



Curso de direito commercial ⁽¹⁾

CAPITULO IV

DETERMINAÇÃO DA QUALIDADE JURIDICA DE COMMERCIANTE. SYSTEMAS LEGISLATIVOS.

No capitulo anterior, vimos que, historicamente, predominou o criterio subjectivo na discriminação dos actos de commercio. Sómente as operações verificadas entre commerciantes eram consideradas actos de commercio. A qualidade do agente é que lhes imprimia o caracter mercantil.

Nos primeiros tempos da vida commercial, simples era a caracterização do commerciante, que sómente era como tal considerado quando inscripto em qualquer das corporações de mercadores.

Abolidas essas instituições pelo camartelo da revolução franceza, que proclamou o principio da liberdade commercial e industrial, desapareceu, por isso, esse odioso privilegio de classe.

Como consequencia dessa situação nova, a doutrina e os codigos teêm formulado tres systemas diversos para a ca-

(1) Vêde esta REVISTA, vol. 25, pag. 187.

racterização do commerciante: o francez, o suisso e o espanhol.

Pelo primeiro systema, creado pelo codigo napoleonico de 1807, ao qual estão filiadas as legislações italiana, belga, rumena e portugueza, a qualidade de commerciante resulta da pratica de actos de commercio por profissão habitual.

Para o segundo systema, o suisso, a qualidade de commerciante resulta tão sómente do registo do nome do individuo no Registo do Commercio. Esse systema não tem sido acceito por outros codigos.

O terceiro systema, finalmente, o espanhol, seguido pelos codigos do Uruguay, de Costa Rica, do Equador e pelo antigo codigo portuguez, considera commerciante aquelle que pratica actos de commercio por profissão habitual e se matricula no Tribunal de Commercio.

Qual desses systemas deve ser o preferido? Qual o melhor?

O systema francez tem soffrido severa critica de alguns escriptores, os quaes dizem que, resultando a qualidade de commerciante da simples pratica habitual de actos de commercio, esse facto dará logar ao arbitrio do juiz, na apreciação dos casos sujeitos á sua decisão, com sacrificio para a estabilidade da jurisprudencia.

Para o systema espanhol, a qualidade de commerciante apparece com a existencia destes dois elementos: pratica de actos de commercio a titulo profissional e matricula no Tribunal de Commercio. Esse systema tem trazido difficuldades na sua applicação pratica. E' assim que, segundo informam diversos escriptores, a jurisprudencia portugueza teve de seguir caminho differente, considerando sempre como dignos de protecção legal os actos mercantis praticados por individuos não matriculados.

O systema suisso, á primeira vista, parece afastar as difficuldades resultantes das constatações de facto, como a pratica de actos de commercio. Mas, melhor estudado,

deixa facilmente perceber que, na sua applicação, muitos absurdos podem verificar-se.

Assim, pode dar-se o facto de, segundo esse systema, ser considerado commerciante quem jamais exerceu o commercio, pois a condição essencial e característica daquella qualidade está no simples facto material da matricula. Quer dizer, esse systema, creando uma presumpção *juris*, pode sacrificar a natureza das coisas pela fórma arbitrária. De resto, tal systema, no fundo, nada mais é do que o proprio systema restrictivo mercantil, repellido pelos escriptores e pelos codigos.

Ante os defeitos apontados, não hesitamos em aceitar o systema francez, não só por acompanhar a tradição jurídica de mais de um seculo, como tambem por ser o que menos difficuldades apresenta na caracterização do commerciante.

Para nós — *commerciantes* é aquella que pratica actos de commercio a titulo profissional e em nome proprio.

Dessa definição resulta a exigencia do concurso de tres elementos para a caracterização do commerciante:

- a) capacidade jurídica commercial;
- b) pratica de actos de commercio a titulo profissional;
- c) nome proprio.

A capacidade commercial é regulada pelo direito civil, com as modificações impostas peloCodigo Commercial.

Capacidade, segundo CLOVIS BEVILAQUA, é a aptidão que tem o individuo para, por si só, praticar actos da vida civil.

Pratica de actos de commercio por profissão habitual quer dizer sequencia de actos de mediação entre a produção e o consumo com o fito de lucro, indicando uma carreira.

O proprio nome é uma exigencia doutrinaria, logica decorrencia da natureza do commercio, embora não seja expressamente declarada por todos os codigos.

Esse elemento — proprio nome — a que se refere a definição, não significa que o individuo deva praticar actos de commercio pessoalmente, mas sim que assuma para com terceiros a responsabilidade desses actos.

Os escriptores commercialistas, na apreciação que fazem das características da qualidade de commerciante, levantam algumas questões, que devem ser elucidadas, á vista de seu cunho pratico.

Assim, tem-se perguntado si a qualidade de commerciante resulta tão sómente da intenção manifestada pelo individuo, ou, contrariamente, si é preciso pratique effectivamente actos de commercio.

Para alguns escriptores, como PARDESSUS, por exemplo, basta o individuo manifestar a sua intenção por qualquer fórma, como inserindo annuncios pelos jornaes, collocando placas no seu estabelecimento, advertindo o publico etc., para que se o considere commerciante.

Para outros, porém, é necessaria a pratica systematica de actos de commercio.

Não hesitamos em acceitar esta ultima opinião.

Um individuo, abrindo uma loja, fazendo annuncios, matriculando-se na Junta Commercial, faz suppôr, não ha duvida, que quer exercer o commercio. Mas, este facto pode não corresponder á realidade.

Por isso, o art. 9.º do Cod. Commercial, combinado com o art. 17 do Reg. 737, declara que a matricula faz *presumir* a qualidade de commerciante, mas essa presumpção pode ser destruida por prova em contrario. Isto quer dizer que sómente a effectividade dos actos de commercio, segundo o nosso direito, é que torna o individuo commerciante.

QUEM PODE SER COMMERCIANTE?

Já assignalamos que, para ser commerciante, é necessario que o individuo seja capaz civilmente, nos termos do art. 1.º do Codigo Commercial.

Cumpre observar, porém, que, tratando-se de commerciante estrangeiro, devemos verificar si elle é, ou não, matriculado. No primeiro caso, a sua capacidade contractual será regulada pela lei brasileira; no segundo caso, deverá ser regulada pelas leis de seu paiz de origem, de accôrdo com a regra estabelecida no art. 3.º do Reg. 737, de 1850.

No direito civil patrio, encontram-se disposições expressas sobre as pessôas naturaes que, pela idade, molestia ou defeito moral, não podem contrahir obrigações ou fazer contractos. Essa regra, ora é absoluta em relação a certos individuos, ora é relativa.

No direito commercial, como no civil, tratando-se de capacidade, devemos verificar quaes são os reputados incapazes, que constituem a excepção, para dahi concluirmos os que são capazes.

São incapazes, segundo o nosso direito, os menores, as mulheres casadas, os loucos de qualquer genero.

Menor é aquelle que não attingiu á idade de 21 annos.

Todos os civilistas procuram justificar a incapacidade do menor no facto de não ter o individuo, nos verdes annos, o desenvolvimento completo para aquilatar da responsabilidade de certos actos.

Mas, qual é a idade que separa a capacidade da incapacidade? A nossa lei sustenta que é a de 21 annos. Essa solução parece-nos arbitraria, porque na vida social notam-se commumente individuos menores de 21 annos com muito mais sizo e muito mais criterio para se governar do que individuos de idade maior.

Seja como fôr, o que é certo é que necessario se torna marcar uma idade que separe a incapacidade da capacidade.

As mulheres são tão capazes como os homens. E mulheres ha que são muito mais capazes que homens. Em estado de solteiras, sua capacidade juridica não soffre qualquer restricção por motivo de seu sexo, sendo nacionaes. Casando, a sua capacidade é desde logo restringida pelo poder marital, a bem da ordem e dos interesses da familia. Sobre todas as mulheres casadas peza a tutela do marido, sem embargo das opiniões feministas dos tempos actuaes.

Os loucos, não tendo razão nem liberdade, não podem, por isso, consentir nos contractos, o que vale dizer não podem ser commerciantes.

Os prodigos, como é sabido, constituem uma classe especial de loucos.

Entre nós, tem-se perguntado: — os condemnados por mais de seis annos de prisão ficam privados de exercer o commercio?

A resposta não pode deixar de ser no sentido negativo.

Com effeito, desde que a profissão mercantil não depende do exercicio pessoal, e uma vez que a interdicção não tira ao condemnado a administração de seus bens, é claro que elle pode exercer o commercio por intermedio de outrem.

A incapacidade para exercer o commercio das pessoas apontadas é absoluta?

