

Atualidades

O DIREITO DA EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL¹

CÁSSIO MACHADO CAVALLI

I. O significado do direito da empresa para o ordenamento jurídico brasileiro. II. Origem histórica da teoria da empresa: II.A. Significado histórico do direito comercial e da dicotomia do direito privado; II.B. Crise da teoria dos atos de comércio; II.C. A empresa enquanto ato de comércio — Origem e evolução. III. A empresa, o empresário ou o estabelecimento?: III.A. Conceito econômico de empresa; III.B. Dificuldades de apropriação da noção econômica de empresa pelo direito; III.C. Perfis da empresa. IV. O empresário: IV.A. Estatuto do empresário; IV.B. O empresário e sua caracterização. V. O estabelecimento empresarial: V.A. Teorias acerca do estabelecimento; V.B. A alienação do estabelecimento. VI. Conclusão. Referência das obras consultadas.

I. O significado do direito da empresa para o ordenamento jurídico brasileiro

O novo Código Civil, em seu Livro II, cuidou “Do Direito de Empresa”, que abrange os arts. 966 a 1.196. Afora esses artigos, há diversas outras disposições do novo Código que, conquanto não se encontrem no Livro II, são atinentes à matéria, como, a título exemplificativo, os arts. 45, 48, 49, 50, 51, 82, III, 89, 90, 91, 927, parágrafo único, 931, 932, III, 933, 2.031, 2.033, 2.035, 2.037 e 2.045. Desse modo, mesmo sem mencionar-se a legislação esparsa, logo se percebe quão vasta é a maté-

ria de que se tratará, razão pela qual o presente ensaio ficará delimitado ao que concerne à teoria da empresa e sua significação no novo Código.

O art. 2.045 do novo Código Civil revogou expressamente a Primeira Parte do Código Comercial (Lei 556, de 25.6.1850), que abrangia os arts. 1º a 456, dedicados a regular (1) o comerciante e seus auxiliares (arts. 1º a 120); (2) os contratos e obrigações mercantis (arts. 121 a 286); e (3) as sociedades comerciais (arts. 287 a 353).

Assim, a um só tempo, o novo Código pôs fim à histórica dicotomia do direito privado, de forma a unificá-lo,² ao extinguir a

1. O presente ensaio foi entregue ao Prof. Dr. Eugênio Facchini, como trabalho de conclusão da cadeira “Direito Civil e Sociedade”, cursada em 2002 no curso de Mestrado em Direito da PUC/RS, e também, ao Sub-Comitê de Direito Civil do Comitê de Legislação da Câmara Americana de Comércio/RS (AmCham), em razão da entrada em vigor do novo Código Civil.

2. Rosario Nicolò (*Riflessioni sul Tema dell'Impresa*, pp. 409-410), ao falar da unificação legislativa do direito privado, afirma que “Esta inovação sistemática não pode ser considerada simplesmente como uma fórmula tecnicamente melhor para a disciplina da matéria, mas deve ser entendida, quais sejam as contingências e os motivos ocasionais que

noção de comerciante, a dualidade de tratamento das obrigações e de diversos tipos contratuais e, por fim, ao extinguir as sociedades comerciais. É a base sobre a qual se assentou tão expressiva guinada legislativa consiste na *teoria da empresa*.

A teoria da empresa tem sua origem ligada ao direito comercial. Assim, é comum a afirmação de que a teoria da empresa é uma extrapolação da teoria dos atos de comércio, pela qual a figura do *comerciante* teria sido substituída pela figura do *empresário*.³ A assertiva, em parte, é correta, tanto que o novo Código, em seu art. 2.037, determinou que, “Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis”. Mas, por outro lado, identificar-se o empresário como mero sucessor do comerciante é asserção que se revela impregnada de um

aparentemente podem parecer que a tenham determinado, como o sinal de uma efetiva superação consciente, em sede histórica, do processo dialético que levava a distinguir e a contrapor um direito comum a um direito especial da atividade comercial. O ordenamento jurídico da empresa nos seus aspectos, subjetivo e objetivo, instrumental e final, que compreende a grande parte da atividade econômica, não pode não estar hoje no centro de uma codificação que pretenda ser moderna, e considerar tal ordenamento como um direito especial seria indubitavelmente anacrônico e anti-histórico”.

3. Rubens Requião (*Curso de Direito Comercial*, v. I, 22ª ed., p. 66) afirma que “Não há dúvida que o *empresário comercial*, na linguagem do direito moderno, é o antigo *comerciante*”. Giuseppe Ferri (*Manuale di Diritto Commerciale*, 2ª ed., pp. 3-4) afirma que “No âmbito dos negócios jurídicos patrimoniais é possível individuar uma categoria de negócios que apresentam características próprias pelas quais se diferenciam do outros negócios patrimoniais e que formam categoria unitária, em consideração da identidade da função econômico-prática à qual respeitam: se trata dos negócios que, por meio da produção e da troca, dedicam-se à *predisposição dos bens ou dos serviços para o mercado em geral*. Esta categoria de negócios, agora por tradição plurissecular, assume a denominação de *negócios comerciais*, e, em consequência, *direito comercial*, vem denominado o complexo de normas jurídicas que especificamente o regulam”.

apego histórico injustificado que acaba por escamotear as profundas transformações ocorridas na estrutura socioeconômica e, por via de consequência, jurídica, do que decorre manifesto prejuízo para a compreensão do atual significado do direito da empresa. Com efeito, o direito comercial, guiado pelo avanço capitalista, criou novas realidades não explicadas juridicamente pelas categorias tradicionais do direito, pondo em destaque, assim, as transformações socioeconômicas, que foram apreendidas por diversos ramos do direito que, ao se desenvolverem, acabaram por colocar em xeque a própria existência do direito comercial.⁴

II. Origem histórica da teoria da empresa

II.A. Significado histórico do direito comercial e da dicotomia do direito privado

O direito comercial surge como decorrência do renascimento da atividade mercantil, por obra dos mercadores das praças de comércio italianas durante a Baixa Idade Média. Por isso, foi chamado de *ius mercatorum*, direito dos mercadores. “O direito mercantil é, em primeira análise, o sistema de normas reguladoras, na ordem privada, das relações humanas constituintes do comércio ou dele emergentes. Etimologicamente, o vocábulo, que as exprime, traduz o latino — *commercium*. Aglutinaram-se, para formá-lo, a preposição *cum*, a significar continuidade, concomitância de ação, e o substantivo *merx*, mercadoria, virtualha, comestível, gênero ou produto”.⁵

4. Cf. Tullio Ascarelli (“O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado”, *RDM* 114/252), “o conceito de empresário vincula-se, como lembrado, ao de comerciante do revogado Código de Comércio italiano, mas o seu relevo já não decorre da aplicação de um estatuto pessoal e à sujeição a um ordenamento particular, nem da aplicabilidade em geral de um ordenamento particular de atos cumpridos pelo sujeito, mas essencialmente da disciplina privatista de concorrência e da publicista da economia”.

5. Waldemar Martins Ferreira, *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, v. I, 2ª ed., p. 27.

Assim, o direito comercial historicamente surge e se afirma como um ramo *especial* do direito privado, destinado a regular a atuação daqueles que se dedicavam à atividade comercial, i.é, os *comerciantes*. Formou-se, então, o direito comercial como um direito especial, pois os comerciantes exerciam a atividade econômica que então dava seus primeiros passos⁶ e, portanto, reclamava normas jurídicas aptas a regulá-la, não encontradas no direito *comum*, composto de normas voltadas a regular a atividade que constituía a matriz econômica preponderante na época, a atividade *agrícola*, fortemente vinculada à terra e à propriedade imobiliária. Formava-se, assim, a *dicotomia* direito civil — direito comercial.

O direito comercial formou-se dos *usos e costumes* dos comerciantes. Por isso, chamaram-no direito *consuetudinário*. Os usos e costumes são leis que se faz com o tempo. Face à ausência do monopólio legislante por Estados nacionais, que ainda não se haviam formado, o direito comercial evoluiu de forma rápida e uniforme entre os povos.⁷ Para atenderem às suas necessidades, os comerciantes organizaram-se em corporações, as quais, por meio de *tribunais consulares*, resolviam conflitos havidos entre comerciantes mediante a aplicação de normas constituídas pelos usos e costumes mercantis, razão pela qual o direito comercial foi também conhecido como direito *consular* ou *estatutário*.

Nesse primeiro momento, contudo, as normas comerciais somente eram aplicadas àqueles que fossem *matriculados* na corporação. Por essa razão denominou-se esta fase do direito comercial de *fase subjetiva*, pois as normas de direito comercial eram aplicadas tão-somente aos *comerciantes*,

considerados como aqueles regularmente matriculados numa corporação. Assim, o âmbito de aplicação do direito comercial era bem delimitado pela (a) existência de normas especiais, surgidas dos usos e costumes (em contraposição às normas de direito comum, presas à tradição romano-canônica) e pela (b) existência de uma jurisdição especial para resolver conflitos havidos entre *determinados sujeitos*, os comerciantes (em contraposição à jurisdição comum, a que se submetiam os não-comerciantes).⁸

Em razão do aumento da importância econômica da atividade comercial — os comerciantes cada vez mais contratavam com não-comerciantes —, ampliou-se a abrangência da jurisdição consular, que passou a conhecer de causas que envolviam relações entre comerciantes e não-comerciantes. Essas relações foram chamadas de negócios *mistos*.⁹ “Veio disso a necessidade de determinar-se o que constituía a matéria de comércio, da competência exclusiva dos tribunais consulares, a fim de se ditarem normas excludentes dos conflitos de jurisdição”.¹⁰

Em decorrência da Revolução Francesa de 1789, os “costumes das corporações foram condenados pela Lei de 14-17 de junho de 1791 e todas as regras corporativas desapareceram”.¹¹ Foi a chamada Lei *Le Chapelier*. Poucos anos após, em 1807, foi promulgado o Código Comercial francês,

6. Paul Rehme (*História Universal del Derecho Mercantil*) afirmou que “Durante a Idade Média, os sujeitos da vida econômica, e em especial do comércio, eram entes sociais de volume muito mais reduzido do que no século XVII ou no XVIII”.

7. Waldemar Martins Ferreira, “Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial”, *Revista Forense* 158/35.

8. Para Tullio Ascarelli (“O desenvolvimento...”, cit., *RDM* 114/239), “O direito comercial distingue-se, então, do direito comum no que diz respeito às suas fontes, porque estas residem acima de tudo na autonomia corporativa e nos costumes dos comerciantes, direito esse, outrossim, não apenas a estes aplicável, mas por eles elaborado, com uma jurisdição especial que é a das corporações e das feiras, com uma autonomia corporativa comparável à das diversas classes sociais e fruto da autonomia de que estas gozam no direito medieval”.

9. Francesco Galgano, *Storia del Diritto Commerciale*, 2ª ed., p. 96.

10. Waldemar Martins Ferreira, “Elaboração...”, cit., *Revista Forense* 158/36.

11. Georges Ripert, *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*, pp. 26-27.

o qual, encerrando a fase subjetiva do direito comercial, inaugurou a sua denominada fase *objetiva*.

A jurisdição comercial foi mantida,¹² mas as normas de direito comercial passaram a ser aplicadas não mais àqueles regularmente matriculados numa corporação, mas àqueles que praticassem habitualmente *atos de comércio*, expressamente enumerados no art. 632 do Código napoleônico.

Ao longo do século XIX, diversos países seguiram o exemplo da codificação francesa, promulgando seus Códigos de Comércio, nos quais adotou-se a teoria dos atos de comércio de inspiração francesa.

O Brasil seguiu esse mesmo rumo ao estabelecer, no art. 4º do Código Comercial, de 1850, que “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”. O acento, aqui, colocava-se no efetivo exercício profissional da *mercancia*, a qual era definida no art. 19 do Regulamento 737, de 25.11.1850, que dispunha acerca da *competência da jurisdição comercial*:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º. A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou alugar seu uso;

§ 2º. As operações de câmbio, banco e corretagem;

§ 3º. As empresas de fábricas, de comissões de depósito, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos público;

§ 4º. Os seguros, fretamento, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ 5º. A armação e expedição de navios.

12. Giuseppe Ferri, *Manuale...*, cit., 2ª ed., p.

II.B. Crise da teoria dos atos de comércio

Em 9.10.1875, foi promulgado o Decreto 2.662, que autorizou o governo a “suprimir os Tribunais e Conservatorias do Comércio, e a organizar Juntas e Inspetorias comerciais”. No ano seguinte, foi promulgado o Decreto 6.385, de 30.11.1876, que firmou a competência dos juízes de direito para conhecer das causas comerciais. Ou seja, suprimiu-se a jurisdição comercial. “As causas comerciais passaram a ser julgadas pelos mesmos juízes e tribunais das causas civis, embora mantida a dualidade processual”¹³ Assim, “a noção de ato de comércio não é mais posta em função de uma questão de competência: o ato de comércio assumiu um relevo substancial diverso do processual”¹⁴.

Restava, assim, no Brasil, apenas a importância da noção de ato de comércio para (a) determinar-se qual a lei aplicável a determinado negócio e (b) determinar-se quem era comerciante e, portanto, sujeito aos direitos e deveres previstos pelas leis comerciais.

O conceito de ato de comércio, contudo, extravasava a noção econômica de comércio evidenciada na origem etimológica da palavra. A teoria dos atos de comércio, assim, não explicava novas formas negociais criadas pelos comerciantes, decorrentes da transição do capitalismo comercial ao capitalismo industrial.¹⁵ Os comerciantes passaram a exercer atividade de produção de bens, e se tornaram, assim, os *chefes da indústria*. Daí a afirmação corrente na doutrina de que a enumeração dos atos de comércio seria meramente *exemplificativa*, com o que se permitiria a aplicação

13. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Apontamentos de Direito Comercial*, p. 67.

14. Giuseppe Ferri, *Manuale...*, cit., 2ª ed., p. 7.

15. “A sociedade disciplinada pelo Código Napoleônico é ainda largamente fundada na propriedade agrária e nas rendas de capital, num capitalismo ainda prevalentemente comercial e numa indústria malsaiada da fase artesanal” (Tullio Ascarelli, “O desenvolvimento...”, cit., *RDM* 114/247).

do direito comercial a atos surgidos da prática negocial e não previstos pelo legislador.¹⁶ O Código de Comércio italiano, de 1882, p. ex., em seu art. 3º, n. 3, incluiu no conceito de comércio “a especulação imobiliária, atravessando uma fronteira que parecia intransponível”.¹⁷

Outra imperfeição da teoria dos atos de comércio consistia na ausência de explicação de porque determinados atos praticados por não-comerciantes eram reputados comerciais — e, portanto, sujeitos às normas do direito comercial —, sem que aqueles que os praticassem fossem reputados comerciantes.

