CADERNOS JURÍDICOS

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA
Ano 7 - número 26 - janeiro-abril/2006

6 L

BIBLIOTECA

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2006

Da teoria dos atos do comércio à teoria da empresa

MARCUS ALEXANDRE MANHÃES BASTOS
Professor de Direito em São Paulo

1. Introdução

A partir de uma perspectiva histórica, colhem-se duas concepções teóricas estabelecidas para a identificação das atividades econômicas que devem ser submetidas ao regime jurídico mercantil, a saber, a *teoria dos atos do comércio* e a *teoria da empresa*, aquela, recentemente abandonada pelo Direito Positivo brasileiro, tendo sido substituída por esta última, com evidentes vantagens, a representar notável avanço do Direito Comercial pátrio.

Deveras, consoante restará apresentado nas linhas subseqüentes, a adoção da teoria da empresa no mundo ocidental se consubstancia em evolução natural do Direito Comercial, até então orientado pela teoria dos atos do comércio. A teoria dos atos do comércio teve espaço no curso do século passado, notadamente, a partir do Código Comercial Napoleônico, de 1807, sendo certo, contudo, que o desenvolvimento da economia passou a exigir nova forma de visualizar o fenômeno empresarial, porquanto esse se mostrava muito engessado na definição de quem se submeteria ao regime jurídico mercantil, sob uma sistemática tida por insuficiente para acompanhar a velocidade do desenvolvimento das atividades econômicas (empresariais).

Antecedente necessário para o prosseguimento do vertente ensaio, contudo, é a delimitação do objetivo de tais teorias e o conteúdo de cada uma delas.

Trata-se de teorias que acompanham e orientam a evolução histórica do Direito Comercial, tendo surgido, em ordem de sucessão cronológica, primeiramente, a teoria dos atos do comércio, para, subseqüentemente, advir a denominada teoria da empresa (sem se descurar, por relevante, do período que antecede a primeira delas). Seus fins dizem respeito à identificação do comerciante, é dizer, do sujeito sobre o qual incidirá o regime jurídico mercantil, tido por regime formado por normas de Direito privado, especiais em relação ao Direito comum (Civil), voltadas a reger situações sociais em face das quais se exige disciplina diferenciada e, ademais de tudo, mais dinâmica para efeitos de realização dos negócios jurídicos.

Colham-se, como exemplo valioso do que se afirma, os títulos de crédito, instrumentos tipicamente comerciais, cujas características mais marcantes são a da circulabilidade e da executoriedade.

Sinale-se que tais períodos albergam concepções de acordo com as quais a identificação do comerciante leva em conta ora aspectos subjetivos, relacionados a caracteres próprios do sujeito que explora a atividade econômica, ora objetivos, ligados ao próprio ato praticado na consecução dos seus objetivos profissionais.

2. Período classista - As corporações de mercadores

Surge a teoria dos atos do comércio, na dogmática comercialista, nos estertores da era dos "Luíses", em França, ao sagrar-se vencedora a Revolução Francesa, sob o apanágio do liberalismo político, econômico e social, tendo sido positivada, logo em seguida, por Napoleão Bonaparte.

Com efeito, até o advento da teoria dos atos do comércio, o Direito Comercial se apresentava como um Direito classista, absolutamente vinculado às corporações de ofício, detentoras de um poder não oficial (mas absolutamente estável e de observância inconteste), de estabelecer as normas sobre comércio, bem assim, de aplicar este direito emanado das corporações, aliado aos usos e costumes e à equidade, aos litígios observados no âmbito das atividades comerciais.

Essas considerações remetem à forma de exercício do comércio no início da idade média, época em que, sob regime feudal, os mercadores montavam suas bancas, reunidos em praças, para o exercício da atividade mercantil, de compra, venda e troca de bens de consumo.

Nessa época, o comércio ainda se apresentava bastante incipiente, e se desenvolvia nas feiras públicas, em locais e dias delimitados, através da reunião dos comerciantes, que optaram, naturalmente, por este modo de operar no mercado na perspectiva de ter maior tranqüilidade em termos de segurança. Reunidos, protegiam-se mais eficazmente de sofrerem o esbulho daquilo que comercializavam.

Paulatinamente o comércio se incrementa e se torna deveras sofisticado – sobretudo a se considerar a situação do fechamento do acesso do mundo europeu ao oriente através da sua via natural, qual seja, o mar mediterrâneo, perpetrado pelos povos árabes, após a ruptura da *pax* romana, fato que impulsionou os mercadores não só a incursionarem com maior vigor pelo continente ocidental (observa-se, até mesmo, a criação de entrepostos comerciais que se transformariam, com o tempo, em cidades

importantes para o comércio), como, também, a buscarem novos caminhos marítimos para o oriente, circunstância que culminaria, inclusive, com a descoberta do Novo Mundo, por expedicionários lusitanos e espanhóis.

