

OBRAS DA AUTORA

Contrato de distribuição. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Direito concorrencial e restrições verticais. São Paulo: Ed. RT, 2007.

O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005 (com Eros Roberto Grau).

Os fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Sociedade por ações - Jurisprudência, casos e comentários. São Paulo: Ed. RT, 1999 (com Paulo de Lorenzo Messina).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Forgioni, Paula Andrea

A evolução do direito comercial brasileiro : da mercancia ao mercado / Paula Andrea Forgioni ; prefácio Eros Roberto Grau. - São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3449-1

I. Direito comercial 2. Direito comercial - Brasil I. Grau, Eros Roberto. II. Título.

09-02557

CDU-347.7(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito comercial 347.7(81)

Paula A. Forgioni

A EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL
BRASILEIRO:
Da mercancia ao mercado

Prefácio:

EROS ROBERTO GRAU

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

atualidade; apenas as relações interempresariais submetem-se ao parâmetro mercantil.⁶¹

codice civile: l'aspetto fortemente innovativo dei provvedimenti sta sia nella circostanza che tale disciplina differenziata non riguarda un singolo rapporto ma la generalità dei contratti stipulati da un imprenditore o comunque gruppi omogenei di contratti, sia nella circostanza [...] che nei nuovi provvedimenti viene presa in considerazione e disciplinata non solo la posizione dell'imprenditore, e cioè il contraente 'forte', ma anche quella dell'altro contraente, e cioè l'interfaccia dell'imprenditore" (*Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, 120). Para complementação da ideia do autor, v. também *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, especialmente 20 e ss.

61. São nossas as traduções ao longo do trabalho, se o contrário não for expressamente indicado. As obras referidas no corpo do texto têm seus dados completos na bibliografia final. Fizemos constar dos capítulos somente o nome do autor, nome da obra e número da página, para tornar a leitura mais fluente. Quando o material foi obtido por meio da *Internet*, não indicamos a página, porque muitas vezes esta depende da formatação adotada na impressão do documento.

AS DIRETRIZES DO DIREITO MERCANTIL BRASILEIRO

ATO, ATIVIDADE E MERCADO

SUMÁRIO: 1.1 Primeiro período: a ênfase do direito comercial sobre o ato de intermediação; 1.1.1 A doutrina brasileira do primeiro período. Os clássicos – 1.2 Segundo período: direito comercial e atividade empresarial. Do ato de comércio à atividade de produção; 1.2.1 Ainda sobre o segundo período: empresa e dirigismo econômico; 1.2.2 Segue. A disciplina da empresa via *Carta del lavoro*; 1.2.3 Segue. A empresa como instituição; 1.2.4 A neutralização do conceito de empresa; 1.2.5 Empresa e liberdade econômica. A nova visão europeia; 1.2.6 A complementação do conceito de empresa na doutrina brasileira. A macroempresa; 1.2.7 Ainda sobre a complementação do conceito de empresa no Brasil. O traçado de sua função social pela jurisprudência; 1.3 Da empresa ao mercado. Um novo período de evolução do direito comercial.

I. A doutrina comercial brasileira foi edificada ao longo dos últimos 200 anos.¹ Breve tempo, quando comparado à

1. Seguindo as lições de Waldemar Ferreira, identificamos a primeira obra de direito comercial brasileiro no *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, de José da Silva Lisboa, nosso Visconde de Cairu. Trata-se do "primeiro tratado de direito comercial português e, ao mesmo tempo, o primeiro tratado de direito comercial brasileiro, cujas primeiras linhas nele ficaram traçadas" (Waldemar Ferreira, *As diretrizes do direito mercantil brasileiro*, 45). Segundo registro de Antonio Penaves Rocha, sua primeira edição ocorreu no ano de 1798, em Lisboa (José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu, 51). Alfredo de Assis Gonçalves Neto também considera Cairu o "precursor do nosso Direito Comercial" (*Apontamentos de direito comercial*, 61).

história do direito mercantil europeu; suficiente, porém, para cristalizar nossa tradição, ainda que venha às vezes ofuscada pelo inadequado arremedo de lições estrangeiras.

Neste capítulo, percorremos itinerário cronológico, desvelando as discussões da doutrina *nacional* a respeito da essência da matéria mercantil e, portanto, da definição do direito comercial. As teorias moldadas em outros sistemas jurídicos serão analisadas a partir do impacto que geraram nos autores e na prática comercialista brasileiros.

Dispondo os principais debates ao longo dessa linha do tempo, percebemos que o caminho mais largo pavimentou-se sobre as fronteiras da chamada *matéria de comércio*. Dessa estrada principal derivaram os estudos sobre o conceito de empresa, a partir do ato de comércio. Posteriormente, no momento em que a *atividade de organização* assume o protagonismo da disciplina, a empresa transformar-se-á em seu principal trilha.

O acompanhamento de nossa evolução histórica, aliado à observação da doutrina estrangeira na justa medida, trará os elementos necessários para apurarmos o momento atual: permanecemos no mesmo rumo, ainda guiados pelo conceito de empresa, ou já enveredamos por outra estrada?

1.1 Primeiro período: a ênfase do direito comercial sobre o ato de intermediação

2. Em sua origem, o direito comercial emergiu da necessidade de regramento jurídico mais célere, que atendessem às necessidades dos mercadores, em contraposição ao direito romano que era então redescoberto.² A ordem que se vai for-

2. Sobre a influência do direito romano no nascimento do direito comercial, Ascarelli: "Interpretando e, às vezes, interpretando, do ponto de vista histórico, erroneamente, os textos romanos sobre o contrato literal e sobre a *confessio*, mas adaptando-os às novas exigências do tráfico, estabelecem uma disciplina que tem, nos

mando, baseada nos costumes e nas regras das corporações de ofício, tem por objetivo disciplinar a atividade dos que são nelas inscritos.

O desenvolvimento desse direito dá origem à dicotomia entre o direito *comum* e aquele *especial*, criado para (e pela) classe dos mercadores, com seus tribunais consulares.³

Nesse contexto, a indagação prática liga-se à sujeição às regras das corporações e à jurisdição dos tribunais especiais.⁴ Com efeito, urgia definir "(i) quem estava efetivamente sujeito à jurisdição particular dos mercadores e, portanto, também ao seu direito especial, bem como (ii) os casos em que os juí-

textos romanos, os seus pontos de partida, mas é, entretanto, bastante nova (...) procuram, assim, obter uma disciplina jurídica mais adequada às exigências do comércio, embora às vezes contrastante com o direito comum" (*Panorama do direito comercial*, 26).

3. Cf. Waldemar Ferreira, *Tratado de direito comercial*, vol. 1, 45 e ss.

4. Nesse sentido, entre nós, manifesta-se Waldemar Ferreira em debate realizado no VI Congresso Jurídico Nacional (A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do Direito Comercial, 3). Bolaffio observa: "[N]ella sua origine, la designazione di materia di commercio ha un intento giurisdizionale: serve cioè a indicare la qualità delle controversie sottoposte al tribunale consolare sorto nel seno delle corporazioni dei commercianti. Dunque, storicamente, per materia di commercio s'intende ogni rapporto litigioso di competenza del foro mercantile (causa mercantilis)" (*Il codice di commercio commentato*, vol. 1, 3). Ferri, sobre o mesmo assunto, argumenta: "Con l'affermarsi delle corporazioni si è estesa la competenza della giurisdizione consolare anche alle controversie tra iscritti e non iscritti nella *matricula mercatorum*, purché attinenti ad affari commerciali, e infine alle controversie che avessero comunque riferimento com affari di commercio (*occasione negotiorum, mercantiae, cambiorum*)" (*Diritto commerciale*, 5). V., ainda desse autor, *Diritto commerciale*, 921.

zes vinculados às comunas, poderiam aplicar os estatutos das corporações de ofício a pessoas não matriculadas".⁵

Criou-se a teoria estatutária,⁶ defendendo que os estatutos mercantis deveriam vincular apenas os membros das corporações. De início, as regras comerciais eram aplicadas aos nelas inscritos. Após, passaram a disciplinar as relações entre seus membros e os que para eles trabalhavam. O aumento do poder econômico das corporações levou à extensão de seu poder jurisdicional, de forma que, nos séculos XIII e XIV, os estatutos vão além, passando a abranger todos que, de fato, praticavam atos relacionados à "matéria de comércio". Chegou-se a autorizar a aplicação do direito corporativo pelos juízes das comunas.⁸

5. Paula A. Forgioni, A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro, 17 e ss.

6. História do direito privado moderno, 145. A respeito da teoria estatutária, afirma Wteackér que ela "procurava conciliar, através de uma aplicação do direito, a aplicação restritiva dos estatutos, a pretensão da validade geral do jus commune letrado com a indiscutível precedência dos direitos particulares: *statuta stricte sunt interpretanda*".