Assim, a tarefa de delimitar o conceito de ato de comércio mostrou-se impossível,¹⁸ a ponto de Basílio Machado, sobre o ato de comércio, pontificar: “problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência”. O erro talvez consistisse no fato de não se perceber o que deveria ser percebido: a distinção não consistia na *espécie do ato*, se comercial (no sentido etimológico) ou não, mas no exercício de uma *atividade econômica*.¹⁹ Muitos tentaram obviar o impasse,

16. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Apontamentos...*, cit., pp. 54 e ss.

17. Tullio Ascarelli, *Panorama do Direito Comercial*, pp. 36 e 37. Nesse mesmo sentido, cf. Alfredo Rocco, *Princípios de Direito Comercial*, p. 174.

18. Cesare Vivante (*Tratado de Derecho Mercantil*, v. I, p. 21): “Até agora, nem a ciência nem a lei conseguiram distinguir com uma separação clara as relações jurídicas que devem regular-se com leis comerciais das que se submetem à disciplina das leis civis. Diria-se que a unidade essencial da vida econômica se rebela contra essa artificial separação”.

19. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. XV, 3ª ed., p. 407), quanto à extensão do conceito de empresa, que se apropriava do direito comercial, disse: “Quem quer a análise nas três espécies típicas (empresas industriais, empresas agrícolas, empresas comerciais) logo percebe quão artificial é hoje o direito comercial visto como ramo, à parte, do direito, a que se pretendeu e se pretende dar existência ao lado dos outros ramos do direito privado. A empresa é comercial, e não agrícola, ou industrial, somente porque o seu fim é a produção comercial. Isso não justifica que se trate como algo

criando estruturas artificiais de explicação da distinção civil e comercial²⁰ por meio de classificações como a (a) dos atos de comércio subjetivos e objetivos ou a (b) dos atos de comércio por natureza, por conexão e por imposição legal. Mas a tentativa, como a história mostrou, fez água e naufragou.

Em razão da imensa projeção dos comerciantes na sociedade da economia industrial, as normas do direito comercial foram também aplicadas aos denominados *negócios mistos*, e que, portanto, fossem aplicadas a praticamente todas as relações econômicas havidas em sociedade. Esse fenômeno foi descrito por Vivante, na introdução do seu *Trattato*, na qual ele afirmava que o campo de atuação do direito comercial “está quadruplicado, é a palavra justa, desde o momento em que sua disciplina se estendeu a qualquer que participe de um ato de índole comercial: o cidadão que se provê de alimento, de um medicamento, de um livro; que deposita no banco suas economias; que assegura um dote para sua filha; que contrata uma pensão para a velhice, está sempre regido pelo Código de Comércio; desde o nascimento até a tumba, passando pelo batismo, pela festa de bodas, pelas celebrações dos defuntos, é sempre o Código de Comércio que governa o ato da pessoa que contrata com uma empresa mercantil”.²¹

de heterogêneo em relação às outras espécies de empresa. O fato econômico é o mesmo”.

20. A talvez mais bem elaborada doutrina acerca do conceito de ato de comércio foi a construída por Alfredo Rocco, que distinguia os *atos comerciais por natureza intrínseca* dos *atos comerciais por conexão*. Aqueles conferiam a qualidade de comerciante a quem os praticasse; estes, não, pois eram apenas atos conexos ao comércio (cf. Alfredo Rocco, *Princípios...*, cit., pp. 218-219). Pois há atos que “são constitutivos da interposição, outros há que servem para a intermediação. Estes são atos em si mesmo economicamente neutros ou equívocos que podem servir os mais variados intuitos” (ob. cit., p. 219). Assim, ato de comércio é, no seu mais célebre conceito, “todo o ato que realiza ou facilita uma interposição na troca” (ob. cit., p. 223).

21. Cesare Vivante, *Tratado...*, cit., v. I, p. 28.

Certos atos, como se disse, eram tipicamente comerciais: somente poderiam ser praticados por quem exercesse atividade comercial, i.é., fosse comerciante (incluído, aqui, o comerciante *industrial*).

A duplicata, p. ex., só poderia ser sacada por comerciante, entendido como aquele que praticasse habitualmente atos de comércio, ou seja, exercesse atividade *comercial*. O acento, aqui, encontrava-se no adjetivo “comercial” e não no substantivo “atividade” — representada, esta, pela prática habitual de atos de fundo econômico com a finalidade de produzir riqueza. Na inércia da tradição histórica, percebia-se somente como atividade aquela que fosse *comercial*, sem que se atentasse às demais espécies de atividade econômica.²² Por isso, a atividade *agrária*, a atividade *imobiliária* ou a atividade de *prestação de serviços*, todas com origem em normas herdadas do direito romano, não eram reputadas comerciais.²³ Desse modo, aqueles que as praticassem não se beneficiavam de institutos exclusivos dos comerciantes. Isso perdurou até que referidas atividades não-comerciais ganhassem relevo socioeconômico tal que demandasse a adoção de soluções oferecidas para as atividades comerciais. O adjetivo “comercial” foi, gradativamente, perdendo relevo para o substantivo “atividade”.

Nesse percurso, diversas normas surgidas no âmbito do direito comercial foram sendo estendidas a pessoas que, (a) conquanto não fossem comerciantes em sentido estrito, eram reputadas comerciantes por lei, ou (b) não eram reconhecidas como comerciantes pelo ordenamento, pois exerciam atividade tida como civil, mas mesmo assim gozavam da proteção que as leis comerciais liberalizavam em favor dos comerciantes — em manifesta contrariedade,

portanto, com a letra do art. 4º do Código Comercial.

Assim, ajustam-se ao primeiro grupo, p. ex., a Lei 4.068/1962, que em seu art. 1º considerou como *comerciantes* as construtoras, para que estas pudessem sacar duplicatas. A Lei 6.404/1976 — Lei das Sociedades Anônimas —, por sua vez, dispõe em seu art. 2º, § 1º, que, qualquer que seja o objeto da companhia, ela é tida como *comerciante*.²⁴ O cacoete, nestes dois exemplos, consistia em visualizar-se mais a noção de *comércio* (espécie) do que de *atividade econômica* (gênero). No segundo grupo, encontram-se a Lei 4.591/1964, que, em seu art. 43, III, sujeitou as incorporadoras ao processo falimentar; a Lei 8.245/1991, que, em seu art. 51, § 4º, estendeu o direito à renovação compulsória do contrato de locação, até então instituto tipicamente comercial, às sociedades civis com fins lucrativos; e a Lei 5.474/1968 que, em seu art. 20, estendeu a faculdade de sacar duplicatas às “empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços”.

Com efeito, se por um lado o direito comercial ampliou seu âmbito de aplicação, por outro, os institutos de direito civil foram incorporando os princípios e institutos do direito comercial, fenômeno que ficou conhecido como *comercialização do direito civil*, caracterizado pela postergação dos institutos surgidos no direito civil por institutos mercantis.²⁵

24. O Decreto 8.821, de 30.12.1882, que regulamentou a Lei 3.150, de 4.11.1882, dispunha em seu art. 2º que “Podem ser objeto da sociedade anônima: todo gênero de comércio ou de indústria, as empresas agrícolas, e todos e quaisquer serviços de natureza comercial ou civil, uma vez que não sejam contrários à Lei, à moral e aos bons costumes” (Código Comercial, art. 287).

25. “A nova ordem econômica instaurada no rasto da *revolução industrial*, ao tempo em que vitalizava o *Direito Comercial*, estimulava a *ampliação* do seu âmbito de aplicação pela crescente prática por não-comerciantes de *atos* originariamente criados para o exercício do comércio. Prática que cada dia amiúda, entrando nos hábitos sociais o uso do

22. Para Tullio Ascarelli (*Panorama...*, cit., p. 46), o direito comercial constituía uma categoria histórica.

23. Tullio Ascarelli, *Panorama...*, cit., pp. 21 e ss.

Esse fenômeno ganhou relevo com o advento do que se convencionou chamar de *sociedade pós-industrial*, na qual o percentual de riqueza gerado pelo setor de serviços é superior àquele gerado pela indústria. Nos Estados Unidos, conforme noticiou Galgano,²⁶ essa modificação ocorreu em 1956, na Itália, em 1982 e, no Brasil, conforme registrou Timm,²⁷ a guinada para a sociedade pós-industrial ocorreu na transição da década de 1980 para a de 1990.

Assim, tal qual ocorreu a transição do capitalismo comercial para o industrial, recentemente ocorreu a transição deste para o capitalismo pós-industrial, o que caracteriza a sociedade atual como uma *sociedade de serviços*. Estes, inicialmente vinculados à tradição romana da locação de serviços, foram aos poucos tomando conta da realidade econômica e, por consequência, do direito comercial.

Por outro lado, o direito comercial, notadamente na segunda metade do século XX, foi perdendo espaço como direito obrigacional especial para outro ramo do

direito que surgia — o direito do consumidor. Vivante,²⁸ já no final do século XIX, ao propor a unificação do direito privado, trazia como um de seus mais importantes argumentos a necessidade de criar-se um direito uniforme para regular as relações entre comerciantes e consumidores, por estarem, estes últimos, em situação sobremodo vulnerável nas relações que entreteciam com os negociantes. Esse mesmo argumento acabou por fundamentar a criação de um novo ramo especializado do direito obrigacional, que é o direito do consumidor.

II.C. A empresa enquanto ato de comércio — Origem e evolução

Curiosamente a noção de empresa, que acabou por fulminar o direito comercial como direito especial e autônomo, surgiu no Código Comercial francês,²⁹ em que se afirmava a teoria dos atos de comércio. É que o art. 632 do Código francês, ao enumerar os atos de comércio, fez menção às *entreprises*, aos empreendimentos. A doutrina, ao tentar explicar a empresa enquanto ato, percebeu que ela não era ato, mas um conjunto de atos coordenados, ou seja, uma atividade.³⁰ O art. 19 do Regulamento 737, de 1850, tradução quase literal do art. 632 do Código Comercial francês, dispu-

cheque, a emissão da promissória, a compra e venda de ações e outros valores mobiliários, a alienação fiduciária em garantia e tantos outros atos dantes próprios dos negociantes. A nova ordem econômica exigia, por outro lado, a libertação do subjetivismo que, historicamente, fazia do *Direito Comercial* um direito especial de uma categoria de pessoas, para que se desenvolvesse o processo de *objetivação* de seus princípios e normas e viesse a se relacionar com o Direito Civil em outras bases” (Orlando Gomes, “A comercialização do direito civil”, in *Direito Econômico*, p. 62). Cf. tb. Francesco Galgano, *Storia...*, cit., 2ª ed., pp. 96-97.

26. Francesco Galgano, “Il rapporti di scambio nella società post-industriale”, in *Il Diritto Privato Futuro*, p. 61.

27. Luciano Benetti Timm, *A Prestação de Serviços — Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., p. 15, nota 1. Registra o autor que, segundo o Relatório do Projeto RS 2010, de maio de 1997, elaborado pela Secretaria da Coordenação e Planejamento do Estado do Rio Grande do Sul e pela Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, que, em 1985, os serviços correspondiam a 46,61% do PIB brasileiro. Em 1990, a 53,09% e, em 1995, a 57,20%. O setor industrial, por sua vez, em 1985, correspondia a 42,27%; e, em 1995, a apenas 31,44%.

28. Cesare Vivante, *Tratado...*, cit., v. I, pp. 32 e ss. O comercialista peninsular chegou, inclusive, a propor mecanismos coletivos de controle dos contratos, tal qual ocorre hoje em dia no direito do consumidor.

29. Francesco Galgano, *Storia...*, cit., p. 165.

30. “Embora havendo um claro precedente na noção de comerciante, elaborado nos sistemas de direito comercial de tipo objetivo, o conceito de ‘atividade’ se apresenta como novo em relação às nossas habituais categorias jurídicas que se referem, ao contrário, ao ato” (Tullio Ascarelli, “O desenvolvimento...”, cit., *RDM* 114/251). Waldemar Ferreira (“Elaboração...”, cit., *Revista Forense* 158/37) noticiou crítica formulada por Albert Wahl quanto ao emprego da palavra *entreprise* pelo Código francês, pois, ou o legislador teria utilizado a palavra *empresa* sem ter percebido que ela não possui o mesmo significado que *acte*, ou ele teria confundido o comerciante com o indivíduo que pratica um ato de comércio.

nha em seu § 3º que “as *empresas* de fábricas, de comissões de depósito, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos público” reputavam-se mercancia, com o que aludia-se, pela vez primeira, a certas *atividades* como sendo comerciais.

Nesse mesmo rumo seguiu o art. 3º do Código Comercial italiano, de 1882, que reputava atos de comércio diversas espécies de *empresas*.

Foi assim que surgiu a noção de *empresa* para o direito, antes mesmo que a economia, e quiçá a própria ciência jurídica, tivesse percebido o fenômeno.³¹

Desse modo, a noção de empresa foi, num primeiro momento, visualizada pela doutrina pelo prisma dos atos de comércio.³² Assim, empresa seria um ato de comércio, tal qual o ato de intermediação na circulação de bens móveis consistente na compra para a revenda. Aquele que praticasse profissionalmente tais atos de intermediação na troca seria reputado comerciante, tal qual aquele que exercesse habitualmente *empresa* também seria reputado *comerciante*. Assim, o suporte fático da figura do *comerciante* continha *elementos econômicos* como, p. ex., (a) a interposição na troca de coisas móveis ou (b) a organização dos fatores de produção, ou seja, o exercício de empresa. É por essa razão que alguns comercialistas de países que pos-

suíam códigos de inspiração francesa identificaram o conteúdo jurídico com o conteúdo econômico da empresa. Para Vivante, p. ex., a “empresa é um organismo econômico que, por seu próprio risco, recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca. A *combinação* de vários fatores, natureza, capital, trabalho, que associando-se produzem resultados impossíveis de conseguir se atuassem separados, e o *risco* que o empresário assume ao produzir uma nova riqueza, são os dois requisitos indispensáveis a toda empresa”.³³ “O direito mercantil faz seu este conceito econômico de empresa”.³⁴ Contudo, para Vivante, não era toda empresa (no sentido econômico) que qualificava alguém como comerciante, mas somente aquelas espécies de empresa previstas no Código de Comércio.³⁵

Contestando a opinião de Vivante erigiu-se a crítica de Rocco,³⁶ que sustentou

33. Cesare Vivante, *Tratado...*, cit., v. I, p. 131.

34. Idem, p. 131.

35. Cesare Vivante (*Tratado...*, cit., v. I, p. 130) afirmou que “Duas condições são necessárias para que os negócios compreendidos neste grupo adquiram o caráter comercial: uma, geral, que devem ser verificados por uma *empresa*; outra, especial, que a empresa deve pertencer por seu *objeto* a um dos números especificados no art. 3 sob o nome de *empresas*. É necessário apoiar-se em ambos requisitos para interpretar a lei e para estendê-la”.

