

DIREITO COMMERCIAL

Os socios de uma sociedade commercial são commerciantes?



Quasi todos os commercialistas, distinguindo os socios de responsabilidade solidaria, dos de responsabilidade limitada, sustentão que os primeiros são todos commerciantes, quer sejam ou não gerentes, quer seus nomes figurem ou não na firma ou razão social; isto porque, o commercio é feito em nome e por conta delles. Os segundos, por isso que, não são pessoalmente responsaveis pela gestão dos negocios sociaes, deixam de ser commerciantes.

Tal a summa da doutrina ensinada por BOISTEL (1), VIDARI (2), MANARA (3), LYON CAEN & RENAULT (4) e tantos outros, doutrina hoje vencedora entre os commercialistas tedescos, e não raro applicada pelos tribunaes superiores da França e da Italia.

(1) — *Droit Commercial* n. 201;

(2) — *Diritto Commerciale*—vol. 1.^o n. 132;

(3) — *Giurisprudenza italiana* — 1896 — 11 — 183.

(4) — *Traité de Droit Commercial*—vol. 1.^o n. 204, bis.

Sem embargo, porém, da autoridade de tão eminentes escriptores, notadamente da de Lyon Caen & Renault, os mais esforçados dentre os propugnadores da alludida theoria, pensamos que, tão insustentavel é ella ante os principios elementares do direito commercial, quão injustificavel perante o systema da nossa legislação.

Mas, antes de investigarmos quaes os fundamentos da doutrina dos eminentes commercialistas, cumprenos recordar certas noções, de cujo conhecimento, logicamente, decorre que os socios de uma sociedade commercial, ainda quando sejam responsaveis solidaria e illimitadamente pelos negocios sociaes, não podem ser considerados commerciantes.

E' assim que, para a solução da these proposta, devemos, antes de mais nada, firmar a noção do que seja commerciante.

Que é commerciante?

Respondem todos os escriptores doutrinarios: «é o que pratica actos do commercio por profissão habitual e em seu proprio nome».

Esta definição que é a consagrada por quasi todos os codigos modernos, e que não é desconhecida pelos proprios sustentadores da opinião que impugnamos, bem se póde affirmar, que é tambem a acceita pelo nosso Codigo Commercial, que só considera commerciante o que pratica actos do commercio profissionalmente (1), prohibindo aos corretores, que são simples agentes auxiliares das transacções mercantis, a pratica de actos do commercio em seu proprio nome directa ou indirectamente (2).

(1)—*Cod. Com. Bras.* art. 4.º

(2)—*Cod. cit.* art. 59.

Si essa é a verdadeira noção do que seja commerciante, ensinada pela doutrina dos escriptores, e repetida pelos codigos, qual o fundamento da theoria que considera commerciantes todos os socios de responsabilidade illimitada?

Respondem resolutamente Lyon Caen & Renault e, em côro com estes, Vidari, Thöl e Manara: o fundamento, a razão pela qual se considerão taes socios commerciantes, está em que, esta qualidade, este *status*, rezulta da posição que têm como *obrigados solidarios*.

Já não é, pois, o facto da sociedade exercer o commercio em nome e por conta dos socios, que determina-lhes a qualidade de commerciante.

A razão, o fundamento da alludida opinião, é de ordem mais elevada: é a theoria da *solidariedade das obrigações*.

Semelhante solução, porém, com ser inaceitavel por importar na criação de uma nova classe de commerciantes, não cogitada pela doutrina commercial, e a qual nenhum dos codigos das nações civilizadas deu ainda seu assentimento, levar-nos-ia ao absurdo, na generalidade dos casos.

Com effeito, onde está escripto, quer nas obras dos commercialistas, quer nas legislações, que a *posição dos obrigados solidarios* com um commerciante, torna aquelles tambem commerciantes?

Pois, é possivel considerar commerciante o individuo A. só porque é obrigado solidariamente com a firma commercial B. C. & Comp.?

Evidentemente não. Entretanto, a affirmativa se nos impõe ante a doutrina que vimos analysando.

O illustre professor da Universidade de Roma, Vivante, pesando as difficuldades que, na pratica, podem surgir, diante dos fundamentos da theoria em

confronto com o concepto do commerciante, pondera: considerar commerciante o socio de responsabilidade illimitada, só porque é socio, é introduzir na lei, uma ficção, que, na pratica, póde estar em completo desacordo com a realidade (1).

