

O tema em tela se desdobra no próximo capítulo, onde será estudado o alcance das mudanças efetuadas pelo Código Civil/2002, bem como sua implicação em relação ao problema da autonomia do Direito Comercial.

Como se verá, o Código Civil/2002 reduziu boa parte dos problemas de identificação do empresário e da sociedade empresária (que praticam a mercancia dentro da nova concepção legal), mas não os eliminou de forma definitiva, ainda restando certo campo onde permanecerá a dúvida.

Capítulo 3

O ALCANCE DO CONCEITO DE “EMPRESÁRIO” E DE “SOCIEDADE EMPRESÁRIA” NO CÓDIGO CIVIL/2002 E SUA RELAÇÃO COM A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

3.1 A caracterização do empresário no Código Civil/2002: 3.1.1 Exercício de uma “atividade” – 3.1.2 Atividade “econômica” – 3.1.3 Atividade econômica “organizada” – 3.1.4 Atividade “profissional” – 3.1.5 Atividade destinada à “produção de bens e/ou serviços”. Produção para o mercado. O conceito jurídico de “mercado”; 3.1.5.1 O conceito jurídico de “mercado” – 3.1.5.2 Produção ou circulação de bens ou serviços. Mercancia. 3.2 O conceito de “elemento de empresa”. 3.3 Empresa, empresário, sociedade empresária e estabelecimento. Os perfis de Asquini e sua crítica atual: 3.3.1 Os perfis da empresa identificados por Asquini – 3.3.2 Crítica à visão de Asquini. 3.4 Empresa e firma? Empresa ou firma? 3.5 O empresário mercantil. Teria permanecido como categoria diferenciada perante o Código Civil/2002? 3.6 A emancipação do menor pelo exercício da atividade mercantil. 3.7 O destino do antigo comerciante e das sociedades comerciais no regime do Código Civil de 2002. 3.8 Os microempresários e os empresários de pequeno porte: 3.8.1 Introdução – 3.8.2 Da definição de “microempresa” e de “empresa de pequeno porte” (art. 3º a 11) – 3.8.3 Da inscrição e da baixa. Dispensa de exigências (arts. 4º a 11) – 3.8.4 Do regime tributário – 3.8.5 Do acesso aos mercados: 3.8.5.1 Da participação das microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas – 3.8.6 Das obrigações trabalhistas – 3.8.7 Do associativismo. Do consórcio simples – 3.8.8 Do estímulo ao crédito e à capitalização: 3.8.8.1 Disposições gerais – 3.8.8.2 Das responsabilidades do Banco Central do Brasil – 3.8.8.3 Das condições de acesso aos depósitos especiais do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT – 3.8.9 Do estímulo à inovação: 3.8.9.1 Disposições gerais – 3.8.9.2 Do apoio à inovação – 3.8.10 Das regras de natureza civil e empresarial: 3.8.10.1 Das regras civis. Do pequeno empresário – 3.8.10.2 Das deliberações sociais e da estrutura organizacional – 3.8.10.3 Do nome empresarial – 3.8.10.4 Do protesto de títulos – 3.8.11 Do acesso à Justiça: 3.8.11.1 Do acesso

aos Juizados Especiais – 3.8.11.2 Da conciliação prévia, mediação e arbitragem – 3.8.12 Do apoio e da representação – 3.8.13 Das disposições finais e transitórias – 3.8.14 As sociedades de garantia solidária. 3.9 A extinção da empresa. 3.10 O custo social da empresa. 3.11 A função social da empresa. 3.12 A falência, a recuperação da empresa e o Código Civil/2002.

3.1 A CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL/2002

Dispõe o art. 966 do NCC que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Segundo os passos de De Martini,¹ e à luz da prática identidade entre aquele dispositivo e o art. 2.082 do CCIt,² podem ser relacionados na forma abaixo os requisitos ou elementos qualificativos e distintivos do empresário: (i) exercício de uma atividade; (ii) a natureza econômica da atividade; (iii) a organização da atividade; (iv) a profissionalidade do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo); e (v) a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços (elemento objetivo).

3.1.1 Exercício de uma “atividade”

Estes mesmos elementos – segundo Buonocore – são constitutivos da *fattispecie*³ “empresa”,⁴ ensinando que ela é, ao mesmo tempo, o fundamento do Direito Comercial e o elemento unificador de todos os institutos que nesta matéria são tradicionalmente compreendidos. Isto porque no texto do art. 2.082 do CCIt, fundamentalmente idêntico

1. *Corso di Diritto Commerciale*, vol. I, p. 97.

2. “É empresário quem exerce economicamente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços.”

3. A tradução literal do termo em sua origem latina significa “figura do fato”. No caso presente pode ser traduzido como “instituto”, ou seja, um objeto de direito delimitado em seus elementos pela lei ou pela doutrina.

4. “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato di Diritto Commerciale*, pp. 47-179, especialmente p. 58.

ao nosso, se encontraria, antes de tudo, a definição de “empresa”, presente no verbo “exercitar”. Observa, ainda, que o elemento organizativo está no centro da noção de “empresa”, seja como elemento estrutural e funcionalmente coligado à atividade na realidade jurídica da própria empresa, seja como elemento que consente em distinguir a atividade da empresa de outras atividades econômicas nas quais o elemento organizativo falta ou pode ser irrelevante.⁵ Ora, tal elemento está intensamente presente na maneira pela qual as atividades intelectuais são hoje exercidas, e nem por isso elas são consideradas empresariais. Pelo contrário, deste campo o legislador expressamente as exclui, como se verá a seu tempo.

De qualquer maneira, seja por definir o empresário, seja por definir a empresa, deve-se estender ao nosso Direito a posição de Buonocore – pelo quê o art. 966 do NCC, da mesma forma como sua matriz italiana, apresenta-se permeável à realidade econômico-social, mantendo-se válido em sua essência ao longo das transformações que aquela venha a experimentar, tanto quanto aconteceu na Itália.⁶ Mesmo considerando a modernidade dos negócios praticados via Internet, a evolução dos institutos, como tal, é fundamentalmente de grau, e não de conteúdo.

Agregando-se o primeiro e o segundo aspectos acima indicados, importa que a atividade corresponda a um constante repetir-se, não podendo tratar-se da realização de um negócio ocasional de compra e venda ou de mediação. As chamadas “sociedades de propósito específico” (SPE – conhecidas no Direito Italiano sob a designação de “sociedades ocasionais”), constituídas para a construção de um único edifício ou de uma estrada, preencham o requisito da atividade profissional porque, até o momento em que será atingido o objetivo, será realizada ao longo do tempo uma série de atos concatenados e voltados para aquela finalidade.⁷ De outro lado, as sociedades puramente de controle (*holdings*) também devem ser consideradas empresárias, tendo em vista não seu objeto imediato (participar do capital de outras sociedades), mas segundo seu objeto mediato (de natureza comercial

5. “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., pp. 49 e 51.

6. Idem, ibidem, pp. 58-61.

7. Cf. Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II, pp. 53-54.

estrito senso, industrial, bancária etc.), correspondente ao objeto de cada sociedade sob seu controle.⁸

A diferença entre “ato” e “atividade” pode ser entendida da seguinte forma: em relação ao *ato*, ele se reveste da conotação de exaurimento, de completude ou de resultado. Isto significa que ele atinge a finalidade para a qual foi praticado sem a necessidade de algum outro ato. Já, a *atividade* caracteriza-se pela insuficiência de um ou alguns atos, pela incompletude no sentido da realização do objetivo, pela falta de se alcançar o resultado. Tudo isto somente ocorrerá na sequência orgânica dos atos praticados, ou seja, na atividade que se prolonga no tempo.⁹

Sobre o *momento do nascimento da empresa*, verifica-se, na aplicação dos princípios acima citados, que ele não poderá ser determinado com absoluta precisão – por exemplo, a partir do arquivamento dos atos constitutivos da sociedade empresária no registro próprio. Este registro diz respeito apenas à condição de *regularidade da empresa*, e não a seu surgimento no mundo do Direito e aos efeitos jurídicos advindos deste fato. A empresa deverá ser analisada nos planos da *existência*, *validade*, *eficácia* e *regularidade*, podendo dar-se a ocorrência isolada de um deles independentemente dos demais ou conjuntamente com outros.

No surgimento de uma empresa existirão *atos preparatórios* e a *atividade da empresa*, propriamente dita. O caminho a ser traçado pelo empresário (ainda “em ser” como tal) corresponderá ao preenchimento das condições necessárias à organização da atividade econômica, quando ele terá implementado os fatores da produção (natureza, capital, trabalho e tecnologia). Seria notada, dessa forma, uma diferença entre “atos de organização” e “atos da organização” – os primeiros antes da existência da empresa, e os segundos praticados na sua vigência, caracterizando já a atividade.