Não. A regra consagrada pelo art. 1.º do Codigo Commercial amplia-se em relação aos menores e ás mulheres casadas, como se vê dos seus §§ 2, 3 e 4.

MENORES. — Segundo a nossa legislação, os menores, em geral, podem ser classificados em tres categorias: *emancipados*, *filhos-familias* e *tutelados*.

Os emancipados são os menores que, não tendo 21 annos, todavia estão fóra do patrio poder ou da tutela, e administram os seus bens. A emancipação do varão pode

dar-se aos 20 annos e a da mulher aos 18, quando regularmente supplementados. Os casados e os que recebem gráo scientifico ou academico em uma escola superior de ensino tambem ficam emancipados, embora não tenham attingido os 21 annos, e bem assim os que mantiverem estabelecimento civil ou commercial com economia propria.

Os emancipados, acima referidos, não necessitam autorização para o exercicio do commercio. Sem embargo, para garantia de terceiros, devem archivar na Junta Commercial o documento authenticico de sua habilitação.

Os filhos-familias estão sujeitos ao patrio poder por não terem attingido os 21 annos. Podem ser commerciantes, diz o art. 1, § 3 do Cod. Commercial, desde que tenham 18 annos e autorização paterna, por escriptura publica.

Consequentemente, tres são as condições para que o filho-familia possa exercer o commercio:

- a) mais de 18 annos de idade;
- b) autorização do pae e, na falta deste, da mãe;
- c) por escriptura publica.

Esses dois ultimos documentos comprobatorios da habilitação devem ser archivados na Junta Commercial.

Relativamente á autorização dada ao filho-familia para commerciar, tem-se discutido si a mesma deve ser ampla, comprehendendo todos os actos commerciaes, ou, contrariamente, deve ser restricta a certos actos, como se dá no direito civil.

No direito francez, como no italiano, a autorização pode ser ampla ou restricta, conforme a vontade do pae.

No nosso direito, pensamos que a autorização é sempre ampla, á vista dos termos em que está concebido o § 3.º do art. 1.º do Cod. Commercial. E andou bem o nosso legislador, pois a autorização restricta viria crear uma situação de incerteza para todos os que entrassem em relações commerciaes com o commerciante autorizado. O commercio é uma cadeia de operações, e de tal arte que, dia a dia, relações novas vão apparecendo. Ora, admittir-se a

autorização limitada para certos actos, a consequencia seria que, para a pratica de determinado acto, necessario seria a verificação de sua autorização no respectivo instrumento, o que por certo não se compadeceria com a celeridade e rapidez, exigidas no commercio.

Tem-se argumentado que a lei, permittindo ao pae dar a autorização ampla, o tem autorisado a dal-a tambem limitada, pois, quem pode fazer o mais, pode, com maioria de razão, fazer o menos.

Essa razão, porém, não nos parece acceitavel. A lei, estabelecendo a autorização geral, o fez por conveniencias do trafico mercantil, conveniencias que, já vimos, não se harmonizam com a autorização restricta.

Mas, a autorização paterna, com essa amplitude que lhe dá a lei, comprehende o direito do filho-familia fazer parte de uma sociedade commercial?

Os escriptores francezes, em geral, fundados nas possiveis consequencias resultantes da solidariedade das obrigações sociaes, têm sustentado a negativa.

Não podemos acceitar essa doutrina. O nosso Codigo, permittindo o commercio do filho-familia, mediante autorização paterna, não declara o modo por que deve ser feito o commercio, se sob firma individual, se por meio de sociedade. Sendo assim, é claro que não podemos distinguir para o effeito de só subordinar a autorização paterna ao exercicio do commercio individual do filho.

Outra questão muito debatida entre os escriptores é esta: — a autorização dada pelo pae ao filho para exercer o commercio pode ser revogada?

Alguns escriptores, dentre os quaes BESLAY, na França, e CARVALHO DE MENDONÇA e SPENCER VAMPRÉ, entre nós, sustentam que essa autorização é irrevogavel, com o fundamento de que ella, não equivalendo a um mandato, gravissi-

mas consequencias poderiam resultar para as transacções commerciaes em que interviesse o filho-familia.

Não nos parece bem fundada essa opinião.

O nosso Codigo, é certo, copiando as fontes que o inspiraram, nenhuma disposição contem acêrca da possibilidade ou impossibilidade de revogação da autorização paterna para o exercicio do commercio do filho-familia. De sorte que devemos procurar solução para o caso no systema do nosso direito.

O art. 2.º do Reg. 737 de 1850 declara que, nas falhas do Codigo, é fonte subsidiaria do nosso direito commercial o direito civil.

No direito civil é regra que — toda a autorização é revogavel, uma vez que não fira direitos adquiridos. Consequentemente, desde que as operações feitas pelo filho-familia autorizado sejam respeitadas, nada impede que o pae revogue a autorização dada.

Essa é a razão juridica de decidir a questão, no nosso modo de entender. Mas, ao lado dessa razão, bem podemos invocar outras de ordem moral. O pae, quando autoriza o filho menor a exercer o commercio, o faz, por certo, na supposição de que elle tenha a necessaria capacidade para guiar-se, com criterio, nas multiplas transacções que constituem o trafico mercantil. Essa supposição, porém, pode ser illudida. Quer dizer, o filho pode, após a autorização, praticar actos de imprudencia, commetter faltas, que revelem ausencia de criterio, de geito e de aptidão para o commercio. Em casos taes, que podem leval-o á cadeia, por fallencia criminosa, não é licito ao pae revogar a autorização dada?

Não hesitamos em acceitar a opinião dos que pensam que a autorização, nesses casos, pode ser revogada. Está claro que essa revogação só deve ser permittida mediante prova cabal da incapacidade do filho, revelada no exercicio do commercio, e não discricionariamente. Quer dizer, não poderá o pae revogar a autorização dada ao filho, allegan-

do motivos futeis, como pondera BRAVARD, hypothese em que o filho poderá invocar a autoridade do juiz.

Estudando essa questão á luz do direito comparado, vê-se que, consoante os codigos mais adiantados, a autorização paterna é susceptivel de revogação.

E' assim que os codigos italiano e rumeno expressamente a admittem, mediante a intervenção dos tribunaes, com audiencia do pae e do filho, quando este já tenha feito uso da autorização.

Sendo regra de direito que os actos se desfazem pela forma por que foram feitos, é claro que a alludida revogação deverá ser publicada pelo registo para a garantia de terceiros. Isto vale dizer que a revogação não terá effeito retroactivo; validos serão considerados todos os actos anteriormente praticados.

Pelo que vem dito, vê-se que, no nosso modo de entender, a autorização paterna pode ser revogada, desde que occurram as circumstancias acima mencionadas.

Cumpre assignalar que a capacidade civil, de per si, não é bastante para o individuo poder exercer certas profissões que se prendem á vida mercantil. Assim, só podem ser corretores e agentes de leilões os que tiverem mais de 25 annos, nos termos dos arts. 36 e 68 do Cod. Commercial, respectivamente; ainda, só poderão ser eleitos deputados ás juntas commerciaes os maiores de 30 annos, consoante o que prescreve o dec. de 19 de Junho de 1890.

Relativamente aos incapazes, tem-se perguntado ainda: — morrendo o pae commerciante, deixando filho menor, pode este continuar o exercicio de seu commercio?

Sendo declarado interdicto, por demencia, o commerciante, é licito ao seu curador continuar o seu commercio?

LYON CAEN & RENAULT e outros commercialistas francezes sustentam que os tutores e curadores desses incapazes

podem continuar o exercicio do commercio que estes mantinham, embora não lhes seja licito iniciar esse exercicio.

Essa doutrina foi acolhida e seguida pelo Codigo Espanhol, cujo art. 5.º declara que os menores de 21 annos e os incapazes podem continuar o commercio de seus paes por meio de seus representantes. No caso de ser o tutor ou curador um prohibido, deve nomear um preposto.

Segundo a lei belga de 1872, o tutor do menor pode tambem continuar a exercer o commercio de seu pae, com a condição de nisso consentir o conselho de familia, homologado o consentimento pela autoridade judicial. Eguualmente, assim dispõem os Codigos italiano e rumeno.

No nosso direito não se encontra regra sobre o assumpto.

O Cod. Commercial, no art. 336, tratando dos casos de dissolução judicial de sociedades commerciaes, diz, no n.º 2, que as mesmas podem ser *dissolvidas* a requerimento de qualquer dos socios, por inhabilidade de alguns delles, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença. Isto quer dizer que a demencia ou a inhabilidade do socio, de per si, não accarretam a dissolução social. Esta depende da vontade dos outros socios, á vista do character facultativo do dispositivo citado.

