

# Atividade comercial e sociedade civil

Como excelentemente refere Cunha Gonçalves, "ao passo que as sociedades civis podem adotar a forma externa de ... sociedades comerciais, nenhuma destas poderá adotar a forma civil" (*Tratado de direito civil*, v. VII, t.I, São Paulo, s.d., n.º 969, p. 261). Na verdade, salva a exceção posta pelo art. 2.º, parágrafo único, da *Lei das Sociedades por Ações — L.S.A.*, essa é, quanto às sociedades civis, a regra estabelecida pelo art. 1364 do *Código Civil*; e, quanto às sociedades comerciais, o princípio aceito pelo art. 291 do *Código do Comércio*, que veda se recorra, em tal matéria, às leis civis, "senão na falta de lei de uso comercial".

Os sócios de uma sociedade civil, de natureza particular (art. 1371, *Código Civil*), conseqüentemente, não poderão fazê-la órgão ou instrumento de uma empresa mercantil; e, se isso ocorrer, há de entender-se terem criado, assim, sociedade comercial, nova e distinta, cuja existência poderá provar-se até mesmo por presunções (art. 305, *Código Comercial*). A sociedade, como pessoa jurídica, não poderá dar-se, igualmente, a operações comerciais a título de profissão habitual (art. 4, *Código Comercial*), ainda que acessória ou secundariamente a seu objeto específico (art. 1371, *Código Civil*), já que não lhe é dado propor-se a mercância como objeto social, em seu caráter de sociedade civil particular, reservada, aquela atividade, pelo próprio *Código Civil*, às sociedades mercantis (art. 13, I, II, *Código Civil*).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 23 de fevereiro de 1966

# Ato administrativo e instrumento público

*Consulta* — Promove a Comissão Estadual de Energia Elétrica — C.E.E.E., contra a Companhia Elétrica Rio-Grandense — C.E.E.R, ação executiva, para cobrar-se de um crédito de cerca de Cr\$ 66.000.000,00, proveniente de fornecimento de força elétrica.

Estriba a ação nos incisos XII e XIV do artigo 298<sup>1</sup> do *Código de Processo Civil* — C.P.C.; no primeiro, por entender que as contas extraídas dos assentamentos da autarquia, por funcionários seus, constituem "instrumentos públicos administrativos"; e no segundo, porque, em seu modo de ver, representam tais documentos verdadeiras "faturas, ou contas assinadas".

Entretanto, nesses papéis — impende esclarecer — nenhuma

1. Ver art. 585, II e VII do Código de Processo Civil.

assinatura existe de representante da Companhia, ou de qualquer funcionário seu, recognitiva da exatidão dos respectivos valores em dinheiro.

Deles consta, apenas, a seguinte declaração de funcionário técnico encarregado de conferir a exatidão do consumo: "Confere quanto ao consumo. Roberto Vasques".

Isto posto, pergunta-se:

1. as contas mensais de fornecimento de força elétrica, remetidas pela Comissão à Companhia, constituem "instrumentos públicos administrativos"?
2. ao vender energia elétrica à Companhia, desempenha a Comissão função pública ou exerce atividade de natureza privada?
3. a declaração lançada pelo funcionário da Companhia, nas contas em apreço, conferindo apenas a exatidão da grandeza do consumo, é suficiente para atribuir-lhes o caráter de autênticas "faturas, ou contas assinadas", no sentido em que a locução é empregada pelo inciso XIV do artigo 298, do *C.P.C.*?

*Parecer* — São funções dos instrumentos, públicos ou particulares, *a.* "darem forma aos atos jurídicos, para os quais a forma instrumental houver sido exclusivamente decretada"; *b.* "darem forma aos atos jurídicos, a que, por arbítrio das partes, se tiver dado a forma instrumental"; *c.* "darem fé, como prova preconstituída, da existência dos atos jurídicos, neles exarados" (Teixeira de Freitas, *Esboço*, Rio de Janeiro, 1952, t. I, art. 679, p. 300).

Somente haverá, portanto, instrumento, quando uma dessas três funções lhe possa ser atribuída, de modo explícito, de conformidade com as enunciações legais pertinentes. É o que João Mendes estabelece, quando assevera que "instrumento é a forma especial, dotada de força orgânica para realizar, ou tornar exequível um ato jurídico" (*Direito judiciário brasileiro*, Rio de Janeiro, 1954, p. 184). É expressiva, nesse texto de João Mendes, a iteração da mesma idéia na definição de instrumento: "forma especial, dotada de força orgânica"; o que equivale a defini-lo como "forma especial, dotada de força instrumental", de vez que instrumento e órgão são meramente vocábulos diversos a exprimirem a mesma noção (conforme Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, Patavii, 1940, t. III, verb. organum, p. 518).