Este comércio, já bastante desenvolvido, começa a apresentar características que lhe são peculiares, a exigir respostas mais específicas e expeditas, da ordem jurídica estabelecida, para a solução de controvérsias surgidas no trato comercial, sendo de observar, contudo, que o Direito comum da época, em grande medida orientado pelo Direito Canônico, não contemplava soluções satisfatórias para os problemas próprios do comércio, bem assim, não permitia a respectiva solução com a agilidade que a dinâmica do comércio requeria.

O contexto observado, portanto, reunia, sob os auspícios do Direito comum, as situações da vida civil da comunidade, bem como aquelas relações jurídicas, absolutamente peculiares, exsurgidas no âmbito das relações mercantis, com a observação de que esse Direito comum, o Civil, contemplava regras de pouca serventia para dar atendimento às exigências do comércio.

Ao mesmo tempo, o Estado da época, assentado sobre o poder clerical e o poder da nobreza, não parecia preocupado com assuntos relacionados aos mercadores, até mesmo em face da reticência da igreja em aceitar institutos próprios do comércio, sendo de destacar a repulsa do Direito Canônico a qualquer forma de lucro decorrente de intermediação, é dizer, de lucro que não decorresse diretamente do desenvolvimento da atividade produtiva, bem como ao empréstimo a juros, dentre outros institutos relacionados à atividade mercantil (sinale-se que a condenação do empréstimo a juros e, até mesmo, da intermediação entre produtor e consumidor com fim de assim perceber ganhos financeiros não era privilégio da ortodoxia católica, mas, via de regra, de todo direito de orientação religiosa, a exemplo do que ocorria no Direito Talmúdico, contrário a tais práticas).

Desse modo, na medida em que os mercadores passam a se associar em corporações, organizando-as e fomentando-as, optam por instituir um conselho corporativo que, pautado nos usos e costumes do comércio, passaria a cumprir o encargo de dar solução às controvérsias, decorrentes de práticas mercantis, que lhes fossem encaminhadas. Resultou inconteste a melhor adequação das respostas dadas pelas corporações aos litígios que lhes eram endereçados, soluções alicerçadas sob aquilo que, de ordinário, se reputava como justo e equânime no âmbito das atividades comerciais. Foram instituídas, assim, verdadeiras e legítimas "jurisdições" das corporações, denominadas "jurisdições consulares".

Ademais, do exercício desta jurisdição, promovida pelas corporações, observou-se a consolidação de uma "jurisprudência consular", em face da reiteração de decisões em um mesmo sentido, que passou a orientar os órgãos julgadores das corporações na solução dos litígios que lhes eram apresentados. Colhidas tais manifestações, essas passaram a adquirir o caráter de verdadeiras regras de conduta, porquanto, em caso de controvérsia, a solução, quase que de maneira inexorável, seguiria o entendimento consagrado pela jurisprudência consular.

Pautadas, portanto, pelos usos e costumes mercantis, bem como pela equidade, consolidados na jurisprudência consular, as corporações passaram a estatuir normas de conduta endereçadas aos mercadores e àqueles que, de alguma forma, estivessem envolvidos em relação comercial submetida à jurisdição consular, a causar o surgimento de um direito das corporações, consubstanciado no conjunto de estatutos por elas editados. Afirmava-se, então, a existência do "Direito Estatutário", das corporações de mercadores.

Verifica-se, então, nessa época, que as corporações contavam com órgãos "jurisdicionais" e órgãos "legislativos" (leia-se, normativos) próprios.[1]

De se observar que tanto as decisões consulares quanto o Direito corporativo gozavam de respeitabilidade nas comunidades,[2] quando menos porque aquele que deixasse de se sujeitar aos respectivos comandos passaria a representar pessoa de pequena (ou nenhuma) credibilidade para efeitos de estabelecimento de relações jurídicas. Com verdadeiro efeito, na medida em que se conhece a fama de descumpridor dos comandos decorrentes dos estatutos ou das decisões consulares, deixa-se de entabular relações negociais com um tal indivíduo, sob pena de, futuramente, em caso de controvérsia, não ser possível a aplicação do direito adequado ao comércio — sabe-se, de antemão, que tal e qual indivíduo se apresentam como pessoas reticentes a obedecer às regras e decisões consulares.

Nesse passo, consolidou-se estrutura corporativa dotada de intensos poderes sob o prisma da prática mercantil, estritamente relacionada a uma classe que viria a se tornar extremamente poderosa, do ponto de vista econômico, a saber, a burguesia.

Se em um primeiro momento as corporações afiguraram-se de extrema utilidade para o adequado desenvolvimento do comércio, mediante o suprimento de lacuna legislativa deixada pelo Estado, no sentido de estabelecer as normas mais adequadas para as práticas comerciais, como, também, a fixar a mais adequada solução de conflitos de interesses dentro do jogo do comércio, em momento posterior passou a ser utilizada como mecanismo de controle do mercado por parte daqueles que detinham maior poderio, bloqueando o acesso de novos comerciantes ao exercício profissional de tal atividade.

