é preciso se destaque a intenção do legislador, no referido artigo, de acabar com a figura da firma individual, introduzindo o conceito de empresário individual. Vale dizer, aqui, trata-se do empresário de forma isolada, não reunido com mais um ou alguns empresários, o que caracterizaria a sociedade estudada em momento subseqüente.

Mas, quem, então, é o empresário, na ótica legislativa atual? É aquele que exerce sua atividade de maneira "organizada". Embora a esta informação pareça não ter-se acrescido nada de novo, é preciso se diga que o grande ponto diferencial entre empresário e não empresário está exatamente no aspecto organizacional, por isso o prestígio da palavra "organizada".

É importante destacar que "organização" não tem qualquer relação direta com o tamanho da atividade, com a quantidade de empregados, com o capital envolvido, com o fato de a pessoa comprar e vender mercadoria ou

4 Vale aqui fazer referência ao art. 2.082, do Código Civil Italiano de 1942, que assim diz: "É empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada com o fim de produção ou de troca de bens e de serviços". **Código Civil Italiano**. Traduzido diretamente do italiano por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Editora Record, 1961. Vê-se, a partir do dispositivo, a extensão da influência sofrida pelo legislador brasileiro, ao adotar, entre nós, a teoria da empresa. De fato, embora não use as mesmas palavras, o conceito de empresário é rigorosamente o mesmo que se encontra hoje no art. 966, "caput", do Código Civil brasileiro.

prestar serviço. Aliás, são exatamente esses conceitos que devem ser alijados do nosso raciocínio inicial, para que se possa entender o novo significado desejado pelo Código.

O que é, então, organização? A palavra "organizada" quer exprimir um sentido de organismo, como diz José Nadi Néri, ao fazer referência às sociedades empresárias. Para este autor, a atividade será "exercida através dessa forma organizada ou desse organismo, e não diretamente pelos sócios, notando-se um distanciamento com a notória aparência entre eles e a atividade"[5].

A noção transmitida pelo autor acima citado parece traduzir facilmente o desejo do legislador de 2002. Aquele que exercer isoladamente – se desejarmos primeiro o conceito de empresário individual –, através de um organismo, sua atividade, é considerado empresário. Ou seja, o organismo aqui se sobrepõe à idéia de pessoalidade, de fazer a própria pessoa diretamente. Em vez de assim se portar, cria uma organização, arregimentando pessoas, trabalho, capital, matéria-prima, tecnologia. A realização da atividade não é exercida diretamente pelo empresário. Este é quem coordena, quem organiza os fatores de produção, quem dá as diretrizes; por outro lado, quem aparece aos olhos de todos é o tal organismo criado. Este, entretanto, não pode ser confundido com pessoa jurídica, pois o empresário pode ser pessoa física ou jurídica.

Nesta ótica, não é empresário quem exerce pessoalmente sua atividade. Aí está, na verdade, o conceito de não empresário que, é bom se diga, não se restringe àqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Estes, por definição ou, melhor dizendo, por desejo do Código Civil, não são empresários, a não ser que exerçam sua atividade como elemento de empresa – através do citado organismo. Mas, a rigor, não dá para se dizer, nem sequer para imaginar que um médico, um cirurgião dentista ou um arquiteto, por exemplo, que atende seu cliente pessoalmente, ainda que com a ajuda de uma ou duas pessoas – secretária e enfermeiro, por exemplo – seja considerado empresário. Onde está o organismo, elemento de empresa, que é o mais importante?

Nada impede, porém, que um só médico crie um hospital, por exem-

5 NERI, José Nadi. Sociedade simples e empresária. **Revista RTD Brasil**, n. 144, abr. 2003, publicação do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, p. 720.

plo. E aí, mais uma vez não dá para acreditar que ele sozinho, sem o tal organismo, vá levar sua atividade adiante. Certamente, não o fará tudo pessoalmente. Vale dizer, contará, com efeito, com a ajuda de outros médicos, de mais enfermeiros, comprará equipamentos para diagnósticos, investirá capital, mas, como dito, não o fará pessoalmente, e sim, através de um organismo. Nessa linha de raciocínio, o médico é, então, um empresário na forma preconizada pelo Código Civil, pois sua atividade passa a ter elemento de empresa[6].