Nem sempre, na verdade, instrumento é o papel escrito e subscrito na forma da lei. "*Instrumentum voluntatis velut organum*" chamou-se já ao nuncio ou mensageiro, utilizado como meio de transmissão da vontade (conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2. ed., t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 323, n. 1, p. 313; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, t. III, Firenze, 1891, n.º 165, nota 1, p. 159 e 160). Ao papel havido como instrumento, a força instrumental advém-lhe das funções que lhe são atribuídas, semelhantes às do nuncio: as de meio a dar expressão à vontade e existência formal ao ato jurídico, ou dar-lhe fé, a este, de sua existência e conteúdo. Não se provam cabalmente com instrumentos, senão os atos ju-

rídicos. Quanto a fatos jurídicos, certo, o instrumento, constituído para prova de um ato jurídico, pode conter, enunciativamente, prova de fatos, alheios ao ato, ou com este indiretamente conexos, sem que se lhe reconheça, entretanto, a tal propósito, força orgânica ou instrumental. Essa, a regra do artigo 131, parágrafo único, do *Código Civil Brasileiro*: "não tendo relação direta... com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados do ônus de prová-las". Tal a regra, entre nós, indubiamente aplicável a todos os instrumentos, públicos ou particulares (E. Espínola, Dos Fatos jurídicos, *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, v. III, parte III, Rio de Janeiro, 1929, n.º 10, p. 119). Quanto aos fatos, alheios ao ato jurídico ou sem direta conexão com este, os instrumentos têm de tal sorte, a sua eficácia probante reduzida à de um começo de prova por escrito (E. Espínola, obra citada, v. III, parte III, n.º 45, p. 380), ficando, a tal respeito, equiparados a quaisquer escritos, ainda os de natureza puramente casual (E. Espínola, obra citada, v. III, parte III, n.º 45, p. 374).

O instrumento público, é essencialmente instrumento ou órgão de uma expressão de vontade, endereçada à criação de efeitos jurídicos, em juízo ou fora deste. A sua eficácia probatória não é simplesmente um dado formal, senão, e simultaneamente, um dado formal e causal. A certidão de instrumento particular, junto a autos judiciais (art. 139, *Código Civil*) evidentemente não o muda, àquele, em instrumento público, embora instrumento público seja a certidão do instrumento público (art. 139, *Código Civil*). Pontes de Miranda observou ao ensejo: "o princípio da mesmidade da prova, por certidão..., do instrumento público junto aos autos, é paralelo ao da mesmidade da prova... pela certidão..., do instrumento particular junto aos autos" (obra citada, t. III, § 350, n. 5, p. 435). Além da forma, requer-se, pois, ao instrumento, matéria ou causa material. São, essa causa, ou autos judiciais ou declarações de vontade, privada ou pública, mas extrajudiciais, endereçados, aqueles e estas, à criação de efeitos jurídicos. "*Causa materialis*, — advertia já Antônio Perez, — *causa materialis, circa quam versatur instrumentorum confectio, sunt actus omnes tam contentiosae... quam voluntariae jurisdictionis... etiam actus qui pendent a libera hominum voluntate*" (*Praelectiones in Duodecim Libres Codicis Justiniani*, ad. lib. IV. t. XXI, n.º 9, Opera Varia, Venetiis, 1738, t. I, p. 173). Daí, com relação aos atos extrajudiciais, o comentário do nosso Manuel Barbosa à ordenação do liv. I, tit. 78, § 7.º: "*tabellio nisi rogatus instrumentum conficere nequit*" (*Remissiones Doctorum in Librum Primum, Secundum et Tertium Ordinationum*, Ulyssipone Occidentali, 1732, p. 82). Têm os instrumentos, por conseguinte, não somente forma legalmente constituída, senão, também, matéria legalmente determinada, ou genérica ou especificamente. Nem de outro modo se explicaria qualquer divisão de competências, quanto à confecção de instrumentos públicos, e a conseqüente nulidade desses instrumentos, "quando versarem sobre algum ato jurídico que, pelo seu objeto ou natureza, não competir ao funcionário reduzir a instrumento" (Teixeira de Freitas, obra citada, t. I, art. 693, 4.º, p. 304; Giorgi, obra citada. t. I, Firenze, 1894, n.º 304, p. 337).