Lembrando a existência da teoria da empresa como *fatispecie* – tese objetiva de sua existência –, Buonocore relata a posição segundo a qual mesmo na fase dos chamados “atos preparatórios” aconteceria a aplicação de institutos do Direito Comercial, como seria o caso da

8. Idem, ibidem, p. 81.

9. Cf. Buonocore, “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato*, p. 90.

decretação de falência na hipótese da insolvência do agente, mesmo na fase anterior à prática dos chamados “atos de empresa”. Isto porque, tradicionalmente, a falência aplica-se exclusivamente ao comerciante (hoje, ao empresário ou à sociedade empresária). O Direito Brasileiro é tradicionalmente avesso a esta interpretação, como fazia prova o CCoB em seu art. 4º, na referência à *mercancia*, caracterizada pela prática habitual e profissional de uma determinada atividade, a ser verificada no tempo.

Suponha-se – analisando a hipótese da falência, acima referida – que um agente tenha adquirido mercadorias para revenda e que tenha feito o pagamento ao seu fornecedor. Portando um título executivo que implique obrigação líquida (uma duplicata, por exemplo), o credor poderá requerer a falência do devedor, desde que ele seja considerado comerciante (ou empresário), nos termos do art. 1º da Lei de Falências. Deverá o juiz verificar se está diante de um comerciante, ou não – e, para tanto, ele examinará os elementos de prova que puder colher nos fatos em jogo. Bastará que seja a primeira e única compra do agente? Necessitará o juiz verificar a presença de habitualidade e profissionalidade no exercício da atividade de revenda de mercadorias? De acordo com a tese objetiva da empresa, isto não seria exigível. Mas, a partir do momento em que o empresário é caracterizado pela profissionalidade e pela habitualidade, tais requisitos deveriam estar preenchidos, em obediência ao comando legal. Esta exigência parece inafastável à luz do Direito Positivo, e nega a existência da empresa objetivamente considerada. Se o empresário está com sua condição regularizada, então a primeira compra pode ser claramente considerada como “ato de empresa”. Caso se trate de empresário irregular, tal condição somente poderá ser verificada diante da demonstração do preenchimento dos requisitos da atividade, no caso concreto.

3.1.2 Atividade “econômica”

Ascarelli já havia observado, ao cuidar de dispositivo equivalente do Código Civil Italiano de 1942 (art. 2.082), que o termo “econômica”, ali encontrado, refere-se a uma atividade criadora de riqueza – e, portanto, de bens, assim entendidos em sua plena acepção jurídica.

ca, aí incluídos os serviços.¹⁰ Acrescenta Galgano que o conceito é bastante amplo, correspondente a toda espécie de produtores profissionais, desde que produzam bens ou serviços.¹¹ A propósito, Ferrara Jr. e Corsi referem-se à noção de "empresário" e à de empresa "como correlatas, pois enquanto é empresário quem exerce uma empresa, esta é o exercício de uma atividade econômica organizada".¹²

Essa atividade não pode corresponder a uma organização destinada ao simples gozo de bens. Não se trata de uma atitude passiva do titular, notando-se um aspecto profundamente dinâmico no papel do empresário.¹³

Por sua vez, as atividades econômicas podem ser exercidas como *meio* ou como *finalidade*. No primeiro caso o resultado positivo alcançado (lucro) deverá reverter integralmente em benefício da própria atividade, não podendo ser distribuído aos seus titulares. É o caso das associações beneficentes que explorem algum "ramo de comércio" — por exemplo, a fabricação de geleias naturais para venda, cujo produto deverá ser utilizado na sua finalidade. A esse respeito, o NCC, em seu art. 53, resolvendo antiga pendência doutrinária, estabeleceu que as associações serão constituídas pela união de pessoas que se organizem para *fins não econômicos*. As associações, ao lado das fundações, podem exercer atividade econômica com fins não econômicos. Seus resultados devem ser investidos exclusivamente em favor do próprio objeto, não podendo ser distribuídos para terceiros, associados ou quaisquer outros. Pela presença de parte significativa dos elementos sob exame, poderiam ser chamadas de "empresas em sentido técnico", ou de "empresas civis",¹⁴ não sujeitas às obrigações gerais dos empresários, aos ônus da atividade ou aos seus benefícios, a não ser em virtude de uma exceção legal expressa.

No Direito Brasileiro a *empresa pública*, mesmo com este nome, e que tem fim econômico, ainda assim não é "empresa" do ponto de

vista da aplicação de diversos institutos do Direito Comercial, tais como a recuperação da empresa e a falência;¹⁵ e nem seu titular (o Estado) é considerado empresário. Custa aceitar, portanto, que a atividade econômica organizada (empresa) possa ser entendida como aquele elemento unificador de que fala Buonocore, reconhecendo este autor ser a empresa pública "um elemento de perturbação do mercado".¹⁶

De outro lado, as sociedades sempre terão *fins econômicos* — ou seja, a busca do lucro de uma maneira geral, que será distribuído entre os sócios. Nesses casos, a atividade econômica é sempre *finalidade*. Mas não se confunda "objetivo de lucro" com "realização de lucro". Frequentemente as empresas experimentam resultados econômicos negativos — fato que, no limite, pode levá-las à insolvência. Esta circunstância não as descaracteriza como tais, e nem faz ausentes elementos da economicidade e da produtividade, adiante referidos.

Observam Ferrara Jr. e Corsi que o intuito lucrativo é referido ao exercício da atividade como um todo complexo, e não aos atos individuais que o empresário pratica. Lembram que estes podem ser realizados com prejuízo, como forma de conquista de um mercado.¹⁷ Se bem que, sob esse aspecto, é possível caracterizar-se uma infração da ordem econômica, sob a forma de *dumping*. Mas é perfeitamente lícita a venda pelo empresário de sobras de estoque por preço abaixo do custo de aquisição, como forma de obter capital de giro para a aquisição de produtos da nova estação.

O objetivo da atividade deverá ser, para a qualificação do empresário, a *produção* ou a *circulação de bens ou de serviços*, nos termos do art. 966, *caput*, do NCC. Considerando tratar-se de redação idêntica à do art. 2.082 do CClt, pode-se dizer — acompanhando Ascarelli — que tal atividade deve dirigir-se *diretamente* para tais finalidades, excluindo a produção para uso próprio, pois esta não está destinada ao

10. *Corso di Diritto Commerciale — Introduzione e Teoria dell'Impresa*, pp. 162 e 168-171. Para De Martini a atividade deve incidir sobre o terreno da economia em sentido estrito e, em particular, voltada para a produção e exercida em um mercado (*Corso* ..., vol. I, p. 99).

11. *L'Impresa* ..., cit., p. 59.

12. Ob. cit., p. 24.

13. Cf. De Martini, *Corso* ..., vol. I, pp. 97-98.

14. Cf. Galgano, *Trattato* ..., vol. II, pp. 86-87.

15. Observe-se que o art. 2º da LREF manteve a orientação do Direito anterior, expressamente excluindo a empresa pública da sujeição à falência e ao direito à recuperação empresarial. A este respeito leia-se, deste mesmo autor, "Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e da falência", in *Direito Falimentar e a Nova Lei de Recuperação e Recuperação de Empresas*, pp. 63-118.

16. Cf. *L'Impresa* ..., cit., p. 88.

17. Ferrara Jr. e Corsi, *Gli Imprenditori* ..., 11ª ed., p. 44.

mercado. A destinação dos produtos da empresa para o mercado é, justamente, um dos elementos diferenciadores entre a atividade do empresário e a de outros sujeitos que também exercem uma atividade econômica.¹⁸

Reportando-se ao mesmo tema, Buonocore indica que a atividade empresarial caracteriza-se pela “economicidade” e pela “produtividade”. Ela deve ser capaz de compensar os custos e os fatores de produção utilizados pelo empresário e, além disto, ser dirigida à criação de bens (nos quais estão inseridos os serviços) que satisfaçam necessidades, os quais tenham sido originados justamente para circular. A produção de bens para uso próprio não caracteriza a atividade empresarial.¹⁹ Assim, o papel da intermediação é próprio do empresário comercial, conforme Giuseppe Ferri: “Em todos estes fenômenos econômicos subsiste de fato uma função intermediária, atuando por meio da coordenação de operações contrapostas, em função das exigências do mercado e em consideração ao resultado econômico que deriva da intermediação” (tradução livre).²⁰

Os fatores acima proporcionarão ao empresário os lucros dos quais se aproveitará, estando na sua busca e apropriação o objetivo da empresa.