Deveras, consoante afirmado acima, aquele que não se submetia aos estatutos e às decisões consulares não gozava de prestígio na praça. De outro lado, passou-se a exigir do comerciante que se associasse a alguma corporação para que pudesse se valer de seus préstimos, de tal maneira que se afigurava absolutamente necessária a vinculação de quem exercesse atividade comercial a uma corporação. Derivou, daí, regra de acordo com a qual somente poderia exercer a mercancia aquele que fosse inscrito em alguma corporação, porquanto somente assim se poderia valer da proteção jurídica por elas concedida.

A partir desse momento, o exercício da atividade comercial, em condições de sobrevivência e desenvolvimento, passou a depender da boa vontade ou dos interesses daqueles que detinham controle político sobre as corporações. A atividade

---

[1] WALDEMAR FERREIRA sublinha este aspecto das corporações, a afirmar que *"Êsse era direito consuetudinário, formado de normas emergentes do tráfico mercantil,* consuetudo mercatorum. *De gênero vário, continham preceitos de direito administrativo, de direito processual, de direito penal e de direito privado. Direito dos comerciantes, era, ao mesmo passo, o das cidades. Não tardou que, depurado pelas corporações, se consolidasse em fórma escrita, inscrevendo-se em volumes – os* ***estatutos****"* (*Instituições de Direito Comercial*, vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 34). Dito isso, prossegue o autor a apontar a formatação da jurisdição consular, na página 35, da mesma obra: *"Sublimado, no mais alto grau, o espírito associativo e de classe, de que se imbuiu a administração pública, por dilatadíssimo tempo, elaborando cada qual o 'seu' direito, naturalíssimo era que êle se aplicasse por juízes e tribunais especiais, nutridos do mesmo pensamento. Instituíram as corporações justiça própria, ministrada, em regra, por seus chefes — os cônsules,* sine strepitu et figura judicii, *sem fórma, nem figura de juízo, rápida, sumariamente, segundo a equidade, ex bono et aequo. Tinham aquêles, ao comêço, funções administrativas e discilplinares êntre os membros daquelas. Aprendizes. Artífices. Patrões. Alargou-se, porém, a jurisdição consular. Alcançou os que com os membros daquelas contratavam. Generalizou-se, afinal. Passou a desempenhar papel mais amplo que de decisora de casos concretos. Instituiu-se de poder normativo".*

[2] *"Elaborou-se, por outro lado, direito comum a todos os mercadores, de que falam documentos do século XI, como coisa muito antiga, vinda de afastados tempos,* ab antiquis temporibus. *Êsse direito, não imposto por nenhuma autoridade, mas obedecido pelo consenso unânime como se o tivesse sido, em toda parte vigorava como se fôsse universal"* (WALDEMAR MARTINS FERREIRA. *Instituições de Direito Mercantil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 32).

comercial passou a ser reservada, tão-somente, àqueles que obtinham o beneplácito das corporações, em evidente descompasso com a noção, hoje muito presente, de livre concorrência e de repressão à concorrência desleal.

O quadro se manteve tal e qual demonstrado, com o controle da atividade comercial em mãos das corporações de mercadores, vedado o livre exercício profissional da mercancia, salvo quando autorizado por essas, até a erupção do movimento revolucionário popular que acabou com a monarquia na França, quando se sagrou vitoriosa a revolução francesa, sob o ideário da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Inspirada pelo liberalismo a nova era, comandada mais adiante por Napoleão Bonaparte, a sociedade não se compadecia com a ação restritiva das corporações, o que ensejou a extinção dessas entidades classistas, por intermédio da Lei Le Chapelier, datada de 1791 — deveria ser plena a liberdade de exercício do comércio e, mais ainda, a liberdade de trabalho.[3]

3. A Teoria dos Atos do Comércio.

Extintas as corporações, os mercadores passaram a se ressentir da ausência de leis adequadas ao trato de seus problemas, bem como de juízes aptos a destrinchar os conflitos de que padeciam. O Estado instaurado assume, então, o encargo de dar solução aos problemas dos mercadores, a começar pela necessidade de um aparato legislativo congruente com as práticas mercantis, que não ignorasse os usos e costumes já consagrados no comércio.

Deste modo, em 1807, na seqüência do Código Civil Napoleão, foi editado o Código Comercial Francês, a exercer notável influência sobre o ordenamento jurídico de grande parte do mundo ocidental, a exemplo da Itália, nação de forte tradição comercial, Portugal, Espanha, Brasil, dentre outros.

Através da nova legislação, passou-se de sistema de índole evidentemente subjetiva, de acordo com o qual somente se reputava comerciante quem integrasse uma corporação — a ênfase, portanto, se dava sobre a qualidade do indivíduo, de integrar certo corpo —, para uma concepção objetiva, na exata medida em que o Código Comercial Napoleônico garantia a proteção das regras nele instituídas a quem fizesse do comércio sua profissão, a enfatizar o ato praticado. É dizer, reconhecia-se como sujeito ao Direito Comercial todo aquele que praticasse, profissionalmente, ato reconhecido como de comércio, independentemente de qualidades pessoais do sujeito de direito (como, por exemplo, integrar um determinado corpo).