Essa é a argumentação de que lançam mão, entre nós, os que sustentam a possibilidade da continuação do commercio, por meio de representantes dos incapazes.

Não nos parece bem fundada essa opinião.

Sustentamos sempre que o tutor ou o curador não podem iniciar, nem continuar o exercicio do commercio dos seus representados.

O exercicio do commercio importa mudança do estado da pessoa. E' principio de direito que o administrador da pessoa e bens de outro não pode alterar a posição desse outro.

Na apreciação dessa regra, alguns escriptores teêm pretendido que ella não deve ser considerada absoluta, porque, muitas vezes, a cessação do commercio, no caso de morte

do pae commerciante, pode determinar grandes prejuizos, desastrosas consequencias para seus herdeiros. Dahi, concluem: desde que taes occurrencias possam verificar-se, a continuação do commercio deve ser permittida. Tal a doutrina ensinada pelos codigos, a que já alludimos.

Admittida a possibilidade da continuação do commercio por meio de representantes dos incapazes, quem é o commerciante?

A resposta, ante o conceito legal de commerciante, só pode ser esta: é o menor, é o interdicto, uma vez que o tutor ou o curador, praticando actos de commercio, profissionalmente, não o fazem em seu proprio nome, mas sim em nome desses incapazes.

Teremos creado, assim, uma situação gravissima. O incapaz vae soffrer todas as consequencias que o trafico mercantil accarreta, sem ter praticado acto algum, sem ter a minima ingerencia nos negocios feitos em seu nome.

A fallencia, que é a situação mais delicada na vida do commerciante, uma vez decretada, produz effeitos importantissimos relativos á pessôa do fallido.

Ora, no caso da fallencia do incapaz, como estender esses effeitos á sua pessôa? Poderá ser declarado fallido fraudulento ou culposo e, como tal, sujeito ás penas do Cod. Penal? Evidentemente não. O seu representante tambem não, porque a pena não passa da pessôa do delinquente. Ahi estão consequencias absurdas que podem resultar da acceitação da doutrina que impugnamos.

Para remate, devemos estudar esta questão: — estipulando-se num contracto social que, no caso de morte de um dos socios, a sociedade continuará com os herdeiros do fallecido, essa clausula tem a amplitude de comprehender os filhos menores?

Na jurisprudencia franceza encontram-se julgados resolvendo o caso apontado pela affirmativa, com o fundamento de que a lei, permittindo a continuação da sociedade com os sobreviventes, e não distinguindo entre maiores e

menores, claro é que tanto estes como aquelles podem continuar como socios.

LYON CAEN & RENAULT criticam semelhante solução, porque, no conceito delles, os socios de uma sociedade collectiva são commerciantes. VIVANTE pensa de modo contrario, por entender que o socio de uma sociedade commercial, só porque é socio, não se torna commerciante.

O nosso direito, consoante o art. 308 do Codigo, resolve o caso assim: — quando a sociedade, dissolvida pela morte de um dos socios, tiver de continuar com os herdeiros do fallecido, si entre estes algum ou alguns fôrem menores, não poderão ter parte nella, ainda que sejam autorizados judicialmente; salvo sendo legitimamente emancipados.

Estamos de perfeito accôrdo com a doutrina do nosso Codigo.

CAPITULO V

MULHER COMMERCIANTE: SUA POSIÇÃO LEGAL. AUTORIZAÇÃO DO MARIDO PARA EXERCER O COMMERCIO. FÓRMA DESSA AUTORIZAÇÃO E SUA EXTENSÃO QUANTO AO REGIMEN DE BENS.

A mulher, enquanto solteira ou viuva, goza dos mesmos direitos civis que o homem, isto é, tem a mesma capacidade juridica.

Segundo o art. 1.º do Cod. Commercial, o sexo não modifica, não altera a posição das pessoas nas suas relações privadas.

Consequentemente, as mulheres maiores de 21 annos, quando solteiras ou viugas, podem contractar e, por isso, exercer o commercio.

Mas, desde que a mulher se casa, surge, desde logo, a necessidade de uma direcção da sociedade que então se

fôrma entre ella e o marido. Essa direcção, essa chefia, como consagram todas as legislações cultas, pertence ao marido, garantia da unidade e da harmonia da familia.

Isto, porém, não quer dizer que a mulher seja inferior ao homem. Não: a incapacidade da mulher não resulta, como se dá com a dos menores, de um facto natural, mas sim de uma conveniencia social, em consequencia de seu casamento. Hoje, como pondera CARVALHO DE MENDONÇA, ninguem mais ousa repetir o conceito de ULPIANO — *major dignitas est in sexu virili*.

Dahi, a necessidade de, na sociedade conjugal, apparecer o poder marital, limitando a capacidade da mulher no tocante á celebração de contractos e á pratica de outros actos civis.

Mas, a nossa legislação, *ad instar* do que se dá nos codigos de outros paizes, entende que, em certos casos, o exercicio do commercio por parte da mulher muitas vantagens pode trazer para o casal. Dahi, o dispositivo do n.º 4 do art. 1.º do Codigo, permittindo á mulher casada o exercicio do commercio em seu proprio nome, mediante estes requisitos:

- a) ser maior de 18 annos;
- b) ser autorizada pelo marido, por escriptura publica.

Quanto á exigencia da idade de 18 annos para a mulher casada poder exercer o commercio, as legislações não são concordantes. Assim é que os Codigos Argentino, Chileno e Espanhol estabelecem a idade de 21 annos. O nosso Codigo entendeu bem que a idade de 18 annos é sufficiente para presumir criterio e capacidade na mulher para o exercicio do commercio.

Qualquer que seja o regimen do casamento, a autorização do marido á mulher para o exercicio do commercio é sempre necessaria, tanto mais quanto, pelo Codigo Civil,

art. 233, ao marido, como chefe da sociedade conjugal, é que compete o direito de autorizar a profissão da mulher.

A autorização marital deve ser dada por escriptura publica.

Mas, si a mulher já era commerciante quando casou, presume-se autorizada pelo marido, emquanto este não manifestar o contrario, por circular dirigida a todas as pessoas com que ella, a esse tempo, tinha transacções commerciaes, inscripta a circular no registo do commercio respectivo e publicada por editaes nos periodicos do logar, de accordo com o art. 29 do Cod. Commercial.

Supponha-se, porém, o caso do marido manifestar-se contrario á continuação do commercio da mulher, ou negar-se a dar-lhe autorização para o iniciar. Poderá, em qualquer desses casos, ser supprida a sua autorização pelo juiz?

No entender de quasi todos os escriptores estrangeiros e entre nós, segundo a opinião de CARVALHO DE MENDONÇA, a autorização alludida do marido não poderá ser supprida pela autoridade judicial, por se tratar de um acto intimo, todo pessoal do marido, unico competente para avaliar do gráo de capacidade de sua mulher para o exercicio de uma profissão tão melindrosa como é a do commercio, e cujos riscos podem affectar até o decôro da familia.

Não hesitamos em concordar com essas considerações do notavel commercialista patrio, mas com reservas. Queremos dizer que tal opinião não pode ser acceita de modo incondicional.

Entendemos sempre que o poder pessoal do marido para autorizar á mulher o exercicio do commercio pode ser supprido pelo juiz em casos especiaes. Supponha-se um marido vadio, malandro, avesso ao trabalho, que não cuide da familia, e lhe não proporcione meios de vida. Esse individuo tem uma mulher intelligente que sabe trabalhar em costuras, chapéos, etc. Abrindo uma casa desse genero de negocio, poderá perfeitamente substituir a incuria do marido, fornecendo meios de subsistencia á familia. Sem embargo de tudo isso, o marido não lhe quer dar autorização

para o commercio. Pois nesse caso, e noutros semelhantes, não é justo, não é humano que se dê ao juiz o poder de supprir a autorização do marido?

Essa opinião está, aliás, de accôrdo com o Cod. Civil, cujo art. 245 n.º 2 declara poder supprir-se judicialmente a autorização marital, quando o marido não ministrar os meios de subsistencia á mulher e aos filhos.

Assim tambem ensinou LAFAYETTE, no seu *Direito de Familia*.

A autorização do marido pode ser revogada, nos termos do art. 28 do Cod. Commercial, ou por sentença ou por escriptura publica, registada na Junta Commercial.

Discute-se si a autorização marital comprehende a faculdade da mulher poder fazer parte de uma sociedade commercial.

Entendem CARVALHO DE MENDONÇA e SPENCER VAMPRE que não, á vista do § 4 do art. 1.º do Cod. Commercial referir-se á autorização para a mulher exercer o commercio *em nome proprio*.