7. Para Schioppa (*Saggi di storia del diritto commerciale*, 39 e ss.), a glosa acursiana teria determinado a validade dos estatutos corporativos e restringido sua aplicação apenas pelos juízes consulares. Algumas décadas mais tarde – prossegue Schioppa – Alberto da Gandino entendia que os estatutos das corporações poderiam ser aplicados pela "podestà", desde que não conflitantes com os "statuti cittadini e col diritto comune". Assevera Lattes que, de acordo com os estatutos das corporações, a jurisdição das citrias mercantis não era determinada conforme a qualidade dos litigantes, mas pela natureza da controvérsia, sendo notáveis as tentativas de juízes comerciais de Pavia para estender sua jurisdição sobre todos os atos de comércio (*Diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, 251 e ss.). Goldschmidt ampara a mesma linha, ressaltando a diversidade de soluções conforme o lugar e a época (*Storia universale del diritto commerciale*, 139).

8. A questão é abordada por Schioppa em *Saggi di storia del diritto commerciale*, 37 e ss.

Assim, a definição do objeto do direito comercial liga-se a *problema processual*, de fixação de competências. Havia "a necessidade de determinar-se o que constitua a matéria de comércio, da competência exclusiva dos tribunais consulares, a fim de ditarem-se normas excludentes dos conflitos de jurisdição".⁹⁻¹⁰

De qualquer forma – e sem prejuízo da expansão das fronteiras do direito especial para abranger os não-comerciantes – esse período é chamado de *subjetivo*, pois a matéria do direito comercial é determinada a partir de um *sujeito*: o membro da corporação.¹¹ Carvalho de Mendonça assevera que o "direito comercial não passava de um direito pessoal, o direito dos negociantes, em resumo, um direito de classe".¹²

3. Esse perfil subjetivo mantém-se durante o mercantilismo; entretanto, mais adiante no tempo, a ascensão do

9. Waldemar Ferreira, A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do Direito Comercial, 3.

10. Esclarece Galgano: "Il *ius mercatorum* era una legge di classe, la quale proteggeva gli interessi dei mercanti quale classe sociale (...) e mirava a realizzare gli interessi generali della classe, al di là della protezione degli interessi particolari dei singoli appartenenti ad essa" (*Storia del diritto commerciale*, 49). V., também, Giuseppe Ferri, *Diritto commerciale*, 5.

11. Corporações de artesãos e de comerciantes. Como observa Montessori: "Il lavoro manifatturiero è quello mercantile si raccolsero nei centri urbani, dividendosi da lavoro agricolo, e si svolsero in una stretta comunanza di vicende. Dalla quale doveva spesso derivare, a seconda del tempo o del luogo, ora la subordinazione degli artigiani alle corporazioni dei commercianti, ora l'unione degli uno e degli altri nel seno di una associazione più ampia" (Il concetto di impresa negli atti di commercio del art. 3 Codice di Commercio, 408).

12. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. 1, 59. Na doutrina brasileira moderna, sobre o *ius mercatorum* como direito de classe, a sempre precisa lição de José Alexandre Tavares Guerreiro, *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, 76.

liberalismo exigiu a conquista de mercados e, portanto, a libertação das amarras das corporações. Com sua supressão e a promulgação do Código Comercial francês, a competência especial firma-se na prática de determinados atos: os atos de comércio. "Comerciante não é mais aquele que é inscrito na matrícula mercatorum, mas aquele que pratica, por profissão habitual, atos de comércio."¹³ Estavam sujeitos às leis e à jurisdição especial os que praticassem esses atos com *habitualidade* e os que com eles entabulassem contratos.¹⁴

Pardessus, em 1814, publica seu *Cours de droit commercial*, iniciando-o pela definição de comércio para, a seguir, afirmar que "[l]e droit commercial se compose de toutes les règles relatives à la validité et aux effets de ces négociations, ainsi qu'au jugement des contestations qui peuvent en résulter."¹⁵

Diz-se *objetivo* esse período porque a matéria comercial vem então delimitada pela prática de certos atos, e não mais pelo agente.¹⁶

13. Giuseppe Ferri, *Diritto commerciale*, 922.

14. Sobre o então livro quarto do *Code de Commerce*, ensina Waldemar Ferreira que "[e]ntraram na competência desses tribunais as relações entre negociantes, comerciantes e banqueiros; as entre sócios por questões relativas às sociedades de comércio; e as atinentes a atos de comércio entre todas as pessoas" (A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do Direito Comercial, 4).

15. *Cours de droit commercial*, I.

16. "Ad un diritto differenziato secondo le varie classi sociali succede così un diritto che possiamo dire oggettivizzato, che trascura differenze soggettive, considerando perciò solo l'oggettività dei singoli atti; in armonia; da un lato, col principio dell'eguaglianza giuridica dei cittadini e dall'altro con la sovranità e unità dello Stato; in parallelismo con l'ormai avvenuta affermazione del concetto di nazione quale comunità fondata su una comune volontà" (Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, 49). V., também, Inglez de Souza, *Direito commercial*, 27 e ss.

4. No Brasil, a doutrina parte do estudo dos atos de comércio, imprimindo traço *objetivo* à análise. Não houve aqui uma primeira fase do direito mercantil nos moldes europeus.

Os autores do Código Comercial de 1850 evitaram enfrentar nesse texto normativo o problema do ato de comércio: adotam posição *subjetivista* no art. 4.º, caracterizando como comerciante quem fazia da "mercancia profissão habitual".

A definição de mercancia não era estabelecida pelo Código, mas pelo Regulamento 737, igualmente de 1850, que disciplinava "a ordem do Juízo no Processo Commercial".¹⁷⁻¹⁸ Como também entre nós a determinação da matéria do direito comercial¹⁹⁻²⁰ era questão de *jurisdição*, nada mais natural do que tratá-la em diploma *processual*, servindo de norte para a

17. Apesar dos apelos de Carneiro Leão, que procurou inserir os atos de comércio no Código Comercial, apresentando emenda, nesse sentido, em 1846. Não foi ela acatada graças aos esforços de José Clemente Pereira, para quem a enumeração dos atos comerciais seria fonte inesgotável de demandas (cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. I, 449 e ss.).

18. Dispunha o art. 19 do Regulamento 737: "Considera-se mercancia: § 1.º A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso; § 2.º As operações de cambio; banco, e corretagem; § 3.º As empresas de fabricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos; § 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio marítimo; § 5.º A armação e expedição de navios".

19. Na dicção de Carvalho de Mendonça, matéria comercial é "a zona de domínio do direito comercial, em outras palavras, a atividade humana disciplinada pelas leis comerciais" (*Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. I, 18).

20. O Código Comercial referia-se expressamente à matéria de comércio em seu art. 913, *in verbis*: "A contar da referida época em diante, ficam derogadas todas as Leis e disposições de direito relativas a matérias de comércio, e todas as mais que se opuserem às disposições do presente Código" (destacamos).

identificação da atividade mercantil e, conseqüentemente, da matéria comercial.

A disciplina centrada no ato de comércio encerra força atrativa peculiar; aqueles que negociam com os comerciantes (inclusive os consumidores) sujeitam-se ao direito e à jurisdição especiais.²¹

Entretanto, a definição de ato de comércio não bastava para circunscrever a matéria de comércio porque o Código Comercial disciplinava também a atividade dos comerciantes em si. Daí a famosa afirmação de Carvalho de Mendonça: "O direito comercial vem a ser (...) a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares".²² Com efeito, "o direito comercial é o direito dos comerciantes e dos atos de comércio", na máxima francesa muito difundida entre nós.²³ O brasileiro era sistema misto, pois assumia aspecto objetivo (disciplina dos atos de comércio) e subjetivo (disciplina dos comerciantes).

Embora a indústria sempre tenha interessado ao nosso direito mercantil,²⁴ a matéria seguia identificada principalmente com o comércio. Com efeito, vários autores desse primeiro período, em seus cursos e tratados, preocupam-se mais em definir o comércio, e não o objeto do direito comercial. Este é visto apenas como disciplina das atividades (ou relações, na dicção de Brasílio Machado)²⁵ ligadas ao tráfico, ou seja, à intermediação.

21. Segundo Didimo da Veiga, os comerciantes, matriculados ou não, com relação aos atos de seu comércio, estavam sujeitos à legislação e ao foro comercial (*Código comercial comentado*, 17).

22. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. 1, 16.

23. Paul Didier, *Droit commercial*, 4.

24. Cf. art. 19, § 3.º, do Decreto 737, de 1850.

25. *O Código Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 199.