O legislador francês, atento ao que de ordinário vinha sendo reconhecido como ato típico de comércio, enumerou, expressamente, na lei, os atos que seriam considerados de comércio, em dispositivo próprio do Código Comercial, de 1807.

Como afirmado acima, cuidou-se de orientação que irradiou efeitos sobre diversos ordenamentos jurídicos, a merecer destaque o Código Comercial italiano de 1882;

[3] *"Preocupada a revolução francesa com a supressão de privilégios do antigo regime, não se contentou com a proclamação da liberdade do trabalho e com a abolição das corporações. Proibiu pura e simplesmente qualquer associação entre profissionais do mesmo ofício, para evitar o renascimento das corporações extintas. O resultado foi negativo e prejudicial aos trabalhadores que, desunidos, apesar da* ***igualdade de todos perante a lei****, eram impotentes para se defender contra os beneficiários dos novos privilégios — os da riqueza. Somente em 1884 foi abolida a proibição pela lei que criou os sindicatos profissionais"* (JOÃO EUNÁPIO BORGES. *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 32).

o espanhol, de 1885; o português, de 1833; o alemão, de 1861; dentre outros, assim como o Código Comercial brasileiro, de 1850.

Restava consolidada, assim, a Teoria dos Atos de Comércio.

Registre-se que, com a evolução da economia, passou a se consubstanciar em medida de suma importância a fixação de regras que permitissem identificar quem seria reputado comerciante (é dizer, o que é ato de comércio), precisamente para delimitar a quem seria aplicado o regime jurídico mercantil (na dicção do Código Comercial Brasileiro, de 1850, quem se valeria da proteção jurídica outorgada pelas leis comerciais).

Explique-se. Se, durante um bom período da história, a identificação do que deveria ser reconhecido como comércio não extrapolava o senso mais ordinário do que significa tal expressão, resumida a definir os atos de compra e venda de bens móveis ou semoventes, algumas atividades com origem estritamente vinculada ao comércio, como certas atividades que hoje identificamos como próprias de instituições financeiras (a exemplo do seguro marítimo ou do empréstimo a juros), além da indústria manufatureira, com o passar do tempo, avultaram em diversidade e complexidade de tal arte que este conceito adquiriu maior amplitude, para alcançar as atividades econômicas que tivessem, via de regra, grande repercussão na economia.

O Direito Comercial passou a ser reconhecido como conjunto de regras sistematizadas, orientadas por determinados princípios, próprias para atividades econômicas de maior relevância para o giro econômico no âmbito das sociedades. Trata-se de Direito especial, em contraposição ao Direito Civil, dito comum, com regras cuja aplicação deve ser canalizada para incidir sobre as atividades que sejam reconhecidas como de maior relevância, do ponto de vista de giro de capital, emprego de mão-de-obra, geração de riquezas e desenvolvimento tecnológico.

Neste passo, cumpria ao legislador identificar, dentre as atividades de caráter econômico desenvolvidas profissionalmente no seio da sociedade, quais as que repercutem na economia com maior intensidade, para inseri-las no regime jurídico mercantil, através da classificação do ato respectivo como ato de comércio.

Na esteira do desenvolvimento do Direito Comercial no mundo, o legislador brasileiro acolheu a teoria dos atos do comércio, conforme se depreende do quanto preceituado no artigo 4°, do Código Comercial Brasileiro, de 1850, ao estabelecer, pela negativa, que não se aplica a proteção jurídica conferida pelo Direito Comercial senão àqueles que exerçam a mercancia como profissão habitual e que estejam inscritos no órgão de registro do comércio.

O legislador, contudo, reservou a delimitação dos atos de comércio a ato normativo estranho ao Código Comercial, restando pendente, a sua plena aplicação, da edição de norma posterior que o complementasse. No ensejo de regulamentar o dispositivo apontado, constou do artigo 19, do Regulamento n° 737 (editado no mesmo ano, de 1850), rol a enumerar os atos de comércio (impende sinalar que mencionado regulamento traz normas sobre o processo comercial).

Por ocasião da edição deste documento legislativo, reputaram-se como relevantes, a ponto de justificar sua inclusão como ato de comércio, os seguintes atos:

a) compra e venda de bens móveis e semoventes — registre-se que, na época, não se vislumbrava como relevante, enquanto atividade econômica de caráter profissional, a compra e venda de bens imóveis, até mesmo pela estrutura da propriedade imobiliária no Brasil, à época império, consolidada nas mãos da coroa;

b) transporte de mercadorias — ao transporte exclusivamente de passageiros

não se reconhecia a relevância fundamental a justificar tratamento jurídico mercantil;

c) operações de câmbio, banco e corretagem;

d) atividade industrial, de comissões, de depósito e expedição, de consignação e de espetáculos públicos;

e) seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos a comércio marítimo;

f) a armação e a expedição de navios.