Desta maneira, não poderá ser considerada “empresa”, para efeitos jurídicos, a atividade econômica cujos benefícios sejam exclusivamente para uso próprio ou, ainda, com sentido mutualístico, tal como ocorre com as cooperativas. De outro lado, conforme já dito acima, é empresarial a atividade exercida por uma sociedade controladora pura (*holding*) – ou seja, aquela cujo único objeto é participar do capital de outras sociedades, desde que as controladas sejam, por sua vez, sociedades empresárias. Neste caso, os requisitos da economicidade e produtividade são atendidos por via indireta.

18. Cf. Buonocore, “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., pp. 15-16 e 147 e ss. Este autor afirma que tal destinação específica está implícita na regra do art. 2.082 do CCIt, tal como ocorreria no Código Civil/2002.

19. “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., pp. 65-66.

20. “In tutti questi fenomeni economici infatti sussiste una funzione intermedia-ria, attuantesi attraverso il coordinamento di operazioni contrapposte, in funzione delle esigenze del mercato e in considerazione del risultato economico che dalla intermediazione deriva” (*Manuale di Diritto Commerciale*, 11ª ed., p. 4).

Ascarelli afirmava, ainda, que a atividade *deverá ser sempre lícita*. Não o sendo, ela seria imputável em seus efeitos aos agentes, mas não se caracterizaria como empresarial.²¹ Essa interpretação, plenamente verdadeira, casa-se no Direito Brasileiro com a proibição do arquivamento no Registro do Comércio de documentos que contiverem matéria contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública (Lei 8.934, de 18.11.1994, art. 35, I). Práticas ilícitas – como é exemplo o tráfico de drogas – podem, e costumemente isto acontece, ser desenvolvidas de forma profissional e organizada, de modo a preencher, tecnicamente, os elementos constitutivos do empresário e da empresa. No entanto, do ponto de vista jurídico, jamais o traficante seria considerado empresário, e sua atividade como empresa.²²

Não desmerece o argumento o fato de que na Justiça do Trabalho já se viu o reconhecimento da relação de emprego entre “bicheiro” e apontador do “jogo do bicho”. Sendo esta “atividade” uma contravenção penal, não se poderia estender aos participantes qualquer tipo de direito que não fosse o de defesa, constitucionalmente garantido. O fundamento de tais decisões – a meu ver, equivocado – está na proteção que se pretende dar a alguém a quem se atribui a qualidade de hipossuficiente. Mas, para mim, trata-se de um desvio inaceitável da finalidade da norma penal, voltada, em primeiro lugar, a desestimular as práticas condenáveis e, depois, a punir aquele que infringe um comando legal.

Além disso, a organização da atividade deve ser tomada pelo empresário em seu próprio nome, risco e proveito. A atividade é autônoma, e não subordinada; e, correndo o risco da perda do capital nela utilizado, dessa forma o empresário justifica o proveito que dela retira.²³

3.1.3 Atividade econômica “organizada”

Inicialmente observe-se que o estudo da organização da atividade como elemento essencial da empresa depende de que o Direito vá

21. *Corso* ..., p. 177.

22. V., a este respeito, Lucas Rocha Furtado, “Estabelecimento empresarial”, in Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (coords.), *O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem a Miguel Reale*, p. 933.

23. Cf. De Martini, *Corso* ..., vol. I, p. 103.

buscar subsídios em outras Ciências, das quais é tributário neste campo de cogitações²⁴ – fato que demonstra, mais uma vez, a existência de impedimento na elaboração da uma “teoria jurídica da empresa”.

Não há empresa sem organização, diferenciando-se uma das outras, entre outras circunstâncias, pelo nível e pela dimensão da organização. Microempresários ou pequenos empresários ou, ainda, empresas altamente especializadas em sua atividade atuam em níveis restritos de organização. Outras empresas de maior porte e de objeto diversificado e complexo atuam em níveis diversos, fazendo uso de uma grande multiplicidade de institutos jurídicos – o que se reflete na organização de sua atividade. O porte do estabelecimento não tem necessária e essencial relação com a complexidade da organização.

Não é elemento essencial da organização da atividade que ela seja feita com o concurso do trabalho de outras pessoas além do empresário. Suponha-se um caso-limite: um empresário individual ou uma sociedade empresária formada por dois únicos sócios exerce atividade inteiramente automatizada, seja por recorrer integralmente a robôs, seja pela utilização exclusiva de computadores, sem contar com qualquer empregado ou prestador de serviços. Mesmo assim deve ser reconhecida a existência da empresa, desde que presentes os demais elementos essenciais.²⁵

Ainda, segundo Ascarelli, a referência ao fato de a atividade dever ser *organizada* implica que o empresário deve utilizar-se necessariamente de um *estabelecimento* (*azienda*) – ou seja, um complexo de bens organizados para o exercício da empresa.²⁶ Podem ser colocadas paralelamente as questões do *tamanho* ou da *multiplicidade de estabelecimentos*, de maneira a que tais fatos gerem um tratamento jurídico próprio, como ocorre no Brasil com as microempresas e as empresas de pequeno porte, dotadas de tratamento constitucional favorável (CF, art. 170, IX). Mas – desde o pipoqueiro ambulante até a indústria multinacional – sempre será necessário dispor de um determinado complexo de bens para o exercício da atividade empresarial. Obser-

ve-se que o estudo do estabelecimento merecerá tratamento próprio, mais adiante.²⁷

Uma empresa pode ser forte sob o ponto de vista econômico sem que este fato se reflita necessariamente na existência de um estabelecimento custoso e complexo. Pense-se no caso de um agente autônomo de investimentos que tenha uma clientela altamente selecionada e que realize negócios com o uso de um telefone e de um terminal de computador ligado aos sistemas adequados. À luz do art. 966 do NCC, parece-me que ele deva ser considerado um *empresário*, podendo movimentar elevadas somas de dinheiro em curto espaço de tempo, sem utilizar-se de um aparato produtivo de porte e de complexidade significativos.

Sob o aspecto da organização, o empresário organiza dinamicamente os fatores da produção – natureza, capital, trabalho e, moderadamente, a tecnologia²⁸ –, na busca do lucro pela realização de determinada atividade. O campo de tal atividade é aquele considerado “próprio de empresário”, em relação ao qual o parágrafo único do art. 966 do NCC, por sua vez, exclui expressamente do conceito de “empresário” aquele que exerça 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*.²⁹

Conforme Buonocore, esta organização teria uma dimensão *real e autônoma*, adquirindo existência objetiva fora do sujeito que a criou, e pode servir à atividade de sujeitos diversos.³⁰ Exemplo marcante está no contrato de franquia, por meio do qual o empresário cede sua “organização” a terceiros – os franqueados –, que pagarão

27. Nesse sentido, observam Ferrara Jr. e Corsi que o conceito de “empresário” é unitário, ou seja, prescinde da dimensão da empresa, da espécie da atividade exercida e da natureza do seu titular (*Gli Imprenditori* ..., 11ª ed., p. 49).

28. Cf. Fábio Konder Comparato, *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, p. 31.

29. Mesmo ausente no Direito Italiano essa restrição expressa do Direito Brasileiro, os estudiosos daquele País têm entendido escapar ao conceito de “empresário” as atividades puramente intelectuais, de lazer ou esportivas (Ferrara Jr. e Corsi, *Gli Imprenditori* ..., 11ª ed., p. 33).

30. “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., p. 110.

24. Cf. Buonocore, “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., p. 113.

25. Buonocore dá o exemplo de uma lavanderia automatizada (“L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., p. 126).

26. *Corso* ..., pp. 177-185.

por ela um preço maior ou menor, conforme a sua possibilidade de geração esperada de lucros.

Uma empresa não poderá ser “puramente franqueadora”, pois neste caso ela não teria uma organização a ceder. Ela somente pode ceder o bem “organização”, capaz de gerar lucros a terceiros, a partir de sua própria experiência.

Aproveite-se o exemplo acima para demonstrar mais uma vez a negação da tese objetiva da empresa. O contrato de franquia, por meio do qual o franqueador cede sua organização a terceiros, que se tornam franqueados, não significa a cessão da empresa do primeiro aos segundos. A empresa do franqueador continua existindo. De outro lado, os efeitos jurídicos completos de tal contrato dão-se em um múltiplo universo jurídico, expresso por uma certa quantidade de contratos coligados ao primeiro (cessão do “ponto comercial”, cessão do estabelecimento, cessão do imóvel onde se encontra o estabelecimento, cessão de marcas, patentes, título de estabelecimento, insígnia, prestação de assistência técnica permanente etc.). Cada um destes itens está sujeito a uma disciplina jurídica diversa, como forma do exercício da empresa pelos franqueados – não sendo o caso de se falar de uma unidade jurídica, dotada de um único tratamento no campo do Direito.