36. Ao que parece, Rocco, buscando identificar um traço comum a todos os atos de comércio, não atentou para o fato de que Vivante restringiu a noção de empresa às espécies que tivessem como objeto um daqueles previstos no Código de Comércio italiano. Esse lapso de atenção de Rocco, ao que parece, contribuiu para que grande parte da doutrina acerca dos *atos de comércio* interpretasse equivocadamente Vivante, como se ele tivesse simplesmente equiparado a *noção jurídica de empresa à noção econômica de empresa*, pela simples afirmação de Vivante, tomada isoladamente e transcrita por Rocco em seu *Princípios*, segundo a qual “O direito mercantil faz seu o conceito econômico de empresa” (Cesare Vivante, *Tratado...*, cit., v. I, p. 130). Assim, face à imensa projeção de Vivante perante os comercialistas de todo o mundo da *civil law*, muitos tomaram a assertiva como absoluta, e até hoje — de há muito ultrapassada a questão dos atos de comércio, que inspirou a assertiva do professor de Roma —, muitos a repetem.

31. Francesco Galgano (*Storia...*, cit., p. 165) afirma que “O conceito de empresa é estranho à tradição mais antiga do direito comercial: as fontes intermédias empregam noções como aquelas de *artificium, mercantia, negotiatio* e assim por diante. E, todavia, o conceito jurídico de empresa é mais antigo de quanto comumente se crê: entra no mundo das categorias jurídicas no início do século passado, antes que a ciência econômica houvesse elaborado o próprio conceito de empresa”.

32. Francesco Galgano (*Storia...*, cit., p. 166) afirma que “Neste primitivo conceito de empresa, restritivo e subordinado a um próximo conceito de ‘ato de comércio’, se reflete por um lado o estágio da economia ainda definível como ‘capitalismo comercial’, no qual é o comércio, e não a indústria, o fator propulsor do desenvolvimento econômico”.

que o conceito econômico de empresa supera em extensão o seu conceito jurídico, pois “a) o elemento econômico da empresa encontra-se, não só nos atos qualificados de empresa pelo Código, mas em todos os atos de comércio constitutivos. Assim, acha-se na compra para revenda e sucessivas revendas, isto é, acha-se no comércio propriamente dito, porque o comércio é também um ramo da produção econômica e toda produção comercial implica uma organização dos vários fatores de produção, destinada a produzir e a produzir para o mercado em geral; donde há que concluir que a simples compra para a revenda e as sucessivas revendas, o comércio enfim, são uma *empresa* não só no sentido mais lato, como no mais restrito”.³⁷ Ademais, sustentava Rocco que “um elemento comum a todos os atos de comércio não pode ser tomado como critério distintivo de uma só e única categoria deles. O caráter de empresa no sentido econômico não pode ser aquela *diferença específica* que distingue as ‘empresas’ do Código de todos os outros atos de comércio. Além de que: b) há *empresas* no sentido econômico que não são *empresas*, segundo o Código”.³⁸

Assim, seguiu a autor na busca de um elemento comum a todos os atos de comércio, dentre os quais encontrava-se a *empresa*. “O direito tem necessidade de critérios de delimitação e de classificações precisas e, se se admite que nem todas as empresas no sentido econômico são empresas no sentido jurídico, torna-se necessário então achar um critério de distinção preciso, que não pode deixar de ser qualitativo, deixando assim de ser suficiente esse critério indeterminado que nos fornece a distinção da ciência econômica”.³⁹ Desse modo, afirmou que a *empresa* seria um “ato de interposição na troca do trabalho”.⁴⁰

Percebe-se que as teses sustentadas por esses dois grandes juristas cada vez mais os afastavam da tormentosa conceituação dos atos que configuram o *commercium* rumo à incômoda noção da organização dos elementos necessários (Vivante), consistente na intermediação na troca do trabalho (Rocco), para obter-se um produto destinado ao mercado.

Estavam, assim, abertas portas para a construção da teoria da empresa, pois o direito comercial começava a se desenlear do conceito econômico do comércio de mercadorias para adotar outro mais amplo, que se impunha em razão da crescente industrialização da sociedade da época.

Assim, a noção de empresa é subordinada à de comerciante enquanto se está na fase do capitalismo comercial: o seu direito, dos atos de comércio, como que sua sombra, lhe acompanhava aonde fosse. É assim que o conceito de empresa ingressa no mundo jurídico como uma categoria da troca, com o significado de atividade de intermediação ou especulação sobre o trabalho.⁴¹ Contudo, a partir do momento em que o comerciante passa a se apropriar dos meios de produção, dá-se o ingresso na fase do capitalismo industrial e, então, a figura do comerciante entra em declínio e se obscurece, passando ao primeiro plano a figura do empresário, reconhecida pelo *Codice* de 1942, em seu art. 2.082.

Do cotejo da teoria dos atos de comércio e com a teoria da empresa extrai-se a seguinte conclusão preliminar: (a) enquanto dominante a teoria dos atos de comércio, criticava-se a sua insuficiência para delimitar o campo de aplicação do direito comercial, tendo em vista que ele abarcava situações que excediam a noção econômica de comércio. Havia uma visível dificuldade em dizer-se o que efetivamente era comércio para o direito e quem era comerciante; mas, (b) com a adoção da teoria da

37. Alfredo Rocco, *Princípios...*, cit., p. 178.

38. Idem, p. 179.

39. Idem, p. 180.

40. Idem, p. 222.

41. Francesco Galgano, *Storia...*, cit., p. 166.

empresa, inverteu-se a situação. É que se pôs em destaque a noção de exercício de atividade econômica organizada tendente à produção ou circulação de bens ou serviços. Assim, a dificuldade consiste no fato de que a noção econômica de empresa excede, em muito, a noção jurídica de empresa, tendo em vista que certas atividades econômicas organizadas não são consideradas empresas pelo direito.⁴² Pode-se assim concluir que, hoje, há dificuldade em afirmar-se, para o direito, o que *não é* empresa e, portanto, quem *não é* empresário.

O conceito de empresa *tout court*, desacompanhado de qualquer adjetivo — como, p. ex., empresa *comercial, industrial, agrária ou de serviços* —, acaba por englobar todos os setores da atividade econômica.⁴³

III. A empresa, o empresário ou o estabelecimento?⁴⁴

III.A. Conceito econômico de empresa

Em economia, “empresa é uma unidade econômica que produz e emprega resul-

42. Cf., p. ex., o parágrafo único do art. 966 do Código Civil, que estabelece que “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

43. “O conceito de empresa acolhido pelo Código é aquele da *Carta del Lavoro*, não ligado a setores particulares da economia, porém abrangendo cada forma de atividade produtiva organizada; agrícola, industrial, comercial, creditícia; nem ligado a especiais dimensões quantitativas, porém envolvendo a grande e média empresa, assim como a pequena empresa do cultivador direto do fundo, do artesanato, do pequeno comerciante, salvo, para a pequena empresa as particularidades do seu estatuto” (Alberto Asquini, “Perfis da empresa”, *RDM* 104/113).

44. Sobre as possíveis significações de empresa na análise histórico-comparatística, advertiu Menezes Cordeiro que “cumpre distinguir a tradição germânica da tradição latina. A primeira tomou a empresa como uma realidade objectiva, capaz de substituir a ideia de estabelecimento. Ela seria objecto de negócios podendo mesmo, no limite, abarcar as próprias sociedades, tornando-se num sujeito de di-

tados destinados à cobertura de necessidades alheias, respeitando a economicidade e o equilíbrio financeiro”.⁴⁵

De acordo com Vivante, para a economia, a empresa “é um organismo econômico que, por seu próprio risco, recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca”.⁴⁶

Para Asquini, que escreveu sobre o assunto na época do fascismo corporativista

reitos. A segunda partiu da empresa como uma actividade comercial: ela seria o produto da actuação e das intenções dos comerciantes. Nesta vertente, a empresa iria absorver a ideia de ‘acto de comércio’” (Antônio Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, I v., p. 209). A advertência é relevante, pois, sobre o assunto foram vertidos rios de tinta, em que cada autor apresenta-se como “um chefe de escola” (Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*, p. 100).

45. Verbete “Empresa”, *Dicionário de Ética Econômica*, ed. Georges Enderle *et al.*, trad. Benno Dischinger *et al.*, p. 242: “Esta definição de empresa destaca uma consideração econômico-empresarial que, de um lado, parte do fato de que empresas surgem em todos os ordenamentos econômicos, já que a produção e o emprego de resultados são necessários em cada sistema econômico, e de que a combinação de fatores de produção se realiza segundo o princípio da economicidade (cf. Braun). Nesta definição também se tornam claras certas características, que especificam a empresa como unidade técnica, social, organizacional e econômica. Pois o processo de produção e emprego de resultados se origina através da aplicação de técnicas, em que o equipamento com técnicas de produção e informação está em primeiro plano. O equipamento técnico, entretanto, é apenas um fator de produção; ele é combinado com pessoas, em que se aspira a uma ação finalística direcionada para necessidades humanas. O êxito de uma continuada ação finalística, em todo o caso, só estaria assegurado, se, através da organização, as comunidades humanas de trabalho fossem orientadas para a satisfação de funções duradouras. Aí domina o respeito à economicidade, a saber, que, p. ex., com um dado emprego de meios, se pretenda a obtenção maior possível de um fim (cf. Grochla). Essas características da empresa deixam claro que, com o processo antes técnico-organizacional de produção e emprego de resultados, estão relacionadas pretensões de visão social e econômica que podem ser complementares ou conflitivas e que, na instituição criadora de valores com interesses pluralísticos, chamada empresa, devem ser direcionadas para o equilíbrio”.

46. Cesare Vivante, *Tratado...*, cit., v. I, p. 131.

italiano,⁴⁷ empresa, em economia, seria “toda organização de trabalho e de capital tendo como fim a produção de bens ou serviços para troca”.⁴⁸

III.B. Dificuldades de apropriação da noção econômica de empresa pelo direito

A empresa é, fundamentalmente, *atividade organizada*. Assim, foi associada à figura subjetiva daquele que a exerce, primeiramente à figura do comerciante, por força da teoria dos atos de comércio, e, atualmente, ao empresário. No entanto, a empresa, enquanto *conjunto dos fatores de produção organizados* para o exercício de uma atividade, havia despertado a atenção dos juristas para uma outra relevante acepção jurídica da empresa: a de *estabelecimento comercial*.

Na Alemanha, a empresa foi estudada no ano de 1867 pelo comercialista Wilhelm Endemann, que a denominava *Geschäft* (negócio),⁴⁹ a qual seria caracterizada, inicialmente, pela finalidade de conferir lucro ao seu proprietário mediante o aumento da produção. Contudo, em razão da noção de organização, percebeu-se que o *negócio* possuía vida própria,⁵⁰ pois o seu proprietário, muitas vezes, figurava apenas como “a cabeça ou a alma do negócio”,⁵¹ isso quando o *negócio* não prescindisse do seu dono, funcionando por si. Assim, afirmou-se que, por possuir características próprias, o estabelecimento se dissociaria de seu proprietário, pois os “auxiliares dedicam suas forças de trabalho ao *negócio*”. O estabelecimento seria, então, um orga-

nismo, distinto das pessoas que lhe deram origem.⁵² “Estariam abertas as portas à subjectividade jurídica, funcionando os auxiliares como órgãos. Estava lançado o repto: é evidente que a empresa, assim entendida, tenderia a ocupar o lugar de personalidade coletiva ou, pelo menos, duma ‘personalidade comercial’”.⁵³

Essa tendência deve-se, em parte, ao fato de ser a empresa uma organização dos *fatores da produção*, entre os quais se encontra o *trabalho*. A noção de trabalho é composta pela noção de relação jurídica de trabalho. E relação jurídica pressupõe sujeitos. Despontou, assim, a tendência a personalizar-se o estabelecimento, pois, sendo ele composto por vínculos de jurídicos, deve figurar num dos pólos de relações jurídicas. A empresa, então, entendida como estabelecimento, seria um *quase-sujeito* de direito, dotada de uma *quase-personalidade*⁵⁴ independente do empresário.⁵⁵

O paroxismo dessa doutrina ocorreu na Alemanha, quase um século após, com a idéia da “empresa em si” (*Unternehmen an sich*). “Na verdade, a empresa, a ser jussubjectivada, ofereceria, aos juristas, o que a personalidade (normalmente) colectiva já dava, menos o seu nível significativo-ideológico. Havia, pois, que reforçar indirectamente o poder figurativo e conformador da empresa, o que seria tentado através da doutrina, algo sibilina, do *Unternehmen an sich*: a empresa valeria por si”.⁵⁶

Sobejaram críticas às doutrinas que buscavam subjetivar o estabelecimento,

52. Idem, *ibidem*.

53. Idem, *ibidem*.

54. Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato...*, cit., p. 112.

55. “É notório que não faltam doutrinas tendentes à personificação do tal patrimônio especial tendentes a nele identificar ‘a empresa’ como sujeito de direito (pessoa jurídica) distinto do empresário. Mas esta tendência não foi acolhida nem no nosso, nem em outros ordenamentos jurídicos” (Alberto Asquini, “Perfis...”, cit., *RDM* 104/118).

56. António Menezes Cordeiro, *Manual...*, cit., I v., p. 211.

47. É interessante notar que as obras de economia citadas por Asquini são: *Lezioni di Economia Politica e Corporativa*, de Papi; *Economia Politica Corporativa*, de Vito; e *Economia Politica Corporativa*, de De Francisci.