Não obstante a atenção do legislador às atividades relevantes para a economia no momento de estabelecer quais atividades seriam reputadas como comerciais, trata-se de norma definida em legislação datada de 1850, sendo certo que, de lá para cá, as alterações na sociedade foram extremas, a impor novas formas de produção e circulação de bens e serviços, com o surgimento de comodidades e necessidades nunca dantes imaginadas, não havendo mais como compatibilizar as necessidades da economia moderna com uma tão antiga disciplina jurídica.

Tanto assim que, ao longo dos anos, o legislador ordinário tentou atualizar a legislação, promovendo a inclusão de novas atividades como mercantis, o que, à evidência, não se afigurou suficiente para dar atendimento às diversas hipóteses de atividades econômicas que, em que pese seu extremo relevo, não recebiam a proteção do regime jurídico mercantil.

Deveras, na década de 60, por meio da Lei nº 4.068/62, passou-se a reconhecer na atividade de construção civil o caráter comercial, é dizer, o ato de construção de imóveis também passou a ser reputado como ato de comércio; posteriormente houve reconhecimento da atividade das incorporadoras de imóveis, igualmente, como prática de ato de comércio, dentre outras situações que também vieram a proporcionar o alargamento do âmbito de incidência do regime jurídico mercantil.

Figure-se singelo exemplo, mas extremamente didático e esclarecedor, acerca do descompasso da legislação pautada pela teoria dos atos de comércio e a realidade vivida nos tempos de hoje.

Imagine que determinado indivíduo obtenha, por contrato particular de uso de determinado espaço, devidamente delimitado no pátio de instituição de educação, o direito de explorar pequeno comércio de papelaria. Suponha que se trate de pretensão excessivamente singela, e que este indivíduo passe a explorar a comercialização de lápis, borracha, caneta, papel almaço e papel ofício, além de um ou outro artigo de papelaria a mais, sendo que todo o seu estoque se restrinja ao espaço que lhe fora dedicado, consistente em balcão de 40 centímetros de largura por dois metros de comprimento. Este indivíduo, admita-se, possui registro na junta comercial, como empresário individual, é dizer, exerce regularmente a sua atividade.

Ventile-se, por outro lado, a hipótese de sociedade, desenvolvida por alguns sócios, cujo objeto social seja o transporte exclusivamente de passageiros, através de estrutura de porte considerável, com a propriedade de frota de ônibus de viagem, destinada ao transporte nacional e interestadual, a empregar diversos funcionários, contando com matriz e pelo menos cinco filiais, garagens, departamentos contábil, jurídico e de informática próprios, e daí por diante.

Em face da ordem jurídica antecedente ao Código Civil de 2002, a prevalecer a teoria dos atos de comércio, para saber se no caso desses dois indivíduos incide o regime jurídico mercantil ou as regras de Direito Civil, há que se confrontar o ato por eles praticado, profissionalmente, para a consecução dos fins a que se voltaram, com a norma legal que define quais atos são de comércio. Por exclusão, o ato que não estiver definido como sendo de comércio não se socorre do Direito Comercial, incidindo, pois, as regras do Direito Civil.

No exemplo fornecido, o primeiro indivíduo pratica ato de venda de bens móveis (artigos de papelaria), ato definido pelo Regulamento nº 737/1850 como ato de comércio, de maneira que este indivíduo estaria submetido ao regime jurídico mercantil. Se, hipoteticamente, se tornasse insolvente e seus credores pretendessem instaurar execução concursal, o regime aplicado seria o da lei de falências, com direito, por exemplo, ao favor legal da concordata (hoje não mais existente, por força da edição da Lei nº 11.101/05, a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas).

Com relação ao transporte de passageiros, desde que a legislação não reconhecia como ato de comércio tal atividade, mas, tão-somente, o transporte de mercadorias, o regime aplicável à transportadora seria o civil. Dessarte, acaso houvesse a pretensão de credores em instaurar a execução concursal, sendo o devedor insolvente, seriam aplicáveis as regras do Estatuto Processual Civil, e não o processo falimentar.

Percebe-se, facilmente, a absoluta falta de sintonia entre a teoria dos atos de comércio e a finalidade da distinção entre comerciante (ou empresário) e não comerciante, qual seja, a de aplicar o regime jurídico mercantil às atividades econômicas mais relevantes. Se, no passado, o simples fato de discriminar o ato de comércio se perfazia suficiente a atingir tal desiderato, a sofisticação das atividades desenvolvidas torna muito dificultoso o processo de discriminação dos atos que, por serem, via de regra, necessários ao pleno desenvolvimento da sociedade, a trazer benefícios vultuosos, deveriam ser reconhecidos como de comércio.

Diante da constatação supra, resulta patente a impertinência do critério no momento histórico atual. De efeito, indiscutível que o critério não é bom, porquanto atividades econômicas absolutamente incipientes, pelo simples fato de se relacionarem à prática de ato definido em lei como ato de comércio, se submetem ao regime jurídico mercantil, ao passo que atividades desenvolvidas mediante organização empresarial complexa, pelo simples fato de seu ato não se subsumir a nenhuma hipótese legal de ato de comércio, sofre a incidência do regime civilista, pouco adequado a satisfazer as relações jurídicas estabelecidas pelo empresário no exercício da atividade econômica que organiza.