O que se pode e o que se deve concluir, desde logo, é que não é a atividade da pessoa que definirá se ela é, ou não, empresária. Sob a égide das leis anteriores, que prestigiavam a teoria do ato de comércio, a preocupação com a atividade exercida era importante, mas, agora, não mais.

A tarefa distintiva cabe ao "elemento de empresa", caracterizado no Brasil pelo caráter organizacional. O legislador fez poucas exclusões nesse sentido, como é o caso dos que exercem profissões intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, sem elemento de empresa; pois, se ainda assim tiver, serão considerados empresários. Também é importante considerar que a idéia antiga de comerciante deve ser afastada, como já se disse, pois atividade mercantil não define nada. Na conformidade com o que foi demonstrado, nada impede que um, digamos, "antigo comerciante" seja empresário ou não empresário. Se exercer pessoalmente sua atividade, não será, realmente, empresário. Se exercer sua atividade com elemento de empresa, vale dizer, "organizando" capital, trabalho, tecnologia, matéria-prima, e afastando-se da atividade pessoal para, digamos, coordenar a "empresa", na ótica focalizada nesta mesma linha, então será empresário. Não adianta, sustentar que ele realiza atos de mercancia, pois isto não tem valor

6 Luiz Antonio Soares Hentz, que traz, aliás, um importante trecho esclarecedor da matéria de Sylvio Marcondes, um dos autores do anteprojeto do Código Civil na década de setenta, diz que "as chamadas profissões liberais podem ser exercidas por empresários, desde que organizadas em empresa, sujeitas, outrossim, às particularidades inerentes a cada profissão" (Direito de empresa no Código Civil de 2002. Teoria Geral do Direito Comercial de acordo com a Lei n. 10.406/02. 2.ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 27). A propósito do assunto, os advogados, ainda que reunidos em sociedades, não estão sujeitos ao regime do Código Civil de 2002, em face de norma expressa trazida pelo Estatuto da OAB. Ou seja, não se pode falar em advogado empresário, nem em sociedade empresária de advogados. Na verdade, há um regramento próprio, que faz com que o advogado, deste ponto de vista, tenha uma natureza jurídica própria, não prevista no Código Civil, mas sim na legislação especial, Lei 8.906/94. Sobre o assunto ver artigo de Bruno Matos e Silva. **A teoria da empresa no Código Civil e a interpretação do art. 966:** os grandes escritórios de advocacia deverão ter registro na junta comercial?. Disponível em: <http://www.rantac.com.br/users/jurista/art-966.htm>. Acesso em: 16 jan. 2003.

definidor do ponto de vista atual.

Também é preciso se adaptar, aqui, à figura da firma individual. Como dito desde o início, sai a firma individual, entra a figura do empresário individual ou não empresário individual, que, dependendo da atividade, será chamado de autônomo.

Portanto, tem-se aqui a figura do empresário e do não empresário, isoladamente, ou seja, sem "sócios". Parte-se agora para a análise da sociedade empresária ou simples; aí, sim, com a participação de duas ou mais pessoas.

4 SOCIEDADE SIMPLES E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

4.1. CONCEITO E ASPECTOS DISTINTIVOS

Como já foi assinalado, primeiramente foi realizado o estudo sobre as figuras do empresário e do não empresário, justamente para facilitar a compreensão do que se deve ter por sociedade empresária e sociedade simples. Vale dizer, a primeira preocupação foi a análise da figura do empresário ou não empresário individual, como dito, que veio a extinguir a noção de firma individual. Agora, o critério de análise passa a ser societário, ou seja, não importa a pessoa isoladamente, mas sim, duas ou mais reunida, obrigando-se reciprocamente a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, como diz o art. 981 do nosso Diploma Civil.

A idéia, basicamente, parte de um paralelo. Imagine-se uma linha divisória central em que, de um lado estariam o empresário e a sociedade empresária e, do outro, o não empresário – ou autônomo, como talvez se preferirá – e a sociedade simples.