48. Alberto Asquini, “Perfis...”, cit., *RDM* 104/110.

49. António Menezes Cordeiro, *Manual...*, cit., I v., p. 209.

50. Idem, pp. 209-210.

51. Idem, *ibidem*.

pois um *objeto* não pode ser ao mesmo tempo *sujeito* de direito.⁵⁷

Assim, tentou-se outra vez, agora mediante “uma inflexão na ideia de empresa. Em vez de se elaborar uma doutrina que tornaria a ‘empresa’ concorrente da personalidade colectiva, optou-se por aprofundar a sua capacidade para constituir um objeto (unitário) de negócios e de outras vicissitudes jurídicas”.⁵⁸ A empresa, entendida como estabelecimento, poderia ser alienada. Por essa razão surge a necessidade de serem criadas normas para reger esse conjunto de bens afetados ao exercício de determinada atividade — o estabelecimento —, e sua alienação, pois sua transferência repentina (a retirava dos credores do alienante, cujo crédito havia surgido em razão das necessidades do estabelecimento, sua garantia, consistente naqueles bens utilizados pelo empresário para o exercício da atividade; (b) como meio de tutelar seu adquirente, o qual muitas vezes assumia o passivo referente ao estabelecimento em verdade muito superior àquele registrado na escrituração; e (c) como meio de tutelar o próprio alienante do estabelecimento, pois a garantia do seu crédito, muitas vezes, resultava no próprio estabelecimento alienado, o qual poderia ser facilmente alienado pelo adquirente.⁵⁹

Paralelamente, porém, percebeu-se que o estabelecimento era composto por determinado conjunto de bens organizados de forma a atrair e manter a clientela. Assim, a proteção do estabelecimento, mediante a proteção individual dos bens que o conformavam, diria respeito à tutela contra a concorrência desleal e à defesa do consumidor.⁶⁰

57. “É manifestamente demais: o fenômeno deve ser reduzido a dimensões mais apropriadas” (Antônio Menezes *Manual...*, cit., I v., p. 208, cf. Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato...*, cit., p. 112).

58. Antônio Menezes Cordeiro, *Manual...*, cit., I v., p. 210.

59. Jorge O. Zunino, *Fondo de Comercio: Régimen Legal de su Transferência*, p. 4.

60. Tullio Ascarelli, “O desenvolvimento...”, cit., *RDM* 114/237-252. E, do mesmo autor, *Panorama...*, cit., pp. 187-213.

Assim, “a ‘empresa’ pareceria querer abarcar a própria ideia de comerciante, incluindo o singular (a ‘empresa individual’) e, em simultâneo, a de estabelecimento ou unidade produtiva”.⁶¹ Isso porque as características gerais do conceito *econômico* de empresa, em qualquer de suas variações, não permite o seu enquadramento nas tradicionais categorias jurídicas de *res* ou *persona*. Daí a dificuldade em construir-se o conceito *jurídico* de empresa. Para uns, em direito, ela assumiria as matizes de um *objeto*; para outros, de um *sujeito*.⁶²

III.C. Perfis da empresa

Nesse vaivém acerca da concepção jurídica da empresa, sobreveio a voz pacificadora de Asquini, que demonstrou ser a empresa encarada pelo direito como um “fenômeno poliédrico, o qual tem, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”.⁶³ Assim, conquanto os autores do Código Civil italiano tenham lançado mão de uma técnica legislativa denominada “*metodo dell’economia*”, segundo a qual “as formas jurídicas devem corresponder à substância econômica dos fenômenos regulados pelo direito”,⁶⁴ não se pode afirmar que “a noção econômica de empresa seja imediatamente utilizável como noção jurídica”.⁶⁵

61. Antônio Menezes Cordeiro, *Manual...*, cit., I v., p. 208.

62. “Os autores nem sempre se dão conta das duas acepções do conceito de empresa, que revelam problemáticas distintas e atendem a estágios diversos do desenvolvimento desse conceito. A empresa é um tipo de organização, cuja conceituação jurídica leva em conta muitas notas, mas não todas, do conceito econômico de empresa. O primeiro dos dois conceitos é o da empresa como objeto do direito; outro, é o da empresa como sujeito de direito” (Clóvis do Couto e Silva, “Conceito de empresa no direito brasileiro”, *AJURIS* 37/43).

63. Alberto Asquini, “Perfis...”, cit., *RDM* 104/109.

64. Francesco Galgano, *Storia...*, cit., pp. 169-170.

65. Alberto Asquini, “Perfis...”, cit., *RDM* 104/113.

O conceito econômico de empresa, então, se desdobraria nos conceitos jurídicos de *empresário* (sujeito), *atividade* (fato), e *estabelecimento* (coisa).⁶⁶

Assim, o *empresário* é o agente (pessoa, portanto) que exerce *atividade* por meio da *organização* dos fatores de produção. A *atividade* é o conjunto de atos praticados pelo *empresário* para a consecução de um *fim* determinado. Conforme se demonstrará, a atividade e o fim não consistem em qualquer espécie, mas em *atividades próprias de empresário com fins próprios de empresário*. E o estabelecimento é o *conjunto de bens* organizado e utilizado pelo empresário para atingir um fim por meio do exercício da atividade; ou seja, não é o estabelecimento composto por todos os bens que integram o patrimônio do empresário, mas somente por aqueles bens organizados e utilizados para o exercício de uma atividade orientada para um fim.

Waldemar Ferreira, em sua obra *Instituições de Direito Comercial*, para explicar os três perfis da empresa, descreveu figura geométrica composta por três círculos concêntricos, nos quais tem-se, “partindo do centro para a periferia, o estabelecimento, circunscrito pela empresa, e esta pela pessoa natural ou jurídica, mercê de cuja vontade aqueles instituem e movimentam-se”.⁶⁷

Desse modo, a codificação italiana (art. 2.082), tal qual a brasileira (art. 966), obviou o impasse, ao conceituar o empresário — e não a *empresa* —, como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, e o *estabelecimento* como o conjunto de bens organizado e utilizado pelo empresário para

o exercício de sua atividade (Código Civil italiano, art. 2.555; Código Civil brasileiro, art. 1.142).

O Código brasileiro, contudo, não adotou terminologia uniforme para referir-se a cada um dos perfis da empresa.

A empresa, em seu perfil subjetivo, é o *empresário individual*, pessoa natural, ou a *sociedade empresária*, pessoa jurídica, que exerce atividade econômica organizada própria de empresário. No entanto, para referir-se à *pessoa natural* que individualmente exerce atividade empresarial, o Código utiliza três expressões distintas: (a) *empresário* (cf. arts. 226, 967, 968 e § 1º, 969, 970, 971, 972, 973, 975, 978, 979, 980, 1.142, 1.144, 1.150, 1.152, § 1º, 1.156, 1.163 e parágrafo único, 1.166, 1.179 e § 2º, 1.181, parágrafo único, 1.184, § 2º, 1.185, 1.187, parágrafo único, III, 1.190, 1.191, § 1º, 1.194, 1.195, 2.031 e 2.037); (b) *empresário individual* (cf. art. 931); e (c) *empresa* (cf. arts. 1.178 e 1.188).

Para referir-se à *pessoa jurídica* que exerce atividade empresarial, o Código utiliza as expressões (a) *sociedade empresária* (cf. arts. 983, 984, 1.142, 1.144, 1.150, 1.179, 1.181, parágrafo único, 1.184, § 2º, 1.185, 1.190, 1.191, § 1º, 1.194 e 2.037); (b) *sociedade* (cf. arts. 226, 1.187, parágrafo único, III e 1.195); e (c) *empresa* (cf. arts. 931, 1.178, 1.187, II, 1.188 e 1.504).

Na terminologia do Código, então, a expressão *empresa* é utilizada para designar ora o *empresário individual* e ora a *sociedade empresária*.

Ao referir-se à *atividade empresária*, o Código utiliza a expressão (a) *empresa* (cf. arts. 974, e §§ 1º e 2º, 1.185, 1.142, 1.155, 1.172 e 1.184). Utiliza, também, as expressões (b) *atividade* (cf. arts. 966, 967, 972, 973, 975, 982, 1.136, 1.168, 1.187, 1.194), ou (c) *atividade negocial* (cf. art. 628).

E no que respeita ao perfil objetivo da empresa, o estabelecimento, o Código utiliza somente a expressão *estabelecimento* (cf. arts. 75, § 1º, 164, 969, parágrafo úni-

66. Asquini, influenciado pelos ideais fascistas de sua época, acrescentou a estes três perfis um quarto: o perfil corporativo ou institucional, relacionado à empresa como uma unidade de produção de riquezas da qual participam os trabalhadores (Asquini, “Perfis...”, cit., RDM 104/122-125).

67. Waldemar Martins Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, v. I, p. 41.

co, 1.134, 1.142, 1.143, 1.144, 1.145, 1.146, 1.147 e parágrafo único, 1.148, 1.149, 1.164, parágrafo único, 1.178 e parágrafo único, 1.184, § 1º, 1.187, parágrafo único, III, 1.268, 1.467, I). Ademais, o Código Civil freqüentemente refere-se aos estabelecimentos secundários como sendo sucursais, filiais e agências (cf. arts. 969, 1.000, 1.136, § 2º, II e 1.172). Contudo, não informa qual a distinção que há entre estes conceitos, razão pela qual permanece válido o escólio de Waldemar Ferreira, segundo o qual: “Nem doutrinária, nem legislativamente, existe diferença conceitual que os extreme”.⁶⁸

IV. O empresário

IV.A. Estatuto do empresário

Com a unificação do direito privado operada pelo Código, não há mais em nosso ordenamento a presença do conceito de ato de comércio, utilizado para (a) determinar quem era comerciante e, portanto, sujeito às normas comerciais; e (b) determinar qual a lei aplicável a determinado ato, se a civil ou se a comercial.

Contudo, para o novo Código, é relevante qualificar-se o empresário para que se possa determinar quem é subordinado ao *estatuto do empresário*, ou seja, quem é o destinatário das normas encontradas tanto no Código Civil como na legislação extravagante que estabelecem direitos e obrigações dos empresários. A caracterização do empresário constitui, pois, “o pressuposto para a aplicação ao sujeito de uma disciplina especial, ou para a aplicação de uma disciplina especial aos atos por eles praticados no exercício da atividade”.⁶⁹

O art. 2.037 do Código, p. ex., dispõe que “Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revoga-

das por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis”. Desse modo, somente aquele que for caracterizado como empresário estará sujeito às normas anteriores ao Código Civil referentes a comerciantes ou a sociedades comerciais, como, p. ex., a regra do no art. 1º do Decreto-lei 7.661/1945, que contém a hipótese fática de falência do comerciante, será aplicada, em razão do novo Código, não mais ao comerciante, mas ao empresário. Ademais, o Código estabelece uma série de regras que integram o estatuto do empresário (cf., p. ex., os arts. 967 a 971, quanto à inscrição; os arts. 972 a 980, quanto à capacidade para exercício de atividade empresária; o art. 983, quanto ao tipo societário da sociedade empresária; os arts. 1.142 a 1.149, quanto ao estabelecimento; os arts. 1.150 a 1.154, quanto ao registro; os arts. 1.155 a 1.168, quanto ao nome empresarial; e os arts. 1.179 a 1.195, quanto à escrituração).

O estatuto do empresário consiste, pois, no regramento desta atividade, no que respeita à sua caracterização e regramento e, em certas hipóteses, consiste também na disciplina dos atos individuais que compõem a atividade — como, p. ex., a presunção de boa-fé dos atos “ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial”,⁷⁰ prevista no art. 164 do Código no que respeita à fraude a credores. Ou, também, na positivação da regra medieval francesa *en fait de meubles* no art. 1.268, que dispõe: “Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono”.

70. No que respeita à terminologia adotada neste dispositivo, seria melhor que o legislador tivesse utilizado a expressão “estabelecimento empresarial ou rural” em lugar da expressão “estabelecimento mercantil, rural ou industrial” em razão do fim da dicotomia do direito privado.

68. Waldemar Martins Ferreira, *Instituições...*, cit., v. I, p. 36.

69. Tullio Ascarelli, “O empresário”, *RDM* 109/187.

IV.B. O empresário e sua caracterização

O legislador inseriu o conceito econômico de empresa em nosso ordenamento, enquanto um conceito metajurídico, ao criar o suporte fático da figura do empresário. Assim, o conceito econômico de empresa (i.é, *atividade organizadora*) subjaz ao conceito jurídico de empresário, pois o que qualifica o empresário é o exercício de uma atividade econômica “(assim como uma atividade econômica qualificava o comerciante)”.⁷¹ Desse modo, “para se chegar à noção de empresário é necessário partir do conceito de atividade empresarial”.⁷²

Empresário, conforme dispõe o art. 966 do Código Civil, é aquele que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. E o art. 982 estabelece que “*considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967)*”. Assim, a caracterização do empresário individual se dá pelo efetivo exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.⁷³ E a sociedade empresária, por sua vez, é caracterizada pelo escopo societário,⁷⁴ que deverá ser empresarial, conforme dispõe o art. 982 do Código. Assim, enquanto “nas pessoas físicas a atividade não poderá ser imputada senão em razão do efetivo cumprimento dos atos pelos quais ela se desdobra (sendo, por isso, considerada como um ‘fato’), nas pessoas jurídicas será suficiente o escopo de realizá-la, ainda que independentemente do seu efetivo desenvolvimento. Em tais hipóteses, é pois o escopo o elemento ao qual se deve antes de tudo recorrer para a qualificação do sujeito”.⁷⁵

Para que uma sociedade exerça regularmente atividade própria de empresário, seu objeto social deverá ser composto de atividade própria de empresário e, sua forma societária será, então, nos termos do art. 983, a de (a) sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044); (b) sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051); (c) sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087); (d) sociedade anônima (arts. 1.088-1.089); e (e) sociedade em comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092).

Contudo, se o escopo da sociedade for um escopo não-empresarial e a sociedade exercer uma atividade própria de empresário, será a atividade efetivamente desenvolvida que prevalecerá na sua caracterização em detrimento do escopo, e a sociedade será tida como empresária, “pois de outra forma seria violada uma disciplina imposta em razão do interesse público”.⁷⁶

Atividade empresarial consiste na prática de um conjunto de atos, e o sujeito dessa atividade será aquele ao qual são imputados os “atos singulares que a formam”.⁷⁷ Empresário é o sujeito ao qual são imputados os atos que, em conjunto, constituem atividade própria de empresário.

Há atividade sempre que houver uma série de atos *orientados a um determinado fim*.⁷⁸ Por isso se diz *atividade organizada*. Contudo, não é toda e qualquer atividade organizada para a consecução de um fim que caracteriza o empresário, pois compete “à ordem jurídica determinar fatos que compõe o modelo jurídico de empresa. Ainda quando se configure como organização, algumas vezes o direito não lhe dá categoria de empresa”.⁷⁹

Atividade, conforme se afirmou, é o conjunto de atos voltados à consecução de um fim. Assim, a “apreciação da atividade implica a de sua finalidade, a qual, por sua

71. Tullio Ascarelli, “O empresário”, *RDM* 109/183.

72. Alberto Asquini, “Perfis...”, cit., *RDM* 104/117.

73. Tullio Ascarelli, “O empresário”, *RDM* 109/187.

74. Idem, *ibidem*.

75. Idem, p. 186.

76. Idem, *ibidem*.

77. Idem, p. 185.

78. Idem, p. 183.

79. Clóvis do Couto e Silva, “Conceito...”, cit.,

vez, reflete-se na coordenação dos atos singulares praticados no exercício de uma atividade".⁸⁰ Por esse seu conteúdo finalístico, devem os atos, necessariamente, serem organizados. Assim, falar-se em atividade organizada é, de alguma forma, um pleonismo, pois não há, em direito, atividade sem organização. Ambos os conceitos se complementam mutuamente. O que caracteriza a atividade é a sua organização e orientação a determinado fim.

Para que a atividade seja empresária, é necessário que os atos que a compõem sejam atos voltados à consecução de um fim próprio de empresário. O Código Civil utiliza, p. ex., em seus arts. 973 e 982, a expressão *atividade própria de empresário* e, nos arts. 972 e 975, a expressão *atividade de empresário*, que devem ser entendidas como um conjunto de atos orientados à consecução de *fins próprios de empresário*. Deve-se, pois, identificar quais os elementos que caracterizam essa espécie de fins.

Consistem os fins próprios de empresário naqueles indicados na parte final do *caput* do art. 966, no qual lê-se: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Assim, será composta a atividade própria de empresário por um conjunto de atos organizados e voltados à produção ou à circulação de bens ou de serviços.

O objeto das sociedades empresárias deverá ser, necessariamente, a produção ou circulação de bens ou serviços, podendo ser restrito a apenas um negócio determinado (art. 981, parágrafo único). A expressão negócio, aqui, deve ser entendida em seu significado não-jurídico. Assim, p. ex., poderá ser constituída uma sociedade empresária para a construção de um edifício por empreitada. Para atingir-se esse fim, será necessário praticar uma série de atos coordenados, como, e.g., a compra de material

de construção, a subscrição de títulos de crédito, o pagamento de tributos, a obtenção de licenças perante órgãos da Administração Pública, a contratação, direção e pagamento de empregados, tudo com a finalidade de realizar-se um negócio determinado consistente na construção de um único edifício.

A dificuldade em identificar-se os fins próprios de empresário reside precisamente no fato de que quase toda atividade econômica tem por fim a produção ou circulação de bens ou serviços. Assim ocorre, p. ex., com os profissionais liberais, os quais desenvolvem, na maioria das vezes, atividade voltada a de prestação de serviços, mas não são considerados empresários pelo ordenamento.

Então, conquanto o fim contribua para a caracterização da atividade empresária, não será ele o único elemento que qualificará esta atividade. Por essa razão, parte da doutrina busca identificar o traço distintivo do empresário na (a) profissionalidade; ou (b) na economicidade.

A doutrina encontra ambos os conceitos no art. 966 do Código, que considera "empresário quem exerce *profissionalmente* atividade econômica organizada".

A *profissionalidade* é entendida por parte da doutrina significando (a) habitualidade no exercício da atividade; ou (b) o exercício da atividade com intuito de lucro. A *economicidade*, por sua vez, é entendida por parte da doutrina significando (a) o intuito lucrativo; (b) a assunção dos riscos econômicos da atividade; ou (c) o respeito ao regime de ingressos e saídas, de modo a possibilitar a consecução de um fim.

Quanto ao primeiro significado atribuído à profissionalidade, percebe-se claramente a influência do art. 4º do revogado Código Comercial, que estabelecia considerar-se comerciante quem habitualmente praticasse atos de comércio, ou seja, fizesse "da mercancia profissão *habitual*". Habitualidade, contudo, é pressuposto da

80. Tullio Ascarelli, "O empresário", *RDM* 109/184.

atividade, pois esta consiste na prática reiterada e, portanto, habitual, de atos organizados e voltados à consecução de um fim. Ou seja, toda atividade é habitual. Não é a habitualidade, pois, o traço distintivo caracterizador da atividade própria de empresário. Ademais, conquanto esteja sempre presente na noção de atividade, há atos que são praticados habitualmente sem que se configure juridicamente uma atividade. Não configura atividade caracterizadora do empresário a simples prática habitual de “uma pluralidade de atos que tenham, de per si, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais se deve remontar. Assim, a reiterada subscrição ou mesmo negociação de cambiais não representa, por si só, uma atividade empresarial, a qual ao contrário resultará das operações ulteriores, em relação às quais a emissão e circulação de cambiais são meios instrumentais, como, por exemplo, compra e venda de mercadorias a crédito ou a própria intermediação no crédito”.⁸¹

O intuito de lucro, ora é identificado com a profissionalidade, ora com a economicidade. Contudo, parece-me que o intuito de lucro não é elemento caracterizador do empresário. No “conceito de profissionalidade surge como elemento *natural*, porém não *essencial*, o fim de lucro (proveito) como motivo da atividade do empresário”.⁸² Esta assertiva pode ser defendida por diversos fundamentos. Primeiro, porque a norma do art. 966 não menciona expressamente o intuito de lucro como elemento caracterizador do empresário,⁸³ em que pese a interpretação de parte da doutrina

na que atribui significado de lucro à expressão “exerce *profissionalmente* atividade econômica” contida no mesmo artigo. Ademais, “analisar a empresa sob a ótica do intuito do lucro só faz sentido com relação às empresas capitalistas que pertençam ao setor privado. Na verdade, mesmo numa economia capitalista, existem empresas que não têm a característica do intuito de lucro. São normalmente empresas do setor público. Essas empresas muitas vezes são obrigadas — em virtude da missão pública que as orienta — a exercer atividade sem intuito de lucro ou exercer atividade em que a possibilidade de ter uma elevada rentabilidade é mais reduzida”.⁸⁴

Por outro lado, o intuito lucrativo não é elemento distintivo do empresário em razão de os profissionais liberais, que não são considerados empresários pelo ordenamento, também atuarem com o intuito lucrativo.

Ademais, o Código, em seu art. 981, estabelece que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Assim, o que caracteriza o contrato de sociedade é a finalidade de partilhar os resultados (i.é., os lucros) de determinada atividade. Contudo, não são todos os tipos societários que podem ser tidos como sociedades empresárias, mas somente aqueles indicados no art. 983. Essa regra exclui, então, do rol das sociedades empresárias as sociedades simples. Conquanto possam revestir a *forma* dos tipos societários regidos nos arts. 1.039 a 1.092 — à exceção da forma de sociedade anônima, a qual independentemente de seu objeto será reputada empresária (art. 982, parágrafo único) —, as sociedades simples não possuem por objeto o exercício de atividade própria de empresário (art. 982). Em outras palavras, há sociedades não-empresárias que

81. Idem, ibidem.

82. Alberto Asquini, “Perfis...”, cit., *RDM* 104/116.

83. “O legislador, na definição de empresário presente no art. 966, *caput*, do novo Código Civil, não colocou o objetivo lucrativo como um fator de sua qualificação, de forma que a finalidade ou objetivo último da empresa pode ser ‘egoístico’ ou ‘altruístico’, isto é, pode-se referir ao proveito econômico próprio ou ao serviço público” (Fernando Netto Boiteux, “A função social da empresa e o novo Código Civil”, *RDM* 125/48-49).

84. José Gabriel Assis de Almeida, “A noção jurídica de empresa”, *Revista de Informação Legislativa* 143/212, ano 36, jul.-set. 1999.

podem revestir a forma societária prescrita para as sociedades empresárias, *visam ao lucro* e à sua partilha por meio do exercício de atividade econômica e não são consideradas sociedades empresárias pelo Código. As sociedades de advogados parecem um bom exemplo de sociedades simples, que visam ao lucro e sua partilha e, mesmo assim, não são consideradas sociedades empresárias.

O raciocínio desenvolvido no parágrafo anterior, válido para demonstrar a razão pela qual o intuito de lucro não é elemento caracterizador do empresário, comporta uma objeção lógica que se lhe pode opor, que consiste em mais um argumento utilizado para afastar o intuito lucrativo da caracterização do empresário. É que o intuito de lucro, nas sociedades empresárias ou não, não é o intuito das sociedades, mas dos sócios, que o desejam partilhar num futuro. Assim, jamais haverá uma sociedade que terá por objeto social o intuito de lucro. O objeto social será produzir ou circular mercadorias ou serviços. O lucro, ou seja, o resultado final após o cômputo dos ingressos e das saídas necessárias à manutenção da sociedade, interessa, sobretudo, aos sócios que contrataram sociedade. Assim, o intuito de lucro e sua distribuição estará, ou não, presente em sociedades empresárias, dependendo do interesse dos sócios.

Desse modo, espero ter demonstrado que o intuito lucrativo não é elemento essencial para a caracterização do empresário, pois (a) há pessoas que exercem atividade econômica organizada tendente à produção ou circulação de bens ou serviços com o intuito subjacente de obter-se lucro sem que por isso sejam consideradas empresárias pelo ordenamento (como, p. ex., os profissionais liberais que atuam individualmente ou por meio de uma sociedade simples); e (b) há pessoas que exercem atividade econômica organizada tendente à produção ou circulação de bens ou serviços sem que lhe subjaza o intuito lucrativo sem que por isso não sejam consideradas

empresárias pelo ordenamento (como, p. ex., as sociedades empresárias públicas).

Parte da doutrina atribui à economia o significado de assunção dos riscos da atividade econômica. Isso talvez em decorrência do conceito econômico que Vivante atribuiu à empresa, afirmando que ela seria “um organismo econômico que, por seu próprio risco, recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca”.⁸⁵ Contudo, assim como ocorre com o intuito de obtenção de lucro, que não é o objeto da sociedade, o risco econômico da atividade muitas vezes não é suportado por quem a desenvolve. É o exemplo da sociedade em nome coletivo, a qual, caso exerça atividade empresária, não suportará os riscos econômicos da atividade, pois seus sócios, que são considerados somente sócios, e não empresários, respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Assim, não seria “possível referir a subjetividade da empresa a todo aquele que, na variedade dos casos, corre economicamente o risco da atividade”.⁸⁶ Ademais, a noção de risco pode assumir diversas acepções. Risco pode significar, sobretudo, a não obtenção do fim almejado pela atividade. O profissional liberal assume o risco de não atingir o fim a que se propôs, ou seja, prestar serviços, sem que com isso seja considerado empresário pelo ordenamento. Risco pode significar, também, a imputação de responsabilidade ao sujeito que pratica os atos voltados a consecução de um fim. Contudo, a responsabilização pela prática de atos é regra geral em nosso ordenamento, independentemente de estes atos terem sido praticados em razão de uma atividade. Ademais, a “atividade deverá ser apreciada de modo autônomo, isto é, independentemente da apreciação dos atos singulares, individualmente considerados”.⁸⁷

85. Cesare Vivante, *Tratado...*, cit., v. I, p. 131.

86. Tullio Ascarelli, “O empresário”, *RDM* 109/185.

87. *Idem*, p. 184.

Isto significa que, mesmo que a atividade seja ilícita ou que o sujeito que a exerce não possua capacidade para exercê-la, nem por isso os atos que lhe constituem deixarão de obrigar a pessoa que os praticou,⁸⁸ como prescreve, p. ex., a regra insculpida no art. 973 do Código.

Economicidade no exercício de atividade, segundo opinião da qual compartilho, significa que “toda empresa, mesmo não-lucrativa, deve trabalhar em regime de economicidade, comportando um equilíbrio estrutural entre ingressos e dispêndios”.⁸⁹

Reunidos todos os elementos apontados pela doutrina como integrantes do suporte fático da figura do empresário, poder-se-ia formular o seguinte conceito: *Empresário é quem exerce, profissional e habitualmente, com o intuito lucrativo, uma série de atos, que respeitam a um regime de economicidade, organizados e preordenados ao fim de produzir ou circular mercadorias ou prestar serviços, cuja responsabilidade por cada ato é atribuída ao sujeito que pratica os atos singularmente considerados, o qual também suportará o infortúnio da atividade.*

Ocorre que este conceito possui uma abrangência tal que acaba por englobar praticamente todo gênero de atividade econômica voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Desse modo, a caracterização do suporte fático da figura do empresário é nebulosa. Os elementos contidos no art. 966 não são suficientes para distinguir o empresário do não-empresário. Por essa razão, a caracterização do empresário não será dada apenas pela verificação da presença dos elementos contidos no suporte fático do art. 966. É necessário um processo interpretativo para verificar-se qual a razão justificativa da regra abstrata contida no art.

966.⁹⁰ Nesse processo interpretativo, poderão servir como contraponto valorativo determinadas regras não aplicáveis no caso concreto.⁹¹

Cumpra, então, indagar-se quais são os elementos que *incluem* ou *excluem* do conceito de empresário os sujeitos que exercem atividade econômica organizada tendente à produção ou circulação de bens ou serviços.

Quanto à inclusão no conceito de empresário, há algumas respostas que são facilmente obtidas, como, p. ex., o critério da empresarialidade por determinação legal. Assim, as sociedades anônimas serão sempre sociedades empresárias independentemente de seu objeto (art. 982, parágrafo único).

Da mesma maneira que há o critério da empresarialidade por determinação legal, há o critério da não-empresarialidade por exclusão legal, como é o exemplo das cooperativas, as quais serão sempre sociedades simples (art. 982, parágrafo único), ou seja, não-empresárias.

A mesma hipótese se aplica às pessoas físicas ou jurídicas que exercerem atividade rural, ou àqueles que possuem profissão regulamentada por estatuto próprio. Desse modo, quem exercer “atividade orientada ao cultivo do solo, à silvicultura, à pecuária e a atividades conexas dirigidas à transformação ou alienação dos produtos agrícolas inseridas no exercício normal da agricultura”,⁹² ou seja, aquele que exercer atividade rural, não será, de ordinário, empresário e, portanto, não estará subordinado ao estatuto do empresário. Contudo, os arts. 971 e 984 do Código Civil facultam à pessoa natural que exercer atividade agrícola e à pessoa jurídica que tiver por escopo o exercício de atividade agrícola a pos-

90. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, p. 49.

91. Humberto Ávila, ob. cit., p. 48.

92. Cf. art. 2.135 do Código Civil italiano.

88. Idem, *ibidem*.

89. Fábio Konder Comparato, “A reforma da empresa”, in *Direito Empresarial*, p. 10.

sibilidade de sujeitarem-se ao estatuto do empresário, mediante a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Neste caso, aquele que exerce atividade rural, "depois de inscrito, ficará *equiparado*, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro". Ou seja, cá está uma hipótese de sujeição voluntária ao estatuto do empresário mediante a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

O Código Civil estabeleceu um outro critério de exclusão de atividade econômica do âmbito de aplicação do estatuto do empresário. Lê-se no parágrafo único do art. 966 do Código Civil que "não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

A inspiração da redação deste parágrafo, creio eu, encontra sua origem nos arts. 2.061 e 2.229 do Código Civil italiano, que dispõem:

Art. 2.061. O regulamento das categorias profissionais é estabelecido pelas leis, decretos, decisões de autoridade governamental e estatutos de associações profissionais.

(...).

Art. 2.229. A lei determina as profissões intelectuais para o exercício das quais é necessária a inscrição em livros ou listas particulares.

Assim, aqueles que exercem profissão intelectual (gênero), que pode ser de natureza científica, literária ou artística (espécie), regulamentada por estatuto próprio, também não serão tidos como empresários por duas ordens de motivos. Em primeiro lugar, porque já possuem estatuto próprio a regular sua atividade. Em segundo lugar, em razão da determinação legal de se inscreverem em livros ou listas particulares, em detrimento da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Parece-me, assim, ser este o sentido que se deve emprestar à redação do parágrafo único do art. 966 do Código Civil.

Desse modo, não são empresários os advogados e as sociedades de advogados, por exercerem atividade privativa de advogado e regrada, portanto, pelo Estatuto do Advogado (Lei 8.906/1994). Este, em seu art. 16, proíbe às sociedades de advogados adotar "forma ou características mercantis"⁹³ ou realizar "atividades estranhas à advocacia". O art. 15 do Estatuto do Advogado estabelece que os "advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia". Como não há mais no ordenamento a distinção civil e comercial, deve a expressão "sociedade civil de prestação de serviço de advocacia" ser lida como sociedade *simples*, ou seja, não-empresária, de prestação de serviços de advocacia. Assim, o advogado e a sociedade de advogados possuem, por lei, estatuto próprio, não estando sujeitos ao estatuto do empresário.

Ademais, o advogado e a sociedade de advogados devem registrar-se no Conselho Seccional da Ordem dos Advogados (arts. 10 e 15, § 1º, do Estatuto do Advogado, Lei 8.906/1994), sendo proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia (Lei 8.906/1994, art. 16, § 3º).

Resta, ainda, contudo, resolver-se o problema no que respeita às demais pessoas jurídicas e físicas que exercem atividades não expressamente excluídas por determinação legal do âmbito de incidência do estatuto do empresário porque não estão submetidas a um estatuto próprio ou porque podem inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis.

Para a resolução desse problema deve-se interpretar a parte final do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, que dispõe: "(...) não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda

93. Leia-se forma ou características *empresariais*, em razão do fim da dicotomia civil e comercial.

com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Nesse preceito, a expressão “elemento de empresa”, parece-me, deve ser interpretada da seguinte forma. O que determina a sujeição de determinada pessoa ao estatuto do empresário, conforme se demonstrou acima, é o exercício de atividade própria de empresário. Sabe-se que o âmbito de abrangência da expressão “atividade própria de empresário” é demasiado amplo, porque ela é caracterizada pela sua finalidade, consistente no exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Certas atividades, contudo, são expressamente excluídas do âmbito de aplicação do estatuto do empresário em razão de possuírem estatuto próprio e, em certos casos, estarem sujeitas à inscrição em órgãos de classe. Assim, p. ex., aquele que exercer a medicina estará exercendo atividade própria de médico e, portanto, estará sujeito às determinações e à inscrição no Conselho Federal de Medicina. O que caracteriza a atividade do médico é a sua finalidade de *prestar serviços médicos*. Contudo, se uma sociedade de médicos, além de prestar serviços próprios de médicos, também exercer atividade organizativa de planos de saúde, a finalidade da atividade será prestar serviços próprios de médico e organizar planos de saúde, o que não é atividade privativa de médicos. Neste caso, então, parece-me, a sociedade será tida como empresária, pois estará a almejar finalidade que não é privativa de uma categoria profissional específica. A expressão “empresa”, aqui, deve ser entendida como *atividade organizada tendente à realização de um determinado fim*. É neste sentido, pois, que acredito deva ser interpretada a expressão “elemento de empresa”, contida na parte final do parágrafo único do art. 966 do Código Civil.

Pode-se, assim, determinar quem é empresário mediante a adoção de um *critério de exclusão*. É empresário todo aquele

que exercer profissionalmente como sua atividade finalística e econômica principal determinada atividade organizada e orientada para a produção ou circulação de bens ou serviços não regulamentada em estatutos profissionais de categorias de classe e que não esteja sujeito à inscrição obrigatória em órgãos de classe ou no registro civil em razão do exercício desta atividade.

O *critério de inclusão* ao conceito de empresário e, portanto, de sujeição ao estatuto do empresário, será fornecido por (a) *determinação legal*, como é o caso das sociedades anônimas, ou por (b) *sujeição voluntária*, mediante a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, como é o caso do empresário rural.

Há casos, porém, em que a linha divisória entre o empresário e o não-empresário será demasiado tênue. Nestas hipóteses caberá à casuística determinar, caso a caso, quem é empresário e quem não é, respeitando o postulado da razoabilidade, utilizado no sentido de: (a) *aceitabilidade social da norma que subordinará, ou não, determinado sujeito do âmbito de aplicação do estatuto do empresário, ou seja, como um parâmetro de legitimidade da norma, “andando a sancionar a falta de um qualquer fundamento racional da norma ou a sua deformidade em relação à estrutura do real”*,⁹⁴ e (b) *compatibilidade da norma em relação à lógica do ordenamento*.⁹⁵

Enquanto aceitabilidade pode-se recorrer a critérios históricos pelos quais determinadas categorias de classe ou atividades não estavam sujeitas, primeiramente, ao estatuto do comerciante e, após, ao estatuto do empresário. A tradição histórica, p.

94. Gino Scaccia, *Gli ‘Strumenti’ della Ragionevolezza nel Giudizio Costituzionale*, p. 4.

95. Gino Scaccia, *Gli ‘Strumenti’ ...*, cit., p. 4. Afirma Scaccia que a razoabilidade “assume então os contornos de um juízo que não questiona as escolhas legislativas”, “nem o confronto diretamente com os princípios constitucionais, mas funciona sobretudo como um cânone de salvaguarda e de fechamento do sistema” (ob. cit., p. 4).

ex., excluía as atividades liberais do âmbito dos estatutos do comerciante, as quais permaneceram com o privilégio de classe. Este critério, é claro, não pode ser adotado para afastar expressa disposição de lei, como é o caso da categoria dos prestadores de serviços que, não sendo profissionais liberais, foram historicamente excluídos do âmbito do estatuto do comerciante, mas agora são expressamente incluídos pelo Código no estatuto do empresário.

Enquanto critério de fechamento do sistema, verifica-se a razoabilidade da sujeição ou não de alguém ao estatuto do empresário pela investigação da origem e finalidade da afirmação da teoria da empresa em nosso ordenamento, consistente na necessidade de regular-se a disciplina pública da concorrência, mediante a tutela dos bens indispensáveis ao exercício de uma atividade finalística, e na necessidade da tutela do consumidor.

V. O estabelecimento empresarial

A existência do estabelecimento empresarial pressupõe a existência de um empresário,⁹⁶ cujos contornos já foram delineados neste ensaio. Isso porque o empresário, ao exercer sua atividade finalística, organiza os fatores de produção, os quais, em direito, são considerados como *bens*. Ou seja, enquanto o empresário é aquele que organiza um conjunto de bens no exercício de sua atividade finalística; os bens organizados constituem o estabelecimento. Assim, o Código Civil, em seu art. 1.142, estabelece que "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para

exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária".

O estabelecimento, assim, é entendido como um complexo de bens. "Tomada no sentido mais claro, a palavra *bem* confunde-se com o objeto dos direitos; designa as coisas e ações humanas (*comportamento* que as pessoas podem exigir umas das outras)".⁹⁷

Com efeito, grande parte da doutrina classifica os bens que compõem o estabelecimento em bens *móveis* e bens *imóveis*. São estes, de acordo com o art. 79 do Código, "o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente", como, p. ex., os "terrenos, edifícios, construções, usinas, fábricas".⁹⁸

Os bens móveis, por sua vez, são classificados bens *corpóreos* e *incorpóreos*. Isso porque o Código estabelece, em seu art. 82, que "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social". E no art. 83, equipara aos bens móveis

I — as energias que tenham valor econômico;

II — os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III — os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Assim, a doutrina identifica como bens móveis corpóreos que integram o estabelecimento as instalações, maquinário, mobiliário e utensílios, matérias-primas, estoques, produtos e mercadorias, os elementos da escrituração empresarial etc. Entre os bens móveis incorpóreos, encontram-se a propriedade comercial (direito ao ponto), os direitos reais sobre coisas imateriais como as marcas, expressões e sinais de propaganda, patentes, invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais etc. Insere-

96. Rosario Nicolò, *Riflessioni...*, cit., p. 412, afirma que, para que haja um empresário, não basta o exercício de uma atividade produtiva, pois "se a organização dos bens para a produção de bens ou de serviços é o estabelecimento, e se o empresário é aquele que exerce uma atividade econômica organizada, não pode assumir relevo aquela qualidade de empresário, considerada sob o perfil jurídico-formal, sem a contemporânea existência de uma entidade objetiva, ou seja, em outras palavras, daquela organização de bens que a lei qualifica estabelecimento".

97. Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 15ª ed., p. 199.

98. Waldemar Martins Ferreira, *Instituições...*, cit., v. I, p. 47.

se, também, entre os bens móveis incorpóreos que integram o estabelecimento, o direito à prestação do trabalho dos empregados. Isso porque, de acordo com o art. 83, III, equiparam-se aos bens móveis os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.⁹⁹ Pelo mesmo motivo, compõem o estabelecimento o direito a prestações decorrentes de relações de concessão, de franquia, e todas as demais necessárias à existência e funcionamento do estabelecimento.¹⁰⁰

Contudo, mais relevante do que classificar esses bens em razão de características ontológicas suas é classificá-los em razão da *função* a eles atribuída. Isso porque os bens, ao receberem uma destinação unitária pelo empresário, passam a ser considerados como *bens de produção*,¹⁰¹ con-

99. Para Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil. Parte Especial: Do Direito de Empresa (arts. 1.052 a 1.195)*, v. 13, p. 618, as “*relações jurídicas de trabalho*, também denominadas ‘serviços’ são elementos do estabelecimento”. Contudo, referido autor utiliza fundamento diverso do que adoto para inserir o direito à prestação do trabalho, pois, segundo entende, “a melhor exegese do conceito expresso no art. 1.142 é a de que o estabelecimento compreende um conjunto mais amplo de elementos, e não só os *bens corpóreos e incorpóreos*, pois nele se incluem também os *serviços* do empresário ou de seus empregados, reunidos por aquele com o propósito de exercer determinada atividade empresarial”. Contudo, conforme entendo, *serviço* consiste num direito pessoal a uma prestação de caráter patrimonial, o que, portanto, o enquadra na categoria jurídica de *bem*.

100. Cf., em sentido análogo, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Apontamentos...*, cit., p. 136.

101. “Os bens destinados ao desenvolvimento da finalidade produtiva possuem assim o caráter de bens instrumentais, mas é claro que esta qualidade, que os distingue dos bens de consumo ou de gozo individual direto, não é, do ponto de vista jurídico, uma qualidade objetiva, inerente ao bem, por sua imprescindível configuração estrutural ou funcional, mas é o efeito do ato negocial de destinação do sujeito àquela e não a outra finalidade (trata-se, a saber, de uma qualidade *potencial* do sujeito), e do fato que a destinação dos bens singulares há criado entre estes uma vinculação funcional, relativamente inseparável, ao menos enquanto o sujeito desejar que permaneça o efeito daquele ato de destinação” (Rosario Nicolò, *Riflessioni...*, cit., pp. 415-416).

ceito que contrasta com o de *bem de consumo*. E essa “classificação dos bens em produtivos ou de consumo não se funda em sua natureza ou consistência, mas na destinação que se lhes dê. A função que as coisas exercem na vida social é independente da sua estrutura interna”.¹⁰²

A própria unidade do estabelecimento não é dada pela atribuição de um determinado bem a um determinado sujeito, mas pela *função* que o sujeito, pelo poder de criar *relações jurídicas* sobre determinados bens, atribui a eles. Assim, deve-se “distinguir a função econômica de uma coisa da função econômica da relação jurídica que tem essa coisa por objeto, ou a função econômica do negócio jurídico que estabelece essa relação”.¹⁰³

Com efeito, o que caracteriza os elementos que integram o estabelecimento é a sua coordenação por meio de relações jurídicas orientadas a um fim empresarial reconhecido pelo ordenamento e pelas características ontológicas dos bens objeto dessas relações jurídicas. O estabelecimento, então, existirá se houver um empresário que, ao exercer atividade finalística, organiza relações jurídicas que recaem sobre determinados bens que integram um complexo de bens, os quais, por isso, são denominados bens de produção.

Desse modo, organização de bens não significa mera reunião de bens, pois a organização pressupõe atividade, de tal forma que só haverá estabelecimento caso haja atividade. Ademais, como a atividade é formada por um conjunto de atos individuais e coordenados a um fim, serão as relações resultantes desses atos que serão organizadas pelo empresário no exercício de sua atividade. Por essa razão, melhor seria que o art. 1.142 do Código tivesse se referido ao estabelecimento como o complexo de

102. Fábio Konder Comparato, “Função social da propriedade dos bens de produção”, in *Direito Empresarial*, p. 29.

103. Fábio Konder Comparato, “Função...”, cit., in *Direito Empresarial*, p. 30.

relações que recaem sobre determinados bens, os quais, por isso, são organizados pelo empresário “no exercício da empresa”, ao invés do que “para o exercício da empresa”. Ao mesmo tempo em que o empresário orienta os bens a um fim empresarial, ele adquire o direito de gestão sobre esse conjunto de bens.¹⁰⁴ Nesse sentido, “a atividade mesma constituiria o exercício dos poderes e da faculdade (e também dos deveres), que se põe como conteúdo daquela nova posição jurídica subjetiva”.¹⁰⁵ É por isso que se diz que o estabelecimento é a *propriedade dinâmica*. “O paralelismo assim entre propriedade e empresa é perfeito: por um lado, proprietário, propriedade, bem; por outro, empresário, empresa, estabelecimento. Assim a figura do empresário não se confunde com aquela posição subjetiva que chamamos *status* ou *condição profissional*, mas se coloca como a qualidade correlata à titularidade do direito de empresa”.¹⁰⁶

V.A. Teorias acerca do estabelecimento

Muito se escreveu acerca do estabelecimento empresarial. As teorias criadas para explicar sua natureza são das mais diversas e, as opiniões dos autores, desencontradas. “Cada autor como que é um chefe de escola”.¹⁰⁷ Assim, sem pretender ajustar todas as opiniões consignadas sobre o assunto, serão expostas as teorias que buscam explicar a natureza do estabelecimento empresarial e as suas relações com o novo Código Civil.

A importância da definição da natureza jurídica do estabelecimento é decorrente das conseqüências em caso de sua alie-

104. Rosario Nicolò (*Riflessioni...*, cit., p. 419) afirma que “a aquisição da qualidade de empresário possui, em sede construtiva, o significado de aquisição por parte do sujeito de uma complexa situação jurídica ativa que possui por objeto o estabelecimento e por conteúdo o poder de gestão”.

105. Rosario Nicolò, *Riflessioni...*, cit., p. 415.

106. Idem, p. 420.

107. Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato...*, cit., p. 100.

nação,¹⁰⁸ dos fundamentos da proteção da concorrência,¹⁰⁹ da tutela do consumidor e da função social dos bens de produção.¹¹⁰

Na formação histórica da teoria do estabelecimento empresarial destacaram-se, fundamentalmente, três correntes doutrinárias, que entenderam o estabelecimento como (a) *reunião de bens isoladamente considerados*; como (b) *objeto unitário de direito*; ou como (c) *complexo patrimonial*, as quais foram denominadas, respectivamente, de (a) teoria atomista; (b) teoria da universalidade de fato;¹¹¹ e (c) teoria da universalidade de direito.¹¹²

Para os adeptos da teoria atomista,¹¹³ o estabelecimento não resulta numa coisa nova em si considerada diversa dos bens que a compõem, mas da tutela individual dos diversos bens que integram o estabelecimento, os quais conservam a sua disciplina jurídica própria.¹¹⁴ Assim, o negócio traslativo do estabelecimento, por vontade das partes, compreenderia todos os bens que

108. Cf. Evaristo de Moraes Filho, idem, p. 117.

109. Idem, p. 133.

110. Conquanto estreitamente relacionado à teoria da empresa e à teoria do estabelecimento empresarial, não será analisado no presente ensaio o significado e alcance do princípio da função social dos bens de produção, previsto no art. 170, III, da Constituição Federal. Sobre o assunto, cf. Fábio Konder Comparato, “Função...”, cit., in *Direito Empresarial*, pp. 27-37; e Alcides Tomasetti Júnior, “A propriedade privada entre o direito civil e a constituição”, *RDM* 126/123-127.

111. Os principais expoentes dessa corrente são entre outros, Vivante, Sraffa, Coviello, Navarini, Venzi, La Lumia, Lyon-Caen e L. Renault, Thaller, Wahl, Gombeaux, Escarra, Cohen, Cendrier, Lacour, Guglielmo. V. Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato...*, cit., p. 119.

112. Os principais expoentes dessa corrente são, entre outros, Vidari, Pipia, Marghieri, Calamandrei, Fadda e Bensa, Messineo, Santoto-Passarelli. V. Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato...*, cit., p. 120.

113. Os principais expoentes dessa corrente são entre outros, Ascarelli, Scialoja, Barassi, Ruggiero. V. Evaristo de Moraes Filho, *Do Contrato...*, cit., p. 125.

114. Tullio Ascarelli, *Panorama...*, cit., pp. 201-202.

individualmente compõem o estabelecimento,¹¹⁵ os quais continuariam a possuir suas regras próprias de circulação.¹¹⁶ A tutela da concorrência decorreria da tutela dos bens individuais que o formam por meio da proteção do nome comercial, dos bens que representam a propriedade industrial, enfim, decorreria da proteção dos meios utilizados para atrair e conservar a clientela.¹¹⁷

Quanto à alienação do estabelecimento, não desconheciam os adeptos da corrente atomista o fato de que as coisas que compõem o estabelecimento serem transferidas em conjunto. Contudo, este fato somente era reconhecido em razão da tutela dos credores do alienante do estabelecimento,¹¹⁸ prevista no ordenamento brasileiro nos arts. 2º, V, e 52, VIII do Decreto-lei 7.661/1945.

Já os adeptos das teorias universalistas entendem que o estabelecimento é uma universalidade em razão de que (a) a coisa complexa é reconhecida como coisa distinta dos bens que a compõem; e (b) que essa coisa complexa pode ser objeto de negócios jurídicos diversos dos negócios referentes às coisas que a compõem.¹¹⁹

Com efeito, o estabelecimento, em nosso ordenamento, entendido como um *conjunto de bens*, consiste numa universalidade, a qual pode ser *objeto unitário* de direito, conforme dispõe o art. 1.143 do Código, que dispõe: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

Este objeto unitário é composto por um *complexo de bens*, materiais e imateriais, organizados para o exercício da empresa, noção, esta, incorporada a nosso Código Civil (art. 1.142) por influência direta do Código Civil italiano (art. 2.555).

Ademais, o estabelecimento possui um regime de circulação próprio, distinto do regime de circulação das coisas singulares que a compõem, pois o Código, em seu art. 1.144, estabelece a necessidade de averbação à margem do registro de empresário para que a alienação do estabelecimento seja eficaz em relação a terceiros.

Contudo, resta verificar-se se o estabelecimento constitui uma universalidade de fato ou uma universalidade de direito. O ponto de partida desta distinção consiste no elemento que confere unidade ao complexo de bens.

Assim, para os adeptos da teoria da universalidade de fato, a unidade do estabelecimento decorreria da organização de bens de produção pela *vontade* do empresário. Essa universalidade de bens é formada *ex distantibus* pela exclusiva vontade do empresário, composta de “muitos corpos não unidos, mas subordinados a um só nome, como um povo, uma legião ou um rebanho”.¹²⁰

Para os adeptos da teoria da universalidade jurídica, a unidade do estabelecimento decorreria de seu reconhecimento pelo ordenamento. Esta unidade, então, seria formada “*ex contingentibus*, isto é, de várias coisas unidas entre si, como uma casa, um navio, um armário etc.”.¹²¹

Numa primeira leitura, poderia concluir-se que o novo Código conceituou o estabelecimento empresarial como sendo uma *universitas rerum*, em que há somente um complexo de bens organizados pelo empresário no exercício de sua atividade, pois o conceito de estabelecimento contido no art. 1.142 amolda-se ao conceito de universalidade de fato, contido no art. 90 do Código, segundo o qual: “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”.

115. *Idem*, p. 203.

116. *Idem*, p. 202.

117. *Idem*, p. 191.

118. *Idem*, pp. 202-203.

119. João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª ed., p. 203.

120. João Eunápio Borges, *Curso...*, cit., 5ª ed., p. 202, nota de rodapé 38.

121. *Idem*, *ibidem*.

Contudo, se por um lado o Código conceitua universalidade de fato pela destinação unitária que lhe é conferida pela vontade do empresário — o que leva à conclusão de que o estabelecimento é uma universalidade de fato; por outro, o próprio Código o reconhece enquanto universalidade, o que conduziria à conclusão de que o estabelecimento é uma universalidade jurídica.

Assim, não será o elemento que confere unidade ao estabelecimento — se a lei ou a vontade do empresário —, que servirá como critério distintivo de sua natureza enquanto universalidade.

É certo que o estabelecimento constitui uma universalidade. Resta saber, então, se de fato ou jurídica. A nota distintiva entre as duas teorias, parece-me, é dada pela explicitação da natureza dos elementos que o compõem. Com efeito, se for adotada a teoria da universalidade de fato, se afirmará que o estabelecimento é composto por bens;¹²² e se for adotada a teoria da universalidade jurídica, se dirá que o estabelecimento é composto por *relações jurídicas*.¹²³

Será pela análise das conseqüências em caso de sua alienação que se verificará qual a natureza dos elementos que o compõem e, portanto, qual a natureza do estabelecimento.

Caso seja entendido o estabelecimento como uma universalidade de fato, em caso de sua alienação, ao adquirente somente serão transmitidos os bens (i.é, o ativo) que compõem o estabelecimento, e ele não responderia pelas dívidas geradas em razão do estabelecimento. Isso porque as dívidas representadas pelo passivo formado em razão do estabelecimento não integrariam o conceito de estabelecimento, uma vez somente universalidades de direito contém dívidas, tal qual a herança, a massa fa-

lida e o patrimônio, pois são formados por *relações jurídicas*. Com efeito, reconhecer-se no estabelecimento uma universalidade jurídica é o mesmo que reconhecer que o estabelecimento é formado pelo direito sobre determinados bens, mas também pela sujeição a determinadas obrigações. Em outras palavras, o estabelecimento será composto por *relações jurídicas*.

A dificuldade em se aceitar essa conclusão foi evidenciada por Ripert, que afirmou: “Nossas idéias clássicas sobre o patrimônio e a personalidade se opõem ao reconhecimento da empresa [leia-se estabelecimento]. Para não ofender essas idéias, recorreu-se à noção de *universalidade*. Era impossível ver na empresa uma *universalidade jurídica*, o que teria suposto a existência de um passivo a onerar exclusivamente um ativo. Então diz-se que é uma *universalidade de fato*. Mas tal qualificação não corresponde a qualquer dado jurídico. Não nos podemos contentar com o fato quando procuramos o direito”.¹²⁴

Assim, para evitar a conclusão de que o estabelecimento era formado por *relações jurídicas*, sustentou-se que seria uma universalidade de fato, ou sequer uma universalidade, mas que os bens que o compõem constituem garantia em favor dos direitos dos credores do titular do estabelecimento.

Contudo, o art. 1.146 do Código estabelece que: “O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento”. Ou seja, aquele que adquire o estabelecimento, não adquire somente uma universalidade de bens, pois torna-se, também, devedor das dívidas inerentes àquela universalidade de bens — fato que conduz à noção de universalidade jurídica.

122. Cf. art. 90 do Código Civil.

123. De acordo com o art. 91 do Código, “Constitui universalidade de direito o *complexo de relações jurídicas*, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

124. Georges Ripert, *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, p. 282.

Assim, pelo exposto acima, percebe-se que Código, ao dispor sobre o estabelecimento, acaba por consagrar ambas as teorias, a da universalidade de fato e a jurídica. Desse modo, para evitar-se o espinhoso confronto entre as duas teorias, pode-se adotar uma solução intermédia. Por um lado, o estabelecimento é uma *coisa complexa* formada por *bens*, conforme prevê o nosso Código Civil (art. 1.142) e o Código Civil italiano (art. 2.555). Mas, por outro lado, por influência das doutrinas subjetivistas acerca do conceito de estabelecimento, restou, afinal, a idéia de estabelecimento como um complexo patrimonial (conjunto de relações jurídicas, chamado pelos italianos de *patrimonio aziendale*), adotado em nosso Código Civil (arts. 1.146, 1.148 e 1.149), por influência direta do Código Civil italiano (arts. 2.558, 2.559 e 2.560).¹²⁵

V.B. A alienação do estabelecimento

O estabelecimento, entendido como uma coisa diversa autônoma, pode ser objeto unitário de negócios jurídicos, como, p. ex., de alienação, arrendamento, ou usufruto.

Assim, o Código estabelece normas que regulam estes negócios que podem ter por objeto o estabelecimento, pois, conforme se afirmou acima, a alienação do estabelecimento acaba, muitas vezes, por retirar a garantia dos credores do alienante, cujo crédito surgiu em razão do estabelecimento. Nesse mesmo sentido, o Código tutela o próprio alienante do estabelecimento, pois a garantia do pagamento de seu crédito, muitas vezes, resulta do próprio estabelecimento alienado, o qual pode ser facilmente alienado pelo adquirente. Por outro lado, o adquirente, muitas vezes assume o passivo do estabelecimento cujo alcance dificilmente pode avaliar, e que freqüentemente resulta em valor superior àquele registrado na escrituração.¹²⁶

Para que o negócio de alienação, usufruto ou arrendamento do estabelecimento seja eficaz em relação a terceiros, o art. 1.144 do Código estabelece a necessidade de averbação da alienação na inscrição do empresário e da publicação de aviso da alienação na imprensa oficial. Será a contar da data da alienação, vinculada pela publicidade efetivamente realizada, que o negócio que recaiu sobre o estabelecimento será eficaz perante terceiros e, portanto, se iniciará a contagem do prazo prescricional mencionado nos arts. 1.146, 1.147 e 1.148.¹²⁷

Ao estabelecer normas acerca dos pressupostos necessários à eficácia da alienação do estabelecimento perante terceiros, o Código adota sistema semelhante ao previsto na Lei Falimentar (arts. 2º, V, e 52, VIII), que prevê a ineficácia de atos de alienação do estabelecimento perante a massa falida. A diferença fundamental é que as hipóteses previstas no Código são mais abrangentes uma vez que não há, por óbvio, a necessidade de decretação da quebra do alienante do estabelecimento para que estas normas incidam.

Assim, caso ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, dispõe o art. 1.145 do Código, a eficácia da alienação do estabelecimento ficará a depender do pagamento de todos os credores ou de seu consentimento, que se dará de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação. Caso haja o pagamento de *todos* os credores do alienante do estabelecimento, *todas* as suas obrigações estarão solvidas, de forma que não existiriam mais credores interessados em declarar-se a ineficácia do ato de alienação do estabelecimento. Bastaria ao Código mencionar que a eficácia da alienação, caso haja credores do estabelecimento, depende do consentimento destes. A forma do consentimento será expressa ou tácita. Nesta última hipótese, haverá con-

125. Alberto Asquini, "Perfis...", cit., *RDM* 104/120.

126. Jorge O. Zunino, *Fundo...*, cit., p. 4.

127. Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, cit., v. 13, p. 639.

sentimento tácito se os credores não se manifestarem em trinta dias da notificação da alienação.

A forma da notificação segue a forma que a doutrina extrai da interpretação do art. 2º, V da Lei Falimentar.¹²⁸ Assim, notificação dos credores significa notificação pessoal, e não a simples publicação na imprensa oficial e a averbação da alienação na inscrição do empresário, pois, do contrário, se estaria a violar “matéria de confidencialidade entre o empresário devedor e seus credores”, com o que se poderia evidenciar a pré-insolvência do alienante e precipitar a sua quebra.¹²⁹ Com efeito, caso seja reconhecida a ineficácia da alienação perante os credores do estabelecimento, estes poderão buscar a satisfação de seu crédito nos bens que integram o estabelecimento, agora em mãos de seu novo titular.