5. Cabe, neste ponto, breve excursão para destacar que o conceito de empresa é mais antigo do que se costuma crer, aparecendo já no Código Comercial francês de 1807 como espécie de ato de comércio.²⁶

Uma vez que a "entreprise" é mencionada entre os atos de comércio, a doutrina francesa, encabeçada novamente por Pardessus, deu-se a comentá-la, mas sem lhe atribuir grande destaque. As "entreprises de manufactures" assumem dois sentidos: (i) a convenção pela qual uma das partes compromete-se a executar obra ordenada pela outra, com material por esta fornecido, mediante retribuição estipulada ou determinada por expertos; (ii) o ato de uma ou de várias pessoas associadas de reunir indivíduos em um local denominado "manufacture, fabrique ou atelier", cujo trabalho, "joint quelquefois à l'emploi de certains procédés ou de machines, change en substances ou en formes nouvelles, élabore ou perfectionne certaines matières".²⁷

Thaller também abre seu tratado com a definição de comércio para, após, analisar o conceito de direito comercial. "Le droit commercial est la branche du droit qui gouverne cette circulation" (ou seja, a circulação de produtos, dinheiro e títulos fiduciários). A empresa quase não é comentada por esse autor, aparecendo rarefeita entre os atos de comércio

26. A mesma terminologia é até hoje adotada pelo Código Comercial francês, *in verbis*: "Art. L 110-1. La loi répute actes de commerce: (...) 4.º Toute entreprise de location de meubles; 5.º Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau; 6.º Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics; (...) Art. L 110-2. La loi répute pareillement actes de commerce: 1.º Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure".

27. *Cours de droit commercial*, vol. 1, 37.

("entrepreneurs de travaux" e "entreprise de transports par terre ou par eau").²⁸⁻²⁹

Posteriormente, Ripert anotará que o *Code de Commerce* "marque lui-même la différence entre l'accomplissement des actes de commerce et l'exercice de la profession". O *Code de Commerce* consideraria ato de comércio não o contrato em si, mas a empresa: "Sous la défectuosité de la rédaction, on perçoit l'idée juste: l'entrepreneur est un professionnel".³⁰ Ripert dedica em sua obra um inteiro capítulo à empresa ("L'entreprise commerciale"), destacando, contudo, que "[l]e droit de l'entreprise est encore à l'heure actuelle un droit fragmentaire".³¹⁻³²

28-29-30

28. *Traité élémentaire de droit commercial*, 28-29.

29. Lyon-Caen e Le Renault, em 1896, destacam que "Aussi peut-on dire d'une façon générale qu'au point de vue de nos lois, le commerce est l'ensemble des opérations ayant but de réaliser des bénéfices es em spéculant sur la transformation des matières premières, sur le transport ou sur l'échange de celles-ci. Le droit commercial est l'ensemble des règles applicables à ces opérations et aux personnes qui font profession de s'y livrer" (*Manuel de droit commercial*, 2).

30. *Traité élémentaire de droit commercial*, 59.

31. *Traité élémentaire de droit commercial*, 135.

32. Atualmente, na França, o foco da definição da competência comercial segue sendo o ato de comércio, muito embora a jurisprudência valha-se de critério que identifica o cálculo econômico ("calcul économique") como característica da atividade mercantil (Paul Didier, *Droit commercial*, 117). Assim, sobre o ato de comércio, a literatura daquele país aponta que o objeto da matéria – sempre ligada à definição de competências dos tribunais – é delimitado de forma pragmática, compreendendo "un bloc de dispositions relatives aux commerçants et aux sociétés commerciales, un ensemble de textes divers consacrés aux instruments de crédit et, enfin, la législation des procédures de faillite appelées, aujourd'hui, procédures collectives" (Paul Didier, *Droit commercial*, 4). Marthe Torre-Schaub esclarece que, na realidade, o "ato de comércio" transformou-se em "ato de mercado". Partindo da definição do

Entre nós, comentando o art. 19 do Regulamento 737, de 1850 – que seguia a esteira do diploma francês –, doutrinadores do porte de Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira discorrem sobre a empresa. Como analisaremos adiante, aparece assim, em nossa literatura, a concepção (propagada por Vivante) de empresa como ente que organiza fatores de produção, mas não se vai além do mero reconhecimento de que a indústria é também disciplinada pelo direito comercial. O conceito de empresa vinha subordinado àquele de ato de comércio e apenas isto.

1.1.1 A doutrina brasileira do primeiro período. Os clássicos

6. Cairu não se ocupou de definir o direito comercial. Bastou ao nosso primeiro e grande comercialista tratar do comércio, da atividade dos comerciantes. Valendo-se de Coquelin, define o *Commercio* como "o complexo das relações que os homens entre si estabelecem para tudo o que respeita à satisfação de suas necessidades. Em sentido mais restrito he o *Commercio* um dos ramos do trabalho humano, o que principalmente tem por objectivo o transporte e a distribui-

Código Comercial, ampliou-se a noção como uma "réaction juridique aux phénomènes économiques"; com isso, dá-se uma "expansion de la rationalité de marché", com a consequente "marchandisation du droit". Após a cuidadosa análise da doutrina e da jurisprudência francesas mais atuais sobre o ato de comércio, conclui: "Les différents caractères de l'acte de commerce convergent vers l'idée de marché capitaliste" (*Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, 31 e ss.). Além disso, a autora noticia que a jurisprudência francesa, nesse processo de ampliação do conceito de ato de comércio, vale-se da noção de "empresa", tal como hoje a concebemos: "On peut toutefois apprécier une utilisation de la notion d'entreprise par la jurisprudence qui 'organise' le commerce et l'attire vers le marché" (p. 58). Ainda sobre o ato de comércio na doutrina francesa, v. Alain Piedelièvre e Stéphane Piedelièvre, *Actes de commerce – Commerçants – Fonds de commerce*.

ção dos produtos".³³ A *Scienza do Commercio* compreende o estudo da jurisprudência, que expõe "a natureza, efeitos dos Contractos Mercantis".³⁴ O problema da competência dos tribunais comerciais é enfrentado por Cairu mediante a enumeração das matérias que lhes deveriam estar sujeitas.³⁵

Em sociedade agrária, Cairu cinge o direito comercial à *atividade de intermediação e especulação*, deixando claro que a agricultura é a "original fonte das riquezas sociais". Enaltece a atividade do comércio — sempre como intermediação — e indaga: "De que serve a fertilidade das terras, e a preciosidade das suas produções, onde não há pessoas hábéis, que se informem dos lugares onde ellas abundão, e as fação transportar para onde ellas faltão, em mútuo socorro, e proveito do productur, conductor, e consumidor?"³⁶

Conselheiro Orlando (1863) dá relevo à *atividade de intermediação*: "As funções económicas do commercio se exercitam, dando valor ás mercadorias e servindo de *intermediário* entre os productores e os consumidores".³⁷ Ao se referir à classe dos comerciantes, faz sobressair seu "gênio cosmopolita" e a "legislação especial" que lhes socorre. Como outros autores de sua época, Orlando remete o conceito de comércio à mercancia do Regulamento 737:

Didimo da Veiga (1898), em seus comentários ao Código Comercial, define comércio como "as transações feitas para operar a troca de productos da natureza ou da industria humana por outros mais uteis aos permutantes, tendo um fim especulativo, o de obter lucros"; a mercancia referida pelo art. 4.º é explicada a partir das lições de Pardessus, como

33. *Princípios*, vol. 1, ix.

34. *Princípios*, vol. 2, 467.

35. *Princípios*, vol. 2, 84.

36. *Princípios*, vol. 2, 510.

37. Introdução ao *Código Commercial do Imperio do Brazil*, 5.

o exercício contínuo e seguido do comércio, constituindo modo de vida.³⁸

Silva Costa (1899), em uníssono com seus contemporâneos, destaca a *intermediação* como elemento identificador da atividade comercial.³⁹ Atribui grande destaque ao comércio e às várias acepções do vocábulo e conclui que, em seu sentido jurídico "restricto", "o commercio tem um valor tecnico, abrangendo tudo quanto concerne á profissão mercantil e suas variadas disciplinas". Após a análise das opiniões de Goldschmidt, Thaller e Endemann, ampara-se em Brancaccio para definir o comércio: "Mediação entre a procura e a offerta, com o fim de especular".⁴⁰

Benito de Faria (1903) identifica a atividade do comerciante com a *intermediação* habitual, visando à especulação.⁴¹ Põe-se ao abrigo da difundida lição de Vidari, entendendo o comércio como "o complexo dos actos de intromissão entre productores e consumidores que, exercidos habitualmente e com o fim de lucro, realizam, promovem e facilitam a circulação dos productos da natureza e da industria para tornar mais fácil e prompta a procura e a offerta".⁴²

Inglês de Souza (1904-1905) também inicia suas preleções a partir do conceito de comércio, que "toma a seu cargo a phase intermedia do cyclo que a riqueza deve percorrer e em

38. *Código commercial commentado*, I e 16.

39. *Direito commercial marítimo*, 8 e ss.

40. *Direito commercial marítimo*, 9.

41. *Código Commercial brasileiro annotado*, 26 e ss.