É importante destacar-se que o fim lucrativo, que durante muitos anos quis nortear a velha distinção entre sociedade civil e comercial, também não é importante. De fato, não é a natureza lucrativa que diferenciará a sociedade simples da sociedade empresária[7], como já repetidas vezes fora frisado. O aspecto importante é o organizacional.

7 O professor Fábio Ulhoa Coellho faz questão de fazer referência ao assunto, afirmando: "A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. In: **Manual de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 110.

Aliás, é também relevante notar que, ao contrário do que se possa pensar, não há apenas mudança terminológica. Ou seja, de início, muito se disse que a antiga sociedade civil seria trocada pela nomenclatura de sociedade simples e, por outro lado, a antiga sociedade comercial teria se transformado em sociedade empresária. A rigor, esta colocação não tem procedência, pois, como visto, se o critério é o da organização, tanto se pode ter a antiga sociedade civil voltada para a prestação de serviços, como era, sendo sociedade simples, como empresária. Na mesma ordem de idéias, pode-se ter sociedade, antes tida comercial, sendo sociedade simples ou empresária; pois, voltamos a dizer, o critério não é o da atividade praticada, do objeto social, mas sim o do elemento de empresa, a organização.

Em um dos melhores trabalhos publicados sobre a matéria, Graciano Pinheiro de Siqueira afirma, com mestria, o seguinte: "A teoria da empresa não se preocupa com o gênero da atividade econômica; o que importa para ela é o desenvolvimento da atividade econômica mediante a organização de capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima, que resulta na criação e na circulação de riquezas"[8].

Ora, diante de todas essas colocações iniciais, como então saber se a sociedade é simples ou empresária? Aparentemente, o critério de distinção é fácil. Entretanto, como a linha divisória entre as duas noções acaba se apresentando muito tênue, na prática, a questão tem levantado dúvidas.

O que se deve observar, rigorosamente, é o conceito de empresário individual, já estudado. De fato, o art. 982 do Código Civil aduz o seguinte: "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. 966); e, **simples, as demais**".

Como se vê, o conceito de sociedade empresária passa pela idéia de empresário. Vale dizer, se os sócios de uma determinada sociedade vão exercer seu objeto com elemento de empresa, então, ela será considerada empresária. Se a sociedade, para levar adiante seus objetivos, vale-se da noção de organismo, aqui já discutida, então ela será uma sociedade de natureza empresária. Não importa o objeto social, insista-se, mas sim a forma de

8 SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. O direito de empresa e o novo Código Civil. **RTD Brasil**, jan. 2003, n. 141, publicação do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, p. 704.

exercer o objeto social.

Por outro lado, o Código Civil se utilizou do critério excludente para dar a noção de sociedade simples. O que não for sociedade empresária, será simples. Ou seja, a sociedade que não exercer seu objeto com elemento de empresa, será, então, simples. Em outras palavras, e mais uma vez com apoio nos ensinamentos de Graciano Pinheiro de Siqueira, "a sociedade simples é, em síntese, a sociedade não empresária, ou seja, aquela sociedade que explora atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços sem algum dos fatores de produção (capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia)"[9].

Fábio Ulhôa Coelho também caminha nesta direção. Segundo o autor, "o que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem profissionalmente organizar os fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples, enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária"[10].

Todos estes aspectos significam que, se os sócios exercem sua atividade diretamente, indo para a linha de frente, se assim pudéssemos dizer, e levam adiante sua atividade, a sociedade não pode ser tida como empresária. Se, por outro lado, os sócios organizam sua sociedade, não exercendo seu objeto pessoalmente, mas sim como "organismo", então estarão exercendo atividade empresária, na ótica do Código Civil de 2002.

Para melhor se visualizarem os conceitos aqui discutidos, é importante tratar de alguns exemplos.