Além disso, considerada a existência ponderável de elementos subjetivos na organização da atividade franqueada,³¹ mesmo que o franqueador procure candidatos para o contrato a partir da caracterização do perfil do “franqueado ideal”, este resultado nem sempre é alcançado, frustrando-se o objetivo da relação jurídica em causa, com prejuízo para uma ou para ambas as partes – do quê são originadas muitas pendências judiciais.

Até hoje – e, pelo que se sabe do instituto, isto dificilmente acontecerá – ninguém conseguiu construir uma “teoria jurídica da empresa”, apesar de ser, talvez, o tema mais versado pelos comercialistas em toda a história do Direito Comercial. Veja-se, em contraste, que os títulos de crédito e os contratos, entre outros institutos, são subordina-

31. A este respeito, Buonocore faz referência ao “momento subjetivo” e ao “perfil objetivo” da organização (“L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., p. 111).

dos a uma teoria geral, logicamente erigida a partir de princípios mais amplos aos quais se subordinam as espécies do gênero específico.

3.1.4 Atividade “profissional”

Como se sabe, o art. 4º do CCoB conceituava como “comerciante” aquele que fizesse da *mercancia* sua profissão habitual. Qual a relação ou qual a diferença entre esses conceitos?

Nos dois casos estão presentes uma *atividade profissional* – ou seja, a atuação contínua e especializada em um determinado campo de interesse, que se reveste de conteúdo econômico – como sua *finalidade* – ou seja, a apropriação privada do resultado produtivo ou o sofrimento das eventuais perdas, neste último caso em função da presença do elemento “risco”. Nesse sentido, parece ser correto afirmar que há uma coincidência parcial de conceito entre as expressões “mercancia” e “atividade econômica organizada” nos dispositivos aqui comparados.

Neste sentido, a atividade deve ser efetiva e não meramente potencial, apenas residente na intenção do agente ou na sua proclamação perante terceiros. Tão somente o fato de alguém anunciar o início de uma empresa não lhe atribui a qualidade de “empresário”, que decorrerá do efetivo exercício da atividade correspondente.³² A esse respeito, Ascarelli fazia uma distinção do requisito de *profissionalidade* entre o empresário/pessoa física e o empresário/pessoa jurídica. No primeiro caso a profissionalidade deveria implicar de forma necessária a habitualidade e o intento de lucro. Quanto à pessoa jurídica, deveria ser observado seu escopo, ou seja, o fim em vista, o exercício de uma empresa, ou seja, de uma atividade econômica organizada para a produção ou troca de bens ou serviços.³³

Coloca-se no último caso uma posição doutrinária segundo a qual as sociedades seriam empresárias de acordo com seu objeto (atividade própria de empresário – art. 982, *caput*, do NCC), ainda que não tenham efetivamente iniciado sua atividade ou quando esteja ausente a habitualidade no exercício daquela. Em sentido contrário encon-

32. Cf. Buonocore, “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., pp. 92-95.

33. Ascarelli, *Corso* ..., pp. 187 e ss.

tram-se os que alegam a ilegalidade da afirmação de uma diferenciação nesta matéria, uma vez que ela não estaria presente no art. 2.082 do CCIt, o mesmo se aplicando ao art. 966 do NCC.³⁴

Apresentam-se, portanto, no exercício profissional da atividade, os aspectos *temporal* e *lucrativo*. Em primeiro lugar, a atividade empresarial desenvolve-se no tempo, por meio da realização de uma série concatenada de atos, voltados para a produção de bens e de serviços no mercado. Nessa atividade, desenvolvida no tempo, o proveito de que se trata não diz respeito apenas ao lucro apurado, mas à satisfação de todas as necessidades econômicas do titular, nos planos direto e imediato, como também indireto e mediato. Pode-se dizer, em outras palavras, que o exercício da atividade dá-se ao longo do tempo e ela não é altruística.³⁵

Considerando que a atividade deve ser efetivamente realizada profissional e habitualmente, acrescentam-se, ainda, os requisitos da *voluntariedade* e da *consciência do comportamento* (comportamento efetivamente “atuante”).

No primeiro caso, não pode ser aceito que uma empresa seja criada acidentalmente. É necessário que a vontade do empresário esteja dirigida para tal finalidade – do que resulta a possibilidade de lhe ser imputada responsabilidade por prejuízos causados a terceiros. Em segundo lugar, a vontade de que se trata é específica – ou seja, voltada para dar nascimento a uma empresa –, e não uma vontade dirigida para outro escopo e deste surgindo a empresa, fortuitamente. Esta conclusão não é coerente com a lei, e a base para tanto está nos arts. 2.082 do CCIt e 966 do NCC, onde se encontra mais uma vez o verbo “exercer” uma atividade. Tratando-se de atividade profissional, ela deve ser voluntária, consciente e efetivamente dirigida para um determinado fim. Nega-se, assim, a explicação da empresa como um “fato objetivo”, presente no Direito independentemente da vontade do sujeito da atividade.³⁶

34. V. Buonocore, “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., pp. 95-99.

35. Cf. De Martini, *Corso* ..., vol. I, pp. 103-105.

36. V., a respeito das teorias em causa, Buonocore, “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., pp. 99-104.

A *habitualidade* e a *continuidade* da empresa são elementos que não devem ser tomados em sentido absoluto. Um estabelecimento hoteleiro pode ficar fechado boa parte do ano, abrindo apenas na temporada própria. Neste caso, o que vai caracterizar a habitualidade e a continuidade será o fato de que a atividade econômica ali exercida deve dar-se em períodos regulares de tempo, dentro dos quais ocorra um suficiente grau de estabilidade. Neste sentido, como se disse acima, não existiria a chamada “empresa ocasional” quando alguém – por exemplo –, valendo-se de determinada circunstância favorável, realizasse um negócio lucrativo. Isto não se aplica às sociedades de propósito específico, as quais, apesar de organizadas para um único negócio (a construção de uma rodovia, v.g.), para a sua realização executam efetiva atividade profissional e habitual ao longo do tempo necessário para a consecução do objeto.³⁷

Fábio Ulhôa Coelho inclui o *monopólio das informações* como elemento integrante do profissionalismo,³⁸ sendo o empresário detentor das informações básicas sobre os bens e serviços colocados no mercado no tocante a condições de uso, qualidade, insumos, riscos presentes ou potenciais etc. Mas – se fosse o caso de aceitar o argumento daquele autor – deveria ser ressaltada a existência de um movimento jurídico no sentido de dar transparência nas relações entre produtor e consumidor, passando-se a este uma série de informações importantes, as quais, evidentemente, chegam aos empresários correntes. Esta orientação de *disclosure* reflete-se claramente no Código de Defesa do Consumidor, notando-se que o Código Civil/2002 também é dotado de algumas normas que podem ser aplicadas a esta questão, tais como os arts. 422 a 424 (adoção dos princípios de probidade e de boa-fé na celebração dos contratos, interpretação favorável ao aderente na presença de cláusulas ambíguas ou contradições, nulidade de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a direitos) etc.

37. V., a este respeito, Buonocore, “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato* ..., pp. 138-147.

38. *Manual de Direito Comercial*, 13ª ed., pp. 11-12.

3.1.5 Atividade destinada à “produção de bens elou serviços”. Produção para o mercado. O conceito jurídico de “mercado”

3.1.5.1 O conceito jurídico de “mercado”

Deve-se concordar com Buonocore quando ele reconhece o caso dos juristas quanto a estudos relacionados ao *mercado*, deixados a cargo dos economistas.³⁹ No Direito Italiano, Natalino Irti tem dado uma contribuição recente bastante importante ao tema, estudando a “teoria jurídica do mercado”, por ele entendida como uma “teoria jurídica da economia de mercado”.⁴⁰ No Direito Brasileiro, entretanto, o terreno ainda continua essencialmente inexplorado. Como se verá na análise introdutória a esse instituto, em seguida efetuada, há um enorme interesse em desvendá-lo por parte do Direito.

A existência do mercado – na verdade, de múltiplos “mercados” – é necessariamente ligada ao regime de produção, circulação e consumo de massa, no qual os institutos de Direito Comum revelam-se inadequados para a solução das controvérsias dali emergentes. A maneira pela qual os negócios passam a ser desenvolvidos na economia moderna não é diferente somente pela quantidade e pela velocidade com que se realizam, mas isto também se reflete na “qualidade” da atividade negocial, como resultado da adoção de novos mecanismos jurídicos capazes de dar segurança e certeza às partes quanto à realização dos seus interesses.⁴¹ Em razão disto, surgiram novos contratos (criados a partir de contratos já existentes), novos títulos de crédito e novos valores mobiliários (os chamados “recebíveis”, entre outros), novas técnicas de negociação (tais como a securitização de títulos). Os efeitos econômicos e jurídicos das operações nos mercados revelam-se no campo da concorrência entre os agentes produtores e distribuidores, de um lado, e no dos consumidores, de outro, como faces de uma mesma moeda, tornando-se necessária, quase invariavelmente, nos diversos ordenamentos jurídicos a intervenção do legislador como meio para a correção de rumos.