42. *Código Commercial brasileiro annotado*, 25-26. De Plácido e Silva adota a definição de direito comercial talhada por Vidari (*Noções práticas de direito commercial*, 3). Vale, então, lembrar que, para esse autor italiano, o direito comercial era "il complessó delle norme che regolano i rapporti giuridici derivanti dall'esercizio del commercio", abraçando o direito escrito e aquele consuetudinário (*Corsó di diritto commerciale*, vol. 1, 44).

cujos extremos se acham, de um lado o produtor e de outro o consumidor". Dois requisitos caracterizam o tráfico: (i) "servir de intermediário entre produtor e consumidor" e (ii) o escopo de lucro. O ato de comércio "desenha-se nitidamente cada vez que se dá uma interferência entre produtor e consumidor". O comércio é embasado no contrato, "fundamento racional do Direito", de forma que a vontade humana impera "em toda a linha". O direito mercantil aparece ligado à jurisdição especial; "direito de uma classe privilegiada, creado por ella em seu favor, administrado por ella, e ao mesmo tempo expedido, rigoroso, severo". Inglez de Souza também define a empresa entre os atos de comércio: "Uma repetição de actos, uma organização de serviços, em que se explora o trabalho alheio, material ou intellectual. A intromissão se dá aqui entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado desse trabalho, com o intuito de lucro". Na empresa, há a "especulação do trabalho alheio" e, por conta disso, autoriza-se sua inserção entre os atos de comércio.⁴³

Brasílio Machado (1906), em suas preleções na Faculdade de Direito de São Paulo, ensinava que o direito comercial "contem uma summa de preceitos e normas que disciplinam as relações jurídicas derivadas do exercício do commercio: é a norma e a disciplina do commercio".⁴⁴ A preocupação com

43. Todas as transcrições são do primeiro e do segundo capítulos da obra *Direito commercial*.

44. O primeiro ponto ensinado aos alunos na cadeira de Direito Commercial incluía o estudo dos seguintes temas: "necessidade económica, produção e consumo, utilidade, riqueza, bens, mercadorias, serie intermediária dos phenomenos de circulação, seus modos de acção, deslocação e transmissão de bens economicos: industria e suas especies". Eram comuns referências à obra de Adam Smith (Brasílio Machado, *O Codigo Commercial do Brasil em sua formação histórica*, anexo após a p. 52 contendo Preleções de direito commercial do ano de 1906, taquigrafadas por Luiz Rodrigues Patrima e Augusto Moreira Soares). As palavras de Brasílio Machado sobre o

a ciência económica é evidente. Inicia seu curso explicando a produção, detém-se no fenomeno da circulação das riquezas para, então, encarar a "indústria", ou seja, "o trabalho organizado, (...) o concurso dos diferentes factores de produção em ordem a crear uma certa e determinada utilidade, certas e determinadas produções". O foco de Brasílio Machado repousa no comércio – e não na indústria – bastando, para chegar a tal conclusão, a leitura das aulas que proferiu no Largo de São Francisco em 1906. O comércio é o centro da matéria e há de ser entendido como "uma função organica de mediação especulativa entre a offerta e a procura das mercadorias, preordenada á circulação económica".⁴⁵

7. Em Carvalho de Mendonça⁴⁶ (1910) surge, pela primeira vez, a preocupação de definir de forma mais exata o direito mercantil, indo-se além da referência ao comércio. Esse grande comercialista colocou em relevo o caráter "naturalmente expansivo" da matéria, vendo-a como "produto histórico, imposto pela realidade económica".⁴⁷

Vimos que o art. 19, § 3.º, do Regulamento 737, de 1850, valia-se da palavra "empresa" para inserir nos atos de comércio "[a]s empresas de fabricas, de comissões; de depósitos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos". Assim, a importação para o Brasil do conceito italiano e francês de empresa passa pela glosa a esse

programa então adotado deveriam ser seguidas até hoje: "Disso é prova a elaboração inteligente do nosso programma; onde a noção e estudo dos phenomenos juridicos, oriundos do facto economico, é precedido do estudo propedeutico do mecanismo economico do Commercio" (p. 34).

45. Brasílio Machado, *O Codigo Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 75.

46. Seguido por De Plácido e Silva, *Noções práticas de direito commercial*, 6.

47. *Tratado de direito commercial brasileiro*, vol. 1, 17.

dispositivo. Carvalho de Mendonça define-a como "a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade. Esse conceito econômico é o mesmo jurídico".⁴⁸

Observou, posteriormente, Sylvio Marcondes ser patente a influência de Vivante no pensamento de Waldemar Ferreira.⁴⁹⁻⁵⁰ Assim, convém retomar a definição do mestre italiano, que, ao comentar o texto do *Codice di Commercio*, situa a empresa como ato de comércio, destacando "la funzione essenzialmente mediatrice che l'impresa compie in mezzo al movimento sociale assumendo sistematicamente un servizio o una produzione".⁵¹⁻⁵²⁻⁵³

48. *Tratado de direito commercial brasileiro*, vbl. 1, 492.

49. Para a evolução do pensamento de Waldemar Ferreira sobre a empresa ao longo das edições de seu *Tratado*, v. Sylvio Marcondes, *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*, 157 e ss. Sylvio Marcondes também nota a influência de Vivante sobre o pensamento de Bento de Faria, Alfredo Russel, Spencer Vampre e Descartes de Magalhães (p. 131).

50. Ao discorrer sobre a empresa, Carvalho de Mendonça vale-se principalmente das lições de Vivante, Bolaffio, Nouguièr e Rocco.

51. Dispunha o art. 3.º do *Codice di Commercio*: "La legge reputa atti di commercio: (...) 6. le imprese di somministrazioni; 7. le imprese di fabbriche e di costruzioni; 8. le imprese di manufacture; 9. le imprese di spettacoli pubblici; 10. le imprese editrici, tipografiche o librarie".

52. *Trattato di diritto commerciale*, vol. 1, 102.

53. A posição de Vivante, que vislumbra a empresa como ato de comércio, coaduna-se com a doutrina francesa antes referida. Na mesma linha, Bolaffio veementemente refuta a empresa como centro do direito comercial. Corrobora integralmente as seguintes palavras da Suprema Corte italiana: "[Q]uando il codice nella classifica-

"L'impresa é un organismo economico che raccoglie e pone in opera sistematicamente i fattori necessari per ottenere un prodotto destinato allo scambio, a rischio dell'imprenditore. La combinazione di quei vari fattori, natura, capitale e lavoro, che associandosi producono risultati che divisi sarebbero stati impotenti a produrre, il rischio che l'imprenditore assume per produrre una nuova ricchezza sono i due requisiti essenziali di ogni impresa. (...) Il diritto commerciale fa su questo concetto economico d'impresa pur mettendo in maggiore evidenza che l'opera dell'imprenditore deve essere rivolta a provvedere ai bisogni altrui, a quelli del mercato, e che perciò, secondo quel che avviene generalmente per commercianti, egli deve compiere una funzione d'intermediario, intromettendosi fra una massa di energie produttrici (macchine, operai e capitali) e la massa dei consumatori".⁵⁴⁻⁵⁵

Note-se bem: ao longo das várias edições de seu tratado, Carvalho de Mendonça, no início do volume primeiro, cuida da matéria comercial como aquela relacionada aos comercian-

zione degli atti obiettivi di commercio parla d'impresa, intende alludere soltanto ad un complesso di forze e di attività espressamente organizzate ad un rendimento economico, a chiunque faccia capo tale organizzazione e quale che possa esserne il fine specifico". Empresa, assim, é definida como "la organizzazione, per lo scambio, dei fattori della produzione col rischio inerente". Para Bolaffio — em mote bastante seguido pela doutrina brasileira — são características da empresa (i) organização dos fatores produtivos (natureza, trabalho, capital); (ii) destinação do produto para satisfação de necessidades dos consumidores, atuando a empresa para a troca como intermediária entre os fatores da produção e os consumidores; e (iii) assunção do risco técnico ou econômico inerente à combinação dos elementos necessários à produção (II *codice di commercio commentato*, 270-271).

54. *Trattato di diritto commerciale*, vol. 1, 100 e ss.

55. Para análise da empresa no *Codice di Commercio*, v. Roberto Montessori, Il concetto di impresa negli atti di commercio dell'art. 3 *Codice di Commercio*.

tese e aos atos de comércio. O conceito de empresa — apoiado em toda a força da doutrina italiana da época — vinha desenvolvendo quando dos comentários ao Regulamento 737, de 1850.

8. Descartes de Magalhães (1919), como muitos dos que o precederam, esmera-se inicialmente em definir o comércio. No segundo capítulo de seu curso, inspirado na doutrina alemã, define o direito comercial como “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas oriundas do exercício do comércio”.⁵⁶ Mais uma vez, a noção de empresa — embasada em Inglês de Souza e Carvalho de Mendonça — vem adiante, nos comentários ao Regulamento 737. No entender do professor da Faculdade de Direito da Bahia, a palavra empresa, em seu aspecto econômico, deveria ser tomada em três vertentes: (i) no sentido amplo, relacionada à organização dos elementos da produção (capital, natureza, trabalho); (ii) no sentido estrito, significando a combinação daqueles elementos para obter produtos e trocá-los, “correndo os riscos por conta de quem a dirige, isto é, do empresário”; e (iii) em sentido ainda mais restrito, conforme a sua atividade específica (colocação de bens ou serviços junto ao mercado, diversão pública etc.).⁵⁷

Spencer Vampré (1922) inicia seu tratado pela explicação e definição do comércio, combatendo a afirmação de que a classe dos comerciantes seria parasitária, socialmente inútil.⁵⁸ Define o direito comercial como “o ramo da ciência jurídica, que estuda as regras applicaveis aos actos do commercio, e ás

56. *Curso de direito comercial*, 69 e ss.