Primeiro o da própria sociedade médica, já largamente utilizado por muitos autores, por ser, de fato, de fácil percepção. Alhures, tratamos do médico isoladamente; é importante não confundir, pois, aqui, vamos imaginar a presença de dois ou mais médicos reunidos em sociedade. Consideremos, então, uma sociedade com dois médicos. O número de sócios, é bom lembrar, não é caráter puro e diferenciador das sociedades simples e empresárias, por isso vamos supor uma sociedade com apenas dois médicos. Se os sócios exercem sua atividade "pessoalmente", por exemplo, numa clínica médica,

9 SIQUEIRA, Op. cit., p. 706.
10 COELHO, Op. cit., p. 111.

ainda que com a ajuda de algumas pessoas, a tal sociedade será simples. Por quê? Porque, como dito, não se estará observando o elemento de empresa. Os sócios estão agindo pessoalmente; aliás, a clientela procura os dois médicos, vamos assim dizer, pelo nome e prestígio de que gozam na sociedade, como profissionais gabaritados. A escolha leva em conta, não um "organismo", mas as pessoas, e estas exercem seu objeto social pessoalmente.

Por outro lado, é provável que outros dois sócios não queiram criar uma clínica, mas sim um hospital, digamos. A hipótese já foi ventilada com uma só pessoa, isoladamente; aqui, vale lembrar, estamos falando de sociedade. Os dois sócios, certamente, não vão ter condições de levar a cabo seu objeto social, pessoalmente. Não vão poder atender a todos os casos que surgirem no "Hospital SOS", por exemplo. Para tanto, eles precisarão, de fato, da colaboração de mais pessoas, de outros médicos, especializados em outras áreas, de enfermeiros, de fisioterapeutas, enfim, de organizar mão-de-obra qualificada e especializada. Vão precisar, igualmente, de investir capital, de comprar equipamentos, e, enfim, os dois sócios médicos serão mais "empresários" do que propriamente "médicos", como diríamos vulgarmente. Farão eles as vezes de uma peça importante num grande quebra-cabeça, qual seja, o fazer a ligação de todos os fatores da produção do serviço, para que este possa ser realizado. A este ponto, a clientela não procurará o dr. José, digamos, mas sim, o "Hospital SOS", o "organismo" criado; e o fator "pessoal" cai, então, para dar lugar à "organização".

Para quebrar, definitivamente, a barreira que existe entre a noção de teoria da empresa e dos atos de comércio, vamos imaginar, mesmo, uma antiga "sociedade comercial". Era assim tida, porque sua principal atividade era, por exemplo, comprar e vender livros, ou seja, vamos falar hipoteticamente da "Livraria Folhas Ltda". São dois sócios, também, nesta hipótese. Além deles, trabalham na sociedade mais duas pessoas, um balconista e um ajudante de entrega. Nesta sociedade, os dois sócios estão ali, vamos dizer, frente à atividade; trabalham, por exemplo, um, no balcão de atendimento, outro, no caixa, controlando os recebimentos e as finanças. Ora, se analisarmos bem, estão eles exercendo profissionalmente atividade econômica "**organizada"** para a circulação de bens, como quer o art. 966 do Código Civil? Não, eles estão

levando adiante o objeto social, pessoalmente, sem organismo. Pode-se perguntar: Mas a sociedade não é mercantil ou comercial? Na ótica anterior, esse fator tinha relevância; na ótica atual, isto não importa.

É o mesmo que analisar outra sociedade, agora considerando o mesmo objeto, mas tendo em conta outro modo de explorá-lo, como diz Fábio Ulhoa Coelho, já devidamente destacado. Agora, os dois sócios constituíram a sociedade "Livraria Autores Ltda". Ambos contam com o auxílio de dez atendentes de loja, vendem livros importados e, para isso, um deles passa boa parte do tempo viajando, indo buscar novos fornecedores. A sociedade contratou, nesse caso, uma pessoa para ser o caixa, ou tesoureiro, da sociedade, enquanto que um dos sócios fica numa sala coordenando os fatores de produção que ali se apresentam: a mão-de-obra, contato com fornecedores, escolha do melhor investimento para a sua sociedade, ainda imaginando que o ideal seria a colocação em sua loja de terminais de computadores capazes de informação aos clientes sobre preço etc. Ou seja, é o empresário, o mentor, o organizador desses fatores de produção. Nesse diapasão, a sociedade será empresária.