Demais, a intimidade e convivencia que ha naturalmente entre os socios pode ser nociva á moralidade da familia, ficando, quiçá, o marido, pelo contracto social, impossibilitado de revogar, quando entender, a autorização dada.

Habilitada a mulher casada para o commercio, qual a extensão dessa habilitação em relação aos bens?

O art. 27 do Cod. Commercial, fundamento dessa materia, é confuso e incompleto.

A amplitude da autorização marital, segundo o nosso direito, deve ser estudada tendo-se em vista os regimens de casamento, os quaes variam no tocante aos direitos da mulher.

Tres são os regimens de casamento, entre nós: — o da *communhão*, o da *separação* e o *dotal*.

No primeiro, todos os bens do casal, moveis e immoveis, presentes e futuros, se confundem. As dividas do marido e da mulher são communs.

Pelo art. 27 do Cod. Commercial, porém, parece não ser assim. Com effeito, como se vê do contexto desse artigo, os bens immoveis da communhão não ficam obrigados pelas dividas commerciaes da mulher, salvo autorização especial do marido. A simples leitura desse dispositivo deixa perceber estar elle em franca opposição aos principios que regem a communhão entre os conjuges.

Si as dividas do marido commerciante obrigam todos os bens do casal, porque não ficarem na mesma situação os bens quando o commerciante é a mulher?

Consequencias absurdas e injustas resultariam da applicação do art. 27 alludido, de accordo com a rigidez dos seus termos.

O que a mulher não pode fazer é hypothecar bens do casal sem autorização especial do marido. Mas, nada impede que essa autorização fique consignada na escriptura de habilitação para o commercio.

O regimen da separação pode ser absoluto ou limitado. Absoluto, quando os contractantes estabelecem a completa incommunicabilidade dos bens, presentes e futuros, rendimentos e fructos. O regimen limitado ou de simples separação é o que, estabelecendo a incommunicabilidade dos bens, que cada um traz para o casal, todavia sujeita ás leis da communhão não só os fructos desses bens, como os que posteriormente adquirem.

Os bens sujeitos á communhão respondem pelas obrigações da mulher commerciante, assim como os que lhe são proprios, moveis e immoveis. Os bens proprios do marido, adquiridos antes ou depois do casamento, tambem respondem pelas obrigações da mulher, si os respectivos titulos não forem registados na Junta Commercial 15 dias após o casamento, sendo a mulher já commerciante. Os bens proprios da mulher podem ser hypothecados, sem autorização do marido.

No regimen dotal, os bens dos esposos podem formar quatro categorias: a) bens dotaes propriamente ditos; b) bens paraphernaes, que são os proprios da mulher, que

se conservam incommunicaveis, mas não são dotaes; c) bens próprios do marido, adquiridos antes do casamento; d) bens adquiridos na constancia do casamento.

Os bens dotaes são inalienaveis, tal a regra do direito civil. O Cod. Commercial, porém, entendeu derogar essa regra no art. 27, permittindo á mulher casada commerciante alienar, hypothecar validamente os bens dotaes, os paraphernaes, os adquiridos no seu commercio.

Ante as difficuldades praticas resultantes da applicação desse art. 27, o dec. 181, de 24 de Janeiro de 1890, procurou melhorar o seu enunciado, declarando, no art. 60, que a faculdade concedida á mulher casada para o exercicio do commercio somente se referia ás que já o eram ao tempo do casamento.

Essa disposição não foi repetida pelo Cod. Civil, devendo-se, pois, consideral-a revogada.

O prof. SPENCER VAMPRE, no seu *Tratado Elementar de Direito Commercial*, entende que, á vista do que prescreve o Cod. Civil, relativamente aos immoveis, não se podem considerar em vigor as expressões consignadas no art. 27 do Cod. Commercial.

CAPITULO VI

PROHIBIÇÃO E INCAPACIDADE DE COMMERCIAL. DISTINCÇÃO E EFEITOS.

Estudando, nos capitulos anteriores, o commerciante do ponto de vista de sua caracterização, fizemos sentir que o nosso Codigo de Commercio, respeitando o preceito constitucional, firmou o principio da liberdade commercial e industrial, como se vê de seu art. 1.º.

Mas, a regra contida nessa disposição não é absoluta, pois, ora soffre ampliações, ora restricções. E' assim que

conforme assignalamos, pessoas ha que, sendo incapazes civilmente, todavia podem exercer o commercio, como os menores e as mulheres casadas. De outra parte, pessoas ha que, sendo capazes civilmente, são, no emtanto, afastadas do commercio, por motivos de ordem elevada. Estes, são os prohibidos.

O certo, porém, é que, segundo o nosso systema legislativo, a liberdade commercial é ampla; e tirante os casos taxativamente previstos pelo legislador, todo e qualquer embaraço á liberdade commercial deve ser considerado como um attentado á nossa Constituição Politica.

Mas, si ha incapazes de commerciar e prohibidos de commerciar, qual a distincção entre uns e outros? Qual a linha que separa a incapacidade da prohibição?

A capacidade, já assignalamos, é a aptidão que tem o individuo para exercer, por si, os actos da vida civil. De sorte que a incapacidade é a ausencia dessa qualidade.

A prohibição resulta, contrariamente, de uma qualidade que incompatibilisa o individuo para o exercicio da profissão mercantil.

Sendo differente a incapacidade da prohibição, natural é que os effeitos de uma não se confundam com os effeitos da outra. De facto, não se confundem.

E' regra de direito civil que os actos praticados pelos incapazes são nulos ou annullaveis, isto é, não têm existencia juridica ou a têm até que sejam declarados insubsistentes por sentença de juiz competente.

Na prohibição, inversamente, os actos praticados pelos prohibidos são validos, embora fiquem sujeitos á sancção penal os seus autores.

Cumprе notar que a prohibição estabelecida pelos codigos modernos, mediante a qual são afastadas do commercio certas classes de individuos, não é mais do que repetição do que já se dava no direito velho.

Com effeito, no *CORPUS JURIS*, encontram-se regras precisas visando determinadas pessoas, que eram privadas da profissão mercantil. Os imperadores Theodosio e Ho-

norio, na constituição 3.^a “*De commerciis et mercantibus*”, vedavam o commercio aos ricos, poderosos e nobres. Justiniano, na constituição unica do Codigo, tambem fixou preceitos, prohibindo o commercio aos militares, por motivo de conveniencia publica e de ordem politica.

O direito canonico prescrevia ser vedado o commercio ás congregações religiosas, aos padres, por motivo do decôro e dignidade ecclesiasticas.

Segundo o nosso direito, os prohibidos de exercer o commercio estão enumerados no art. 2.^o do Cod. Commercial.

Essa enumeração, porem, ficou muito alterada ou modificada com a transformação politica operada em 15 de Novembro de 1889. De sorte que, de accôrdo com o estado actual do nosso direito, são prohibidos de ser commerciantes:

a) entre outros, os *Presidentes e Governadores de Estado, dentro de seu territorio.*

O commercialista CARVALHO DE MENDONÇA entende que, ante o nosso systema federativo, essa disposição relativa aos Presidentes e Governadores de Estado está implicitamente revogada, pois, a estes é que compete verificar si ha ou não conveniencia para os seus interesses na permanencia de seu chefe no exercicio da profissão mercantil.

Não nos parece aceitavel essa opinião. Com effeito, o Congresso Nacional é o competente para legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica, isto é, sobre o direito substantivo. Ora, sendo a prohibição uma restricção á capacidade civil, assumpto de direito material, parece-nos que somente á União é que cabe legislar sobre ella.

b) as *corporações de mão morta.*

Estas, como é sabido, são estabelecimentos ou fundações permanentes com fim publico, piedoso ou religioso.

No regimen imperial, essas corporações não podiam adquirir ou possuir bens de raiz sem autorização do poder legislativo.

Proclamada a Republica, veio o dec. de 7 de Junho de 1890 que, separando a Igreja do Estado, proclamou o principio da liberdade religiosa, declarando que as associações, que se formarem para esse fim, continuarão a gozar de personalidade juridica, respeitadas os principios referentes ás propriedades dessas corporações.

O dec. de 10 de Setembro de 1893, disciplinando as associações, declarou que as sociedades civis, politicas, scientificas e religiosas gozarão de personalidade juridica, registando os seus estatutos.

Ante o liberalismo desse dec., tem-se perguntado: — as corporações de mão morta podem, actualmente, exercer o commercio?

Entendemos que não.