A legislação brasileira não prefixa, em enumeração consecutiva, as diferentes matérias, suscetíveis de se tornarem conteúdo de instrumentos públicos ou particulares.

O *Código Civil* inculca-os, à rubrica do capítulo IV, do livro III, título I, como 'forma' ou 'prova' dos atos jurídicos, definidos, no artigo 81, anteriormente, como abrangendo "todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos". Disposições especiais prescrevem o instrumento público como da substância do ato, (e.g., art. 133, 134), ou prescrevem como forma do ato, alternativamente, o instrumento público ou particular (e.g., art. 243). O *Código de Processo Civil*, à sua vez, dispõe acerca dos instrumentos públicos judiciais, enunciando-lhes requisitos extrínsecos (e.g. art. 14, 15, 17 e 18), ou especificando-lhes a matéria e requisitos extrínsecos em casos discriminados (e.g. art. 8º, 509, 890, §§ 1º e 2º). A legislação administrativa, de sua parte, define, individualizadamente, alguns instrumentos públicos, fixando-lhes a matéria e os requisitos extrínsecos. Assim, o *Regulamento Geral de Contabilidade Pública* (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922): "os contratos estipulados pela forma prescrita no presente *Regulamento* e registrados pelo Tribunal de Contas têm força de título autêntico para todos os efeitos legais, e então por isso sujeitos a todas as formalidades estabelecidas pelas leis gerais para os atos públicos" (art. 794). Mas, talvez, a tradução do texto europeu imitado; inequívoco, porém, o propósito.

Dessa sistematização legislativa, decorrem, como contraparte, os elencos enumerativos que, quanto aos instrumentos públicos, a tradição e a doutrina têm elaborado, tornando patente, por tal modo, a cogência da determinação legal, insita em nosso direito positivo, quanto à matéria dos 'instrumentos', especialmente dos instrumentos públicos. Entre outros, deram-se a esta tarefa: Moraes Carvalho, *Praxe forense*, Rio de Janeiro, 1850, t. II, § 462, p. 76 e 77; Teixeira de Freitas, obra citada, t. I, art. 688, p. 302; Ramalho, *Praxe brasileira*, São Paulo, 869, § 164, p. 251 e 252; Souza Pinto, *Primeiras linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1875, § 1153, p. 33 e 34; Paula Batista, *Teoria e prática do Processo Civil comentado*, t. I, Rio de Janeiro, 1921, ao art. 133, p. 379, t. II; Gusmão, *Processo Civil*, São Paulo, 1924, § CLXIII, p. 121; E. Espínola, obra citada, v. III, parte III, n. 15, p. 157).

A fim de constituir-se o instrumento público, será mister, conseqüentemente, que forma e matéria concorram a integrá-lo. A matéria há de ser, segundo o princípio geral, expresso pela lei civil e salva disposição específica, o ato jurídico, dilatado, por compreensão, de sorte a abranger o ato judicial. "Recorre-se ao direito privado, porque é de entender-se que o direito público e o direito privado, pertencendo ao mesmo sistema jurídico, são inspirados pelos mesmos temas e fins; Portanto, que o igual é tratado igualmente. É o que se passa em todos os compartimentos em que há vazios: o que é de um deles se comunica" (Pontes de Miranda, obra citada, t. I, Rio de Janeiro, 1954, § 21, n. 2, p. 72).