Estes exemplos servem para frisar, mais uma vez, e por mais cansativo que pareça, que a atividade mercantil não é importante para distinguir a sociedade simples da empresária, mas sim, o modo de exploração do objeto.

4.2 SOCIEDADES SIMPLES E EMPRESÁRIAS E OS TIPOS SOCIETÁRIOS

Outro ponto relevante, neste assunto, diz respeito aos tipos societários e à noção de sociedade simples e empresária.

A título informativo é importante ressaltar que o Código Civil traz os seguintes tipos de sociedade: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, e as sociedades por ações, quais sejam, sociedade anônima e em comandita por ações.

A impressão que se tem, inicialmente, ao verificar o referido rol, no Código Civil, é a de que há uma espécie de exclusão ou mesmo de um tipo societário autônomo, por assim dizer, que exclui outro. Isto acontece nota-

damente em relação à colocação da sociedade simples naquele rol.

A rigor, a idéia do legislador, quanto à sociedade simples foi a possibilidade de se ter uma sociedade simples pura, ou seja, sem se apoiar em nenhum outro tipo societário; e a sociedade simples, levada a cabo por alguns dos tipos societários. Assim, nada impede que se tenha uma sociedade simples em nome coletivo, em comandita simples ou limitada. Na verdade, em face da regra do parágrafo único do art. 982, a sociedade simples só não poderá ser por ações. Quanto à sociedade simples, então, tem-se o seguinte: ou será pura ou terá um dos tipos societários autorizados por lei; normalmente, será uma simples limitada.

É importante reverberar, entretanto, que o art. 1.055, § 2º, proíbe a contribuição de sócio que consista em prestação de serviço, no caso das sociedades limitadas. Assim, não se pode ter uma sociedade de capital e indústria se o tipo societário for "limitada". A regra também serve para as sociedades simples limitadas. Por outro lado, é interessante verificar que, em se estando diante de uma sociedade simples pura, há possibilidade de a contribuição se dar em serviço, como se depreende do art. 1.006.

Quanto às sociedades empresárias, estas podem se utilizar de todos os tipos sociais, evidentemente, excluindo-se o de sociedade simples. Vale dizer, pode ser uma sociedade em nome coletivo, em comandita simples, limitada, ou as sociedades por ações que, como dito, sempre serão empresárias. Vale frisar, entretanto, ser possível que uma sociedade empresária limitada se utilize, subsidiariamente, das regras de sociedade simples.

4.3 REGISTRO DAS SOCIEDADES SIMPLES E EMPRESÁRIAS

Outra questão de relevo, ainda considerando as sociedades simples e empresárias, diz respeito ao aspecto registral. O Código Civil foi bastante claro quando estabeleceu as regras para registro, no art. 1.150. Ali, determina que as sociedades simples sejam registradas no cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, e as sociedades empresárias levadas para o Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

O assunto apresenta-se relativamente fácil, mas tem gerado dúvida

do ponto de vista prático: como saber se há um empresário ou um não empresário, uma sociedade simples ou empresária? Os critérios distintivos já foram apontados, cabe ao próprio interessado escolher em qual das duas espécies se enquadram. Não é competência do Estado, ainda que através de seus delegados ou autarquias fazer um controle sobre a espécie societária. Como muito bem destaca Graciano Pinheiro de Siqueira, "caberá aos interessados a opção por qualquer das duas formas associativas (sociedade simples ou sociedade empresária), não havendo razão para o Poder Público, representado pelas instituições incumbidas do registro público de uma ou de outra (Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou Junta Comercial) criar qualquer obstáculo, discutindo o motivo ou os fundamentos de ordem econômica dessa opção"[11].

Vistos alguns dos pontos relevantes sobre as sociedades simples e empresárias, cabe, agora, analisar a figura do administrador na sociedade limitada, seja ela simples ou empresária.