O citado dec., dando personalidade juridica ás associações mencionadas, com estatutos registados, limitou, por certo, a sua capacidade aos fins que visam a sua criação. Sendo assim, é claro que uma associação religiosa, creada para fins religiosos, só poderá ter capacidade juridica, praticando e realisando esses objectivos e não outros, como o commercio.

Relativamente aos *padres*, parece estar revogado o art. 2.º do Cod. Commercial.

Pelo direito canonico, os *padres* não podiam exercer o commercio por motivo do decôro ecclesiastico, que não permitia aos *padres* dividirem a sua attenção entre o altar e o balcão. Hoje, porém, que a ninguem é licito tolher a liberdade individual, por motivos religiosos, parece que os *padres*, só por isso, podem exercer o commercio.

Não podem tambem exercer o commercio, por qualificação legal, os *corretores* e os *leiloeiros*.

A mesma coisa se dá com os *medicos*, aos quaes a lei não permite exercer, ao mesmo tempo, a profissão de medico e o commercio de pharmacia.

Esses prohibidos, quando transgridam a lei respectiva, ficam sujeitos ás penalidades impostas pelo art. 233 do Cod. Penal.

Os *fallidos não rehabilitados* podem exercer o commercio?

LYON CAEN & RENAULT, na França, CALAMANDREI e VIDARI, na Italia, BRUSTLEI, na Suissa, CARVALHO DE MENDONÇA, entre nós, sustentam que o fallido pode exercer o commercio.

CARVALHO DE MENDONÇA, que já havia manifestado a sua opinião no seu conhecido livro "*Das fallencias*", entende, como se vê no seu "*Tratado de Direito Commercial*", que o fallido não póde exercer o commercio só no periodo informativo.

Não estamos de accôrdo com essa doutrina, por acharmos que a opinião dos escriptores citados não se accomoda aos principios dominantes no instituto da fallencia, como tambem não se adapta ao systema da lei patria.

Com effeito, a sentença da fallencia produz, como é sabido, o effeito immediato de privar o fallido da administração de todos os seus bens, assim os presentes, como os futuros. Isto vale dizer que a fallencia accarreta para o fallido uma incapacidade de ordem patrimonial.

O Cod. Commercial, no art. 1.º, declara que podem commerciar no Brasil todos os que forem capazes civilmente, isto é, os que estiverem na livre administração de suas pessoas e bens.

Ora, o fallido, não tendo a livre disposição de seus bens, segue-se que, na censura do Codigo, não pode exercer o commercio.

A esse argumento, tem-se opposto este outro: o fallido não é um incapaz no sentido juridico da expressão; fica apenas sujeito a uma indisponibilidade quanto aos seus bens. E tanto é assim, concluem os que assim pensam, que a sua capacidade para contractar não se modifica, desde que os contractos que celebrar nenhuma relação tenham com os interesses da massa.

Semelhante coarctada não justifica a doutrina que impugnamos. Com effeito, o direito commercial é essencialmente contractual. No commercio, tudo é oneroso: *dignus est operarius mercede sua*. Mas, é sabido que todos os con-

tractos onerosos supõem um patrimonio disponivel. Ora, o fallido não dispondo de seu patrimonio, a logica está indicando que elle não pode exercer o commercio.

Contornando essa difficuldade, CARVALHO DE MENDONÇA allega que o fallido poderá abrir uma casa de commercio com o dinheiro que lhe dê um parente ou amigo. Tal argumento não resolve a objecção, porque, adquirindo uma nova casa de commercio, esta será arrecadada pelos syndicos, como bem superveniente.

Este é o nosso direito.

E' verdade que a lei 2024, de 1908, declara, no art. 40, que o fallido poderá exercer o commercio depois de verificada a primeira assembléa de credores, de que fala o art. 100.

No nosso modo de entender, *esse dispositivo deve-se reputar não escripto*. Não se pode conceber porque o legislador entendeu autorizar o fallido a exercer o commercio após a assembléa de credores. De que se trata nessa assembléa? Trata-se da verificação e classificação de credores, apresentação do relatorio dos syndicos e eleição do liquidatario. Mas, pergunta-se: essa assembléa modifica a incapacidade patrimonial do fallido? Altera esse effeito decorrente da sentença da fallencia?

Modifica sómente quando é acceita a concordata, porventura apresentada pelo fallido. Não se verificando essa occorrença, a sua incapacidade quanto aos bens continua a mesma.

De sorte que, para nós, o fallido não é só um prohibido, como diz o Cod. Commercial no seu art. 2 n.º 4 — é um incapaz de exercer o commercio, emquanto não reabilitado.

CAPITULO VII

COMMERCIAENTES MATRICULADOS E NÃO MATRICULADOS E INSCRIPTOS.
PREROGATIVAS E VANTAGENS.
REGISTO DE FIRMAS COMMERCIAES; EFEITOS DE SUA OMISSÃO.

Já vimos que o Cod. Commercial não define o commerciante. Limitou-se a indicar as condições que devem caracterizar os que se entregam ao trafico mercantil.

Sobre a determinação da qualidade de commerciante, assignalamos, em capitulo anterior, a existencia de tres systemas legislativos, o francez, o suizo e o espanhol. Fizemos sentir que o legislador brasileiro não seguiu, propriamente, qualquer desses systemas. Creou um systema especial.

No campo do Codigo não se encontra dispositivo algum dividindo os commerciantes em classes.

O Reg. 737, porém, o faz no seu art. 15, declarando que elles se dividem em *matriculados* e *não matriculados*, gozando sómente os primeiros das prerogativas e da protecção que o Codigo liberaliza em favor do commercio, nos termos de seus arts. 21, 310 e 908.

Sem embargo dessa divisão, o que é certo é que, segundo o systema do Codigo, commerciante sómente é considerado aquelle que, effectivamente, pratica actos de commercio a titulo profissional. De sorte que a matricula, de per si, é insufficiente para caracterizar o commerciante, como se dá na Suissa. Ella induz uma presumpção *juris tantum*, que pode ser destruida por prova em contrario.

Alguns escriptores patrios entendem que, ante a nossa legislação, os commerciantes são *de direito* ou *de facto*.

Mas, essa classificação não pode ser acceita, porque *de direito* é todo o commerciante, matriculado ou não. A differença está no art. 15 do Reg. 737 e no art. 4 do Cod. Commercial.

O governo republicano instituiu, pelo dec. 916 de 24 de Outubro de 1890, o *registo de firmas commerciaes*.

Com a criação desse instituto, os commerciantes podem ser divididos em tres categorias: *matriculados, não matriculados e inscriptos*.

Pela matricula o commerciante goza de certas prerogativas; pela inscripção da firma, de certas vantagens.

As prerogativas estabelecidas pelo Cod. Commercial em favôr dos matriculados são as que se referem os arts. 21, 22, 309, 310, 825 e 898 do mesmo Codigo e arts. 14 e 15 do Titulo Unico e arts. 3 § 1.º, 321 e 343 § 3.º do Reg. 737 de 1850.

Cumpra observar que nem todas as prerogativas mencionadas nesses artigos estão em inteiro vigôr.

Vejamos, pela rama, o que dizem elles.

O art. 21 do Cod. Commercial declara: as procurações bastantes dos commerciantes matriculados feitas por sua propria mão ou por elles sómente assignadas teêm a mesma validade que se fossem feitas por tabelliães publicos.

Se taes procurações são uma prerogativa do commerciante matriculado, é certo que, segundo a nossa lei civil antiga, ella constituia tambem um privilegio dos arcebispos, bispos, duques, marquezes e barões com grandeza. A Constituição Política da Republica, proclamando a egualdade de todos os cidadãos, aboliu quaesquer privilegios ligados aos titulos nobiliarchicos e de nascimento. De sorte que essa prerogativa ficou sendo apenas privativa dos commerciantes matriculados.

O dec. 79, de 23 de Agosto de 1892, porém, creando direito novo, firmou que todos os capazes civilmente podem passar procurações de proprio punho. Consequentemente, a prerogativa do matriculado só se refere actualmente á facultade de mandar passar procuração por outrem, assignan-

do-a sómente, prerogativa, aliás, que se estende tambem aos corretores de fundos publicos.

Entre nós, tem-se sustentado que tal prerogativa está revogada pela Constituição Federal. Não nos parece, porém, bem fundada essa opinião. O que a Constituição aboliu foram os privilegios ligados aos titulos nobiliarchicos. Ora, os commerciantes, por serem taes, não teêm titulo nobiliarchico algum. A prerogativa que a lei lhes dá é determinada pela natureza do commercio, cujas transacções necessitam de rapidez e promptidão.