Tão procedente é a observação do notavel professor italiano, quão evidente é, a impossibilidade de adaptar-se a theoria que impugnamos, ao systema da nossa legislação.

E' assim que o nosso Codigo Commercial *ad instar* dos codigos estrangeiros, estabelece, obrigações geraes, para todos os commerciantes, e especiaes para certas profissões.

Dentre as obrigações geraes, applicaveis a todos os commerciantes, encontram-se as seguintes: *terem pelo menos, dois livros — Diario e o Copiador de cartas, nos quaes deverão seguir uma ordem uniforme de escripturação ; registrarem todos os documentos exigidos pelo Codigo* (2).

E o commerciante que deixar de cumprir estas obrigações, fica sujeito á sancção civil e penal de natureza grave.

Com effeito, *todo o commerciante*, é obrigado a apresentar ao juiz, o Diario, logo que nelle houver lançado o balanço a que se refere o artigo 12 do Codigo (3), sob pena de, não o fazendo, no caso de fallencia, ser esta classificada como fraudulenta. (4).

Ainda será considerada *culposa* a sua fallencia si não tiver elle os livros e a escripturação na forma exigida pelo Codigo Commercial ou si esta estiver em atraso (5).

(1)—*Diritto Com.*— vol. 1.º n. 70.

(2)—*Cod. Com. Bras.*—arts. 10 e 11.

(3)—Lei n. 859 de 16 de agosto de 1902—art. 134

(4)—Lei cit.—art. 86, letra c, n. 11.

(5)—Lei cit.—art. 86, letra d.

Si esse é o nosso direito, si as regras que governão os commerciantes são essas, licito é perguntar: como applicar esse direito, essas regras aos socios de uma sociedade commercial, que são commerciantes, só porque são obrigados solidariamente, e não porque pratiquem actos do commercio por profissão habitual e em seu proprio nome?

Como affirmar, de outro lado, que os socios solidariamente responsaveis são obrigados a ter livros seus, particulares, extranhos aos livros da sociedade, que photographem a sua vida particular, e onde, na emergencia de um pleito judicial, o seu adversario possa, á cata de prova, devassar a situação de sua vida economica?

Ninguem, por certo, poderá concluir que, os socios são obrigados a ter os livros commerciaes, exigidos pelo codigo.

As sociedades commerciaes, por virtude da personalidade jurídica de que são dotadas, por isso que praticam actos de commercio por profissão habitual e em seu proprio nome, é que são obrigadas a ter os livros—Diario e o Copiador de cartas, escripturados de accordo com o Codigo.

D'ahi a razão de sustentarem todos os commercialistas, que os actos particulares dos socios, só affectam a sua propria responsabilidade.

Si tudo isso é tão claro, tão inilludivel, illogico seria admittir como pretendem Lyon Caen & Renault, que sejam commerciantes os socios de responsabilidade illimitada, embóra não pratiquem actos de commercio por profissão habitual e em seu proprio nome.

De resto, onde enquadrar, no nosso Codigo, essa nova classe *privilegiada* de commerciantes, que

não são obrigados a ter livros commerciaes, nem a seguir uma ordem uniforme de contabilidade?

Si insustentavel é, como acabamos de vêr, ante o concepto do commerciante, a opinião de Lyon Caen & Renault e dos escriptores a que vimos alludindo, não menos injustificavel é ella, em confronto com as disposições da lei patria, *maximé*, no tocante ás sociedades commerciaes.

Com effeito, d'entre as diversas especies de sociedade commercial de que cogita o nosso codigo, encontramos a *em nome colectivo*, sociedade typica, de responsabilidade illimitada dos socios.

Esta sociedade existe, quando *duas ou mais pessoas, ainda que algumas não sejam commerciantes, se unem para commerciar em commum, debaixo de uma firma social, não podendo fazer parte desta* NOMES DE PESSÔAS QUE NÃO SEJÃO COMMERCiantES (1).

Da simples leitura desta disposição legal, facilmente se percebe que, no conceito do legislador do Codigo Commercial, os socios de uma sociedade em nome colectivo, não se tornão commerciantes, pelo facto de serem socios, pois, si assim não fosse, inutil tornar-se-ia a exigencia da qualidade de commerciante por parte dos socios que devem figurar na razão ou firma social.