5 SOCIEDADE LIMITADA E A FIGURA DO ADMINISTRADOR SÓCIO E NÃO SÓCIO

O Código Civil de 2002, ao contrário do Decreto 3.708/19, que regulava as sociedades limitadas no Brasil, trouxe um regramento mais aprofundado sobre a figura do administrador nas sociedades limitadas. Na verdade, deixa de ser usada a expressão "sócio-gerente" para se fazer referência ao administrador.

O art. 1.060 do Código Civil assim se encontra redigido: "Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado".

Algumas considerações iniciais podem ser feitas a partir do referido dispositivo. Primeiro, quanto ao número de administradores. O Código Civil é claro quando diz que a sociedade pode ter um ou mais administradores designados. Aliás, a regra é tão evidente que, no parágrafo único do mesmo artigo, ainda se encontra o seguinte: "A administração atribuída no contrato **a todos**

11 SIQUEIRA, Op. cit., p. 706.

os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade. Dessa forma, não há que se proibir a possibilidade de se designar mais de um administrador, o que se ventila em alguns órgãos registrais pelo Brasil, especialmente, nas Juntas Comerciais." O texto, além de claro, é óbvio: se está diante de uma sociedade limitada grande, por exemplo, é claro que ela precisará de mais de um administrador que poderá ser designado tanto no contrato como em ato separado, como diz a lei. Em segundo lugar, não se pode confundir o administrador com o gerente. O próprio administrador pode indicar tantos gerentes quantos forem necessários para a realização do objeto social. O que deixa de existir, como dito, é a figura do sócio-gerente, que fazia as vezes do atual administrador.

Ponto importante, que deve ser considerado, é a possibilidade de se ter o administrador sócio ou não sócio. O art. 1.061, assim dispõe: "Art. 1.061. **Se o contrato permitir administradores não sócios**, a designação deles dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de dois terços, no mínimo, após a integralização". É importante grifar, apenas, que o contrato deve ser expresso quanto à possibilidade de se ter o administrador não sócio.

Assim, pode ocorrer o caso de os sócios não desejarem levar adiante a administração da sociedade, ou seja, não despontar entre eles um ou mais que queiram administrar a sociedade. Se isto ocorrer, podem escolher um administrador não sócio.

Questão interessante é a de se saber qual a relação guardada entre a sociedade limitada e o administrador não sócio. Se considerássemos apenas o administrador sócio, não haveria, evidentemente, nenhum questionamento, pois, sendo clara a natureza associativa, evidentemente é um sócio. Em sendo, aliás, sócio, sentirá mais de perto as angústias da administração; terá, ainda que inconscientemente, maior cuidado, em regra, em seus atos de administração.

Uma certa problemática aparece com a hipótese do administrador não sócio. Ora, obviamente, já se está afirmando: sócio, ele não é. Então, qual sua relação com a sociedade? A legislação brasileira não deixa área de manobra para se visualizar esta questão. A rigor, se não é sócio, deverá pres-

tar serviço à sociedade e, nesta hipótese, será contratado como empregado. Ou seja, a relação entre o administrador não sócio e a sociedade limitada – seja ela empresária ou simples – é de emprego.

Por ser, então, uma relação de emprego, alguns pontos merecem realce, pois apesar do vínculo, estão sujeitos a responsabilidades como se sócios fossem.

O primeiro aspecto que chama a atenção é a possibilidade de o administrador não sócio ser atingido pela desconsideração da personalidade jurídica. O art. 50 do Código Civil de 2002 prevê o seguinte: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações **sejam estendidos aos bens particulares dos administradores** ou **sócios da pessoa jurídica**".

Como se vê, a norma não restringiu os casos de administração; de tal sorte que, se o administrador, ainda que não sócio, praticar os atos adequados ao disposto no citado artigo, ele certamente sofrerá os efeitos da desconsideração. Realmente, o dispositivo faz menção genérica aos administradores, sem se preocupar com os sócios, ou não, aliás de maneira correta, uma vez que a intenção do instituto é a de proteger interesses de terceiros.

Na verdade, ainda que o administrador não sócio guarde uma relação de emprego com a sociedade, ele poderá sofrer os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica.