57. *Curso de direito comercial*, 381 e ss.

58. “Supprimam-se, por uma abstracção da mente, os commerciantes e os bancos, e todos os productos industriaes deverão ser consumidos immediatamente, e sempre mediante pagamento á vista, o que encarecerá notavelmente a moeda, e, por outro lado, determinará crises inevitaveis de consumo, que, por sua vez, encarecerão espantosamente os productos” (*Tratado elementar de direito commercial*, 10).

pessoas que delle fazem profissão”.⁵⁹ Identifica a existência de um “direito industrial”, referente ao “conjunto de normas, que pautam as relações da industria manufactureira, ou do commercio, com os particulares, ou com o Estado, estabelecendo restricções á liberdade do trabalho, organisando monopolios, ou conferindo á autoridade publica um direito de vigilancia, ou de fiscalisação, sobre o exercicio da industria, ou do commercio”. A empresa é estudada como ato de comércio, “organisação economica, que se propõe a obter, mediante a combinaçáo da natureza, do trabalho, e do capital, productos, destinados a troca, correndo os riscos por conta de uma pessoa, que reúne, e dirige esses elementos sob sua responsabilidade”.⁶⁰

Alfredo Russel (1923), após analisar a doutrina de Carvalho de Mendonça, Spencer Vampré, Descartes de Magalhães e Inglês de Souza, ocupa-se do objeto do direito comercial: “Regular os direitos e deveres dos commerciantes e seus auxiliares, disciplinar os actos de commercio praticados por commerciantes ou não”.⁶¹ Esse autor traz á resenha de toda doutrina brasileira de direito comercial até o ano de 1923.

Octavio Mendes (1930) prefere as lições de Endemann: “Direito Commercial é o complexo de normas que regulam os actos jurídicos do tráfico mercantil”. Refuta, assim, o conceito de Vidari, que, ao definir o direito mercantil como “o complexo das normas que regulam as relações jurídicas derivantes do exercicio do comércio”, desprezaria os títulos de crédito, que não dizem respeito apenas ao tráfico mercantil.⁶²

Waldemar Ferreira (1925) entende o direito comercial como “o regulador do acto de commercio e das relações jurídi-

59. *Tratado elementar de direito commercial*, 12.

60. Segue Vampré, identificando o empresário pessoa jurídica: “Essa pessoa pode ser natural, ou juridica, inclusive o proprio Estado” (*Tratado elementar de direito commercial*, 70).

61. *Curso de direito commercial brasileiro*, t. I, 18.

62. *Curso de direito commercial terrestre*, 70 e ss.

cas que delle se originam",⁶³ "o sistema de normas reguladoras das relações entre os homens, constituintes do comércio, ou dele emergentes. Abrange, em seu âmbito, a ordenança daquela atividade profissional, medianeira na circulação dos bens entre produtores e consumidores".⁶⁴ "O direito comercial, portanto, é o conjunto sistemático de normas jurídicas disciplinadoras do comerciante e dos seus auxiliares e do ato de comércio e das relações dele oriundas."⁶⁵ A definição, para logo se vê, segue orbitando em torno da *intermediação*. O autor, mencionando Scaccia, entende que o traço característico do mercador é o comprar e o vender.⁶⁶

9. Em suma, nesse primeiro período, destacam-se os seguintes direcionamentos doutrinários:

(i) o direito comercial tem seu principal foco na atividade de *intermediação*, embora a indústria integre seu objeto (v. § 1.º do art. 19 do Regulamento 737, de 1850);

(ii) a influência da doutrina estrangeira é sensível, destacando-se a de Thaller, Vidari, Endemann e, principalmente, Vivante;

(iii) a concepção econômica propagada por Vivante, de empresa como ente organizador dos fatores de produção, é quase que unanimemente incorporada pela doutrina ao comentar o art. 19 do Regulamento 737;

(iv) os autores, ao interpretar o art. 4.º do Código Comercial e o Regulamento 737, consolidam o direito comercial

63. *Curso de direito commercial*, vol. 1, 62, editado em 1927, baseado em suas aulas, proferidas no ano de 1925.

64. *Instituições de direito comercial*, vol. 1, 15. No mesmo sentido, *Tratado de direito comercial*, vol. 1, 10.

65. *Tratado de direito mercantil brasileiro*, vol. 1, 93.

66. *Tratado de direito comercial*, vol. 1, 474.

como o direito dos comerciantes, que disciplina também os atos de comércio;

(v) quanto à nossa doutrina, podemos corroborar as conclusões de Ernesto Leme: "Porque em verdade (...) a história do Direito Comercial no Brasil se divide em três fases distintas: — a de José da Silva Lisboa, Visconde de Cairú (1756-1835); — a de José Xavier Carvalho de Mendonça (1861-1930); — a de Waldemar Martins Ferreira (1885-1964)".⁶⁷

1.2.º Segundo período: direito comercial e atividade empresarial. Do ato de comércio à atividade de produção:

10. O advento do corporativismo e do fascismo — que trouxeram consigo o *Codice Civile* de 1942 — foi o marco que deslocou, na Itália, as discussões sobre o objeto do direito comercial do *ato de comércio para a empresa*.⁶⁸

No Brasil, de início, esse movimento encontra a autorizada resistência de Waldemar Ferreira; em sua opinião, o *Codice Civile* simplesmente trocava "o nome do comerciante", batizando-o empresário.^{69,70} Em 1955, elabora famoso paralelo entre o filme *Rebecca, a mulher inesquecível* e a empresa:

67. Os mestres de direito comercial na Faculdade de Direito de São Paulo, 26.

68. Abordamos, neste trabalho, apenas a evolução do reconhecimento do conceito de empresa, e não das sociedades comerciais ou de sua personalidade jurídica. Sobre esse tema, especialmente no contexto da história brasileira, v. João Grandino Rodas, *Sociedade comercial e Estado*, 73 e ss.

69. *Tratado de direito comercial*, vol. 2, 21.

70. É possível explicar a posição de Waldemar Ferreira quanto à teoria da empresa a partir da repugnância que o dirigismo estatal — e o governo getulista — causava-lhe: "Surgida no âmbito do direito comercial, invadida por princípios outros que não os que naquele a disciplinavam, não veio a empresa, na Itália, a ser a célula de

"No desenrolar dos quadros falados daquela fita muito se falava naquela dama. Todos a lembravam a cada instante. Exaltavam-lhe a beleza física a par da beleza de espírito e de coração. Os espectadores aguardavam, de momento em momento, a aparição da mulher falada, amada e até desejada. Ela não transitou uma vez sequer diante das máquinas de projecção, mas ficou na retina de todos, como visão imaginária e consoladora. Era a mulher inesquecível..."

organização do próprio Estado?" (A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do Direito Comercial, 11). "Reconheço que o direito comercial, como se pode dizer o mesmo, em caráter mais geral, de todo o direito privado, está a padecer constrangimento de suas fronteiras pelas avançadas do direito público; e que o Estado, que criou a economia dirigida, ainda não cessou sua faina nesse sentido, podendo a despeito de tudo chegar a ponto ainda não previsto, imiscuindo-se em matérias a que era de certo modo estranho" (p. 21). Segue o mestre: "Atentou-se, porém, para a circunstância de que as sociedades mercantis ou industriais, como os comerciantes individuais, se, de um lado, carecem, necessariamente, de colaboradores para a consecução de seus objetivos, de outro exercitam função de interesse geral da sociedade, desempenhando papel relevante que não pode ser visto e examinado pelo prisma do interesse particular. Terá sido por isso que a lei alemã de 20 de janeiro de 1934 instituiu e regulamentou a comunidade da empresa, editando o princípio, de que nesta trabalham em comum o empresário como chefe, os empregados como pessoal para a realização dos fins da empresa e para o bem do povo e do Estado. Estabelecida essa comunidade, sob a égide do Estado, as relações de trabalho entre os empresários e o pessoal que até então eram de natureza privada, caíram sob o domínio do direito público. Assim foi na Alemanha. Por igual, na Itália, em que a Carta del Lavoro enxertada depois do Código Civil de 1942, estabeleceu os princípios tutelares do trabalho em todas as formas de organização e de execução, intelectual, técnico e manual. Em França, criaram-se os *comités d'entreprise*, importando na interferência mais direta do pessoal na vida, ou seja, na direção e na administração das empresas" (p. 11).

"Assim aconteceu com a empresa. É a fortuna apregoada, proclamada, desejada pelos inovadores do direito moderno, embevecidos com a palavra inesquecível..."