A segunda prerogativa é a do art. 22 do Cod. Commercial, que reza assim: “Os escriptos de obrigações relativas a transacções mercantis, para as quaes não se exige por este Codigo prova de escriptura publica, sendo assignados por commerciante, terão inteira fé contra quem as tiver assignado, seja qual fôr o seu valor”.

Tem-se entendido que semelhante prerogativa está revogada pelo art. 2 do dec. 79, de 23 de Agosto de 1892, segundo o qual todos os capazes civilmente estão habilitados para contractar, qualquer que seja o valor da transacção, mediante escripto particular, feito e assignado pelas partes e duas testemunhas.

Tal opinião é inaceitavel.

Confrontando esse art. 2 do citado dec. 79 com o art. 22 do Cod. Commercial vê-se logo que nenhuma influencia elle exerceu sobre este. Com effeito, a capacidade civil não se confunde com a commercial, pois, capazes ha segundo o direito civil que, por motivos de ordem elevada, não podem ser commerciantes, assim como incapazes ha pela lei civil que, não obstante, podem exercer o commercio, tambem por motivos de ordem diversa. Ora, si a capacidade civil differe da commercial, e si o dec. citado, creando direito novo, refere-se sómente á capacidade civil, por isso que legisla sobre contractos civis, é claro que nenhuma influencia exerce sobre a prerogativa constante do art. 22 do Cod., que diz respeito a contractos commerciaes.

De resto, uma lei de caracter geral não pode derogar disposição de lei especial, como expressamente declara o art. 4 do Cod. Civil, salvo quando a ella ou ao seu assumpto se referir, alterando-a explicita ou implicitamente.

Para nós, pois, um escripto particular, com prazo certo e quantia determinada, só se pode considerar titulo liquido, para todos os effeitos, quando assignado por commerciante matriculado.

Relativamente ao § 1.º do art. 3 do Reg. 737, que sujeita ás leis do Brasil o estrangeiro matriculado no tocante á sua capacidade para contractar, pensamos que tal facto, longe de ser uma prerogativa do commerciante estrangeiro, deve ser considerado como uma *restricção* imposta ao seu estatuto pessoal.

Essas são as prerogativas mais em evidencia, de que trata a nossa legislação commercial.

REGISTO DE FIRMAS COMMERCIAES

A firma commercial, como elemento do exercicio do commercio, como manifestação externa da actividade mercantil, é um bem incorporeo, parte integrante do patrimonio do commerciante.

Do ponto de vista doutrinario, a expressão *firma* tem sido definida de differentes modos pelos commercialistas.

E' assim que, segundo VIVANTE, firma é “o nome sob o qual o commerciante exerce o commercio” Para VIDARI, firma é “o nome sob o qual o commerciante exercita os seus proprios negocios e se subscreve”.

Mas, o commercio, já vimos, pode ser praticado por pessoa singular ou por sociedade. Quando o commercio é feito por pessoa singular, a sua firma deve ser a do seu proprio nome civil.

Cumpre assignalar, porém, que a firma, nesse caso, não se pode compôr só dos nomes proprios, mas sim do patro-

nimico, que é o *appellido*, que designa uma pessoa de modo a não confundil-a com outras.

Quando o commercio é feito por sociedade, a firma denomina-se, de preferencia, *razão social*, e esta varia consoante a natureza da sociedade. Assim, si se trata de uma sociedade em nome colectivo, a razão commercial deve compôr-se de todos os nomes dos socios ou do nome de um delles seguido da expressão — *& Cia*. Nas sociedades de capital e industria, só pode figurar na firma o nome do industrial; assim como, nas sociedades commanditarias, só podem fazer da parte da firma os solidariamente responsaveis.

O nosso Cod. Commercial, consoante ás fontes que o inspiraram, não contem nenhuma regra sobre *firmas*. O dec. 916, de 24 de Outubro de 1890, creando o instituto do registo de firma, definiu-a assim no art. 2: “é o nome sob o qual o commerciante ou sociedade exerce o commercio e se assigna nos actos a elle referentes”. E, no art. 3, declara que — “o commerciante que não tem socio ou o tiver não ostensivo ou sem contracto devidamente archivado, não poderá tomar para a firma senão o seu nome completo ou abreviado”

Ante a definição legal de firma, pergunta-se: — qual a differença entre *firma* e *insignia*?

Firma, já o dissemos, é o nome do commerciante. Insignia é o nome do estabelecimento. A apposição do nome do commerciante o obriga; o da insignia, não. Esta é a differença principal entre uma e outra.

A *marca de fabrica* tambem não se confunde com a firma e a insignia, porque tem por fim distinguir a procedencia dos productos similares.

Constituida a firma, e tornada publica pelo registo, é consequencia que sómente o seu proprietario poderá della usar. E quem quer que indevidamente o faça, será considerado contrafactor, e, como tal, sujeito á sancção do Cod.

Penal. E si o dono da firma fôr uma sociedade em nome colectivo, todos poderão usal-a, salvo convenção em contrario.

O instituto do registo de firmas encontramol-o consagrado pelas legislações estrangeiras, como a allemã, hungara, espanhola, rumena e suissa, havendo entre ellas pequenas differenças de detalhes, sendo certo que na Allemanha e na Suissa é que se encontra melhor disciplinado o assumpto.

De facto, segundo o Cod. Allemão, toda a pessoa que pretende exercer o commercio deve, antes de tudo, registar a sua firma na Secretaria do Tribunal, onde se encontram dois registos, sendo um para as firmas individuaes e outro para as razões sociaes.

Esses registos são verdadeiros espelhos da vida do commerciante, pois nelles devem ser lançadas todas as occorrencias importantes, verificadas na sua vida mercantil, afim de facilitar o seu conhecimento por terceiros, com os quaes contracta. Essas anotações feitas no registo são publicadas.

E' de notar-se que o registo, na Allemanha, é facultativo; mas, o commerciante que não se regista, não terá certas vantagens, como a de registar as marcas de fabrica e a de serem elegiveis para juizes de commercio.

O systema suisso differe do allemão em alguns pontos. E' assim que o registo para o commerciante é obrigatorio, sendo, porém, facultativo para os que não o são. O não commerciante, que regista a sua firma, embora não pratique actos de commercio, fica sujeito á fallencia.

Mas, qual foi o systema adoptado pelo dec. 916, de 24 de outubro de 1890?

A simples leitura do seu art. 11 deixa perceber ter seguido o systema allemão, pois, ahi se diz *ser facultativa a inscripção*.

Confrontando, porém, esse dispositivo com outros do mesmo decreto, chegaremos á conclusão de que o registo, entre nós, deve ser considerado obrigatorio, pelas consequencias de sua omissão.

Com effeito, segundo o art. 14 do alludido dec., as formalidades do art. 13 do Cod. Commercial não serão preenchidas sem que esteja inscripta a firma do dono do estabelecimento. Essas formalidades referem-se ao *registo do diario e do copiadador de cartas*.

Pela lei 2024, de 17 de Dezembro de 1908, sómente os commerciantes inscriptos poderão requerer a fallencia de seus devedores. Ora, si o commercio é, em regra, alimentado pelas transacções feitas entre commerciantes, e si estes só podem requerer a fallencia, uns dos outros, quando tenham a sua firma registada, é claro que todos estão na contingencia de fazer tal registo, para não ficarem privados de um direito importantissimo na vida mercantil.

Além disso, o commerciante que não tem a sua firma registada não poderá requerer concordata preventiva, beneficio que sómente é concedido aos registados. Ora, qual o commerciante que deixará de registrar a firma, diante desses factos?

Consequentemente, parece-nos que, sem embargo do art. 11 do dec. 916 de 1890 declarar facultativo o registo, o que é certo é que elle se torna obrigatorio pelas desvantagens que de sua omissão decorrem.

CAPITULO VIII

OBRIGAÇÕES COMMUNS A TODOS OS COMMERCIAENTES. LIVROS QUE DEVEM TER E SUA UTILIDADE. DIARIO E COPIADOR DE CARTAS. LIVROS AUXILIARES. SANCCÕES LEGAES. EXHIBIÇÃO DOS LIVROS COMMERCIAES.

O Cod. Commercial, no capitulo 2.º, titulo 1.º, parte 1.ª, tem esta epigraphie: *Obrigações communs a todos os commerciantes*.

Tal enunciado está indicando que os arts., a que se prende a mesma epigraphie, se referem tanto aos commerciantes matriculados, como aos não matriculados, inscriptos ou não inscriptos, nacionaes e estrangeiros, pessoas physicas e sociedades commerciaes.

A primeira obrigação imposta a todos os commerciantes, no art. 10 n.º 1, é a de seguirem uma ordem uniforme de contabilidade e escripturação, e terem os livros para isso necessarios.