4. A Teoria da Empresa

Evidenciado que o critério adotado pela teoria dos atos do comércio tornou-se ultrapassado, avulta de importância identificar critério eficaz para discriminar sobre quais indivíduos deve recair o regime jurídico mercantil.

E se, até 1942, na Itália, também, prevalecia a teoria dos atos de comércio, após essa data, com o advento do novo Código Civil italiano, optou-se por abandonar o critério que levava em conta, para efeitos de identificação do comerciante, o ato praticado, para adotar o critério da estrutura organizacional, é dizer, a partir de então o regime próprio dos mercadores passa a incidir sobre todo aquele que se possa definir como empresário. E reconhece-se como empresário todo aquele que adota uma certa estrutura organizacional — estrutura de empresa.

Na esteira do ocorrido na Itália, no Brasil também se procedeu à reforma legislativa para albergar a teoria da empresa, nova visão do Direito Comercial, a identificar o comerciante não mais pelo ato praticado, mas pela estrutura organizacional por ele adotada.

Nos moldes em que ocorrido na Itália, em 1942, o Código Civil de 2002 acolheu a teoria da empresa ao identificar o empresário como sendo toda pessoa, física ou jurídica, que promove habitualmente, mediante a organização dos fatores de produção (estrutura organizacional), a produção ou circulação de bens ou de serviços. A essa pessoa aplicam-se todas as regras de Direito Comercial, ao passo que, residualmente, é dizer, àqueles que não se subsumam ao conceito retroexpendido, aplica-se o regime jurídico de Direito Civil.

Observa-se, então, a mudança de critério: se a teoria dos atos do comércio identificava o comerciante pelo ato praticado, a teoria da empresa identifica o comerciante (ou empresário) por meio da estrutura organizacional adotada. Ambas as teorias têm a perspectiva de apontar qual indivíduo, definido como comerciante ou empresário, se sujeita ao regime do Direito Comercial.

Deste modo, o empresário individual que opte por desenvolver sua atividade a partir da organização dos fatores de produção, mediante a contratação de mão-de-obra, investimento de recursos financeiros, emprego da técnica adequada, é dizer, por meio de uma estrutura empresarial, será reconhecido como empresário, devendo registrar-se no registro público de empresas mercantis. Da mesma forma, a pessoa jurídica que atenda aos requisitos fixados no conceito de empresário, acima expendido, em tudo e por tudo coincidente com o conceito legal de empresário, descrito no artigo 966, do Código Civil, será considerada empresária — logo, será uma sociedade empresária.

Com a nova dimensão do Direito Comercial, atinge-se nível de amadurecimento da matéria a proporcionar a mais adequada incidência do seu regime jurídico às atividades econômicas que efetivamente trazem incremento ao corpo social. Deveras, o critério se afigura de muito maior justiça, na medida em que afasta de sua incidência atividades excessivamente incipientes ou quase nada significativas para a economia, independentemente de ato praticado, da mesma forma que alcança, indiferente ao ato praticado, o indivíduo que desenvolve empresarial e profissionalmente sua atividade econômica.

Naquele exemplo, acima figurado, ter-se-ia a inequívoca aplicação do regime jurídico mercantil à transportadora de passageiros, na exata medida em que desenvolve sua atividade econômica através de organização que, evidentemente, constitui elemento de empresa, ao passo que, no caso do titular da papelaria, que sequer contrata mão-de-obra, provavelmente, não haveria a incidência do Direito Comercial, porquanto não se verifica a organização de estrutura empresarial para a consecussão dos seus fins sociais.

Por último, de se ressaltar que a definição de empresário, apresentada neste tópico, decorre diretamente do teor do artigo 966 do Código Civil e determina o reconhecimento do caráter de empresarial a toda atividade desenvolvida em atenção ao quanto ali estabelecido.

Entretanto, nem sempre o simples fato de estarem preenchidos os termos deste dispositivo legal redundará na classificação da pessoa que exerce a atividade econômica direcionada à produção ou circulação de bens ou de serviços, mediante a organização dos fatores de produção, na perspectiva de gerar lucros (ou superávit) como empresária. Deveras, o parágrafo único deste artigo afirma que não será empresário aquele que desenvolve atividade intelectual, de caráter científico, artístico ou literário, ainda que com o concurso de auxiliares (salvo, como o próprio parágrafo único estipula, se o seu exercício constituir elemento de empresa).