"Pois não é?"⁷¹

Para alguns, a posição de Waldemar Ferreira pode causar estranheza, especialmente após Sylvio Marcondes tê-lo referido como o precursor da teoria da empresa no Brasil,⁷² destacando sua "incansável produção científica" sobre o tema. Entretanto, como será adiante examinado, a noção da empresa que acaba positivada no *Codice Civile* brota em contexto fascista, sendo concebida como um dos principais instrumentos do intervencionismo estatal. O espírito liberal de Waldemar Ferreira – que chegou a ser exilado por Getúlio Vargas⁷³ – não poderia acolher doutrina que, à época, sabia-se umbilicalmente ligada à ingerência do Estado na atividade privada.⁷⁴

71. A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do Direito Comercial, 13.
72. Sylvio Marcondes anota a influência de Waldemar Ferreira sobre a doutrina da empresa no Brasil (*Limitação da responsabilidade de comerciante individual*, n. 52, 156 e ss.).
73. Com a derrota de São Paulo na Revolução Constitucionalista, Waldemar Ferreira foi preso e exilado por dois anos. Nesse período, proferiu admiráveis conferências posteriormente reunidas na obra *As diretrizes do direito mercantil brasileiro*, publicada em 1933.
74. "Não poucos vêem no Direito Comercial o Direito da Empresa. Passou esta, por isto e ainda por outras e mais poderosas razões políticas e sociais, para plano muito mais alto que o de simples organização dos fatores produtivos (...), ou seja exercício profissional de indústria ou comércio, transmutada em célula *mater* do organismo estatal (Waldemar Ferreira, *Tratado de direito comercial*, vol. 1, 211, destacamos). Note-se, contudo, que esse autor ressalta que a colocação da empresa no centro da matéria nada traz de novidade: "É voz do passado a adquirir ressonância entre os modernos, tão ciosos de novidades velhas" (p. 212).

11. A partir de meados da década de 1950, a noção de *intermediação* é paulatinamente abandonada pela doutrina, dando lugar à *empresa* como centro do direito comercial.

Tudo indica que, no Brasil, a investida inaugural foi desferida por Sylvio Marcondes, em sua tese de 1956 para a cátedra de direito comercial da Faculdade do Largo de São Francisco, intitulada *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. Nessa obra, a empresa veio situada como foco da matéria, dando relevo à atividade produtiva.

Em 1959, Rubens Requião, também em sua tese de cátedra, lança-se na pesquisa da empresa, concluindo tratar-se de teoria ainda em elaboração. Seu trabalho demonstra que a jurisprudência, pouco a pouco, iniciava a aplicação da teoria da empresa para definir a matéria comercial.⁷⁵

A doutrina passa a interessar-se pela atividade de *organização dos fatores de produção*. O empresário não é mais uma categoria de comerciante; o comerciante é um tipo de empresário.⁷⁶ Abandona-se o estudo da empresa como ato de comércio para considerá-la forma de organização típica da moderna economia.

No mesmo ano de 1959, Ruy de Souza, professor catedrático da Faculdade de Direito e da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Minas Gerais, desenvolve o conceito de empresa. Adotando a posição de Garrigues de que "o centro de gravidade do sistema desloca-se (...) do ato para a organização", entende que "[a] elaboração de um Direito Comercial fundado na empresa como seu objeto revolucionário, sem dúvida, os processos tradicionais e possui o condão de eliminar os antagonismos teóricos e de minimizar as exceções". A revisão do direito comercial mostrava-se, entretanto, custosa, pois "agride à tradição e, em consequência, à doutrina

rançosa". Conceção para o futuro, a ser construída, mas que havia de começar a ser trilhada.⁷⁷ O objeto do direito comercial passava a ser a empresa, "organização jurídica permanente, instituição jurídica, em torno da qual girarão os negócios jurídicos do atual Direito Comercial, já agora concebido como disciplina das empresas não só de intermediação, mas também, e principalmente, de produção".⁷⁸

Em 1969, Oscar Barreto Filho apresenta, também para a conquista da cátedra na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, a tese *Teoria do estabelecimento comercial*. O direito mercantil já se relacionava à economia de massa, e sua problemática estava ligada à *atividade*. "A satisfação das necessidades do mercado exige não só uma *organização* especializada e diferenciada, como reclama uma *instrumentação* técnica e, mais ainda, uma atividade criadora que não existe na vida civil comum." O conceito de empresa adotado baseia-se na obra de Sylvio Marcondes, destacando que "[s]ob o ponto de vista econômico, conceitua-se a empresa como organização de capital e de trabalho destinada à produção ou mediação de bens ou de serviços para o mercado, coordenada pelo empresário, que lhe assume os resultados e os riscos".⁷⁹

12. Em todas essas novas incursões doutrinárias, dá-se pouco destaque ao fato de que a disciplina da empresa fora introduzida na Itália para viabilizar a condução da economia pelo Estado, encarando-a como ente *organizador, gerador de riquezas*.

A empresa vai se fortalecendo como a grande protagonista do direito comercial e o instituto que lhe dá unidade.⁸⁰ A ju-

75. V. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, 88.

76. Galgano, *La società per azioni*, 169.

77. *O direito das empresas: atualização do direito comercial*, 207.

78. *O direito das empresas: atualização do direito comercial*, 209.

79. *Teoria do estabelecimento comercial*, 17.

80. Mossa assim resume: "Se il fine supremo del nostro diritto commerciale è l'organizzazione giuridica del commercio, è bene certo

risprudência acolhe-a cada vez mais como fator determinante da comercialidade; diplomas normativos passam a fazer-lhe expressa referência.⁸¹⁻⁸²

O conceito de empresa de Pinto Antunes (1954), esculpido em sua tese de cátedra para a cadeira de economia política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, passa a ser bastante mencionado pela doutrina: "Empresa é um dos regimes de produzir onde alguém (empresário); por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade (riscos) a fim de obter uma utilidade. Vende-la no mercado e tirar, da diferença entre o custo da produção e o preço de venda, o maior proveito monetário possível".⁸³ Exerce também grande influência sobre a doutrina nacional a obra de Garrigues, editada em 1947, encarando a empresa como "núcleo central del Derecho mercantil",⁸⁴ destinado à disciplina das operações em massa.

Sylvio Marcondes (1956), embora referindo-se à doutrina francesa que apoia a "entreprise" nos atos de comércio, afirma: "A empresa surge (...) com a produção para o mercado". A concepção fundamental da empresa moderna situa-se, pois, com os economistas no início do século XIX (especialmente J. B. Say).⁸⁵

ché essa si identifica principalmente com l'organizzazione giuridica dell'impresa" (*L'impresa nell'ordine corporativo*, 20).

81. Cf. Waldírio Bulgarelli, *A teoria jurídica da empresa*, 235 e ss.

82. Waldírio Bulgarelli ensina que a regulamentação da empresa agrária deu-se por via do direito fiscal e do direito trabalhista e previdenciário; seu conceito foi positivado, já em 1964, pelo Estatuto da Terra (Perspectivas da empresa perante o direito comercial, 72).

83. *A produção sob o regime de empresa*, 90.

84. *Tratado de derecho mercantil*, t. I, vol. 1, 28. Garrigues, por sua vez, sofre a influência da doutrina italiana, especialmente de Mossa e Asquini.

85. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*, 116.

Inspirado no economista Giuseppe Ugo Papi, Sylvio Marcondes identifica as seguintes peculiaridades da empresa moderna: (i) distinção entre os possuidores dos fatores produtivos; (ii) antecipação sobre a procura do mercado; (iii) assunção de riscos técnicos e econômicos; (iv) busca do maior ganho monetário possível, que decorre da diferença entre o custo de produção e de venda do bem ou serviço.

13. Em virtude da influência que exerceu sobre a doutrina brasileira, recomenda-se a exposição, ainda que breve, do pensamento de Papi, arauto do corporativismo fascista. O economista italiano entende a capacidade organizativa como o quarto fator de produção. Na economia moderna, a manufatura dá-se sempre por meio da empresa, ou seja, pela "ordem que combina os vários fatores da produção, oferecidos pelos respectivos possuidores com base na liberdade de contratar, e que enfrenta uma produção em grande escala (...) prevendo a demanda do mercado".⁸⁶

Organizada a produção na empresa, delinea-se a separação entre capitalista, trabalhador e "uma nova categoria de pessoas: os empresários". Estes: (i) escolhem a área de atuação da empresa; (ii) coordenam e organizam os fatores para controlar a produtividade dos trabalhadores e dirigir a administração do capital; (iii) enfrentam os riscos inerentes ao processo produtivo e à distribuição dos produtos, planejando e especulando. O empresário sujeita-se também aos riscos das falhas de suas previsões, às oscilações do fluxo de caixa, às greves, às variações de preços das matérias-primas e dos produtos etc. "A vitalidade da grande indústria deve-se à audácia e à valentia de alguns poucos que (...) conseguem assegurar a prevalência de

86. "[O]rdinamento che combina i vari fattori della produzione, offerti dai rispettivi possessori sulla base della libertà di contratto, e che affronta una produzione su larga scala, senza attendere ordinativi, prevedendo val d'ire la domanda del mercato" (*Principii di economia*, vol. 1, 92).

uma empresa", não obstante as adversidades. Os empresários são "a alma de todo o desenvolvimento produtivo".