Sinal distintivo, quanto à forma do instrumento público, será o

emanar de autoridade pública, ou de pessoa com fé pública. Mas essa caracterização, *quod subjectum*, não será, por si só, decisiva. Além de ter autoridade pública ou pessoa com fé pública por sujeito (e dentro nos lindes da competência, a este, atribuída), o instrumento público há de ter a sua forma legalmente estabelecida. Se a lei silencia, quanto à forma, embora atribua competência, quanto ao sujeito, o escrito será documento público (art. 136, III, *Código Civil*); não será, porém, instrumento público. Johannes Voet assim definiu o instrumento público: "*publica instrumenta sunt, quas forma solenni a persona publica ... conscribuntur*" (*Comentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1775, t. I, ad lib. XXII, tit. IV, n. 3, p. 551). Forma solemne supõe disciplina legal, "que vai além do ofício de manifestar exteriormente a vontade" (E. Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, t. I, Bahia, 1908, p. 455); supõe disciplina legislativa da forma mesma como tal, de vez que "*solemnitates requisitae ... non pendent a voluntate privata*" (Cabedo, *Decisiones*, Antuerpiae, 1734, pars I, dec. 129, n. 4, p. 130); supõe, de conseguinte, normação jurídica, endereçada, não somente às partes, senão também ao confeccionador da forma, como se diz na Ordenação do liv. I, tit. 78, § 24: "e o tabelião que não cumprir todo o conteúdo desse regimento... perderá o ofício e pagará o dano e perda às partes" (conforme Mendes de Castro, *Pratica lusitana*, Conimbricae, 1680, t. II, lib. V, cap. I, n. 6, p. 252).

Não é possível, em tais termos, reconhecer-se a condição de instrumentos públicos às contas ou faturas de fornecimento de energia elétrica, extraídas e expedidas pela Comissão Estadual de Energia Elétrica, entidade autárquica criada pelo Estado do Rio Grande do Sul. De um lado, conquanto inquestionável, a nosso juízo, que a entidade autárquica tenha e exercite, em maior ou menor porção, autoridade pública, o nosso direito positivo não lhe concede, em princípio, quanto aos documentos que dela emanam, a condição de documentos públicos, senão, meramente, para os efeitos penais (art. 297, *Código Penal*). De outro lado, a legislação administrativa silencia acerca das formalidades que poderiam constituir esses escritos, contas ou faturas, em instrumentos públicos. Por fim, a Lei n.º 1.522, de 26 de dezembro de 1951, define, inequivocamente, a fatura, para o efeito de controle de preços, como escrito particular, simplesmente assinado "pelo vendedor ou fornecedor, ou pelo empregado" (art. 8.º), impondo-lhe, para aquele fim, requisitos indispensáveis (art. 8.º, parágrafo único), seja a matéria, a compra e venda mercantil privada, ou seja o fornecimento de serviço essencial (art. 8.º), ainda quando o serviço, de cujo fornecimento se cuida, se inclua entre os "explorados por concessão, autorização ou permissão pela União, Estados, Municípios ou entidades autárquicas" (art. 9.º, parágrafo único). Como escrito particular, de forma não legalmente regulada, inculca-a, igualmente, a Lei n.º 2.308, de 31 de agosto de 1954, concernente ao imposto único sobre energia elétrica (art. 4.º, § 3.º), sem quebraimento de uma tradição que, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, remonta ao Decreto n.º 15.996, de 31 de março de 1923, (art. 7.º).

Pela forma, que o nosso direito positivo lhe designa, a conta ou fatura é documento particular; ou, se expedida por pessoa adminis-

trativa, de natureza não-autárquica, salva disposição especial, documento público. Nunca, porém, instrumento público. Pela matéria, valeria se separassem a extração ou emissão da conta ou fatura e a expedição ou apresentação dela ao destinatário (Saleilles, *De la Déclaration de volonté*, Paris, 1929, n. 40, p. 147). O discripe, ainda que não excluísse a possibilidade da emissão debaixo da forma do instrumento público, excluiria, fora de dúvida, a necessidade dessa forma para eficácia do ato jurídico, somente realizável à chegada ou apresentação do escrito (conforme Pontes de Miranda, obra citada, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 223, n. 7, p. 411, t. II, § 223, n. 1, p. 403; t. I, Rio de Janeiro, 1954, § 32, n. 1, p. 95).

São, entre nós, serviços públicos de eletricidade:

a. a produção de energia elétrica, destinada a serviços públicos, ou de utilidade pública, ou ao comércio dessa mesma energia (arg. ex. art. 18 e 19, Decreto-lei n° 852, de 11 de novembro de 1938), ressalvada a produção de usinas termoelétricas, destinada a serviços de utilidade pública (art. 10 e 11, Decreto-lei n° 2281, de 5 de junho de 1940; conforme art. 170, *Código de Águas*);

b. o suprimento de energia elétrica a serviços públicos ou de utilidade pública (arg. ex. art. 2° e 4°, Decreto-lei n° 1345, de 14 de junho de 1939; art. 1°, Decreto-lei n° 3.796, de 5 de novembro de 1941);

c. o transporte ou transmissão e a distribuição da energia elétrica (arg. ex. art. 151, c, e, *Código de Águas*; art. 21, Decreto-lei n° 852, de 11 de novembro de 1938).