Para a formação das sociedades commanditarias, ainda exige o codigo que commerciante, pelo menos, seja um dos socios (2).

Ora, si para a constituição, quer da sociedade em nome colectivo, quer da commanditaria, a nossa lei

(1) *Cod. Com. Bras.*, art. 315.

(2) *Cod. Com. Bras.*, art. 311.

exige como condição, que, ao menos, um dos socios seja commerciante, é porque, evidentemente, ella repelle a opinião de que a simples entrada de um individuo, como socio, para qualquer dessas sociedades, lhe acarreta a qualidade de commerciante.

Os proprios Lyon Caen & Renault, Vidari e Manara reconhecem que a doutrina, que defendem, não encontra base nos textos dos codigos francez e italiano.

Ora, si nas legislações estrangeiras não se encontra nenhuma disposição, que sirva de fundamento á opinião, de que os socios de responsabilidade illimitada, são commerciantes, embóra não pratiquem actos de commercio por profissão habitual e em seu proprio nome; si de outro lado, á ella não si ajusta o conceito do commerciante e a theoria da solidariedade das obrigações, como justifica-a?

O seu fundamento está na regra: *a fallencia das sociedades commerciaes acarreta de pleno direito a fallencia de todos os socios de responsabilidade illimitada* (1).

E, procurando convencer, allega-se: sendo a fallencia, segundo o systema restrictivo, um instituto essencialmente commercial, isto é, estando-lhe sujeitos só os commerciantes, é claro que, acarretando a fallencia da sociedade a de todos os socios, solidariamente responsaveis, é porque, a lei a estes reputa ou considera commerciantes.

Igual argumento têm-se pretendido tirar, entre nós, do confronto dos artigos 1.º e 72 do Decreto 917 de 24 de Outubro de 1890, reproduzidos pelos artigos

(1) VIVANTE, cit. vol. 1.º n. 70.

1.º e 80 da nova lei de fallencias n. 859 de 16 de Agosto de 1902, que, sujeitando á fallencia só os commerciantes, firma que a fallencia da sociedade em nome collectivo, capital e industria, e em commandita simples ou por acções, acarreta a de todos os socios pessoal e solidariamente responsaveis.

Encarada, ainda por esse lado, não menos falsa é a doutrina que impugnamos, pois, a principio acima citado, que lhe serve de base, aparta-se da natureza juridica das sociedades commerciaes, do concepto da fallencia e do systema do nosso direito.

Em verdade, é principio corrente entre todos os commercialistas e, repetido expressamente por alguns codigos modernos, que as sociedades commerciaes constituem individualidades juridicas, inteiramente distinctas e independentes das pessôas dos socios.

D'ahi o considerarem-n'as como commerciantes tanto os commercialistas como os codigos.

E é por isso que, exercitando actos de commercio por profissão habitual, a lei exige que ellas tenham um nome, sob a qual contractão, um domicilio, um patrimonio proprio, que sirva de garantia aos credores sociaes, patrimonio que se não confunde com o patrimonio particular dos socios.

E por constituirem individualidades juridicas, distinctas das pessôas dos socios, é que a lei as sujeita á fallencia.

Il principio che le società commerciali sono fornite di individualità giuridica ha portato come conseguenza la possibilità che di esse sia dichiarato il fallimento (1).

O nosso codigo, é certo, não declara de modo formal que as sociedades commerciaes são pessôas juridicas, distinctas dos socios, mas é verdade que a lei

(1) SRAFFA. *Il fallimento delle società commerciali*, § 1.º

n. 859 de 16 de Agosto de 1902 citada, prescrevendo no artigo 1.º que o commerciante sob firma individual ou *social*, que não paga no vencimento obrigação mercantil, certa e liquida, entende-se fallido, é porque reconhece a individualidade juridica das mesmas sociedades.

E ao legislador republicano da citada lei, que considerou assim a sociedade commercial, como individualidade juridica, dando-lhe capacidade para commerciar, e, consequentemente sujeitando-a á fallencia, não passou despercebido a necessidade da discriminação dos patrimonios social e individual de cada socio, mandando proceder separadamente no caso de fallencia da sociedade, ao inventario dos bens sociaes e ao dos socios, afim de se não confundirem, nas operações de administração e, prescrevendo que os credores particulares dos socios não serão pagos pelos bens sociaes, nem concorrerão com os credores da sociedade.