Vê-se, pois, que exigindo o Codigo uma contabilidade e uma escripturação, exprime assim que essas instituições são differentes.

Que é contabilidade?

FERREIRA BORGES, no seu “Diccionario Juridico”, diz que, segundo o uso mercantil, contabilidade emprega-se no sentido de escripturação.

Na sua conhecida monographia “*Livros dos commerciantes*” CARVALHO DE MENDONÇA affirma que a expressão contabilidade, segundo AULETE, é uma expressão genuinamente portugueza.

Contabilidade pode ser definida como a sciencia do calculo applicada aos negocios. Escripturação é a arte que tem por objecto o lançamento ou registo methodico dos negocios ou operações commerciaes, *de accôrdo com a sciencia das contas*.

Não se deve, pois, confundir essas duas expressões, como fazem sentir LIAUTEY & GIBAULT, no seu “*Tratado de Contabilidade*”

Perfeitamente justificavel é a exigencia do Codigo, tornando obrigatorias a contabilidade e a escripturação.

No lançamento dos seus negocios tem o commerciante o espelho onde se reflecte a sua prosperidade ou decadencia commerciaes.

Como poderia conhecer a multiplicidade de sua transacções, maximé as verificadas a credito, sem uma escripturação regular?

ção de sua familia, não foram exagerados afim de não agravar a sua situação no tocante á classificação de sua fallencia.

O segundo livro obrigatorio para o commerciante é o *copiador de cartas*, nos termos do art. 11 do Codigo.

Nesse livro, o commerciante deve lançar todas as cartas missivas que expedir e que tiverem relação com o seu negocio; todas as contas, facturas e instrucções que as acompanharem, telegrammas e cabogrammas.

Essa correspondencia expedida pelo commerciante, denominam-n'a os escriptores *activa* e sómente ella deve ser copiada. As cartas, telegrammas etc. que o commerciante recebe — correspondencia *passiva* —, devem ser archivados.

O art. 11 do Codigo não fala em telegrammas. Isto se explica, porque, ao tempo de sua promulgação, não havia ainda telegrammas.

A tendencia, hoje, é facilitar tanto quanto possivel o formalismo na celebração dos contractos commerciaes. Por isso é que, modernamente, muitos contractos são feitos por telegramma e por telephone.

Além desses dois livros, que obrigatoriamente deve possuir o commerciante, pode ter elle *livros auxiliares*?

A lei não prohibe. E á vista das incontestaveis vantagens que offerecem os livros auxiliares, maximé para as casas de grande movimento commercial, todas as legislações os teêm permittido.

Cumpre, porém, observar que todos os livros auxiliares adaptados pelo commerciante devem estar subordinados ao *diario*.

Os livros facultativo-auxiliares são geralmente os seguintes: — *costaneira ou borrador, livro-caixa, razão e contas correntes*.

Borrador. — Neste livro devem ser lançadas todas as transacções com a declaração de sua natureza, nome e domicilio dos devedores. Os lançamentos devem ser feitos no momento em que as operações se realizam. De regra, no

commercio, é costume lançarem-se as operações no borrador ficando o diario sempre em atrazo.

Livro-caixa. — E' o livro registador da parte financeira da casa commercial. Menciona o dinheiro que entra e sae, quem pagou, quem recebeu. Geralmente, o *Caixa* é entregue a um preposto, quando não é exercido immediatamente pelo proprio commerciante.

Razão. — Este livro, tambem chamado *livro mestre*, nada mais é do que um *resumo do diario*.

Contas-correntes. — Destina-se esse livro ao lançamento das contas das pessoas com as quaes o commerciante tem relações.

O Codigo, garantindo a authenticidade e o valôr probante dos livros do commerciante, exige, por isso, que se revistam de certas *formalidades*, que a doutrina denomina *intrinsicas e extrinsicas*.

MASSÉ e outros commercialistas criticam os Codigos que exigem taes formalidades, o que não nos parece justo, porque a exigencia imposta pela lei tem o seu fundamento no interesse publico, que deve ser tutelado.

As formalidades intrinsicas, a que estão sujeitos os livros do commerciante, *diario e copiadôr*, referem-se ao modo de escriptural-os, visando impedir a irregularidade dos lançamentos. Os lançamentos constituem a representação graphica do que se passou numa casa commercial. Devem os livros ser escriptos no idioma nacional. Nada impede, porém, que os estrangeiros escrevam os seus livros na sua lingua. Mas, no caso de exhibição em juizo, são obrigados préviamente a mandar traduzil-os para o vernaculo.

As formalidades leaes intrinsicas são: em primeiro logar, a individuação e clareza dos lançamentos do *diario*.

Essa individuação consiste na descripção das causas e circumstancias de cada operação. No commercio a reta-

lho, de accôrdo com o art. 12 do Codigo, devem ser lançadas no *diario*, diariamente, todas as operações feitas a dinheiro e fiado, sendo as vendas fiadas devidamente escripturadas. E' o que se chama em linguagem vulgar a *féria do dia*.

No *diario* e no *copiador de cartas* deve-se observar a ordem chronologica, nos termos do art. 14 do Codigo. Isto quer dizer que os lançamentos precisam ser feitos na ordem das operações, umas depois das outras. A ordem chronologica tem muita importancia, principalmente no tocante á prescripção.

Os lançamentos devem ser feitos sem intervallo em branco, entrelinhas, raspaduras ou emendas, afim de garantir a sua efficacia e seriedade. Exigencia que por si mesma se explica.

São formalidades *extrinsecas*, destinadas a evitar as falsificações: *a)* os livros devem ser encadernados; *b)* ter todas as folhas numeradas e rubricadas. A rubrica é feita por um dos deputados da Junta Commercial; *c)* conter um termo de abertura e outro de encerramento, o que tambem constitue tarefa da Junta Commercial.

Cumpre notar que sómente os commerciantes com firma inscripta é que podem ter os livros revestidos dessas formalidades.

Conhecidas, assim, as formalidades intrinsecas e extrinsecas de que devem revestir-se os livros do commerciante, vejamos qual a *sancção* para o caso de não serem ellas observadas.

A lei, neste ponto, é imperfeita, pois, não declara a penalidade em que incorre o commerciante.

E' verdade que na lei de fallencias se encontra a sancção para o caso do commerciante não ter arrumado os seus livros. Mas, ahi está envolvido o interesse publico, consistente na apuração dos crimes porventura praticados pelo

commerciante, no exercicio de sua profissão. Assim, a fallencia será culposa ou fraudulenta, conforme a gravidade das faltas encontradas na escripturação do fallido.

O que é certo, porém, é que o Codigo nega aos commerciantes relapsos certas vantagens, que sómente concede aos que cumprem as obrigações que lhes são impostas.

Assim fica o commerciante privado do valor probante de seus livros, o que se traduz na melhor posição em que se collocará seu contendor, no caso de demanda. Dada a hypothese de exhibição de livros, defere-se o juramento suppletorio á parte contraria, que poderá fazer valer os seus livros.

Não poderá tambem requerer a verificação das contas de seus devedores, para as tornar titulos liquidos e certos, e com estes obter a decretação da fallencia daquelles.

Não poderá, ainda, obter concordata preventiva.

DA INVIOABILIDADE DOS LIVROS DOS COMMERCIAN- TES. DA SUA EXHIBIÇÃO JUDICIAL.

As transacções commerciaes devem revestir-se de certas cautelas, de medidas de prudencia; dahi, a preocupação dos commerciantes procurando manter a sua escripturação num sigillo perfeitamente justificavel, afim de evitar não só as restricções de seu credito, como tambem as concorrencias desleaes.

O segredo é a alma do negocio: tal o lemma na vida commercial, que, aliás, tem o seu fundamento no alvará de 16 de Dezembro de 1756.

O segredo, pondera BÉDARRIDE, é o elemento essencial e indispensavel para o exito dos negocios.

Os livros dos commerciantes são propriedade sua. Dahi decorre o direito de os guardar e de evitar o seu conhecimento por quem quer que seja.

A Constituição Federal, no art. 72 § 18, garante a inviolabilidade e sigillo da correspondencia. Essa inviolabilidade

já era assegurada pelo Cod. Commercial, no seu art. 17, nos seguintes termos: — *nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligencia para examinar se o commerciante arruma ou não devidamente os seus livros ou nelles tem commettido algum vicio.*

Esta regra, porém, não tem character absoluto. Muitas vezes surgem conflictos entre os proprietarios dos livros e o interesse publico, como no caso das relações dos trapicheiros e donos de armazens geraes, que estão sujeitos ao exame da Junta Commercial.