A duplicação de executores, quanto a serviços públicos conexos e a produção da C.E.E.E.; e distribuição: C.E.E.R.G. (a inversão das posições entre a administração pública e o particular) (este prestando o serviço ao público; e a administração pública a servir o particular, concessionário do serviço) são, no caso, a expressão presente de passados erros de nossa política econômica acerca da eletricidade, não despercebidos, e de há muito, aos nossos juristas (conforme J. X. Carvalho de Mendonça, *Os Problemas das sociedades anônimas*, São Paulo, 1931, p. 27 e 28).

As faturas, a que se refere o art. 298, XIV do *Código de Processo Civil*, manifestamente, são as que se refere também a Lei n° 187, de 15 de janeiro de 1936. O favor da ação executiva responde aos propósitos desta última lei, que representa "o ponto de encontro entre as tendências da legislação cambiária, em tornar obrigatório o uso da cambial. . . e o desenvolvimento do instituto da fatura" (Tullio Ascarelli, *Teoria geral dos títulos de crédito*, São Paulo, 1943, nota 6, p. 462).

Pode argüir-se, contra essa conclusão, que a ação executiva cabe, e caberia em consonância com a Lei n° 187, à duplicata, ou conta assinada, excluída a fatura. Duplicata e fatura nascem, porém, unidas (art. 1°, § 4°, Lei n° 187), como, unidos, nascem o conhecimento de depósito e o *warrant* (art. 15, Lei n° 1.102, de 21 de novembro de 1903). E, posto que o conhecimento de depósito, separadamente, confira tão-só "a faculdade de dispor da mercadoria,

salvo os direitos do credor, portador do *warrant*, e o *warrant*, sim, "o direito do penhor sobre a ... mercadoria" art. 18, § 2º, Lei nº 1.202), o *Código de Processo Civil* menciona-os conjuntamente também, ao atribuir ao portador do *warrant* o favor da ação executiva (art. 298, XV);

Tal é, de resto, acerca da fatura, ou conta assinada, a doutrina corrente (conforme J. M. Carvalho dos Santos, *Código de Processo Civil interpretado*, t. IV, Rio de Janeiro, 1940, n. 22, p. 220; Amorim Lima, *Código de Processo Civil Brasileiro comentado*, t. II, São Paulo, 1941, nº 60, p. 68; Machado Guimarães, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, Rio de Janeiro, 1942, n. 119 e 120, p. 122 e 123). Pontes de Miranda assim se exprime, a propósito: "É certo que o Reg. 737 falava, no art. 152, § 5º, de 'contas comerciais ou, não reclamadas, ou escritas, ou assinadas pelas partes contra as quais se produzem; mas o art. 152, § 5º, apenas pertencia ao capítulo sobre provas. Na parte sobre ação executiva, não se cogitara de tais contas; na parte sobre ação de dez dias, apenas de 'faturas e contas e gêneros vendidos em grosso, não reclamados no prazo legal, sendo assinadas pelas partes'. Seria errado entendermos que se deu ação executiva a tudo que toma forma gráfica de dever e haver, seguida da soma das respectivas parcelas e saldo" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, t. I, n. 52, p. 69).

A vista do exposto, passamos, pois a responder às questões formuladas: À primeira: não. À segunda: executa serviço público. À terceira: Não

Este é o nosso parecer, s.m.j.

## *Ato administrativo*

### — *executoriedade*

*Comentário* — "Atos executórios são os que independem de apreciação prévia do Poder Judiciário, para serem executados coercivamente contra o particular" (Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo brasileiro*, 2. ed., Porto Alegre, 1939, § 9, nº 5, p. 77; conforme Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1943, nº 222, p. 372). Não-executórios, ao revés, serão os atos administrativos, sujeitos, para serem executados coercivamente, à censura prévia do Poder Judiciário.

Inexata é, entre nós, a asserção da executoriedade como regra (conforme Alcides Cruz, *Direito administrativo brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1914, p. 40), com relação à generalidade dos atos administrativos. Nem mesmo quanto ao direito administrativo francês a asserção valeria: "... *la décision exécutoire n'est possible que lorsque la loi la prévoit*" (Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, nº 327, p. 177). Entre nós, princípio análogo vige: