

Espaço Discente

ASPECTOS DA TEORIA JURÍDICA DA EMPRESA

BETYNA RIBEIRO DE ALMEIDA

1. Introdução. 2. Histórico: 2.1 Primeiras normatizações – 2.2 As corporações de ofício – 2.3 A formação dos Estados – 2.4 A codificação napoleônica. 3. Conceito e características da empresa. 4. O sistema francês: 4.1 A teoria dos atos de comércio. 5. O sistema italiano: 5.1 O “Codice Civile” – 5.2 A teoria da empresa – 5.3 A superação do sistema francês. 6. O Direito Comercial como o Direito das Empresas. 7. A empresa no Brasil: 7.1 O Código Comercial e o Regulamento 737, de 1850 – 7.2 A aproximação do Direito Brasileiro ao sistema italiano – 7.3 O Projeto do novo Código Civil. 8. Conclusão.

1. Introdução

Desde os tempos mais remotos é possível identificar na civilização humana a prática de atos que poderiam ser considerados comerciais. Por não ter meios para produzir todos os bens materiais necessários à sua subsistência, o homem conseguiu, através do escambo, uma maneira de suprir suas necessidades.

Estas necessidades cresceram com o passar do tempo, e a economia de escambo, em que participavam das relações comerciais produtor e consumidor diretamente, tornou-se ineficiente, forçando a criação de padrões monetários, representativos de valor.

Passou-se, então, à economia de mercado, que vigora até hoje, obviamente com diversas modificações decorrentes da própria evolução da Humanidade.

A criação de padrões monetários facilitou e estimulou o desenvolvimento do comércio, trazendo a necessidade de uma definição e regulamentação desta atividade.

Surge, então, o primeiro critério de definição da atividade comercial, dispondo que seriam comerciais os atos praticados

por componentes de determinadas corporações de ofício. Só poderiam praticar o que se entendia por comércio as pessoas que fizessem parte destas verdadeiras “castas”.

Não se pode negar a influência da estrutura da sociedade da época, extremamente estratificada. O critério utilizado para a determinação da atividade comercial era subjetivo, importava saber quem era o praticante do ato, e não o ato em si.

As Revoluções Liberais, em especial a Francesa, propuseram ideais de igualdade entre os homens, o que fez com que o critério de definição da atividade comercial utilizado até então não mais fosse compatível com a ordem que passara a vigor. A ordem que se impunha não poderia aceitar um modelo que deferia apenas a determinada classe de pessoas a condição de comerciante.

A atividade comercial passa a ser considerada a partir da prática de certos atos, os chamados atos de comércio. Comerciante seria aquele que praticasse atos de comércio; passava-se, então, a um critério objetivo de consideração da atividade comercial. Tal sistema tem vigência até hoje

identificando esta atividade, apesar de vir sofrendo certas modificações.

Durante certo tempo o sistema dos atos de comércio funcionou perfeitamente para regulamentar a atividade comercial. No entanto, a sociedade dos nossos dias apresenta necessidades de regulamentação que não conseguem ser supridas pelo sistema objetivo. O setor de serviços, crescente em todas as economias, não tem sua atividade incluída no sistema dos atos de comércio, o que demonstra uma necessidade de substituição.

Nos dias de hoje faz-se necessária a substituição de toda noção de comerciante pela de empresário. Para suprir tal necessidade surge a teoria da empresa, ampliando o alcance do Direito Comercial, tendo em vista que empresa seria a unidade econômica voltada para a produção e circulação de bens e serviços.

Vem ocorrer, então, um retorno ao critério subjetivo de avaliação da atividade comercial, pois se passa a considerar a figura do empresário, ou seja, do praticante do ato.

Não se poderia esquecer que um novo Código Civil está na iminência de entrar em vigor, extinguindo a dicotomia hoje existente no Direito Privado. Este novo Código, ao tratar da atividade comercial, o faz sob a égide da teoria da empresa.

Cabe-nos, então, analisar as mudanças que decorrerão deste novo enquadramento legal da atividade comercial, principalmente no que tange à utilização da teoria da empresa para as atividades atualmente reguladas pelo Direito Civil.

O presente trabalho tem o propósito de examinar diferentes aspectos teóricos da teoria da empresa, bem como determinar a maneira como foi apresentada no novo *Codex*.

2. Histórico

Segundo o jurista Tulio Ascarelli¹ sempre existiram regras sobre matéria mer-

cantil, inclusive no Código de Hamurabi. Ocorre que jamais houve um sistema de Direito Comercial até que surgisse a civilização comunal, ou seja, as corporações de ofício, durante o feudalismo. No entender de Fábio Ulhôa Coelho, “a história do Direito Comercial é normalmente dividida em quatro períodos. No primeiro, entre a segunda metade do século XII e a segunda metade do século XVI, o Direito Comercial é o Direito aplicável aos integrantes de uma específica corporação de ofício, a dos comerciantes. Adota-se, assim, um critério subjetivo para definir seu âmbito de incidência”.²

2.1 Primeiras normatizações

Nas civilizações antigas surgiram, ainda no bojo do Direito rudimentar que se operava, algumas regras de Direito Comercial, embora, não constituíssem um sistema nesta época.

“Os historiadores encontraram normas desta natureza no Código de Manu, na Índia; as pesquisas arqueológicas, que revelaram a Babilônia aos nossos olhos, acrescentaram à coleção do Museu do Louvre a pedra em que foi esculpido há cerca de dois anos a.C. o Código do Rei Hamurabi, tido como a primeira codificação das leis comerciais.”³

Os romanos tampouco formularam um sistema que se pudesse denominar Direito Comercial. Suas atividades econômicas eram basicamente ligadas à propriedade e atividade rurais, portanto não era necessário um Direito que regulasse especificamente as atividades mercantis. A prática de algumas atividades mercantis era, inclusive, considerada degradante aos patrícios e senadores.

A aproximação da decadência de Roma e o conseqüente início das transformações nas estruturas econômicas levaram

1. *Apud* Fábio Ulhôa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v.1, p. 12.

2. *Curso ...*, cit., v.1, p. 13.

3. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, p. 8.

a uma expansão comercial. As leis proibitivas relativas à atividade comercial acabaram por ser relaxadas ou contornadas.

A invasão bárbara e o início do feudalismo impediram o desenvolvimento do capitalismo que se iniciava.

2.2 As corporações de ofício

O primeiro período histórico do Direito Comercial, entendido como um sistema, inicia-se na segunda metade do século XII. Datam desta época as primeiras corporações de artes e ofícios, que surgiam concomitantemente ao aparecimento das cidades. De acordo com o professor Rubens Requião⁴ os romanos já se reuniam em colégios, que poderiam ser considerados como os embriões das corporações medievais. Nestes colégios, assim como nas corporações, os comerciantes se reuniam para defender seus interesses, numa época tão refratária às suas atividades.

Tais corporações floresceram principalmente na Península Itálica, tanto pela importância de Veneza, Gênova, Florença e Amalfi no comércio internacional pelo Mar Mediterrâneo quanto por suas localizações estratégicas para as cruzadas. No entanto, estas associações se espalharam por toda a Europa Ocidental, em especial em áreas sem a presença de um poder centralizado, como a Alemanha, onde foi constituída a famosa *Hansa Teutônica*, liderada pelas cidades de Hamburgo e Lübeck.

Os comerciantes e artesãos constituíram jurisdições próprias, fundamentando as decisões nos usos e costumes que conheciam e praticavam. Assim começou a se consolidar um Direito Comercial oriundo das regras corporativas e da jurisprudência das decisões dos cônsules designados para a resolução dos conflitos que surgiam. Como não havia um Direito Comum para regular a atividade comercial, e o herdado dos romanos era demasiadamente formal, foi necessária a criação de um novo Direito.

4. *Curso ...*, cit. v. 1, p. 9.

As ligas e corporações foram adquirindo tamanho poder político e militar que seus estatutos passaram a se confundir com os estatutos das próprias cidades. Os tribunais classistas, julgando com base na equidade e nos usos e costumes, passaram a atrair disputas entre comerciantes e não-comerciantes.

“Temos, nesta fase, o período estritamente subjetivista do Direito Comercial a serviço do comerciante, isto é, um Direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao Direito territorial e civil, e consuetudinário. Como o comércio não tem fronteiras, e as operações mercantis se repetem em massa, transpira nítido seu sentido cosmopolita.”⁵

2.3 A formação dos Estados

Com a formação dos primeiros Estados na Europa Ocidental e com a ascensão do mercantilismo passa-se à segunda etapa do desenvolvimento do Direito Comercial, ocorrida na última metade do século XVI.

Rubens Requião⁶ considera o Código de Savary, ordenança de Colbert, como o primeiro Código Comercial moderno. Apesar de ainda se basear na figura do comerciante, começou a estender o Direito Comercial aos praticantes de atos de comércio, mesmo que não fossem eles regularmente considerados comerciantes. Trata-se de uma passagem do sistema subjetivo puro para o eclético.

“No processo de unificação nacional da Inglaterra e da França, a uniformização das normas jurídicas sobre as atividades econômicas desempenha papel de especial importância, antecedendo em certa medida a própria criação da identidade cultural e política.”⁷

A jurisdição das corporações de ofício foi totalmente absorvida pelos tribunais

5. Rubens Requião, *Curso ...*, cit. v. 1, pp. 10-11.

6. *Curso ...*, cit., v. 1, p. 11.

7. Fábio Ulhôa Coelho, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 13

no país da *Common Law*, já na França elas foram perdendo a competência aos poucos, mas continuou a existir um Direito dos comerciantes, fundado em seus usos e costumes e só a eles aplicável. O Direito Inglês adotou, desde aqueles tempos, a *equity*, o que fez com que, ao contrário do Direito de raiz romanística, não conhecesse a distinção entre atividades civis e comerciais.

2.4 A codificação napoleônica

“O terceiro período (séculos XIX e primeira metade do século XX) se caracteriza pela superação do critério subjetivo de identificação do âmbito de incidência do Direito Comercial. A partir do Código Napoleônico, de 1808, ele não é mais o Direito dos comerciantes, mas dos atos de comércio.”⁸

Esta etapa da evolução do Direito Comercial se inicia com a codificação napoleônica. O Direito Comercial passou a disciplinar determinados atos, e não mais pessoas, para estar em consonância com o princípio da igualdade entre os cidadãos, que excluía os privilégios de classe, e com o fortalecimento do Estado Nacional.

Cabe lembrar que a Lei *Le Chapelier*, de 14.6.1791, proibiu qualquer espécie de corporações de cidadãos do mesmo estado e profissão, seguindo a filosofia política que se instaurava.

Tal mudança de critério visou a abolir o corporativismo reinante, porém não impediu a continuidade da existência de certas normas de proteção exclusivas de comerciantes, como a concordata. A efetiva transformação ocorreu no que tange à não-obrigatoriedade de sua aceitação por parte de determinada corporação para que um cidadão pudesse comerciar.

3. Conceito e características da empresa

Segundo a sabedoria do professor Waldirio Bulgarelli, “a empresa continua

sendo um fenômeno desafiante para o Direito, não obstante já tenham decorrido tantos anos desde o seu primeiro aparecimento, na legislação, através do Código Napoleônico e da sua consagração como base da concepção corporativa fascista, no Código Civil italiano de 1942”.⁹

Ainda não se pode dizer que exista um conceito jurídico de empresa que seja aceito unanimemente entre os juristas. O legislador, especialmente o brasileiro, vem regulando a matéria sob diferentes prismas, conforme sua necessidade e o campo do Direito em questão.

Georges Ripert afirmou a dificuldade em se estabelecer um conceito de empresa: “Em Economia Política a imprecisão do termo autoriza definições pessoais. A empresa é chamada unidade econômica, mas o é com o intuito de não ser confundida com a exploração que tem significado técnico e com o estabelecimento que não é senão um de seus elementos. Ainda é preciso saber o que é a unidade econômica. Uns denominam empresa todo organismo tendente à produção dos bens destinados ao mercado; outros julgam indispensável acrescentar a noção de risco e de lucro. Alguns põem em equação a idéia de coordenação, enquanto os mais realistas se apegam às formas da empresa mais que à noção”.¹⁰

Porém, do ponto de vista econômico é certo que “empresa” pressupõe organização complexa dos fatores de produção. Truchy,¹¹ em seu *Cours d'Économie Politique*, define empresa como “toda organização cujo objetivo é o de prover à produção, à troca, ou à circulação de bens ou de serviços”, deixando clara a necessidade da existência de uma organização.

Broseta Pont define empresa, sob o aspecto econômico, como a “organização

9. *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial (O Direito das Empresas)*, p. 1.

10. *Apud* Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 4.

11. *Apud* Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 4.

8. Fábio Ulhôa Coelho, *Curso ...*, cit. v. 1, p. 14.

de capital e de trabalho destinada à produção ou mediação de bens e serviços para o mercado".¹²

Os juristas também vêm concordando com o pressuposto da organização. É justamente este pressuposto que vai distinguir a empresa do estabelecimento, do empresário e do fundo de comércio, conceitos definidos e bastante utilizados pelos juristas. O professor Waldemar Ferreira estabeleceu um esquema de círculos concêntricos para diferenciar cada um destes elementos: "Tem-se – afirma o mestre –, partindo do centro para a periferia, o estabelecimento, circunscrito pela empresa, e esta pela pessoa natural ou jurídica, mercê de cuja vontade aqueles se instituem e movimentam-se. São três momentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico. Ostentam-se, no centro, os bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem o estabelecimento, como universalidade de fato. A empresa superpõe-se-lhe como organização do trabalho e disciplina da atividade no objetivo de produzir riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica. Tudo isto, porém, se subordina à vontade e às diretrizes traçadas pela pessoa natural ou jurídica, que as haja organizado, sujeito ativo e passivo nas relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento de lucros pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos".¹³

A empresa é decorrente da evolução técnica da produção, e, portanto, distinta dos sistemas primários de produção como o artesanato. Seu conceito deve ser abrangente o necessário para enquadrar esta evolução. Segundo Bulgarelli: "(...) podem ser isolados, desta maneira, alguns elementos que acentuam a distinção entre as formas aperfeiçoadas de produção, através da em-

presa moderna, e as anteriores rudimentares manuais e mesmo individuais. Entre eles, estão: a) o de produzir para o mercado; b) o dos atos em massa (que diferenciam a empresa do simples estabelecimento artesanal, característico até de uma economia de subsistência, ou de mercado em sentido acanhado, para troca ou venda em pequena escala); c) o de organização (que põe em evidência toda a técnica moderna operativa, pressupondo uma estrutura complexa totalmente diferente do simples estabelecimento artesanal); d) o emprego de trabalho alheio (que assinala o mecanismo de utilização de trabalhadores sob a orientação da empresa, não pertencentes à sua direção nem sendo seus proprietários)".¹⁴

Também devem ser entendidos como elementos da empresa o lucro e o risco.

Criação econômica que é, a empresa passou a necessitar de um enquadramento jurídico devido à sua crescente importância. Já Ripert assinalava que, pela falta de uma noção jurídica de empresa, "o legislador usa o termo quando lhe é cômodo fazê-lo, sem se preocupar em empregá-lo sempre no mesmo sentido".¹⁵

Bulgarelli¹⁶ apontou que o conceito de empresa é apresentado na legislação sob os mais diferentes aspectos, de acordo com os objetivos a serem alcançados, seja para a concessão de benefícios pelo Fisco ou para a inserção em planos econômicos governamentais, para o enquadramento em relações trabalhistas, ou até mesmo como sinônimo de estabelecimento ou empresário.

Alguns doutrinadores, como Waldemar Ferreira,¹⁷ chegaram a entender que a empresa não se enquadraria no Direito, idéia que desenvolveu na tese *Elaboração do Conceito de Empresa nos Domínios do Direito Comercial*, onde a comparava com

14. *Estudos ...*, cit., p. 6.

15. *Apud* Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 10.

16. *Estudos ...*, cit., p. 10.

17. *Apud* Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 11.

12. *Apud* Paulo Roberto Colombo Arnoldi, *Teoria Geral do Direito Comercial: Introdução à Teoria da Empresa*, p. 158.

13. *Apud* Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 5.

a personagem *Rebeca*, sobre quem todos falam, mas ninguém conhece.

Para Bulgarelli¹⁸ o problema da conceituação jurídica de empresa está no fato de sua crescente subjetivação, uma ânsia em se personalizar que acaba por trazer certa confusão com a personalidade jurídica do proprietário da empresa, em grande parte dos casos o próprio empresário.

Com o decorrer do tempo a empresa tornou-se figura de grande destaque, evoluindo em suas estruturas e conquistando cada vez mais importância na realidade sócio-econômica. Tal evolução fez com que surgisse a necessidade da criação de um papel autônomo para a empresa no Direito, segregado (e superior) ao do empresário.

Há quem entenda que o Direito Comercial passará, num futuro próximo, a ser denominado "Direito das Empresas" e enquadrará todos os aspectos desta instituição que seria o motor da economia mundial. Para tanto, obviamente, terá que invadir o campo de incidência do Direito Civil para enquadrar atividades como a prestação de serviços, a agricultura e a atividade imobiliária.

O professor italiano Giuseppe Valeri, citado por Rubens Requião em seu *Curso de Direito Comercial*,¹⁹ considera haver na empresa quatro elementos que se relacionam uns com os outros. Seriam eles a organização, a atividade econômica, o fim lucrativo e a profissionalidade. Partindo destes elementos, chega a um conceito de empresa no qual ela se apresenta como "organização da atividade econômica destinada à produção de bens ou de serviços, realizada profissionalmente".

Entre os juristas pátrios, Ruy de Souza²⁰ entende que o conceito jurídico de empresa deverá englobar todos os seus aspectos, dentre eles o lucro, para que não sejam excluídas as empresas com fins lu-

crativos. Ensina o jurista: "(...) um conceito jurídico de empresa só poderá ser obtido para que dele se amputem os excessos ou nele se preencham os brancos, através de uma aferição de seus elementos essenciais: a) organização, no sentido de se destacar, ou não, a empresa do empresário e da *azienda*; b) dimensões, no sentido de saber se exige a organização e também de se entender quais os tipos de empresário que se deverão conter no Direito inovado; c) permanência da organização e profissionalidade; d) caráter produtivo para o mercado e fim de lucro".

Apesar de todos os esforços dos comercialistas, "ainda não se logrou verdadeiramente alargar o campo do Direito Comercial a ponto de abranger todos os tipos de empresas, tornando-o o Direito das Empresas".²¹

Em vista da dificuldade na obtenção de um conceito unitário de empresa, o professor Asquini²² passou a analisá-la em seus diferentes aspectos, ou perfis, como preferiu chamá-los. Para o famoso jurista a empresa teria quatro diferentes perfis:

- a) o perfil subjetivo, no qual a empresa é vista na figura de seu empresário;
- b) o perfil funcional, no qual é analisada a atividade produtora, empreendedora, da empresa;
- c) o perfil patrimonial ou objetivo, no qual é analisada a empresa como estabelecimento (*azienda*), patrimônio fazendário;
- d) o perfil corporativo, que nada mais é que analisar a empresa como instituição.

O perfil subjetivo está ligado ao conceito de empresário dado pelo art. 2.082 do *Codice Civile*, ou seja, quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada com o fim de produção ou troca de bens ou serviços. Para Rubens Requião²³ nesta definição estão incluídos o sujeito de

18. *Estudos ...*, cit., p. 11.

19. V. 1, p. 52.

20. *Apud* Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 12.

21. Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 13.

22. *Apud* Rubens Requião, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 52.

23. *Curso ...*, cit., v. 1, p. 53.

direito, a atividade específica, a finalidade produtiva e a profissionalidade.

Ainda segundo Asquini, “do ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela particular força em movimento que é a sua atividade dirigida a um determinado escopo produtivo”.²⁴

O perfil objetivo, que encara a empresa como estabelecimento ou patrimônio, é resultado do reflexo de um fenômeno econômico na seara patrimonial. Este patrimônio próprio da empresa se difere e está afastado do patrimônio do empresário, principalmente por ter um fim diferente e específico. No entanto, é importante destacar que empresa e estabelecimento não são sinônimos.

Resta o perfil corporativo, a empresa considerada como a reunião do empresário e demais colaboradores em sua atividade.

“O empresário, segundo o perfil corporativo, e seus colaboradores não constituem simplesmente uma pluralidade de pessoas, ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho com fins individuais; antes, formam um núcleo social organizado, em função de um objetivo comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos colaboradores singulares do melhor resultado econômico da produção.”²⁵

O jurista italiano via a empresa como um “fenômeno poliédrico”, de acordo com Rubens Requião.²⁶

Francesco Ferrara, compatriota de Asquini, insurgiu-se contra sua teoria: “Na realidade, o problema foi analisado deste modo por Asquini, que fez uma cuidadosa investigação sobre o assunto, chegando ao resultado de que a palavra ‘empresa’ tem no Código diferentes significados, usada em acepções diversas: umas vezes para indi-

car o sujeito que exercita a atividade organizada, outra, o conjunto de bens organizados; outras ainda, o exercício da atividade organizada e, finalmente, a organização de pessoas que exercitem em colaboração a atividade econômica. Todavia, como observamos em outro lugar, nenhuma norma se pode encontrar, com segurança, em que a palavra ‘empresa’ possa ser utilizada no último sentido, de organização do pessoal, porque, na realidade, os quatro sentidos do termo – os quatro perfis de que falou Asquini – se reduzem a três. Pode-se observar, porém, que, fora dos casos em que a palavra se emprega em sentido impróprio e figurado de empresário ou de estabelecimento, e que deve o intérprete retificar, a única significação que resta é a da atividade econômica organizada, posta já, em outra parte, em relevo, por Carnelutti e Mesineo.”²⁷

Para Ferrara²⁸ o conceito de empresa não chega a ter relevância jurídica, pois mais importante que a empresa é o sujeito que exercita a atividade, o empresário.

4. O sistema francês

4.1 A teoria dos atos de comércio

Com a promulgação do Código Napoleônico, em 1804, iniciou-se a objetivação do Direito Comercial. Passou-se a falar de um Direito aplicado a determinados atos, muito mais que a determinadas pessoas, embora ainda permanecessem alguns institutos somente aplicáveis aos comerciantes.

É sabido que o Código Civil francês era superior ao Comercial, mas isto não impediu que ele servisse de base para a criação de vários Códigos Comerciais no século XIX, principalmente nos países de tradição jurídica romanística e língua latina. Os Códigos belga de 1811, italiano de 1882,

24. *Apud* Rubens Requião, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 53.

25. Alberto Asquini, *apud* Rubens Requião, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 53.

26. *Idem*, *ibidem*, v. 1, p. 52.

27. *Apud* Rubens Requião, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 52.

28. *Apud* Rubens Requião, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 53.

espanhol de 1829 e português de 1833 podem ser citados como exemplos, assim como alguns Códigos latino-americanos.²⁹

No entender de Fábio Ulhôa Coelho: “A teoria dos atos de comércio resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas”.³⁰

Rocco,³¹ tentando localizar o elemento de identidade entre os atos mercantis enumerados no art. 3º do *Codice di Commercio del Regno d'Italia* de 1882, explicou que os atos mercantis seriam os que facilitam ou realizam uma interposição na troca. Para tanto, classificou tais atos nas seguintes categorias: a) compra para revenda; b) operações bancárias; c) empresas; e d) seguros. Em todos eles há a troca indireta, que Rocco identificou como o elemento comum. A unidade entre os atos de comércio só se verifica externamente, são as atividades profissionais de uma classe determinada, a burguesia.

A precariedade deste sistema reside, e sempre residiu, na dificuldade de se chegar a um conceito do que sejam os atos de comércio. Para alguns juristas, segundo aponta o mestre Rubens Requião,³² a dificuldade em se chegar ao conceito fundamental do sistema está no fato de que a dicotomia do Direito Privado não é científica; assim, não seria lógica a distinção entre atos civis e comerciais.

De fato, o sistema francês não incluía certas atividades com fins lucrativos no rol dos atos de comércio. Um exemplo é a negociação de imóveis, excluída do rol no *Code de Commerce*, apesar de aparecer em certos outros códigos. A exclusão pode ser

29. Fábio Ulhôa Coelho, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 15.

30. *Idem*, *ibidem*.

31. *Apud* Fábio Ulhôa Coelho, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 15.

32. *Curso ...*, cit., v. 1, p. 12.

atribuída tanto ao caráter sacro da propriedade imobiliária, na época, quanto à tardia distinção entre circulação física e econômica dos bens, como aponta Estrella.³³ No caso específico da negociação imobiliária pode-se apontar como razão histórica o fato de a burguesia que ascendia ao poder querer preservar sua identidade em oposição ao feudalismo antes reinante. Na Inglaterra, onde a nobreza e a burguesia se uniram em aliança para construir o Estado Nacional, não houve necessidade de segregar, no sistema jurídico, as atividades comuns à burguesia das atividades comuns aos senhores feudais, em geral as relativas a imóveis.

O fracionamento da atividade econômica é característico da teoria dos atos de comércio. A “mercantilização” das atividades civis tornou o sistema dos atos de comércio insuficiente com o avanço da economia.

O Direito Comercial não pode ser apenas o Direito dos atos de comércio isolados, ele desde há muito já se apresenta muito mais abrangente que isto.

5. O sistema italiano

5.1 O “*Codice Civile*”

Na Itália o Código Civil promulgado em 1942 passou a disciplinar, num mesmo diploma, a matéria civil e a comercial, acabando, assim, com a dicotomia do Direito Privado no país. Além disto, foi o primeiro Código a propor uma teoria que substituiria a teoria dos atos de comércio.

De fato, a dicotomia do Direito Privado já era objeto de preocupação para a doutrina italiana desde o fim do século passado. Em 1892 Vivante defendeu o fim da autonomia do Direito Comercial na aula inaugural de seu curso na Universidade de Bolonha, apontando diversas razões em favor da unificação do Direito Privado.

33. *Apud* Fábio Ulhôa Coelho, *Curso ...*, cit., v. 1, p. 16.

Dentre tais argumentos estavam o fato de não-comerciantes, os consumidores, terem que se submeter às regras criadas de acordo com o interesse de comerciantes; a incompatibilidade de uma “lei de classe” com a solidariedade social; a insegurança decorrente do rol exemplificativo dos atos de comércio – entre outros. No entanto, o próprio Vivante, em 1919, convidado para presidir a Comissão de Reforma da legislação comercial italiana, abandonou esta tese e elaborou um projeto de Código Comercial.

A promulgação do *Codice Civile* é considerada o marco do início da última fase evolutiva do Direito Comercial, apesar de a Suíça ter editado em 1881 um Código único para as disciplinas do Direito Privado.

É inegável a influência do Código italiano, mas não se deve esquecer as contribuições da doutrina alemã em relação ao *ADGHB* de 1861 e ao *HGB* de 1897 e outras leis esparsas.

O *Codice Civile* foi importante por colocar em vigor um sistema normativo de empresa com um estatuto jurídico que qualificava empresário, *azienda*, atividade empresarial, e regulamentava as relações de trabalho que aconteciam na empresa.

Importante se faz contextualizar a criação do Código italiano. A época era de transição de um capitalismo comercial para um capitalismo industrial. Não era possível nem interessante submeter o industrial ao estatuto dos comerciantes. Transformando-o em empresário e agente da produção, o industrial foi colocado em igualdade de condições com o comerciante. Assim, todo o sistema foi modificado e seu centro de gravidade foi deslocado do comerciante para o empresário. O sistema corporativo da época acabou por deslocar a distinção comerciante/não-comerciante do Direito Privado para a distinção empresário/não-empresário, o sujeito da produção. Houve uma supressão do dualismo comerciante/empresário, passou a ser importante a distinção entre quem fosse empresário e quem não o

fosse, como sujeito de direito que o primeiro é.

Não houve apenas a substituição da noção de comerciante para a de empresário; foi adotado um novo sistema em que o empresário aparece não como especulador, mas como responsável pela produção de bens ou serviços.

O antigo comerciante passou a ser considerado empresário comercial com a extinção da adoção dos atos de comércio. A atividade passou a ser elemento de qualificação dos agentes da produção enquanto empresários e do complexo de bens utilizados para o exercício desta atividade, como estabelecimento.

O Código Civil italiano abarcou uma visão unitária da empresa com seus quatro principais aspectos – o empresário, a atividade, a organização do trabalho e o estabelecimento –, captando no mundo jurídico o fenômeno econômico.

5.2 A teoria da empresa

O modelo proposto para a regulação da atividade econômica pelo Código italiano de 1942 tem sua base na teoria da empresa.

Para Fábio Ulhôa Coelho³⁴ tal teoria apenas deslocou a fronteira entre as disciplinas civil e comercial. Enquanto na teoria elaborada pelos franceses várias atividades econômicas de grande importância eram afastadas do tratamento do Direito Comercial, a teoria italiana englobava tais atividades, como agricultura, pecuária, prestação de serviços, e afastava da disciplina algumas poucas atividades de menor relevância econômica, como a dos profissionais liberais.

A diferenciação no tratamento das atividades não se daria mais de acordo com a espécie, e sim com a expressão econômica. No entanto, ainda haveria diferenciação entre certas atividades, portanto a teo-

34. *Curso ...*, cit., v. I, p. 18.

ria da empresa deve ser encarada mais como uma nova forma de disciplinar a atividade econômica que como a forma encontrada para a unificação do Direito Privado.

O grande desafio da teoria da empresa é transpor para o mundo jurídico um fenômeno sócio-econômico. A empresa nos nossos dias tem grande relevância e, portanto, deve ser regulado pelo Direito.

Neste desafio, a doutrina divide-se em duas correntes no que tange à recepção do conceito de empresa: uma parte defende a simples transposição da noção econômica para o plano jurídico e a outra defende uma tradução desta noção em termos jurídicos.

Claro está que houve certo progresso em relação à noção jurídica da empresa se compararmos ao que existia anteriormente ao Código. Este progresso deve-se muito aos outros ramos do Direito que não o Comercial, como o Direito Tributário e o Direito Econômico.

A noção jurídica da empresa foi inspirada em sua função como agente da produção e circulação de bens e serviços, que é inegável e deve ser destacada em todos os campos da realidade. Esta função, por sua vez, serviu de base para o estatuto do empresário, que, sendo o sujeito ativo da produção, possui uma série de ônus, responsabilidades, obrigações, além de ter o direito de ser protegido. Com relação aos deveres do comerciante podemos enumerar os deveres do empresário perante a sociedade, visto que a empresa possui também certa função social.

Ao entrelaçamento dos conceitos autônomos de empresário, empresa e estabelecimento dá-se o nome de *empresarialidade*. A essência da empresarialidade foi captada principalmente partindo-se da idéia de atividade econômica organizada.

Para Bulgarelli³⁵ o Direito procurou, através de suas categorias instrumentais, conceituar o fenômeno da empresa e se utilizou da noção de empresarialidade para

chegar a um fim satisfatório. Para ele: "(...) à compreensão da empresa só se chega pela empresarialidade, conceito composto, envolvendo as três manifestações concretas, o empresário, a atividade e o estabelecimento, que exprimem, no plano jurídico, esse tão maravilhoso quanto assustador fenômeno de nossos dias"³⁶.

Ao Direito Comercial compete regular a atividade econômica exercida pelos cidadãos destinada a produzir, para o mercado, bens ou serviços, de forma profissional.

5.3 A superação do sistema francês

O sistema italiano, com o decorrer dos anos, acabou por superar o sistema francês dos atos de comércio e vem influenciando vários ordenamentos ao redor do mundo.

As legislações deste século têm abandonado a dicotomia do Direito Civil, consagrando as disciplinas comercial, civil e trabalhista num mesmo diploma. A teoria dos atos de comércio vem sido substituída pela da empresa.

Nem todas as legislações fazem referência especificamente à teoria da empresa ou à dos atos de comércio, mas têm usado aquela em substituição à teoria francesa.

6. O Direito Comercial como o Direito das Empresas

Segundo o entender de Alberto Asquini,³⁷ ainda não se pode considerar o Direito Comercial como o Direito das Empresas. Segundo ele tal redução é passível de crítica do ponto de vista histórico por ter sido o Direito Comercial anterior ao aparecimento da empresa; do ponto de vista econômico pois aquele surgiu antes da empresa e não necessitou dela para se afirmar; bem como do ponto de vista sistemá-

36. A Teoria ..., cit., p. 213.

37. Apud Waldirio Bulgarelli, *Estudos* ..., cit., p. 14.

tico pois não se pode apontar a existência da empresa em absolutamente todos os institutos mercantis.

Partindo de um outro ponto de vista, a empresa é um instituto demasiadamente complexo para ser totalmente abrangido pelo Direito Comercial, ou, no caso, o Direito das Empresas. Para que isto fosse possível, no entender de Manoel Broseta Pont,³⁸ o Direito Comercial teria que englobar todas as normas sobre empresas e todas as formas de empresas existentes.

Como fenômeno poliédrico que é, a empresa estará sempre presente em vários ramos do Direito, como o Direito Tributário e o Trabalhista, por exemplo. Assim sendo, não parece provável que o Direito Comercial, tornando-se o Direito das Empresas, consiga regular todos os aspectos desta, tampouco consiga abranger todos os tipos de empresas existentes (e os que ainda estarão por vir).

Para Bulgarelli,³⁹ aceitar esta impossibilidade é uma posição realista, da mesma forma que se aceitar juridicamente o conceito econômico de empresa, pois a realidade jurídica, principalmente neste caso, não deve se afastar da realidade econômica.

Muitos autores afirmam ser impossível a chegada a um conceito jurídico e unitário de empresa, como Hamel e Lagarde.⁴⁰ No entanto, para Broseta Pont⁴¹ este conceito existe e se difere da natureza jurídica da empresa. Para o jurista houve um erro metodológico que dificultou a chegada a um conceito; não era possível que a empresa fosse tomada como um todo no Direito se, na verdade, tinha natureza múltipla. Segundo ele, o conceito jurídico unitário de empresa existe e deve ser equivalente ao conceito econômico; não se pode permitir que algo exista

de uma forma para a Economia e de outra para o Direito, principalmente se não se verifica mudança alguma em sua substância.

Ainda seguindo o pensamento do ilustre jurista espanhol, unitário é o conceito de empresa, mas não o tratamento jurídico a ser dado a ela. A cada parte do Direito interessa um diferente aspecto deste conceito unitário, o que não quer dizer que tal conceito não possa existir.

Há certa unanimidade em relação ao conceito econômico de empresa, o que ajuda na aceitação de tal conceito pelo Direito. Para Sylvio Marcondes: "Há indubitavelmente na concepção da empresa comercial um substrato econômico consistente na organização dos fatores da produção, realizada pelo empresário, no sentido da atividade empreendedora, visando à obtenção de lucro e correndo o risco correspondente. Esse substrato, por estar implícito em todos os enunciados propostos para a definição de empresa, pode ser havido como ponto pacífico na controvérsia, a qual somente surge quando se trata de complementar o conceito econômico, mediante elementos de ordem jurídica".⁴²

Assim sendo, a legislação seguiu regulando seus inúmeros aspectos sempre tendo em vista a empresa como "organização de capital e trabalho destinada à produção ou mediação de bens ou serviços para o mercado".

7. A empresa no Brasil

A empresa encontra-se presente em nossa economia como estrutura produtiva, diferenciando-se das empresas de outros países pelas características decorrentes da situação econômico-financeira do país.

Elas podem ser classificadas de acordo com vários critérios, de acordo com o tamanho, área de atuação, de acordo com a organização, dentre outros. Este, porém, não é o objeto do presente estudo.

38. Apud Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 15.

39. *Estudos ...*, cit., p. 15.

40. Apud Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 15.

41. Apud Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 16.

42. Apud Waldirio Bulgarelli, *Estudos ...*, cit., p. 17.

Segundo Bulgarelli: “A situação se apresenta, pois, com um caráter dicotômico: de um lado, vige o Código Comercial, com seu sistema baseado no exercício profissional da mercancia (...), a que está vinculada, por seu turno, o regime falimentar (...) e de outro, vigem também as normas que se referem à empresa, com seus significados valoráveis juridicamente, ou seja, de empresário, de atividade, de estabelecimento e de organização”.⁴³

Até hoje a doutrina e a jurisprudência se preocupam em obter a qualificação de comerciante através de critérios seguros. Em alguns casos não há discordância na doutrina, como nas atividades de intermediação, de forma habitual, com fins lucrativos e nas atividades relacionadas no art. 19 (revogado) do Regulamento 737, pois é dado destaque ao tipo de atividade e à forma como é exercida. Em outros casos, onde não está clara a comercialidade ou a empresarialidade, surgem dúvidas e problemas, como, por exemplo, no caso de empresas de publicidade.

Tomando-se por base as teorias estrangeiras elaboradas sobre a empresa, a de Vivante foi a mais bem aceita pelos doutrinadores brasileiros, segundo estudo de Sylvio Marcondes.⁴⁴

No entanto, não se pode afirmar que houve fixação de um conceito jurídico unitário de empresa. O conceito sempre esteve, de certa forma, centrado na atividade econômica organizada, e não foram esquecidas as importantes figuras do empresário, o agente animador da atividade e sujeito de direitos, e do estabelecimento, segundo J. X. Carvalho de Mendonça: “(...) complexo de bens destinados pelo empresário para o exercício das atividades econômicas, qualificado como universalidade de fato, e portanto na categoria dos objetos de direito”.⁴⁵

Ruy de Souza elaborou a seguinte conceituação: “É empresa a instituição jurídica não-pessoal, que se caracteriza pela organização com certa permanência e com autonomia administrativa de uma atividade econômica destinada à produção de bens ou de serviços para o mercado ou à intermediação deles no circuito econômico; essa organização põe em funcionamento um fundo de comércio, a que se vincula através do empresário individual ou societário, ente personalizado cuja missão é representar juridicamente a empresa no mundo dos negócios e cujos atos são praticados repetidamente, em série orgânica, e são sempre comerciais pela sua própria natureza”.⁴⁶

De acordo com Bulgarelli,⁴⁷ para que haja uma melhor compreensão deste fenômeno sócio-econômico que é a empresa, devemos examiná-lo de acordo com os interesses jurídicos protegidos. Se entendemos a empresa como atividade econômica organizada e voltada para o mercado, devemos, então, proteger seus destinatários.

Em cada campo do Direito em que a noção de empresa aparece haverá um diferente interesse a ser protegido. No Direito Comercial temos os credores, incluídos, af, fornecedores, acionistas, o Estado e os trabalhadores.

Percebemos que, atualmente, a convivência do regime do comerciante com o da empresa em nosso Direito deixa sem solução uma série de problemas, mas isto não impede o reconhecimento da importância da empresa em nosso ordenamento jurídico atual, tanto que o Projeto do novo Código Civil deu especial atenção a ela.

7.1 O Código Comercial e o Regulamento 737, de 1850

Juridicamente, a primeira aparição da palavra “empresa” em nosso ordenamento

43. A Teoria ..., cit., p. 220.

44. Apud Waldirio Bulgarelli, A Teoria ..., cit., pp. 253-254.

45. Apud Waldirio Bulgarelli, A Teoria ..., cit., pp. 258-259.

46. Apud Waldirio Bulgarelli, A Teoria ..., cit., pp. 259-260.

47. A Teoria ..., cit., p. 293.

foi no art. 19, 3, do Regulamento 737, de 1850. O artigo, ao caracterizar "mercancia", inclui as "empresas: 1) de fábricas; 2) de comissões; 3) de depósitos; 4) de expedição, 5) de consignação e transportes de mercadorias; e 6) de espetáculos públicos".

A partir desta menção os juristas pátrios passaram a se preocupar com a conceituação de empresa.

À época do Regulamento 737 a importância maior residia no aspecto processual do tema, pois a empresa, sendo mercancia, deslocava questões para a competência dos Tribunais do Comércio. Com a unificação da Justiça, ocorrida em 1875, o aspecto processual perdeu sua importância, porém a palavra continuou sendo usada em outros diplomas legais. O problema da qualificação do comerciante deixou de ser processual, mas permaneceram as dúvidas em relação a responsabilidade, obrigações e ônus e prerrogativas; portanto, continuou a ser importante a busca da afirmação jurídica de quem seria comerciante.

Mesmo revogado o art. 19 do Regulamento 737, a idéia de mercancia como a reiteração dos atos de comércio permaneceu entre nós e levou-nos à idéia da empresarialidade moderna, ainda que não por inteiro. De acordo com o entendimento de Bulgarelli: "Essa junção, entre nós, se deu tendo em vista mais a idéia de mercancia absorvedora dos atos de comércio, despertando a idéia do exercício profissional, assimilável à atividade empresária (cf. art. 4º do Código Comercial)".⁴⁸

Não seria possível arrolar neste trabalho todos as referências feitas às empresas na legislação brasileira; mas, a título de exemplificação de seu constante uso, poderíamos citar os arts. 37, XIX, 71, V, 171, 222, 170, IX, e 179 da Constituição da República Federativa do Brasil; os arts. 677 e 678 do CPC; os arts. 52, IV, 54 § 4º, 58, § 1º, III, e 197, dentre outros, do CTN. A Consolidação das Leis do Trabalho faz

diversas menções à empresa, assim como, no âmbito do Direito Comercial, a Lei das Sociedades Anônimas (n. 6.404, de 1976) e o próprio Código Comercial.

Desta breve enumeração podemos perceber que o conceito de empresa está presente nos mais diversos ramos do Direito pátrio e é utilizado das mais diferentes formas em cada um deles.

7.2 A aproximação do Direito Brasileiro ao sistema italiano

Como vem acontecendo na maioria dos países de tradição romanística, o Brasil tem aos poucos abandonado o sistema francês dos atos de comércio, dando lugar à adoção da teoria da empresa para a classificação da atividade comercial.

É sabido que o completo abandono da teoria dos atos de comércio somente se dará com a promulgação do novo Código Civil, que, além da unificação do Direito Privado, consagrará a teoria da empresa em nosso ordenamento.

No entanto, todas as tentativas de codificação do Direito Privado pátrio se inclinaram para a unificação, por consequência, para a adoção do modelo italiano em vários pontos. Podemos citar o Projeto do Código Comercial de Inglês de Souza, apresentado em 1912 ao Presidente Hermes da Fonseca, que propunha a unificação do Direito Privado.

Apesar de ainda nos encontrarmos sobre a égide do Código Comercial de 1850, claramente baseado na teoria dos atos de comércio, a legislação, além da doutrina e da jurisprudência, tem caminhado no sentido da adoção do sistema italiano, independentemente da promulgação do novo Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, adotou a teoria da empresa ao igualar os fornecedores, independentemente do ramo de sua atividade, e ao impor o mesmo tratamento dado aos comerciantes aos empresários em atividades bancárias,

48. A Teoria ..., cit., p. 224.

industriais, imobiliárias ou de prestação de serviços.

A Lei de Locações (n. 8.245, de 1991), ao contrário de sua antecessora, a Lei de Luvas, estendeu o direito à renovação compulsória do contrato de locação ao imóvel que abrigue exploração da atividade econômica. Assim, as sociedades civis com fins lucrativos passaram a usufruir de tal benefício, antes restrito à sociedade comercial.

A Lei 8.934, de 1994, transformou o antigo Registro de Comércio no "Registro de Empresas e Atividades Afins", denotando a intenção de dar maior abrangência ao registro.

As mudanças foram tamanhas que podemos notar que com a promulgação do novo Código Civil seriam resolvidos os dois grandes problemas restantes quanto à classificação de determinada atividade como mercantil: a execução judicial concursal e a possibilidade de impetração de concordata.

Para Fábio Ulhôa Coelho: "(...) deve-se situar o Direito Brasileiro, no que diz respeito aos modelos de disciplina privada da atividade econômica, numa fase de transição entre o sistema francês, de previsão de dois regimes distintos, e o italiano, de estabelecimento de regime geral marginalmente excepcionado. Mais precisamente falando, o Direito Brasileiro encontra-se já no limite desta fase de transição, consideravelmente próximo do modelo italiano, faltando para concluir o processo, a rigor, apenas a alteração da legislação falimentar".⁴⁹

7.3 O Projeto do novo Código Civil

Não podemos pretender, aqui, ter uma visão geral do Projeto de Código Civil, tendo em vista a vastidão dos assuntos abrangidos, mesmo se considerarmos apenas a disciplina comercial, restringindo-nos, pois, a observar os aspectos concernentes à ado-

ção do sistema italiano de classificação da atividade comercial.

O Código Civil francês de 1804 serviu de inspiração para a maioria dos Códigos dos países de tradição jurídica romanística. Segundo Fábio Konder Comparato⁵⁰ as principais idéias daquela codificação foram a preservação da certeza e da segurança jurídica, a uniformização legislativa e o racionalismo. Não se pode esquecer a benéfica influência da codificação francesa para os outros países.

Atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Código Civil, elaborado pelo grande jurista Miguel Reale. O Projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 1975 e aprovado em 1984.

O Projeto é inspirado no Código italiano, adotando expressamente a teoria da empresa como modelo de disciplina da atividade econômica.

Para chegar à atual versão do Projeto, diversas propostas e emendas foram apresentadas. Primeiramente cogitou-se da elaboração de um Código Civil e outro das Obrigações incluindo títulos de crédito e a matéria relativa aos empresários e sociedades. Pensou-se ainda na elaboração de um Código apartado tratando de empresários e sociedades, idéia que foi deixada de lado, apesar de ter sido defendida por alguns juristas.

Sylvio Marcondes inspirou-se diretamente no Código Civil italiano ao elaborar, em 1965, a primeira versão da parte referente aos empresários e sociedades do Projeto. Havia nela uma definição geral de empresário que excluía expressamente os profissionais que exerciam atividades intelectuais. Havia também definições de empresário rural e pequeno empresário. A definição de empresário comercial era obtida por exclusão: praticando a atividade empresarial e não sendo empresário rural, seria empresário comercial.

50. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 541.

Esta conceituação de empresário comercial, feita de forma residual, foi bastante criticada, por dar margem a uma série de dúvidas. "Empresário comercial" é conceito fundamental; portanto, sua definição deveria ser positiva; a analogia e os termos negativos acabam por gerar obscuridades. Além disto, o conceito de empresário comercial acabava por ficar baseado em outro conceito de contornos imprecisos, o de empresário rural.

Eram previstos um rol das atividades próprias do empresário comercial e ainda a subordinação às leis esparsas referentes aos comerciantes, como, por exemplo, a Lei Falimentar.

Ainda era clara a influência da comercialidade, tanto por se basear o Projeto no Código italiano quanto porque esta idéia ainda era bastante viva na mente dos juristas pátrios. De fato, a unificação do Direito das Obrigações não necessariamente significa a abolição da vida comercial. A concepção moderna do Direito Comercial como o Direito das Empresas não foi esquecida, porém o comerciante, então caracterizado como empresário comercial, ainda era colocado no centro do sistema.

Nas seguintes edições do Projeto, elaboradas a partir de 1972, foi corrigido o problema da conceituação de empresário comercial e acabou por ser adotado um novo esquema, distanciado do esquema italiano. O regime da comercialidade foi sendo aos poucos abandonado, principalmente com a eliminação da lista das atividades comerciais, para dar lugar ao regime da empresarialidade. Foi eliminada a subordinação das atividades industriais, intermediárias e de serviços à qualificação de empresário comercial, livrando o Projeto dos defeitos da comercialidade, criando um regime original.

A redação encaminhada ao Congresso Nacional, em seu Livro II, sob o título "Da Atividade Negocial", tratou da empresa sob os perfis do empresário, da atividade e do estabelecimento, excluindo apenas os perfis corporativo e institucional, ao seguir o entendimento de Asquini.

O Projeto estabeleceu um regime jurídico para o empresário, determinando suas principais obrigações, que seriam a inscrição no Registro competente e a manutenção de escrituração. Conceituou "estabelecimento" e regulou os negócios jurídicos que o têm como objeto. Tratou ainda da atividade em seus diversos aspectos, como localização, dimensão, impedimentos, continuação, dentre outros.

Em seu art. 969 o Projeto define "empresário", com base na teoria italiana:

"Art. 969. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços.

"Parágrafo único: 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."

O parágrafo único visou ao alcance dos profissionais liberais, que somente serão alcançados pela regulamentação da atividade econômica se de fato for provado que exercem sua profissão numa organização empresarial. Se não for possível identificar o "elemento de empresa" a atividade será regulada de acordo com o regime de cada categoria profissional específica.

O empresário, segundo descrito no art. 969, terá sua atividade regulada pelas normas referentes à matéria mercantil (art. 2.065).

O pequeno empresário assim como o empresário rural, de acordo com o art. 973 do Projeto, poderão fazer a opção de ingresso no regime geral de disciplina da atividade econômica. Não foram expressamente excluídos do conceito de "empresário", porém poderão se inscrever no registro de empresas e passarão a ser considerados como tal e, obviamente, ter a obrigação de respeitar todos os deveres impostos a este.

Com o fim da dicotomia entre atos civis e comerciais, ainda restará a questão da

qualificação de empresário para que os agentes da atividade econômica se enquadrem num regime jurídico próprio. O sistema qualificador do comerciante deixou de ser baseado nos atos de comércio para se basear na atividade, que se revela pela organização que o suporta.

A prestação de serviços, como atividade econômica organizada que é, foi introduzida no âmbito do Direito Comercial com o advento da noção de empresarialidade. Devemos lembrar também que "(...) certas atividades que, natural ou substancialmente, não estariam, ou efetivamente não estão, dentro do conceito da comercialidade pura giram em torno dela, quer pretendendo nela ingressar, quer a ela não querendo se acoplar. O regime jurídico do comerciante e da prática profissional da mercancia atua, portanto, em dois sentidos: a) coloca-se como um verdadeiro imã, como pólo de atração no que concerne às vantagens concedidas aos comerciantes (basicamente a concordata mercantil); e b) como fator de repulsa no que se refere a obrigações e responsabilidades, notadamente em relação à falência".⁵¹

Não se pode considerar o Projeto um estatuto classista, porquanto determina normas para o exercício da atividade empresarial, a atividade econômica organizada de produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, não estando afeito a estatuto profissional algum.

O Código Civil italiano serviu-lhe de inspiração, mas, no decorrer de sua elaboração, o Projeto foi se diferenciando deste em pontos cruciais (muito porque os contextos histórico, econômico e político da elaboração eram bem diferentes). Podem ser destacadas três grandes diferenças entre eles: 1) a regulamentação do trabalho na empresa, que em nosso país ficou a cargo das leis trabalhistas; 2) a sujeição da empresa ao Estado, própria do Código italiano; 3) a manutenção do empresário comercial como o centro do regime na Itália, o que não ocor-

reu no Brasil. A visível distância entre os dois Códigos é benéfica, pois denota a preocupação dos projetistas em adaptar a idéia italiana à realidade brasileira.

A eliminação do rol enumerativo referente às atividades do empresário comercial trará para o intérprete a liberdade para identificar as atividades a serem consideradas empresariais baseando-se no fato de elas serem econômicas, organizadas e profissionais.

A economicidade refere-se à criação de riquezas, a organização refere-se à ordenação dos fatores de produção e a profissionalidade, por sua vez, ao exercício habitual e sistemático, com ânimo de lucro.

O exercício da atividade caracterizará o tipo previsto na lei. Dependendo da forma do exercício, do conteúdo da atividade ou de sua dimensão, haverá ou não o alcance da nova norma. Por exemplo, o pequeno empresário, por sua dimensão, só será alcançado se assim for de seu interesse, e as atividades intelectuais, pela forma como são exercidas, serão excluídas.

Uma atividade econômica com fim lucrativo mas não empresarial não estará atrelada às normas relativas à empresa, a menos que se trate de sociedade por ações. Para que se considere empresarial a atividade deve ser composta de três fatores inseparáveis: a habitualidade no exercício visando à produção ou circulação de bens ou serviços; o escopo de lucro e a organização.

A atividade foi tratada nos moldes do Código Civil italiano. Está disseminada em várias partes do livro da atividade negocial, infiltrando-se no tratamento dado ao empresário, ao estabelecimento e aos demais institutos. Foi dada grande relevância à atividade, que passou a produzir efeitos por si mesma, não mais dependendo dos diferentes atos que a integram. Grande parte das vezes o Projeto faz menção à atividade sem ligá-la à palavra "empresa", decerto porque muitas vezes ela pode não se referir à atividade empresarial.

51. Waldirio Bulgarelli, *A Teoria* ..., cit., p. 224.

A atividade tem grande significado na teoria da empresa, pois é o mais importante qualificador de empresário. Ela é mencionada para a conceituação de empresário e também de estabelecimento.

De acordo com o entendimento de Waldirio Bulgarelli,⁵² um dos grandes avanços do Projeto é justamente a unificação das obrigações, que trará maior segurança jurídica. O Projeto foi uma oportunidade para atualizar o regime jurídico obrigacional pátrio, introduzindo inovação e consagrando práticas já existentes. Foram ajustadas normas de uso comum e normas concebidas para os agentes de atividade empresarial, porém sem que houvesse o fim da autonomia de qualquer dos ramos do Direito em questão.

No Código italiano foram inseridas normas de nítido caráter comercial, como a presunção da solidariedade das obrigações; o predomínio da aparência sobre o Direito para a garantia da segurança jurídica; a contagem de juros de pleno direito; a constituição em mora sem interpelação; a taxa objetiva das indenizações, dentre outras. No Projeto brasileiro nem todas estas normas foram adotadas. Não consta a presunção de solidariedade, mantendo o atual entendimento legislativo; os juros passaram a ser devidos mesmo que não se alegue prejuízo; a atual lacuna no que diz respeito à responsabilidade do devedor pelo inadimplemento das dívidas assumidas foi preenchida, pois passam a responder todos os seus bens, presentes e futuros. Vários contratos foram arrolados no Projeto, alguns que ainda não foram tratados no Código Comercial nem no Código Civil atuais. Foi estipulada também a presunção de onerosidade em certos contratos de tradição românica, que passaram a ser exercidos com caráter profissional, como o de depósito, mandato e seguro.

Ainda que haja em seu corpo evidentes aspectos positivos, o Projeto do novo Código Civil é passível de críticas. Muitas

delas referem-se à reunião da matéria obrigacional, comercial e civil num diploma a ser chamado de Código Civil.

Para Rubens Requião⁵³ não houve unificação do Direito Privado, como muitos pretendem. Diversas matérias privatistas foram deixadas à parte do novo Código e o que se chama de "reunião" constitui apenas justaposição da matéria civil e comercial. Para ele, deveria ter sido projetado um Código Civil e outro das Obrigações, que reuniria obrigações civis e comerciais. Deveria ser criada também uma lei própria para regular matéria referente a empresários e sociedades.

Fábio Konder Comparato⁵⁴ entende que o Projeto não conseguiu harmonizar a disciplina do Direito Privado. Num código, segundo o jurista, as normas, os diversos títulos, devem expressar um coerência e uma ligação entre si. Isto não aconteceu com o livro dedicado a disciplinar a atividade negocial, que parece estranho ao resto do Código. Parece-lhe estranho que a Parte Geral em nenhum momento mencione a atividade jurídica, nem mesmo ao discorrer sobre negócio jurídico, e aquele conceito é imprescindível para que seja definida a atividade empresarial, em que se baseia todo o novo sistema do Direito Comercial. Para o jurista o fato de a matéria relativa às sociedades por ações ter sido excluída do Projeto dificulta a admissibilidade da manutenção da matéria negocial no Código. Por fim, destaca que o Projeto tem certo caráter doutrinário, o que não deveria ser admitido, visto que não se pode considerar um código como um manual de doutrina.

O Projeto tem seu mérito, por ter sabido transpor para o plano jurídico a realidade sócio-econômica da empresa, não apenas através da visão econômica já existente. Além disto, baseou-se no *Codice Civile* sem ignorar as peculiaridades de nossa rea-

53. *Apud* Waldirio Bulgarelli, *A Teoria* ..., cit., p. 357.

54. *Ensaio* ..., cit., p. 546.

52. *A Teoria* ..., cit., p. 346.

lidade, sabendo abandonar o modelo quando houve necessidade de fazê-lo. Foi responsável por um ajuste do nosso sistema à teoria jurídica da empresa, criando um regime próprio, revelando a competência e saber jurídico de seus projetistas.

8. Conclusão

A presente monografia não pretende esgotar a discussão do tema, tampouco a bibliografia relativa ao assunto. Ela apenas reflete o crescente destaque (certamente não recente) de um fenômeno que se iniciou há alguns séculos.

A importância da empresa é indiscutível nos nossos dias, e tal importância reflete-se no mundo jurídico, como não poderia deixar de ser. Durante muito tempo, e de certa forma até hoje, a transposição da realidade sócio-econômica da empresa para o plano do Direito tem-se apresentado como um ponto controverso na doutrina. Tal controvérsia agrava-se à medida que a necessidade da utilização das noções de empresa, empresário e atividade empresarial aumenta a cada dia, principalmente se tomarmos por base a realidade brasileira.

Desde o advento do Código Civil italiano, em 1942, a empresa começou a se fixar no plano jurídico através da teoria da empresa. Tal teoria alcançou grande relevância e influenciou várias codificações ao redor do mundo, e em cada país foi adaptada às necessidades e realidades peculiares.

A teoria da empresa surgiu como alternativa à então predominante teoria dos atos de comércio, criada com a codificação napoleônica em sintonia com a ordem da época. Em contraposição ao subjetivismo que dominava a disciplina da atividade comercial antes das Revoluções Liberais, a codificação propôs um sistema objetivo, a atividade passaria a ser qualificada como comercial com base num rol estabelecido em lei. O subjetivismo dava lugar ao objetivismo sintonizado com os ideais de igualdade da época.

Desde o surgimento da teoria italiana a teoria francesa vem perdendo a influência que havia conquistado em inúmeras codificações de países de tradição romanística.

A conceituação de empresa ainda desperta muitas discussões na doutrina em todo o mundo. Tentamos, de maneira obviamente sucinta, demonstrar tal discordância e até que ponto já se pode falar em acordo quanto a certos aspectos da conceituação. No Brasil grande parte da doutrina se apóia nos perfis elaborados pelo jurista Alberto Asquini.

A relevância do fenômeno da empresa tornou-se tão clara que alguns doutrinadores cogitam, mesmo, da transformação do Direito Comercial no Direito das Empresas. Transformação, esta, que não chega a se tornar fundamental, sendo passível de sensatas críticas.

No Brasil o Regulamento 737, de 1850, filiou a legislação ao sistema objetivo de disciplina da atividade comercial. No entanto, desde o início de sua adoção o sistema deu margem a uma série de dúvidas, principalmente relativas à qualificação de "comerciante". Assim sendo, a legislação pátria há tempos vem, paulatinamente, adotando a teoria da empresa, e a adoção do sistema estará completa com a promulgação do novo Código Civil, que ainda tramita no Senado Federal.

Certo está que apenas a legislação que dispõe sobre falências e concordatas ainda adota a teoria dos atos de comércio de forma completa, e esta deverá sofrer as maiores transformações com o novo sistema, assim que seja promulgado o novo Código.

Bibliografia

- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria Geral do Direito Comercial: Introdução à Teoria da Empresa*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997.
- BULGARELLI, Waldirio. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo, Ed. RT, 1985.

_____. *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial: o Direito das Empresas*. São Paulo, Ed. RT, 1980.

_____. *Questões Atuais de Direito Empresarial*. 1ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5ª ed., v. 2. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1998.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1990.

_____. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Empresarial: Pareceres*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense 1995.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 22ª ed., v. 1. São Paulo, Saraiva, 1995.

SHARP JR., Ronald A. *Elementos de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Destaque, 1997.