39. “L’impresa”, in Vincenzo Buonocore (org.), *Trattato ...*, p. 149.

40. “Teoria Generale del Diritto e problema del mercato”, *Rivista di Diritto Civile* 1/19.

41. A esse respeito, v. Rachel Sztajn, *Teoria Jurídica da Empresa*, pp. 22 e ss.

Do ponto de vista histórico, os mercados têm nascimento na Idade Média, época na qual as feiras medievais desempenhavam importantíssimo papel. Elas se prestavam eficazmente naqueles dias à função de dar vazão à circulação de bens, tendo atingido relevante papel econômico. Nelas foi construído progressivamente um sistema normativo voltado para dar respaldo aos negócios realizados, dando nascimento a um horizonte de segurança e certeza que atraía comerciantes e banqueiros de toda a Europa. Note-se que a preocupação dos primeiros economistas esteve, justamente, em entender como os mercados funcionavam, tendo procurado identificar as “leis econômicas” que os regiam. Mas a maior relevância dos mercados, do ponto de vista da Economia e, consequentemente, do Direito, dá-se ao tempo da economia moderna, pós-industrial.

Segundo Natalino Irti, o mercado é definido como *unidade jurídica das relações de escambo, em relação a um dado bem ou a uma categoria de bens*,⁴² presente, em tese, em quaisquer tipos de economia com as quais poderia abstratamente conviver, inclusive de natureza socialista ou comunista, seja em regime de livre mercado, seja diante de um monopólio, desde que os preços sejam estabelecidos segundo a lógica do mercado. São afirmações em abstrato, porque ele mesmo reconhece tratar-se – os mercados livres – de instituição característica das economias capitalistas de mercado.⁴³

O mercado – segundo aquele autor – não é formado por uma relação individual de troca, nem por uma pluralidade arbitrária de tais relações. Para tanto se exige sempre um *critério unificante*, um princípio que seja capaz de governar a variedade de comportamentos e de reduzi-los a uma unidade. A partir desta colocação, Natalino Irti faz uma crítica das concepções existentes de “mercado”, adiante exposta.⁴⁴

Assim, Natalino Irti ataca a *concepção naturalística* de mercado, originada dos fisiocratas do século XVIII,⁴⁵ segundo os quais o mer-

42. “Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà”, *Rivista di Diritto Civile* 2/185.

43. “Teoria Generale ...”, *Rivista di Diritto Civile* 1/22.

44. “Concetto ...”, *Rivista di Diritto Civile* 2/185 e ss.

45. A respeito dessa corrente econômica, v. Antônio José Avelãs Nunes, “Os fisiocratas ou o início da Ciência Econômica”, *Boletim da Faculdade de Direito* (Coimbra), volume comemorativo, 2003, p. 1.011.

cado seria o lugar da liberdade e da espontaneidade da atuação dos agentes, onde surgiria a conhecida figura da *mão invisível* determinadora do equilíbrio das relações econômicas e que levaria ao progresso e à felicidade generalizada dos homens. Dentro desta visão, ao Estado caberia apenas cuidar das fronteiras e da segurança nas estradas. As relações entre os particulares encontrariam um equilíbrio ideal sem a necessidade de qualquer intervenção legislativa ou administrativa.

Trata-se – segundo Natalino Irti, no mesmo trecho da obra ora considerada – de uma política de não intervenção, que não deixa de ser uma política. Daí, segundo ele, a necessidade de se configurar o mercado como *o lugar artificial que a lei constrói, governa, orienta e controla*. Desta maneira, não existe mercado fora da decisão política e da escolha legislativa., mesmo quando se trata de deixar os negócios ao sabor do puro jogo dos interesses individuais. Sem dúvida alguma, isto representa uma decisão e uma escolha política.

Disto resulta entender que a fisionomia do mercado variaria entre dois extremos de políticas econômicas possíveis, desde a liberdade econômica máxima permitida aos particulares, até o intervencionismo estatal mais intenso. As regras legais adotadas pelos diversos ordenamentos jurídicos em tal sentido constituem as chamadas “constituições econômicas”.

Para Natalino Irti a passagem do Direito Privado comum para o Direito do Mercado exige a presença de dois elementos: um relativo à *estrutura* e outro inerente à *dimensão*. No primeiro caso é necessário que os negócios se realizem de forma indiferente em relação às pessoas que deles participam (que o autor chama de “anonímia”) e mediante repetição contínua e mecânica. As trocas apresentam-se despersonalizadas, voltadas para o objeto do negócio, e não têm em conta as pessoas que dele participam. No segundo caso cuida-se de modalidades de negócios realizados em um determinado lugar, inseridos no “espaço” abstrato de um determinado mercado.⁴⁶

Desta forma, duas funções básicas são exercidas pelo mercado: (i) é o lugar (em sentido bastante largo) no qual o empresário exerce sua atividade; tanto um lugar físico precisamente determinado (as Bolsas de Valores) quanto uma região mais ampla e, até mesmo, ne-

46. Natalino Irti, “Teoria Generale ...”, *Rivista di Diritto Civile* 1/20-21.

nhum lugar determinável, como ocorre com as operações hoje realizadas via Internet; e (ii) é a estrutura social, econômica e jurídica que, no seu conjunto, permite ao empresário realizar sua atividade, facilitando o encontro dos operadores e a celebração de contratos. A propósito, como se verá adiante, a empresa tem sido considerada como um “feixe de contratos”.

Quanto à primeira função acima citada, para Natalino Irti o *mercado é o lugar do conflito e da paz*: “o mercado é o lugar do conflito e da paz. De inumeráveis conflitos, que veem os homens calculando interesses e confrontando a utilidade de bens e negociando com astúcia e vigor a conclusão dos contratos; e, ao mesmo tempo, um lugar de pacificação, isto é, de acordos nem justos nem injustos, mas efetivamente aceitos e concluídos pelas partes, cada uma delas reputando que obteve maior utilidade do que cedeu em troca” (tradução livre).⁴⁷

O mercado tradicionalmente caracterizado como um lugar físico torna-se uma visão superada pela moderna tecnologia, sendo apenas virtual o lugar das operações realizadas via Internet. Mas a concepção do mercado como um espaço geográfico já era objeto de críticas por diversos autores, entre os quais, no País, Rachel Sztajn: “Embora a concepção de mercado como espaço geográfico não desapareça de todo, uma tal noção do instituto presa à dimensão espacial merece críticas, porque não considera as regras que são ínsitas aos mercados e se atém à multiplicidade de agentes, fornecedores e adquirentes presentes em local determinado, no qual os preços dos bens se formam de modo transparente. Também deixa de lado a regularidade e a licitude/filicitude das operações nele engendradas pelos agentes”.⁴⁸

É importante a observação feita por Natalino Irti no sentido de que “o Direito não disciplina o *mercado*, mas os *mercados* de determinados bens e categorias de bens”, mediante normas ora cogentes,

47. “(...) il mercato è insieme il luogo del conflitto e della pace: di *innumerevoli conflitti*, che vedono gli uomini farsi avveduti calcolatori interesse, e mettere a confronto l'utilità dei bene e negoziare con astuzia e vigore i termini dello scambio; e, ad un tempo, di *innumerevoli paci*, cioè di accordi, né giusti né ingiusti, ma effettivamente accettati e conclusi dalle parti, ciascuna delle quali reputa ciò che ottiene di maggior utilità di ciò che cede in scambio” (Natalino Irti, “Concetto ...”, *Rivista di Diritto Civile* 2/186).

48. *Teoria Jurídica da Empresa*, p. 39.

ora dispositivas; apresentando diversas posições quanto ao nível de autonomia privada aceito; impondo certos ônus e formas de controle; etc. Isto porque o mercado não é um dado da natureza, mas *um conjunto de normas*, as quais, na dependência de uma opção político-legislativa, podem não somente – no campo da concorrência – voltar-se para a construção do desenho dos negócios aceitos, como também preocupar-se com o controle do mérito dos acordos entre os agentes econômicos.⁴⁹ Pode-se acrescentar, por conseguinte, que a regência dada pelos diversos ordenamentos jurídicos em relação aos mercados está fundamentalmente ligada às suas escalas de valores, juridicamente estabelecidas na legislação.