A exceção contida no parágrafo único, do artigo 966, do Código Civil/2002, suscita maiores comentos, dês que redigido de modo pouco esclarecedor, parecendo

sugerir que a segunda parte remete todos os casos à regra geral, definida no *caput* do artigo. Com acerto, a primeira parte do parágrafo único afirma que os profissionais que exercem atividade de natureza intelectual não são compreendidos pelo conceito de empresário, submetendo-se ao regime civilista. A segunda parte deste parágrafo, de outro viés, estabelece ressalva à primeira parte para afirmar que o profissional intelectual que, no exercício da profissão, constitua elemento de empresa será reconhecido como empresário. A literalidade da norma contida nesta segunda parte parece, efetivamente, anular o teor da primeira parte, por completo, pois, para serem considerados empresários, todos devem desenvolver a atividade econômica de forma empresarial, quer por força do *caput*, quer da segunda parte do parágrafo único, a sugerir a total imprestabilidade da primeira metade.

Não obstante a análise puramente literal, não parece ter sido esta a pretensão do legislador. O que deve ser observado é que a atividade intelectual, como regra, deve ser reconhecida como de caráter não empresarial, ainda que seja desenvolvida mediante estrutura organizada, a congregar os fatores de produção. Para que o profissional intelectual, como os médicos, engenheiros, artistas plásticos, *designers*, roteiristas etc., seja reputado empresário, parece que a lei requer algo mais do que exige para os demais profissionais. A questão que se coloca, de difícil solução, é sobre qual seria esse *algo mais*.

O que deve servir de parâmetro para efeito de reconhecimento da atividade intelectual como empresarial é o fator de atração da clientela. Via de regra, estes profissionais atraem clientela pelo bom nome de que individualmente gozam no mercado. Procura-se determinado médico ou arquiteto porque aquele médico ou arquiteto tem prestígio de bom profissional. Determinado *designer* é reconhecido porque ele, enquanto pessoa humana, desenvolve projetos interessantes. Estes profissionais atraem clientela por suas próprias qualidades, o que independe da estrutura por eles adotada. Assim, ainda que apresentem "aparência de empresa", não devem ser reconhecidos como empresários.

Contudo, no exercício de suas atividades, pode chegar o momento no qual suas estruturas, de caráter empresarial, só por si, passem a ser reconhecidas como de competência ou qualidade tal que se afigure interessante para o cliente, independentemente do bom conceito do profissional intelectual que se encontra por detrás deste complexo. É como se ocorresse o desprendimento da pessoa humana, profissional intelectual, do complexo empresarial.

Verifica-se, portanto, que o critério suficiente a determinar se a profissão intelectual é ou não empresarial não se apresenta firmado em conceito legal bem delimitado, a exigir o labor científico da doutrina e da jurisprudência para que se possa afirmar, precisamente, a partir de que momento determinado profissional se submeterá ao tratamento jurídico empresarial, o que exigirá o decurso de algum lapso de tempo para o amadurecimento da questão, dada a jovialidade da nova disposição legal.

Ademais dos profissionais intelectuais, aquele que desenvolve atividade rural, nos termos do artigo 971, do Código Civil, poderá optar por inscrever-se na Junta Comercial (no órgão de registro público de empresas mercantis) e, neste caso, será considerado empresário, ou no registro civil, caso em que não será empresário (em se cuidando de sociedade, neste caso se revestirá da característica de sociedade simples).

Também, por força da lei, as cooperativas estão afastadas do regime jurídico mercantil, não se lhes reconhecendo a natureza empresarial.

Por fim, por mais bem estruturado que seja o desenvolvimento da atividade, por maior que seja a banca, a profissão de advocacia nunca poderá ser reconhecida como de caráter empresarial, em face de vedação expressa do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil de mercantilização da profissão. Vale registrar que a vedação não é mera restrição imposta pelo Estatuto, mas decorre dos próprios termos da Constituição da República, ao afirmar que o advogado é essencial à administração da Justiça.

Ora, o advogado é alçado, pela Constituição da República, a entidade essencial para uma das mais importantes e fundamentais funções do Estado, qual seja, a realização da justiça. Sem a presença da defesa realizada pelo advogado, o Estado não exerce essa parcela de sua soberania, que, de tão relevante, recebe o desígnio de "Poder do Estado", ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo.

Desta forma, por mais que, hipoteticamente, determinado advogado atue, tão-somente, na perspectiva de auferir seus honorários, sem nenhuma preocupação com os valores éticos da Justiça ou, ainda, da satisfação dos interesses daquele a quem esteja na defesa, necessariamente estará ele desempenhando função estatal, um autêntico *munus* público. É dizer, por ganancioso e amesquinhado que seja, o advogado sempre estará no exercício de função de índole pública, de estatura constitucional, em auxílio à realização prática de ato de soberania estatal, não sendo admissível a afirmação de que tal categoria possa se consubstanciar em empresário. Esse o fundamento político da vedação à mercantilização da profissão de advogado.

5. Sociedade civil *versus* sociedade simples

Impende gizar, por oportuno, o inconveniente de se descuidar da mudança de critério ao tentar classificar as sociedades (pessoas jurídicas de Direito privado, com intuito de gerar superávit em benefício de seus sócios), porquanto se tenha tornado corrente a afirmação de que as antigas sociedades civis correspondem às atuais sociedades simples. Vejamos.