O Ministro da Fazenda pode mandar inspeccionar os livros desses armazens em determinados casos.

Os livros dos commerciantes teêm uma grande força probante. Na vida commercial, verificam-se interesses communs nos livros de uma casa commercial. Neste caso, a inviolabilidade do sigillo não é burlada. Mas, para que esse principio salutar e de fecundas consequencias juridicas não seja exagerado na pratica, o Codigo estabelece os casos em que os livros podem ser exhibidos e o respectivo processo, a ser observado.

Na exhibição dos livros do commerciante devemos distinguir duas materias: a de fundo e a de fórma.

A primeira refere-se ás pessoas ás quaes compete o direito á exhibição; a segunda, ao processo a seguir-se nessa exhibição.

Nos arts. 17, 18, 19 e 20 do Codigo encontram-se as regras que disciplinam a materia de fundo. No reg. 737 de. 1850, nos arts. 211, 351 e 357, estão os principios reguladores da materia de fórma.

A exhibição, a que se referem esses artigos, é *geral* ou *parcial*.

A exhibição geral comprehende todos os livros, sem reserva, nem limitações; é por inteiro, plena.

A exhibição parcial poderá ter lugar sómente na parte pertinente ao ponto controvertido em juízo.

O Codigo francez, fonte directa do nosso Cod. Commercial, denomina a exhibição por inteiro — *communication*, e a parcial — *représentation*.

A exhibição por inteiro pode dar-se sem que haja demanda em juízo; a parcial presuppõe uma acção pendente.

A exhibição por inteiro tem o seu fundamento no art. 18 do Cod. Commercial, que reza assim: — *a exhibição judicial dos livros de escripturação commercial por inteiro ou de balanços de qualquer casa de commercio só pode ser ordenada a favôr dos interessados em questões de successão, communhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, ou em caso de quebra.*

Esta exhibição consiste, como a expressão está indicando, em pôr os livros do commerciante á disposição do interessado para que os consulte como entender, examinando-os amplamente.

No tocante a essa especie de exhibição, tem-se perguntado: — o commerciante é obrigado a exhibir, além do *diario* e do *copiador de cartas*, os seus *livros auxiliares*?

O commercialista patrio CARVALHO DE MENDONÇA, apoiado nas opiniões de LYON CAEN & RENAULT, VIDARI e outros, entende que sim, com o fundamento de que todos os livros são communs.

BOISTEL e BOLAFFIO sustentam que não, porque os livros auxiliares não são communs, mas de exclusiva propriedade do commerciante. E não havendo texto legal que o obrigue a exhibil-os, segue-se que poderá deixar de o fazer, quando requerido.

Pela rama, passemos a estudar os casos de exhibição por inteiro, declarados no Codigo.

O primeiro refere-se á *successão*. Esta, como é sabido, consiste na transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa a outra, podendo ser *causa mortis* e *inter vivos*; a titulo universal, si comprehende todos os bens e direitos, e a titulo singular, si se refere a determinados bens.

Os successores *causa mortis*, a titulo universal, são legitimos ou testamentarios; os por titulo singular, são os legatarios.

Os successores universaes, por isso que succedem ao *de cujus* em todos os seus direitos, podem examinar todos os seus livros. Aos legatarios, ao contrario, é vedado esse exame.

Alguns escriptores, porém, entendem que, no caso de ser negada ao legatario a entrega do legado, com o fundamento de que este excede ás forças do activo hereditario, terá elle o direito de requerer a exhibição para verificar a veracidade dessa allegação.

O segundo caso cogitado pelo art. 18 do Cod. Commercial é o da *communhão ou sociedade*.

Que especie de communhão é essa, a que allude o Codigo? O simples condominio ou a communhão entre esposos.

LYON CAEN & RENAULT, analysando disposição analoga do Codigo francez, dizem que a communhão, de que trata o mesmo, é a que se dá entre esposos. E TEIXEIRA DE FREITAS adopta essa opinião.

No regimen de communhão, sendo um dos esposos commerciante, os bens que constituem o fundo commercial estão sujeitos á communhão. No regimen da simples separação, o fundo de commercio pertence ao conjuge commerciante, mas os proventos e lucros do commercio entram para a communhão.

Sendo assim, é claro que, no caso de divorcio, o conjuge não commerciante tem o direito de verificar a escripturação da casa commercial, afim de ser feita a respectiva partilha dos bens.

Nos termos do art. 210 do Codigo, todos os socios teêm o direito de requerer a exhibição dos livros da sociedade de que fazem parte, salvo se pelo contracto social fôr estatuida a época em que o mesmo exame unicamente poderá realisar-se.

Pergunta-se, porém: — essa regra é geral, de modo a comprehender também os accionistas das sociedades anonymas?

Sobre esta questão manifestamo-nos sempre no sentido negativo, isto é, os accionistas de uma sociedade anonyma não podem requerer a exhibição total de seus livros.

A razão está em que a sociedade anonyma, pela sua natureza, é composta de um grande numero de socios, com o seu capital dividido em acções, em regra de pequeno valor. Um individuo pode ser accionista de uma sociedade anonyma, independentemente da vontade dos demais socios, o que não se dá com as outras sociedades commerciaes.

Conhecidos os diversos casos, taxativamente declarados pelo art. 18 do Codigo, da exhibição por inteiro, vejamos o meio pratico estabelecido pela nossa lei para tornar effectivo o direito dos interessados nessa especie de exhibição.

O reg. 737, no capitulo 3.º, sob a epigraphie *Da exhibição*, declara no art. 351: — *a exhibição dos livros e escripturação commercial por inteiro e balanços geraes de qualquer casa commercial pode ser requerida como preparatoria de acção competente pelas pessoas ás quaes esse direito é concedido pelo art. 18 do Codigo.*

E, no artigo seguinte, traça o rito processual a seguir-se.

No capitulo 12 do mesmo reg. 737, que trata das *vistorias*, encontra-se o art. 211, que diz: — *nos exames de livros proceder-se-á como dispõe o art. 17 até 20 do Codigo.*

Pela simples leitura desse dispositivo, parece que no conceito do legislador a exhibição, de que fala o art. 18, constitue caso de simples vistoria. Ora, declarando o art. 351 citado que a exhibição por inteiro deve ser requerida como “preparatoria de acção competente”, parece haver entre esses artigos uma antinomia, senão real, ao menos apparente. E não sendo licito confundir exhibição preparatoria com vis-

toria, pergunta-se: — qual dessas disposições deve prevalecer ante o systema do nosso direito processual?

O egregio TEIXEIRA DE FREITAS, a quem de perto acompanhamos neste assumpto, diz que a vistoria, como prova que é, presuppõe uma acção pendente, e, portanto, não pode ser considerada uma acção preparatoria. A exhibição, como acção preparatoria, suppõe uma acção a intentar-se, a propôr-se.

Doutrinariamente, diz TEIXEIRA DE FREITAS, deve prevalecer o disposto no art. 211 do reg. 737, que considera os casos do art. 18 do Codigo de simples vistoria. E, procurando convencer, allega o notavel jurista que não se pode negar, como ensina LOBÃO, que a exhibição dos livros de um commerciante possa ser objecto de acção *ad exhibendum*, para se verificarem instrumentos communs ou para provar com instrumentos alheios.

O que não é licito affirmar, porém, é que tal acção esteja no espirito do art. 18 do Cod. Commercial.

Em verdade, como enxergar nesse artigo um caso de acção *ad exhibendum*, quando o Reg. 737, no art. 351, só admite a exhibição por inteiro como preparatoria de uma acção a propôr-se?

De resto, o art. 18 do Codigo declara que a exhibição por inteiro será admittida nas *questões*, — o que vale dizer, nas *acções propostas, já começadas*.

Na jurisprudencia patria, não se encontram julgados firmando uniformemente essa doutrina, que, aliás, nos parece perfeitamente juridica.

Qual a sancção para o caso do commerciante não apresentar os seus livros a exame, sem embargo da ordem judicial?

Si se tratar de exhibição por inteiro — casos do art. 18 citado — o commerciante será compellido a fazel-o de baixo de prisão.

Supponha-se, porém, que, a despeito da prisão, o commerciante não apresenta os livros. A exhibição, nesse caso, poderá ser feita *manu militari*, pelo arrombamento da casa e retirada dos livros para o exame.

Tratando-se de exhibição parcial, a recusa do commerciante em apresentar os seus livros para o exame judicial importará no juramento suppletorio á parte contraria, que lhe será deferido, nos termos do art. 20 do Codigo, ultima parte.

1922.

DR. GABRIEL DE REZENDE
(Professor cathedratico de Direito Commercial)