Em outro trabalho sobre o mesmo tema, o autor ora enfocado enfatiza a necessidade de se distinguir entre “disciplina do mercado” e “política social”; entre “circulação de bens” e “distribuição da riqueza”.⁵⁰ Nos países chamados “emergentes”,⁵¹ principalmente, em tais campos surgem problemas como os do “cobertor muito curto”: quando se cobre a cabeça, os pés passam frio; e vice-versa. Muitas vezes o dilema é falso, como aquele que se estabelece entre optar pela estabilidade monetária com recessão, ou crescer com uma pequena inflação. Mas este é assunto estranho às presentes considerações.

Estabilidade e segurança jurídica são dois requisitos para o funcionamento do mercado, imprescindíveis na realização de negócios. A presença de riscos significativos prejudica ou, até mesmo, impede a realização de operações. No primeiro caso podem aumentar de forma significativa os custos de transação, penalizando-se os operadores do mercado. No segundo caso tais custos tornam-se tão elevados que negócios não serão realizados. No Brasil os planos econômicos “heterodoxos” causaram enorme prejuízo para a atividade econômica, sendo um exemplo significativo do chamado risco legal (*moral hazard*).

A esse respeito, Natalino Irti ensina que o mercado é uma *ordem*, no sentido de uma situação estável, onde existam regularidade e pre-

49. Natalino Irti, “Teoria Generale ...”, *Rivista di Diritto Civile* 1/26.

50. Natalino Irti, “Persona e mercato”, *Rivista di Diritto Civile* 3/297.

51. Na verdade, o termo “emergente” representa a expressão – segundo se diz – “politicamente correta” para “subdesenvolvido”.

visibilidade no resultado das ações.⁵² Quem participa de um determinado mercado sabe, nestes casos, como deve ser seu comportamento e como provavelmente será o comportamento dos demais agentes, pois o Direito, por meio do seu poder de coerção, fará com que atuem no sentido desejado ou penalizará quem não o fizer, além de determinar o desfazimento de determinados atos julgados anticoncorrenciais (v. o caso Nestlé/Garoto).

A atuação do empresário no mercado dá-se como expressão da autonomia privada e deve ser exercida nos limites constitucionais, especialmente aqueles estabelecidos pelo art. 170 da CF, como são os casos da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. Estudos econômicos realizados em economias capitalistas têm levado à conclusão no sentido de que as trocas efetuadas dentro de um regime de livre concorrência apresentam-se como eficientes, o que se pode traduzir por melhor qualidade e preço mais baixo. Esta é a razão da direção adotada pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

A atuação abusiva do empresário no mercado é sancionada pelo Direito – matéria do Capítulo 6 deste *Curso*.

3.1.5.2 *Produção ou circulação de bens ou serviços. Mercancia*

Tal destinação dos bens ou serviços, efetuada pelo empresário, está implícita no art. 2.082 do CCIt tanto quanto no art. 966 do NCC. A produção de bens e/ou serviços deve ser feita para o mercado, afastando-se do conceito de “empresário” aquele que organiza uma atividade econômica para o próprio proveito. Mesmo que realizada em escala ponderável, não se caracterizaria o empresário no caso em que toda a produção fosse consumida internamente. Daí o requisito da *circulação*, que se une ao da *produção*. O mercado é, portanto, elemento essencial na atividade da empresa, pois a ele são destinados os bens e serviços por aquela produzidos. É em virtude destes dois elementos que as cooperativas podem ser classificadas como empresas de fato mesmo quando os próprios cooperados realizam diretamente a atividade.⁵³ Aliás, como bem observa Rachel Sztajn, a inclusão das

52. *L'Ordine Giuridico del Mercato*, p. 5.

53. Cf. De Martini, *Corso* ..., vol. I, pp. 106-108, e Galgano, *Trattato* ..., vol. II, pp. 64-66. Observe-se que, nos termos de decisão proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da comarca de Moji das Cruzes, foi determinada a aplicação da Lei de Falências no

cooperativas entre as empresas civis foi fruto de mera opção legislativa, uma vez que elas geram ganhos econômicos, os quais são partilhados entre os sócios.⁵⁴

O campo do exercício dessa atividade econômica organizada refere-se, de forma genérica, à *produção ou à circulação de bens ou de serviços*. Examinando-se o art. 19 do Regulamento 737/1850, verifica-se que a *mercancia* abrangia um rol diversificado de atividades, incluindo-se ali a prestação de serviços, como o caso do transporte – fato confirmador da constatação de similitude entre os dois conceitos acima referidos. Aquela dispositivo, ora revogado, demarcava com clareza uma linha divisória entre o Direito Civil e o Direito Comercial, por exclusão, tendo sido originariamente um critério legislativo para identificação da *mercancia* e passado mais tarde, pela revogação do dito Regulamento, para a condição de critério histórico. Destaque-se que a chamada “matéria de comércio”, sobre a qual atuavam os institutos próprios do Direito Comercial – ou seja, o exercício da *mercancia* –, não se apresentava clara quanto ao seu conteúdo, tendo sido o tema objeto de grandes controvérsias, tanto no plano da doutrina quanto no da jurisprudência. E sua complexidade apresentava-se ainda mais agravada pelo fato de mostrar-se um conceito dinâmico, de aplicação ampliada ao longo do tempo nas relações econômicas privadas.⁵⁵

Observe-se que, historicamente, qualquer atividade econômica relativa à produção ou circulação de bens imóveis jamais foi considerada *matéria de comércio*. No Direito Brasileiro essa situação começou a mudar com a promulgação da Lei 4.068, de 9.6.1962, por meio da qual as empresas de construção passaram a ser consideradas mercantis. A razão para isso residia no interesse do legislador na busca do agravamento da responsabilidade dos empresários daquele ramo, que, assim, ficavam sujeitos à decretação da falência e, por via de consequência, à condenação eventual por crimes falimentares.

processamento da liquidação judicial da Cooperativa Agrícola de Cotia. A falência, como se sabe, é instituto tradicional do Direito Comercial.

54. “Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil”, *Revista do Advogado* 71/94.

55. V., a propósito, nosso “Atividade mercantil. Ato de comércio. Mercancia. Matéria de comércio. Comerciante”, *RDM* 47/29.

Mais adiante no tempo, as sociedades de crédito imobiliário foram classificadas entre as instituições financeiras (Lei 4.728, de 14.7.1965, art. 17). Empresas mercantis, portanto.

No entanto, o NCC apresenta uma abrangência bem maior no conceito do art. 966, quando comparado com o de “mercancia”. Pode-se, para tanto, utilizar a imagem de dois círculos concêntricos, nos quais o maior corresponde à *atividade profissional organizada*, que define o campo de atuação do empresário; o círculo menor é próprio da *mercancia*, um setor mais restrito da mesma atividade, atribuída ao antigo comerciante. Em atendimento ao dispositivo do parágrafo único do art. 966 do NCC, do círculo maior deve ser retirada uma pequena fatia caso se esteja diante de uma atividade intelectual (de natureza científica, literária ou artística), exceto – como ali se coloca – na hipótese de constituir elemento da empresa. Dessa forma, todas as atividades econômicas relacionadas com imóveis passaram para o campo do Direito Comercial, inclusive a mera intermediação praticada pelas chamadas “empresas corretoras”. Assim sendo, tornou-se efetiva a tendência nesse sentido, de que falava Barreto Filho.⁵⁶

Mesmo considerando que o campo da mercancia foi ampliado, resta concluir que a atividade econômico-lucrativa não mereceu tutela unificada, o que teria representado um avanço no campo da unificação das obrigações, na opinião de Rachel Sztajn, uma vez que, salvo dar-se sua regularização em órgãos registrais diversos, não haveria diferença entre as empresas mercantis e as “civis”.⁵⁷

Para efeito de imputação de responsabilidade, “empresário” é o titular da empresa, ou seja, aquela pessoa natural ou jurídica a quem ela é imputável.⁵⁸ Isto quer dizer que é “empresário” quem efetivamente exerce a empresa, fazendo-a atuar no mundo jurídico, nele assumindo direitos e obrigações. Por outras palavras, é “empresário” aquele que assume determinado risco negocial, justificador do lucro a ser auferido no sucesso da empresa. A esse respeito será estudado, mais adiante, o tema da capacidade para o exercício da empresa.

A exclusão expressa mencionada no parágrafo único do art. 966 do NCC não se apresenta clara no seu entendimento, uma vez serem

56. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, pp. 38-39.

57. “Notas em matéria de empresa ...”, *Revista do Advogado* 71/95.