No entanto, sendo eficaz a alienação do estabelecimento perante os credores, que consentiram de modo expresso ou tácito, o art. 1.146 estabelece regra que protege tanto os credores do alienante e o próprio adquirente do estabelecimento. É que o Código estende a regra da sucessão nas obrigações do estabelecimento, até então previstas para as relações trabalhistas (CLT, arts. 10 e 448) e tributária (CTN, art. 133), a todas as relações patrimoniais. Essa extensão, contudo, é feita com a limitação de que as obrigações tenham sido regularmente contabilizadas. Contudo, uma vez regularmente contabilizadas, o adquirente responderá pelas dívidas do estabelecimento com todos os bens que compõem seu patrimônio, e não apenas com aqueles que integram o estabelecimento adquirido.

Ademais, o mesmo art. 1.146 estabelece a solidariedade do alienante pelas dívidas inerentes ao estabelecimento e anteriores à sua alienação “pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos,

da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento”. Desse modo são protegidos os credores do alienante do estabelecimento caso as dívidas não tenham sido adequadamente contabilizadas.

Caracteriza o estabelecimento, conforme se afirmou acima, a organização de um conjunto de relações jurídicas no exercício de atividade empresária. Assim, para que se adquira o estabelecimento é necessário que seja adquirido um conjunto de bens e relações jurídicas suficientes ao exercício da atividade. Desse modo, o Código dispõe em seu art. 1.148 que há a sub-rogação nos contratos referentes à exploração do estabelecimento, ressalvadas as hipóteses de (a) contratos que estabeleçam obrigações inerentes ao estabelecimento de caráter pessoal, parece-me, do alienante, como, p. ex., aqueles que estabeleçam obrigação de fazer (art. 247 do Código), e de (b) expressa previsão contratual ou legal. Nestes casos, o contrato poderá ser rescindido em noventa dias a contar da publicação da transferência por justa causa, com a conseqüente responsabilização do alienante.

Podem o contrato de alienação do estabelecimento conter cláusula pela qual são cedidos os créditos do alienante referentes ao estabelecimento. Neste sentido dispõe o art. 1.149, no qual lê-se:

A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

A cessão dos créditos inerentes ao estabelecimento não se opera por imposição da lei, mas por convenção das partes. Desse modo, o negócio de cessão de créditos deverá respeitar o disposto nos arts. 286 a 292 do Código, que estabelecem as regras gerais pertinentes à cessão. Com efeito, aplica-se ao caso a regra da livre acessibilidade dos créditos, segundo a qual os créditos podem ser livremente cedidos desde que a isso não se oponha a lei, a natureza da obrigação ou a convenção com o devedor.

128. Cf., p. ex., Luiz Tzirulnik, *Direito Falimentar*, 3ª ed., pp. 50-51.

129. Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, cit., v. 13, pp. 642 e ss.

Ademais, ao dispor que a cessão produzirá efeitos ao devedor desde a data da publicação, com a ressalva da desoneração do devedor que pagar de boa-fé ao cedente, o Código acaba por criar um paradoxo. Isso porque, se a cessão é eficaz em relação ao devedor pela publicação da alienação, após esta, não poderia o devedor pagar ao cedente, sob pena de ter de pagar novamente ao cessionário. Contudo, o próprio art. 1.149 estabelece que o devedor que paga ao cedente de boa-fé se desonera, com o que acaba por reconhecer que a cessão não é eficaz em relação ao devedor pela simples publicação da alienação do estabelecimento, mas da notificação do devedor, que deverá ser feita por qualquer meio pelo qual se possa comprovar inequivocamente a dação de ciência da cessão ao devedor. Desse modo, há de se recorrer à regra do art. 290, pela qual a cessão será eficaz em relação ao devedor quando a este notificada.¹³⁰

Por fim, o Código proibiu o restabelecimento do alienante pelo prazo de cinco anos a contar da data da alienação ou pelo prazo em que durar o contrato de arrendamento ou do usufruto do estabelecimento (art. 1.147 e parágrafo único), pondo fim à controvérsia doutrinária que envolvia a questão.¹³¹ Restabelecer-se significa estabelecer-se novamente de modo a concorrer com o adquirente do estabelecimento, com a vantagem de contar com o valor do preço da venda do estabelecimento. Desse modo, não se configurará restabelecimento caso o alienante constitua novo estabelecimento para explorar atividade diversa daquela explorada pelo adquirente ou, se se restabelecer no mesmo ramo, o faça em localidade que não alcance a clientela do estabelecimento alienado.

VI. Conclusão

A teoria da empresa põe fim à dicotomia civil e comercial e, portanto, acaba com

a dualidade de tratamento pertinente (a) ao direito das obrigações e (b) aos tipos societários. Conquanto a teoria da empresa tenha extinguido a figura do comerciante mediante a criação da figura do empresário, ainda há um estatuto que deve regular os direitos e obrigações do empresário, de forma semelhante com o que ocorria com o comerciante. Para saber-se quem é destinatário desse conjunto de regras, deve-se determinar quem é empresário. Para a caracterização do empresário, não é suficiente a descrição realizada no art. 966 do Código Civil, pois ela acaba por abranger praticamente todas as espécies de atividade econômica, inclusive as não empresárias. É necessário recorrer-se a outros critérios para caracterizar-se o empresário, entre os quais se encontram o critério de inclusão por determinação legal e o critério por sujeição voluntária. O critério mais relevante para a caracterização do empresário consiste naquele que exclui da figura do empresário quem exerça atividade econômica regulada por estatutos próprios. Como o empresário organiza um conjunto de bens voltados para o exercício de sua atividade, todo empresário é titular de um estabelecimento. O estabelecimento é caracterizado mais em razão da função que se atribui aos bens utilizados pelo empresário no exercício da empresa do que pelas características ontológicas dos bens que o compõem. O Código Civil estabelece uma série de normas para regular o estabelecimento, das quais pode-se concluir que o estabelecimento enquadra-se tanto nas características atribuídas pela doutrina a universalidades de fato e a universalidades jurídica (*patrimonio aziendale*).

Referência das obras consultadas

ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. "Aspectos da teoria jurídica da empresa", in *RDM* 119/236-254.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. "A noção jurídica de empresa", in *Revista de Informação Legislativa* 143, ano 36, jul.-set. 1999.

130. Em sentido contrário, Modesto Carvalho, *Comentários...*, cit., v. 13, pp. 661-662.

131. Cf., p. ex., Tullio Ascarelli, *Panorama...*, cit., pp. 203-204.

- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. "O direito da empresa no novo Código Civil", in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 19, Porto Alegre, Síntese, set.-out. 2002, pp. 131-144.
- ARECHA, Waldemar. *La Empresa Comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1948.
- ASCARELLI, Tullio. *Introducción al Derecho Comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1947.
- _____. "O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado", trad. Fábio Konder Comparato, in *RDM* 114/237-252.
- _____. "O empresário", trad. Fábio Konder Comparato, in *RDM* 109, Malheiros Editores, jan.-mar. 1998.
- _____. *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva e Cia., 1947.
- _____. *Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945.
- _____. *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1947.
- ASQUINI, Alberto. "Perfis da empresa", trad. Fábio Konder Comparato, in *RDM* 104/126.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição a Aplicação dos Princípios Jurídicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- BOITEUX, Fernando Netto. "A função social da empresa e o novo Código Civil", in *RDM* 125/48-57.
- BOLAFFIO, Leon. *Derecho Mercantil*, trad. Jose L. de Benito, Madri, Reus, 1935.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- BULGARELLI, Waldirio. "Perspectivas da empresa perante o direito comercial", in *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial: o Direito das Empresas*, São Paulo, Ed. RT, 1980, pp. 1-62.
- _____. *Tratado de Direito Empresarial*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1997.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil. Parte Especial: Do Direito de Empresa (arts. 1.052 a 1.195)*, v. 13, São Paulo, Saraiva, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A reforma da empresa", in *Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 3-26.
- _____. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, São Paulo, Ed. RT, 1970.
- _____. "Estado, empresa e função social", in *RT* 732, out. 1996.
- _____. "Função social da propriedade dos bens de produção", in *Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 27-37.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito Comercial*, I v., Coimbra, Almedina, 2001.
- COSTA, Salustiano Orlando de Araujo (Cons. Orlando). *Código Commercial do Brazil*, 6ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Laemmert & C., 1896.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. "O conceito de empresa no direito brasileiro", in *Revista da AJURIS* 37/42-59, ano XIII, jul. 1986.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. "Conceito de preposto", in *RDM* 106/169-173, São Paulo, Malheiros Editores, abr.-jun. 1997.
- ENDERLE, Georges *et al.* *Dicionário de Ética Econômica*, trad. Benno Dischinger *et al.*, São Leopoldo, Ed. Unisinos, 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia", in *RDM* 111/45-51, jul.-set. 1998.
- FERRAZ, Manuel de Figueiredo. "Aspectos jurídicos do comércio na Grécia antiga", in *Revista de Direito Civil. Revista dos Tribunais*, v. 44, ano 12, abr.-jun. 1998, pp. 153-175.
- FERREIRA, Waldemar Martins. "Elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito comercial", *Revista Forense* 158, mar.-abr. e *Revista de Informação Legislativa* de 1955, pp. 35-42.
- _____. *Instituições de Direito Comercial*, v. I, São Paulo, Freitas Bastos, 1944.

- _____. *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, v. I, 2ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1948.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*, 2ª ed., Roma, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959.
- GALGANO, Francesco. "Il rapporti di scambio nella società post-industriale", in *Il Diritto Privato Futuro*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, pp. 61-72.
- _____. *Las Instituciones de la Economía Capitalista — Sociedad Anónima, Estado y Clases Sociales*, trad. Carmen Alborch Batteller e Broseta Pont, Barcelona, Ariel, 1990.
- _____. *Storia del Diritto Commerciale*, 2ª ed., Bolonha, Il Mulino, 1980.
- GIORGIANI, Michele. "O direito privado e suas atuais fronteiras", *RT* 747/35-55, jan. 1998.
- GOMES, Orlando. "A comercialização do direito civil", in *Direito Econômico e outros Ensaio*s, Salvador, Ed. Dist. de Livros Salvador, 1975, pp. 47-56.
- _____. *Introdução ao Direito Civil*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- _____ e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1977.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Apostamentos de Direito Comercial*, 1ª ed., 2ª tir., Curitiba, Juruá, 1999.
- IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*, Roma, Laterza, 1998.
- LAMY FILHO, Alfredo. "A empresa, os minoritários e o mercado de capitais", in *RDM* 117/53-56, jan.-mar. 2000.
- LOBO, Jorge. "A empresa: novo instituto jurídico", in *RT* 795/81-93, Ed. RT, jan. 2002, ano 91 e tb. in *RDM* 125/29-40.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. RT, 1998.
- MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. "O projeto de Código Civil e o direito comercial", in *Revista da Faculdade de Direito da UFRS* 16/139-160, 1999.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1955.
- MIGUEL, Paula Castello. "Estabelecimento comercial", in *RDM* 118/7-61.
- MIRANDOLA, Carlos Maurício Sakata. "Apostamentos para uma teoria geral da empresa: uma visão pragmática", *Revista da USP*, v. 94, 99, pp. 419-476.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*, ed. fac-similada com explicação do autor, São Paulo, LTr, 1993.
- MOSSA, Lorenzo. *Derecho Mercantil*, v. 1., trad. Felipe de J. Tena, Buenos Aires, UTEHA, 1940.
- NICOLÒ, Rosário. "Riflessioni sul tema dell'impresa", in *Il Diritto Privato nella Società Moderna, a Cura di Stefano Rodotà*, Bolonha, Il Mulino, 1971, pp. 409-424.
- OBARRIO, Manuel. *Curso de Derecho Comercial*, t. I, Buenos Aires, Atanasio Martinez, 1924.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. "A empresa: uma realidade fática e jurídica", in *Revista de Informação Legislativa* 144, ano 36, out.-dez. 1999.
- _____. "A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro", in *Revista de Informação Legislativa* 139, ano 35, jul.-set. 1998 e tb. in *RT* 762/67-80, Ed. RT, ano 88, abr. 1999.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, t. XV, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsó, 1971.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Lisboa, Almedina, 1982.
- REHME, Paul. *História Universal del Derecho Mercantil*, trad. E. Gómez Orbaneja, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v. I, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, trad. Gilda G. de Azevedo, São Paulo, Freitas Bastos, 1947.
- _____. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*, trad. J. Cortezão, São Paulo, Saraiva e Cia., 1937.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*, trad. ed. italiana Cabral de Moncada,

- São Paulo Livraria Acadêmica Saraiva e Cia., 1931.
- RODOTÀ, Stefano (org.). *Il Diritto Privato nella Società Moderna*, Bolonha, Il Mulino, 1971.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. "A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual", in *RDM* 119/94-108.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- _____. "Direito empresarial público", in *RDM* 112/9-18, out.-dez. 1998.
- _____. *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- _____. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001. *
- _____. "Sociedade anônima: interesse público e privado", in *RDM* 127/7-20, jul.-set. 2002.
- SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de Economia Política*, trad. Balthazar Barbosa Filho, São Paulo, Abril Cultural, 1983.
- SCACCIA, Gino. *Gli 'Strumenti' della Ragionevolezza nel Giudizio Costituzionale*, Milão, Giuffrè, 2000.
- SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos Fundamentais da Empresa Agrária*, São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*, trad. 3ª ed. alemã Federico E. G. Werner, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. "Contrato de franquia empresarial (*franchising*)", in *Revista da Faculdade de Direito da UFRS* 17/57-70, 1999.
- SILVA, Antônio Álvares da Silva. *Co-Gestão no Estabelecimento e na Empresa*, São Paulo, LTr, 1991.
- SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. "Teoria da empresa — Um retorno ao critério subjetivo", in *RT* 783/16-41, ano 90, jan. 2001.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*, Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1952.
- TIMM, Luciano Benetti. *A Prestação de Serviços — Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., Porto Alegre, Síntese, 2000.
- _____. "Da categoria unitária de prestação de serviços", in *Revista da AJURIS*, v. II, ed. especial, mar. 1998, pp. 757-768.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. "A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição", in *RDM* 126/123-127, São Paulo, Malheiros Editores, abr.-jun. 2002.
- TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1994.
- VIVANTE, Cesare. *Tratado de Derecho Mercantil*, v. I, trad. Cesar Siliò Belena, versão espanhola da 5ª ed. italiana, Madri, Academia Editorial Reus, 1932.
- WALD, Arnoldo. "O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional", in *RDM* 98, abr.-jun. 1995.
- ZUNINO, Jorge O. *Fondo de Comercio: Régimen Legal de su Transferencia*, Buenos Aires, Astrea, 1993.