Questão também interessante é a que diz respeito à inserção da teoria "ultra vires", observada no art. 1.015, parágrafo único, III, do Código Civil de 2002. Trata da irresponsabilidade da sociedade por atos praticados pelos administradores, mas estranhos ao objeto social ou aos negócios que ela costuma desenvolver. Vale dizer, responsáveis serão os tais administradores. Se estamos fazendo referência às sociedades limitadas, então o administrador pode ser não sócio e ser considerado responsável por aqueles atos. Fábio Ulhoa Coelho explica cristalinamente esta hipótese, ao iniciar sua explanação alertando para o fato de que a sociedade deva estar sendo regida supletivamente pela sociedade simples, já que o dispositivo supracitado encontra-se inserido no regramento daquela. Para o mencionado autor, "pela teoria 'ultra vires', a

pessoa jurídica só responde pelos atos praticados em seu nome, quando compatíveis com o seu objeto. Se estranho às finalidades da pessoa jurídica, o ato deve ser imputado à pessoa física de quem agiu em nome dela"[12].

Mais uma vez, pode se dizer que, independentemente de se ter um administrador sócio ou não sócio e se configurando a hipótese prevista no art. 1.015, parágrafo único, III, do Código Civil, o responsável será o administrador.

Fábio Ulhoa Coelho também ressalta que "no tocante aos débitos enquadráveis como dívida ativa, de natureza tributária ou não tributária (Lei n. 6.830/80, art. 2º), os administradores, sócios ou não, respondem por inadimplemento da sociedade limitada"[13].

Átila de Souza Leão Andrade Júnior levanta uma questão interessante quanto ao tema aqui tratado, qual seja, a hipótese de a sociedade não ter como cumprir sua obrigação tributária. Deve-se observar que, no primeiro caso, a legislação estava focalizada na hipótese de culpa do administrador; agora a situação é outra: o administrador quer cumprir a obrigação tributária, mas a sociedade não tem condições financeiras de o fazer. Para o autor, "neste caso, o administrador é obrigado a relatar a todos os titulares da sociedade ou órgão societário soberano, se houver, que deverá deliberar, na forma do contrato social, sobre o tema e, na conformidade da deliberação, instruir especificamente o administrador a como agir no caso em tela". E ainda completa o autor, "destarte, fica assim exonerado administrador que assim proceda, de responsabilidade solidária"[14].

Mais uma vez se ressalta que a hipótese aqui tratada ocorrendo na sociedade limitada e havendo administrador não sócio, este estará inserido em todos os comentários aqui realizados, embora, como já dito, a relação seja de emprego.

Diante destas considerações, há ainda que observar outro ponto de relevo. Vamos imaginar que há uma sociedade limitada com quatro sócios. Estes começam a verificar que a sociedade atravessa uma má fase financeira. O que fazem então: dois dos quatro sócios, em alteração contratual, saem da

12 COELHO, Op. cit.., p. 163.
13 COELHO, Op. cit., p. 163.
14 ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. **Comentários ao novo Código Civil:** Direito das Sociedades. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 108.

sociedade, ou seja, deixam de ser sócios, e são designados, depois disso, na forma estabelecida pelo Código Civil, seja através da própria alteração, seja em ato separado – percebendo um alto salário cada um – administradores não sócios da sociedade. Nesta hipótese, havendo falência ou insolvência da sociedade, os administradores não sócios que, como visto, guardam vínculo empregatício, terão crédito privilegiado.

Certamente, o fato supracogitado não é capaz de gerar um prejuízo de grande proporção, digamos, mas pode ser utilizado como forma de ludibriar interesses de terceiros. O Judiciário Trabalhista, especificamente, deverá estar atento a esta hipótese, pois, sendo um ato planejado, realizado de má-fé, deve ser repelido e desconstituído, com o fito de evitar prejuízos em relação a outros empregados, por exemplo. Afinal, é importante lembrar, como diversas vezes já disse o prof. Miguel Reale em suas entrevistas, que os artigos 421 a 424 do Código Civil formam um verdadeiro preâmbulo para os contratos no Brasil, e o contrato de sociedade, que também está vinculado aos princípios sociais gerais em relação às contratações, não pode servir para trazer desequilíbrio às relações privadas.

6 CONCLUSÃO

Tendo-se em conta todas as considerações levantadas no presente trabalho, e o que diz, ainda, o Código Civil Brasileiro de 2002, pode-se chegar às seguintes conclusões:

a) são pessoas jurídicas de direito privado no Brasil, de conformidade com o art. 44 do Código Civil, as associações, as fundações e as sociedades. As duas primeiras não podem ter finalidade lucrativa, dado que o fim lucrativo é ínsito às sociedades, independentemente de serem simples ou empresárias.

b) em vista do conceito de empresário contido no Código Civil, qual seja, o de considerá-lo aquele que exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, deve se levar em conta que não é mais a atividade ou objeto social que determinará a diferença entre em-

presário e não empresário. Na verdade, o modo de organizar os fatores de produção, enfim, é o elemento que deve ser prestigiado, afastando-se da teoria do ato de comércio. Vale dizer, quem exerce uma atividade de maneira organizada, através de um "organismo", será tido como empresário. Quem realiza seus objetivos sem organização, e esta noção transita necessariamente pela idéia de realizá-los pessoalmente, é, então, considerado não empresário.

c) em face da mudança de conceito em relação ao empresário, passa-se a ter, no Brasil, o empresário individual e o não empresário individual, ou autônomo.

d) quando um ou mais empresários, assim entendidos na forma do Código Civil de 2002, estiverem reunidos em sociedade, esta terá natureza de sociedade empresária. Em sentido contrário, quando os sócios realizarem seu objeto social sem o "organismo", será considerada sociedade simples.

e) o Código Civil manteve os seguintes tipos societários: sociedade simples (pura), sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade em comandita por ações e sociedades anônimas. As sociedades empresárias podem se revestir de qualquer um dos tipos societários referidos, exceto o de sociedade simples, embora possa se utilizar, subsidiariamente, de suas regras. As sociedades simples não podem se organizar como sociedades por ações; entretanto, podem fazer uso dos outros tipos societários, aparecendo, assim, na forma de sociedade simples pura, sociedade simples em nome coletivo, sociedade simples em comandita por ações e sociedade simples limitada.

f) as sociedades empresárias são registradas nas Juntas Comerciais, e as sociedades simples, nos cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Aos referidos órgãos, não lhes cabe controlar ou policiar a espécie societária escolhida pela parte, uma vez que devem se ater aos aspectos intrínsecos dos contratos. Assim, quem escolhe a espécie societária são os interessados, sem possibilidade de intervenção por parte do órgão de registro.

g) nas sociedades limitadas, é possível a designação de administrador sócio e não sócio, desde que, no último caso, o contrato social preveja tal hipótese.
h) entre a sociedade limitada, seja ela simples ou empresária, e o administrador não sócio, há uma relação de emprego. Ainda assim, o administrador não sócio pode sofrer os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, e pode ser responsabilizado diretamente por gestão financeira fraudulenta, nas hipóteses previstas na legislação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. **Comentários ao novo Código Civil:** Direito das Sociedades. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Novo Código Civil:** A unificação das obrigações e o novo direito empresarial. Barueri: Manole, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

CÓDIGO CIVIL ITALIANO. Traduzido diretamente do italiano por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002:** Teoria Geral do Direito Comercial de acordo com a Lei n. 10.406/02. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NÉRI, José Nadi. Sociedade simples e empresária. **Revista RTD Brasil**, n. 144, abr. 2003, publicação do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil.

SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. O direito de empresa e o novo Código Civil. **RTD Brasil,** jan. 2003, n. 141, publicação do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil.

SILVA, Bruno Matos e. **A teoria da empresa no Código Civil e a interpretação do art. 966:** os grandes escritórios de advocacia deverão ter registro na junta comercial? Disponível em: <www.rantac.com.br/users/jurista/art-966.htm>. Acesso em: 16 jan. 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.