58. Cf. Ferrara Jr. e Corsi, *Gli Imprenditori* ..., 11ª ed., pp. 44 e ss.

possíveis duas interpretações: (i) não é empresário quem exerce *atividade intelectual*, nos campos científico, literário e artístico; ou (ii) não é empresário quem exerce uma das seguintes atividades: intelectual, científica, literária ou artística. Mas em ambos os casos a exclusão se anula caso o exercício da profissão vier a constituir elemento de empresa, tornando-se necessário saber em que se constitui tal elemento.

A exclusão das atividades intelectuais do campo da empresa é o resultado de uma clara opção legislativa, uma vez que, do ponto de vista organizacional, da busca de lucro, da existência de um ou mais “estabelecimentos” etc., não há diferença substancial em relação ao campo de atividades reservado ao empresário.

Lembre-se que a atividade artística no sentido da realização de espetáculos públicos estava relacionada como hipótese de *mercancia* no art. 19 do Regulamento 737. E na maioria dos casos ela não pode ser considerada como de natureza intelectual, seja para o trapezista, seja para o ator que interpreta um trecho de Shakespeare, pois em ambos os casos não se exige criação do intelecto. Daí, parece que a melhor interpretação do ponto em questão seria aquela referente à primeira hipótese acima citada – ou seja, a exclusão diz respeito a alguma forma de *atividade intelectual*. Mas, caso venha a se constituir como elemento de empresa, seu agente é tido como empresário, a teor do art. 966 do NCC. Afinal de contas, então, o que vem a ser esse “elemento de empresa”?

3.2 O CONCEITO DE “ELEMENTO DE EMPRESA”

Essa noção deveria ser encontrada no próprio conceito jurídico de “empresa”, sabendo-se haver a melhor doutrina chegado de forma quase unânime a entender este último como *atividade econômica organizada, exercida profissionalmente*.⁵⁹ Requião, seguindo os passos de Brunetti, já havia observado há muito tempo que a empresa, considerada como entidade jurídica, não passa de uma *abstração*, uma vez que, sendo ela o exercício de uma atividade produtiva, não se tem a seu respeito senão ideia abstrata.⁶⁰ Em razão disso, como acertada-

59. Cf. Waldirio Bulgarelli, *Tratado de Direito Empresarial*, p. 82.

60. *Curso de Direito Comercial*, 24ª ed., vol. I, p. 59.

mente fez o Código Civil/2002, o foco da tutela jurídica deve voltar-se para o *empresário*, o sujeito da atividade, o qual fará uso dos instrumentos jurídicos disponíveis para que aquela atividade organizada possa chegar ao objetivo proposto – ou seja, a busca de lucro, em última análise.

Ao referir-se ao empresário comercial, Requião trata da empresa, do seu titular, das obrigações comuns a todos os empresários, dos colaboradores da empresa, dos seus atributos; e, quanto aos seus elementos, refere-os como aqueles relacionados com sua identificação e com o exercício da atividade.⁶¹

Nota-se que a expressão “elemento de empresa”, encontrada no art. 966, parágrafo único, do NCC, não apresenta sentido jurídico claro. Na verdade, caberia perguntar – caso o intérprete já não tivesse uma informação nesse sentido, à luz do ordenamento jurídico italiano, no qual o nosso Direito de Empresa está declaradamente calcado – se a intenção do legislador teria sido incluir no rol dos empresários aqueles que exercessem atividade intelectual organizada (de natureza científica, literária ou artística), desde que ela correspondesse ao *objeto de empresa*, e *qual seria ele*, como finalidade econômico-lucrativa. A pergunta que se coloca em seguida é relativa a ser esse objeto da empresa *simples* (e, portanto único) ou *complexo*, coexistindo diversos deles.

Se a interpretação em causa pudesse levar a entender que a expressão “elemento de empresa” corresponderia a uma parte do objeto da empresa, então o sujeito dessa atividade poderia ser considerado empresário quanto ao restante do mesmo objeto, subsumindo-se neste a atividade intelectual. Seria a hipótese do departamento de pesquisa científica, dentro de uma fábrica de automóveis, que tivesse interesse em desenvolvimento tecnológico. Em tais situações não haveria maior dificuldade para a solução da questão: deveria sempre ser buscado pelo intérprete o conteúdo da atividade principal da empresa, para classificar seu sujeito como “empresário”.

De outro lado, o exercício de atividade intelectual pura como único objeto da atividade organizada poderia levar à conclusão no sentido de que seu titular seria um empresário para os efeitos do Có-

61. Idem, pp. 49-101 etc.

digo Civil/2002, já que esse objetivo seria *elemento de empresa*, ou seja, faria parte da *atividade organizada*.

Na opinião de Priscilla M. P. Corrêa da Fonseca, “sempre que o exercício profissional e organizado da atividade intelectual ensejar a produção ou circulação de bens ou de serviços, será a mesma qualificada como empresa e, por conseguinte, aquele que a desempenha será tido como empresário”.⁶²

Pensemos em alguns exemplos. Suponha-se que um grupo de cientistas se organize sob a forma de uma sociedade limitada, com o objetivo expresso de angariar projetos de pesquisa aplicada junto a outros empresários, cobrando determinado valor em dinheiro tanto pelo trabalho, em si, quanto pelo resultado positivo eventualmente alcançado. Outra hipótese: alguns músicos, reunindo-se para compor e vender sua produção a empresas gravadoras – e, para tanto, organizando-se. Em ambos os casos estar-se-ia diante de uma empresa, seja sob a forma de sociedade tipificada, ou não. Nesta última situação os participantes seriam considerados empresários.

O ponto fraco desta interpretação está na constatação de que, assim sendo, bastaria a alguém organizar qualquer atividade para que pudesse ser considerado empresário, nos campos da Advocacia, Medicina, Odontologia, Engenharia, Arquitetura etc. E, certamente, essa não teria sido a intenção do legislador, historicamente avesso a entender às organizações destinadas ao exercício das chamadas “profissões liberais” o caráter de empresa mercantil. E veja-se que o problema não se encontra no nível da organização. Um laboratório de análises clínicas, dotado de sistemas sofisticados de organização e favorecido até mesmo com um certificado de qualidade do tipo “ISO”, nem por isso passaria à condição de empresa mercantil.

Quando a atividade intelectual der lugar à circulação de bens, não haverá dúvida de que se trata de *elemento de empresa*. Mas, ao versar sobre serviços, deve-se entender que o agente os esteja fazendo *circulando*, ou seja, colocando no mercado um serviço que não se caracteriza como de natureza personalíssima, tendo em vista um cliente individualizado, mas – isto, sim – um serviço *objetivo*, direcionado a uma clientela indistinta.

62. In Álvaro Villaça Azevedo (coord.), *Código Civil Comentado*, art. 966, p. 87.

A única solução para o problema está em adotar como adequada a primeira interpretação acima enunciada: a atividade intelectual leva seu titular a ser considerado empresário se ela estiver integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial. E, em tal circunstância, a ressalva deveria estar melhor formulada, referindo-se a “elemento da empresa”. Melhor ainda, substituindo-se a redação equivocada por outra, ou seja, “salvo se o exercício da profissão constituir parte do objeto da empresa”.

O paradigma do art. 966, parágrafo único, do NCC é o art. 2.238 do CClt de 1942, onde se lê, em tradução livre:

“Se o exercício da profissão [*intelectual*] constitui elemento de uma atividade organizada sob a forma de empresa, se lhe aplicam também as disposições do Título II (art. 2.082).

“Em qualquer caso, se quem exerce uma profissão intelectual emprega substitutos ou auxiliares, aplicam-se as disposições das Seções II, III e IV do Capítulo I do Título II (arts. 2.094 a 2.134).”

Ora, como se sabe, o art. 2.082 do CClt define o “empresário”, dentro do Título II, que cuida do trabalho na empresa. Por sua vez, as Seções referidas naquele dispositivo voltam-se, respectivamente, para os colaboradores do empresário, as relações de trabalho e a aprendizagem – que não interessa examinar, para os fins em vista.

Segundo Galgano, o titular de uma atividade intelectual (inclusive o artista) *transforma-se em empresário tão somente quando desenhava uma atividade ulterior diversa da atividade intelectual – aquela, sim, considerada empresarial*. Ou seja, duas atividades são realizadas em conjunto, uma intelectual e outra empresarial, ficando a primeira subsumida na segunda, como elemento desta. Para ilustrar sua interpretação, aquele autor lembra os casos do médico que administra uma clínica médica ou o professor que o faz em relação a uma instituição privada de ensino. Referindo-se ao farmacêutico, Galgano chega a mencionar a existência de uma *azienda* farmacêutica – o conjunto de bens por ele utilizado no exercício da atividade, na qual predomina a venda de medicamentos fabricados industrialmente.⁶³

63. *Trattato ...*, vol. II, pp. 29 e 32-35. V. também Rachel Sztajn, “Notas em matéria de empresa ...”, *Revista do Advogado* 71/93-98.