E para melhor frisar ainda a distincção entre as operações feitas pela sociedade commercial, das que possa fazer individualmente cada socio, declara o legislador da mesma lei, que os credores particulares dos socios não serão pagos pelos bens sociaes, nem concorrerão com os credores da sociedade (1).

Finalmente, a sociedade commercial em conta de participação, que não constitue individualidade juridica, distincta das pessoas dos socios, não está sujeita á fallencia (2).

Ora, si ante os principios do nosso direito as sociedades commerciaes são pessoas juridicas, distinctas dos socios, com um patrimonio seu, garantia dos credores sociaes, com um domicilio proprio, como admitir a theoria, de que a fallencia da sociedade acarreta

(1) Lei n. 859 cit., art. 81 e §§.

(2) Lei cit., art. 80 § 3.º

de pleno direito a de todos os socios pessoal e solidariamente responsaveis?

Menos racional e justificavel será o principio aceito pelo nosso legislador, se aprofundarmos a analyse dos artigos da citada lei sobre fallencias.

Esta perfilhando o *systema restrictivo*, só considera sujeitos á fallencia os *commerciantes*. Estes só poderão ser declarados fallidos em dois unicos cazos: si deixarem de pagar no vencimento uma divida mercantil, certa e liquida ou si praticarem qualquer dos factos mencionados pela lei, embora não haja impontualidade, como *presumptivos* de sua insolvabilidade. (1).

Ora, si como já demonstramos, os socios de uma sociedade *commercial* não pódem ser considerados *commerciantes*, salvo se praticão actos de *commercio* por profissão habitual e em seu proprio nome, como reconhecer juridica a sua fallencia perante o *systema* da nossa lei, só porque são socios?

E quando fossem elles *commerciantes por disposição legislativa especial*, ainda assim não seria logico concluir da fallencia da sociedade que elles tambem ficassem sujeitos á fallencia.

Não ha fallencia sem impontualidade caracterizada pela falta de pagamento ou sem occurrencia de qualquer dos factos *presumptivos* de insolvabilidade, segundo a lei.

Si este é o *systema* do nosso direito novo, é caso de perguntarmos: os credores sociaes poderão preterder dos socios o pagamento dos debitos da sociedade? Poderão porventura, requerer a fallencia dos socios, no caso de falta de pagamento de debito social? Evidentemente não.

(1)—Lei 859 cit. art. 1, § 1.º e letras.

Como, conciliar, pois, o artigo 80 da lei citada com o disposto no artigo 1.º que, peremptoriamente, exige, para a decretação da fallencia a falta de pagamento de divida mercantil, certa e liquida por parte do devedor?

Ha, como vê-se, manifesta contradicção entre os alludidos artigos.

Pela impossibilidade de adaptar a doutrina dos illustres commercialistas citados ao systema do nosso direito, como inconciliavel é ella ante ás legislações franceza e italiana, é que pensamos não poder-se considerar commerciantes os socios de responsabilidade illimitada só porque são socios.

Logico foi o legislador da Suissa que, considerando commerciantes, só os que praticam actos de commercio professionalmente, tendo a sua firma inscripta no registro do commercio, firmou que a fallencia da sociedade em nome colectivo, não acarreta de pleno direito a dos socios de responsabilidade illimitada (1).

Nas proprias legislações que consagram o systema de se applicar a fallencia a todos os devedores, sejam ou não commerciantes, encontram-se disposições contrarias á theoria que impugnamos.

E' assim que, a lei allemã de 1877, reconhecendo a personalidade juridica tão sómente nas sociedades commerciaes por acções, declara em seu artigo 198 não acarretar a fallencia da sociedade a dos socios solidariamente responsaveis; podendo todavia os credores sociaes promover a fallencia destes, si exgotados os bens sociaes, provarem que estes foram insufficientes para o seu pagamento.

(1)—*Codigo das Obrigações*—art. 573.

Em vista das considerações até aqui feitas podemos affirmar não ser acceitavel, ante os principios geraes do direito commercial e o systema da nossa legislação, a doutrina de que os socios de responsabilidade illimitada, são commerciantes, sem embargo de não praticarem actos do commercio por profissão habitual e em seu proprio nome.

S. Paulo, Janeiro de 1903.

Gabriel de Rezende.