Para efeitos de identificação de incidência ou não das regras do Direito Comercial, verifica-se o atendimento dos requisitos legais para a caracterização do empresário. Caso atendidos os requisitos e na hipótese de não haver impedimento de ordem legal a que se reconheça como empresária a pessoa de que se cuide, fica reconhecido o *status* de empresária dessa pessoa (física ou jurídica). Por exclusão, quem não atende aos requisitos legais ostenta natureza civil.

No campo das sociedades, até o advento da teoria da empresa, aquelas que tivessem por objeto social algum ato de comércio gozariam do *status* de sociedades comerciais. De outro lado, as que exercessem ato diverso dos atos definidos em lei como atos de comércio, sociedades de natureza civil, portanto, recebiam o rótulo de sociedades civis, cujos atos constitutivos deveriam ser registrados em cartório de registro civil das pessoas jurídicas ou de títulos e documentos, e não no órgão de registro de comércio (nas juntas comerciais).

Alterado o critério de definição do comerciante/empresário, o legislador, exatamente na pretensão de evitar confusão, optou por apresentar nova nomenclatura para as sociedades de natureza não empresária, a saber, sociedades simples (e não mais sociedades civis). É dizer, afastado o critério dos atos de comércio, ainda assim, permanece a idéia de exclusão, de sorte que será a sociedade que não seja empresária

submetida às regras de Direito Civil, sob o rótulo de sociedade simples, não mais sociedade civil.

Retomando a idéia contida no parágrafo antecedente, ressalte-se o fato de ter mudado o critério: não se trata de mera transposição, a determinar que as sociedades civis passaram a se chamar sociedades simples. Absolutamente. A se entender desta maneira, estar-se-ia a afirmar a mera alteração de nomenclatura, ignorando-se, solenemente, a substancial diferença conceitual entre as teorias dos atos de comércio e da empresa.

Com todo efeito, muitas das sociedades outrora reconhecidas como civis, com a nova ordenação comercialista, pelo fato de se dedicarem a atividades cujos atos não se consubstanciavam em atos de comércio, eram tidas por civis, mas, em face da circunstância de o fazerem por meio de estrutura empresarial, passaram a apresentar natureza de sociedades empresariais, e não de sociedades simples, ao passo que outras tantas, por não desenvolverem a atividade em caráter empresarial passam a ser reconhecidas como sociedades simples.

Decerto, também, que muitas sociedades comerciais que detinham tal natureza por terem por objeto a prática de ato de comércio, mas que, no desenvolvimento de suas atividades, não constituíam elemento de empresa, diante da nova ordem legal passaram a ser de índole civil, sob o manto das sociedades simples.

6. Conclusão

Em síntese conclusiva, de tudo quanto exposto é possível verificar o quanto relevante se apresentou o advento da teoria da empresa, a orientar a identificação do empresário/comerciante, para fins de incidência do regime jurídico mercantil, em substituição à antecedente teoria dos atos do comércio, de mérito indiscutível, com qualidades talvez irretocáveis, mas prestante a resolver os problemas do seu tempo, de mais de dois séculos atrás. Deveras, no momento histórico em que idealizada, provavelmente nenhuma outra concepção teórica daria atendimento tão adequado aos anseios e necessidades daquela passagem histórica.

Contudo, o desenvolvimento das sociedades, imensamente acentuado durante o último século, sobretudo em face do processo mundial de industrialização maciça, até mesmo no meio rural, superou aquele estágio e passou a exigir melhor enquadramento das pessoas nos regimes jurídicos que lhes sejam mais adequados (*in casu*, o regime civilista e o regime mercantil), o que foi satisfeito após o advento da teoria da empresa, a alçar a estrutura colhida pelo empresário no fator determinante da incidência das regras de Direito Comercial, pouco importando, a partir daí, a natureza do ato praticado.

É certo que algumas situações ainda poderão vir a ensejar debates, sobretudo em face da dificuldade de se delimitar, com precisão, o que seja "estrutura organizacional de empresa", bem como noções conexas, como a de que "empresário é aquele que organiza os fatores de produção". Mas, indaga-se: em que intensidade? Com que tamanho?

Deveras, não há um critério absolutamente rígido para conceituar empresário, tal como número de empregados ou receita bruta anual; também não se descura do fato de que novas formas de desenvolvimento de atividade econômica, notadamente aquelas realizadas através da *internet*, suscitam, desde logo, uma readequação conceitual de empresa e de empresário. Mas, ao que tudo indica, no estágio atual, a

solução de deixar o caso concreto aos auspícios dos órgãos de satisfação de conflitos de interesses eventualmente surgidos, a permitir uma certa fluidez na categorização de certas figuras como empresários ou não-empresários é a que parece melhor guarnecer a sociedade, nesta perspectiva social e econômica.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

ANO - 06/10 2006
BIBLIOTECA DO
Tribunal de Justiça de S. Paulo
Preço R$ doação
Firma EPM.

NSW 06.10.2