Caminhando mais além em sua explicação sobre o presente tema, Galgano entende que o profissional liberal não é empresário quando realiza diretamente serviços em favor de terceiros, mas é empresário quem oferece a terceiros prestações intelectuais de pessoas a seu serviço.⁶⁴

Sylvio Marcondes, na proposta da reforma do Código Civil, já havia afirmado que os “profissionais intelectuais” (profissionais liberais) não deveriam nem poderiam ser considerados empresários a não ser quando, organizando-se como empresa, assumissem a veste de empresários. Seu exemplo era o do médico, o qual, enquanto opera ou realiza um diagnóstico, está prestando serviço resultante de atividade intelectual, não se caracterizando como empresário. Mas, a partir do momento em que organiza os fatores da produção, isto é, une capital, trabalho e equipamentos na instalação de um hospital, então o hospital é empresa, e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa física ou jurídica, será considerado empresário.⁶⁵

A vinculação do objeto da atividade como elemento conceituador do empresário, não colocada claramente no art. 966 do NCC, pode ser tirada do conceito de “sociedade empresária”, por sua vez referenciado ao de “empresário”, na forma do art. 982 do NCC:

“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

“Parágrafo único. Independentemente do seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

Portanto, em primeiro lugar, há uma atividade própria de empresário, que o define como tal. Ela seria o equivalente ao conceito de “mercancia”, utilizado no sistema do CCoB, a partir de seu art. 4º, efetivamente ampliado na unificação proporcionada pelo Código Civil/2002. A grande questão que se coloca é precisamente esta: em que medida teria sido ampliado o conceito de “mercancia”?

O próprio parágrafo único do art. 982 do NCC informa que a sociedade por ações é empresária pela forma, conforme já assim referia o art. 2º da Lei 6.404/1976. Em contrapartida, a sociedade simples

não é empresária. Além disso, pode-se entender que, a partir da leitura do art. 983 do NCC, as sociedades empresárias, além da forma anônima, somente poderão ser constituídas como sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada. Mas as sociedades simples podem recorrer a estes mesmos tipos societários – pelo que a diferença entre uma e outra não estaria fundada na forma, mas no tipo do objeto social. Portanto, como se verifica, o *critério legislativo* apto a indicar diretamente a sociedade como empresária é bastante limitado, encontrado apenas, além da sociedade por ações, nas empresas construtoras, qualquer que seja a forma do exercício da atividade (Lei 4.068/1962).

A partir de todas as considerações feitas neste e nos tópicos anteriores desta discussão e, nos termos do Código Civil/2002, considerando existir uma atividade própria de empresário, poder-se-ia concluir que *assim deverá ser entendida qualquer atividade econômica organizada que não corresponda ao exercício de profissão intelectual (de natureza científica, literária ou artística), exceto quando consistente em parte do objeto da empresa, quando a integrará como de natureza empresária*. A propósito, relembre-se aqui, Ferrara Jr. e Corresi referem-se à noção de “empresário” e à de “empresa” como corretas, pois, enquanto é empresário quem exerce uma empresa, esta é o exercício de uma atividade econômica organizada.⁶⁶

Deve-se ter em conta, finalmente, que o empresário exerce sua atividade em um determinado mercado, conforme o ramo de atividade por ele escolhido, onde oferece seus produtos ou serviços a uma clientela indeterminada. Seus produtos ou serviços são homogêneos, elaborados ou servidos sem levar em conta o perfil do destinatário. Daí se pode tomar como empresárias certas atividades, mesmo liberais, que assumem essa característica na sua realização – ou seja, a atividade intelectual, nelas exercida, passa a ser considerada como um elemento de empresa.

Será o caso, por exemplo, de clínicas médicas de cirurgia plástica meramente estética, que anunciam seus “produtos” no mercado e as quais são, inclusive, objeto de contratos de franquia. Independentemente do fato de vir a se estabelecer a responsabilidade civil e admi-

64. *Trattato* ..., vol. II, p. 30.

65. *Questões de Direito Mercantil*, p. 11.

66. *Gli Imprenditori* ..., 11ª ed., p. 32.

nistrativa eventual dos médicos que nelas atuam, no plano da culpa (obrigação de serviço, e não de resultado – visão que tem sido contestada em diversos julgados) tais clínicas devem ser caracterizadas como sociedades empresárias, para todos os fins do Direito Comercial. Nelas a atividade médica propriamente dita – com clara finalidade econômica – passou a se revestir da qualidade de elemento de empresa. Haverá, portanto, uma Medicina voltada para o mercado, cujo exercício caracterizará a atividade empresarial e seu titular como empresário. E, de outra parte, continuará sempre existindo o exercício da Medicina como profissão liberal, longe de sua inclusão no campo da empresa, do ponto de vista estritamente jurídico – ou seja, trata-se de uma atividade organizada sob o aspecto técnico, mas não será empresarial, para efeitos jurídicos.

Pelo mesmo motivo, não seria empresário o farmacêutico que, mesmo organizando sua atividade, apenas aviasse receitas para outros profissionais, não atendendo diretamente a clientela própria – não atuando, portanto, para o mercado.

Na medida em que o exercício da Engenharia, da Arquitetura e de outras profissões liberais puder ser desenvolvido para o mercado, elas passariam para a tutela das normas reguladoras da atividade empresarial. Um dos critérios fundamentais para discernir tal circunstância está na *padronização* e na *objetivação da atividade*.

Enquanto isso, por exemplo, grandes escritórios de Advocacia assumem uma organização tecnicamente empresarial. São dotados de departamentos de recursos humanos, de contabilidade, de cobrança, de compras etc. Mas, segundo o estatuto legal da classe, no Brasil eles não atuam, e nem podem atuar, para o mercado, remanescendo sua atividade plenamente no campo intelectual, não podendo ser caracterizada como elemento de empresa.

A atuação pessoal no mercado reveste-se, portanto, do caráter de *objetividade e fungibilidade*: não interessa ao consumidor ou usuário a pessoa que presta algum tipo de serviço. Interessa apenas o serviço em si.

Verifica-se, por conseguinte, que o elemento “organização” não é da essência do conceito de “empresário”, considerando-se estar presente em outras áreas da atividade humana. Para Galgano, trata-se de um *pseudorrequisito*, incluído na definição correspondente pelos

compiladores do Código Civil Italiano de 1942 a partir de uma visão ideológica segundo a qual o empresário seria um *organizador*.⁶⁷

Dessa forma, houve um aumento da incidência do Direito Comercial em relação a certas atividades intelectuais, consideradas como elemento de empresa a partir da promulgação do Código Civil/2002, antes classificadas como de natureza civil.

Pode-se entender, em conclusão, que passou a ser considerada *atividade empresarial* toda atividade econômica organizada com intuito de lucro, exceto a atividade intelectual que não configure elemento de empresa.

3.3 EMPRESA, EMPRESÁRIO, SOCIEDADE EMPRESÁRIA E ESTABELECIMENTO. OS PERFS DE ASQUINI E SUA CRÍTICA ATUAL

Para melhor esclarecimento das questões que têm sido e que serão propostas ao longo deste estudo, é necessário estabelecer, em seguida, algumas relações importantes entre *empresa*, *empresário*, *sociedade empresária* e *estabelecimento*.

3.3.1 Os perfs da empresa identificados por Asquini

Tem-se afirmado nesta obra, inúmeras vezes, que, como conceito, *a empresa é a atividade econômica organizada pelo empresário*, na qual o lucro é buscado como finalidade. Este é, na verdade, o sentido próprio adotado pelo Direito quando se debruça sobre esse fenômeno. No entanto, a partir de estudo de Alberto Asquini⁶⁸ que se tornou clássico na literatura jurídica, sabe-se que tanto a doutrina quanto, principalmente, o legislador não utilizam o termo em sua acepção adequada, encontrando-se outros significados ou perfs. Em estudo primoroso, ignorado pela grande maioria dos comercialistas, Evaristo de Moraes Filho⁶⁹ debruçou-se sobre o instituto da empresa e sua implicação no Direito do Trabalho, estudando-a a partir da Sociologia, passando

67. *Trattato* ..., vol. II, p. 49.

68. “Perfis da empresa”, RDM 104/109 e ss. (trad. de Fábio Konder Comparato de “Profili dell’impresa”, *Rivista del Diritto Commerciale* 41).

69. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*, pp. 12 e ss.