Papi classifica as empresas conforme sejam governadas ou não pelo interesse público, ou seja, impactem ou não a coletividade. O Estado deve zelar pela gestão da empresa, ainda que confiada a seus fundadores: "Nos Estados modernos, a dimensão da empresa faz presumir seu caráter público."⁸⁷

14. Em 1961, o primeiro titular da terceira cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito de São Paulo, Honório Monteiro, em suas preleções, abordava a teoria da empresa, referindo desde Pinto Antunes, Vivante, Carvalho de Mendonça, Ripert até o Código Civil Italiano de 1942. Comentando o diploma peninsular, conclui: "[D]eixou-se à margem o conceito de ato de comércio para calcar a legislação pertinente ao comércio no conceito de empresa". Para dissecar o conceito, valia-se do trabalho de Asquini e de outros autores europeus,⁸⁸ finalizando com a teoria dos círculos concêntricos de Waldemar Ferreira.^{89, 90}

87. *Principii di economia*, vol. 1, 98 e ss.

88. Mario Guirón, Lorenzo Mossa e Maurice Chavrier.

89. Waldemar Ferreira afirma que a base da empresa é o estabelecimento, seja comercial, seja industrial. Aquelas que exploram apenas um estabelecimento "apresentar-se-iam, então, como dois círculos concêntricos fechados pela mesma circunferência". "A empresa é, nesse caso, o estabelecimento e o estabelecimento a empresa." Caso a empresa tenha diversos estabelecimentos (ou "circunferências concêntricas e, de certo modo, hierárquicas, com a matriz e as várias sucursais, filiais ou agências"), "a linha circunferencial é sempre a contornante extrema, em que se depara o empresário, quer o comerciante individual, quer a sociedade mercantil, ou pessoa jurídica. Nessa linha, o empresário se confunde com a empresa." (A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do Direito Comercial, 7).

90. Não foi possível precisar o ano em que Honório Monteiro iniciou na Faculdade de Direito a dar notícia da teoria da empresa. Segu-

Após os esforços de Sylvio Marcondes e de Oscar Barreto Filho, na esteira do que vinha sendo feito por Honório Monteiro, revolucionou-se o ensino na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e a empresa é definitivamente posta como o eixo da matéria.

Requião, em 1971, na primeira edição do seu Curso de Direito Comercial, sem desprezar os atos de comércio, adota a teoria da empresa, deixando clara sua árdua tarefa de sistematizar um curso "moderno" de direito comercial em face do "período de transição que a nossa disciplina" então atravessava, "superando os conceitos de comerciante e de atos de comércio para se situar como o direito das empresas mercantis, muito embora não tenham a teoria e a doutrina construído definitivamente o conceito jurídico de empresa".

Após terer a evolução do conceito na França e na Itália, Requião preocupa-se com a realidade brasileira. Parte do Regulamento 737, anotando ser óbvio que "o legislador ao incluir as 'empresas' entre os atos, como figurativas ou componentes da mercancia, usou da expressão, tal como Escarra anotou no direito francês, como *repetição de atos* praticados a título profissional". Nesse sentido, traz as lições de Inglês de Souza, concluindo que esse estreito conceito de empresa, "dado por conveniência da linguagem", não mais servia ao direito comercial. As referências mais modernas eram Waldemar Ferreira e Sylvio Marcondes, com sua mencionada tese de cátedra. Requião critica a posição de Francisco Campos, para quem não seria possível a elaboração de um conceito de empresa no Brasil, porque esse implicaria "a organização técnica, a despersonalização da atividade econômica, que é um elemento fundamental ou essencial ao conceito de empresa. (...) [S]eria,

ramente, não o fazia em 1937, conforme podemos depreender da leitura de suas preleções daquele ano, a exposição baseava-se principalmente no conceito de estabelecimento. A apostila de 1965 já trata do conceito jurídico de empresa.

evidentemente, deformar a realidade, principalmente nos países em desenvolvimento como o nosso, querer calcar sobre as atividades individuais, de caráter rudimentar e sem nenhuma organização, o conceito de empresa". No entender de Requião, o estudo da matéria seria "incoercível entre nós, malgrado a fragilidade de nossa organização empresarial".⁹¹

Embora suas palavras sejam da década de 1980 – e, portanto, assistidas pela distância dos anos – Waldrio Bulgarelli assim resume essa evolução:

"A empresa foi se impondo, pouco a pouco, com fluxos e refluxos, sempre porém com uma constância remarcável, à consciência de todos – juristas, sociólogos, economistas, religiosos, políticos – a ponto de constituir uma realidade tão gritante que o Direito não pôde resistir ao seu impacto. Tanto é verdade que, após as hesitações e perplexidades iniciais, acabou por assumir um papel de capital importância no plano jurídico, abalando e transformando a estrutura e a função do Direito Comercial".⁹²

15. O projeto que culminou no atual Código Civil, elaborado por Sylvio Marcondes na parte referente à atividade negocial,⁹³ adota declaradamente a teoria de Asquini quanto aos perfis da empresa. O projeto "baseia o direito mercantil no conceito de empresa".⁹⁴

A superação da doutrina dos atos de comércio é apresentada como grande evolução: "[O] acento tônico da co-

91. As citações de Requião são da primeira edição de seu *Curso de direito comercial*, vol. 1, Explicação Inicial e capítulo referente à empresa (p. 49 e ss.).

92. *A teoria jurídica da empresa*, 3.

93. Posteriormente denominada "direito de empresa" pela Câmara dos Deputados (cf. informação de Miguel Reale, *História do novo Código Civil*, 19).

94. Oscar Barreto Filho, *Comentários ao Anteprojeto de Código de Obrigações*, 69.

mercialidade, em consequência do progresso da técnica e da economia de massa, desloca-se da noção de 'ato' para a noção de 'atividade'. "A nova colocação do direito comercial, que tem o fulcro na organização da atividade econômica, encontra sua idéia-fôrça no conceito de empresa", doutrina Oscar Barreto Filho em 1969,⁹⁵ complementando seu pensamento de 1966: "A empresa é (...) o fulcro do moderno direito comercial (assim chamado à falta de melhor nome)".⁹⁶

Em suma, nesse segundo período, a empresa é o ente que organiza os fatores de produção (trabalho, natureza e capital). O empresário – afirmaria Buonocore anos mais tarde – coloca-se como o incontestável protagonista da matéria. Ao lado dos trabalhadores, dos capitalistas e dos proprietários, perfila-se o empresário, "cujo papel é conjugar os bens do proprietário, as faculdades do trabalhador e o capital do capitalista".⁹⁷ A noção de empresa vem içada de trabalhos de índole econômica.⁹⁸

16. O panorama da recepção doutrinária da teoria da empresa no Brasil restaria incompleto sem observar que, antes

95. *Teoria do estabelecimento comercial*, 28, destacamos.

96. *Comentários ao Anteprojeto de Código de Obrigações*, 69: A idéia é reforçada posteriormente: "O núcleo do Direito Mercantil moderno é a empresa comercial" (*A dignidade do direito mercantil*, 19, publicado no ano de 1973).

97. Segue Sylvio Marcondes: "A função do empresário é organizar e dirigir o negócio, elaborar o plano geral de produção, fixar as quantidades e as qualidades dos produtos a fabricar em razão de uma procura prevista. Para isso, reúne-ê-lo os fatores da produção e os adapta e controla. Assume o risco geral da empresa, envolvimento essencialmente no cálculo dos preços de custo e de venda, e, sendo o móvel de sua atividade o lucro, deverá suportar as perdas, ocasionadas pela má sorte da empresa, ou perceber os resultados de sua boa sorte" (*Do conceito de empresa*, 5).

98. Para Sylvio Marcondes, são importantes as fições de Papi, Léon Walras, Camille Perreau, Paul Hugon-Reboud-Guitton, François e Perroux.

dos anos 1970, não se verificava grande influência dos autores norte-americanos que, a partir dos anos 1930, já haviam trazido a empresa para o centro das discussões econômicas.

Em 1932, Berle e Means publicam *The modern corporation and private property*, comprovando, na economia americana, a separação entre a titularidade das ações e o poder que delas deriva, como relataremos mais à frente.

Cinco anos mais tarde, Coase divulga o artigo *The nature of the firm*, reagindo à teoria econômica tradicional, a qual acreditava que "the direction of resources is dependent directly on the price mechanism", como se não houvesse empresas e o funcionamento do sistema econômico pudesse prescindir de "islands of conscious power". A partir da identificação dos "custos de transação", o autor explica a razão da existência das empresas (que chama de "firmas").⁹⁹

99. Sobre as empresas, indaga-se Coase, em 1937, no opúsculo intitulado *The nature of the firm*: se os mercados funcionam tão bem e seriam aptos a assegurar o fluxo econômico, por que existem empresas? Por que elas contratam entre si? Segundo esse autor, a realização de transações econômicas implica custos (custos de transação ou *transaction costs*), que variam segundo a natureza da própria operação e a forma mediante a qual é organizada. Em suma, os custos de transação são os gastos para se valer do mercado (v. Visconti, Vernon e Harrington, *Economics of regulation and antitrust*, 221). Como expressa, ainda, Coase em trabalho de 1960, retomando as lições expostas em 1937: "In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on" (*The problem of social cost*, 114). Na síntese de Hovenkamp: "Use of the market can be expensive. Negotiating costs money. Dealing with other persons involves risk, and the less information one firm has about the other, the greater the risk." (*Federal antitrust policy*, 372). Partindo das idéias de Coase, Williamson assim define os

1.2.1 Ainda sobre o segundo período: empresa e dirigismo econômico

17. Na Itália, a afirmação do moderno conceito de empresa dá-se a partir da concepção de *dirigismo econômico*, ou seja, como instrumento que deveria viabilizar o direcionamento estatal da economia.¹⁰⁰

custos de transação: "The *ex ante* costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the *ex post* costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system" (*The mechanisms of governance*, 379. V., também, do mesmo autor, *The vertical integration of production: market failure considerations*). Costuma-se apontar como bibliografia fundamental da teoria dos custos de transação os trabalhos de Coase, *The nature of the firm* (1937) e *The problem of social cost* (1960) e de Williamson, *Transaction cost economics: the governance of contractual relations* (1979) e *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting* (1985). Importante, também, a consulta a Milgrom e Roberts, *Economics, organization and management*, 28 e ss.

A obra de Coase demorou a difundir-se na literatura jurídica brasileira; em 1998, Calixto Salomão Filho publica *O novo direito societário* e expõe as "teorias modernas" para explicar o interesse social.

100. Para Avelãs Nunes "o estado fascista foi anti-liberal. O indivíduo dilui-se nos corpos sociais (a família, a corporação, o estado); a concepção orgânica da sociedade substitui a idéia de sociedade como o somatório de indivíduos isolados (concepção atomística); o contratualismo dá lugar ao institucionalismo; o estatuto definido e imposto pelo estado ou pela entidade hierarquicamente superior ("führerprinzip") substitui a solução contratual" (*Aventuras e desventuras do Estado social*, 30). Esclarece Gilberto Berçóvici que o fascismo, assim como o nazismo, desdobra-se em várias fases econômicas. Ambos chegam ao poder como "salvação" contra o comunismo; portanto, em um primeiro momento, são liberais na economia, propondo-se a proteger as empresas e os proprietários contra os sindicatos e os socialistas. Mais adiante, visando a recuperação da crise de 1929 e a rearmar o país para a guerra, o dirigis-

A empresa é vista como arena de encontro de interesses que devem ser harmonizados *conforme a ordem pública*.¹⁰¹ Ao discipliná-la, o Estado intervém na relação entre sócios e empregados, decidindo quem será tutelado. Externamente, a atividade da empresa também é condicionada pelos ditames do corporativismo, devendo servir à nação.

Nada mais natural, nesse contexto, do que posicionar a empresa e sua disciplina (isto é, a disciplina do "ente que organiza fatores de produção" e "produz riqueza") no centro do sistema.¹⁰² Nela, encontram-se e podem ser mais facilmente

mo económico será ampliado, com maior participação estatal na economia. Assim, não é automática a ligação do fascismo/nazismo com dirigismo económico (em conferência proferida na cidade de São Paulo, em fevereiro de 2008).

101. Disponível em art. 7.º da Carta del Lavoro: "Lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata; nel campo della produzione, come lo strumento più utile ed efficiente della Nazione. L'organizzazione privata della produzione, essendo funzione di interesse nazionale, l'organizzazione delle imprese è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva, fra tecnico, impiegato ed operaio, reciprocità di diritti e di doveri. Il Prestatore di opera è un collaboratore attivo dell'impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità". Já na Alemanha, Hitler determinou a extinção dos sindicatos em 1933 publicando, em 1934, a nova ordem do trabalho (*Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit*), "que estabelecia, como primeiro princípio, a comunidade da empresa-célula última da economia; compunha-se a comunidade da autoridade do empregador (*Führer* da empresa), mais os empregados, formando um corpo homogêneo, distinguindo-se somente porque um mandava e os outros obedeciam". "Tratava-se de uma política económica dirigida autoritariamente, aproveitando os quadros da organização privada da produção" (Pinto Antunes, *A produção sob o regime de empresa*, 225 e 227).

102. Cf. Raffaele Teti apoiado nas idéias de Finzi, *Codice civile e regime fascista sull'unificazione del diritto privato*, 117.

disciplinadas as relações entre capital/trabalho, sob os auspícios da ótica solidarista. A articulação entre Estado e empresa sobrepõe-se às relações entre os agentes económicos, muitas vezes substituindo a lógica competitiva por aquela *colaborativa*, típica dos cartéis.¹⁰³⁻¹⁰⁴

Sobre esse pano de fundo devemos situar dois vértices dogmáticos que interessam ao nosso estudo:

- (i) a disciplina da empresa pela *Carta del Lavoro*;
- (ii) a empresa como instituição.

1.2.2 Segue: A disciplina da empresa via Carta del Lavoro

18. Os princípios fascistas inspiram o *Codice Civile*, que tem a *Carta del Lavoro* como exposição de motivos. Esses comandos tornam-se os "princípios gerais do ordenamento"¹⁰⁵ levando (i) a unificação do direito privado e (ii) a colocação epicentral da empresa. Isso porque, "sendo o propósito declarado do legislador da época do fascismo o de fixar uma disciplina corporativa 'totalitária', apta a disciplinar toda atividade produtiva, no centro dessa disciplina era necessário colocar o empresário ou, como se preferiu, a empresa e, assim, a or-

103. "La proprietà è strappata dalle radici ottocentesche, dal potere individuale di usare o di non usare, e identificata con l'organizzazione produttiva; questa proprietà-impresa, a sua volta, è consegnata alla struttura della cooperazione" (Natalino Irti, *Un inquieto dialogo sul corporativismo (proprietà e impresa in W. Cesarini-Sforza)*, 345).

104. Exemplo dessa posição é a "Lei para preparação da reconstrução orgânica da economia alemã", de 27.02.1934. O Ministro da Economia do Reich foi investido de poderes para nomear e destituir dirigentes de associações económicas de classe, bem como de a ela filia-los. Essas associações "têm por dever o zelo pelos interesses económicos de empresários e empresas" (tradução livre de Mariana Conti Craveiro).

105. Teti, *Codice civile e regime fascista sull'unificazione del diritto privato*, 171.

ganização profissional da atividade de produção e de troca de coisas e de serviços, constituindo o centro em torno do qual se entrelaçavam interesses gerais e particulares".¹⁰⁶

O posicionamento do ente produtivo como pedra angular do sistema jurídico orienta a doutrina fascista: a liberdade econômica é admitida, mas "o complexo da produção é unitário, do ponto de vista nacional, os seus objetivos são unitários e se resumem no bem-estar dos indivíduos e no desenvolvimento da potência nacional".¹⁰⁷ Os interesses da produção são interesses nacionais¹⁰⁸ e "a organização privada da produção" é "função de interesse nacional", de forma que o empresário "é responsável pelo direcionamento da produção perante o Estado".¹⁰⁹

A figura do empresário é primordial. Ele não vem considerado sujeito movido por egoísticos interesses, mas, ao contrário, torna-se o protagonista da matéria, sendo a empresa compreendida a partir dele. O fascismo prega a organização dos fatores de produção como atividade de interesse nacional, confiando sua direção ao empresário,¹¹⁰ que deve colocá-la a

106. Teti, *Codice civile e regime fascista sull'unificazione del diritto privato*, 226-227. No original: "Essendo il proposito dichiarato dal legislatore del tempo del fascismo quello di fissare una disciplina corporativa 'totalitaria' che investisse ogni attività produttiva, al centro di questa disciplina era necessario porre l'imprenditore, ovvero, come taluno preferiva, l'impresa e cioè organizzazione professionale di ogni attività di produzione e di scambio di cose e di servizi, costituente il nucleo ed il centro intorno a cui si intrecciano interessi generali e particolari".

107. Cf. art. 2.º da *Carta del Lavoro*, no original: "Il complesso della produzione è unitario, dal punto di vista nazionale, i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale".

108. Art. 6.º da *Carta del Lavoro*.

109. Art. 7.º da *Carta del Lavoro*.

110. Brunelli, *Il libro del lavoro*, 52. Os vetores do corporativismo: "le sue istanze insieme solidaristiche e produttivistiche, il suo

serviço da nação. "Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato", na célebre frase de Azara.¹¹¹

Seguindo a pauta corporativista, Lorenzo Mossa indica que, em 1935, a economia era dominada pelas empresas, detentoras de poder suficiente para influir sobre a coletividade; "em sua atual organização, o Estado italiano funda-se inteiramente sobre a vida da empresa, e a empresa reconhece delicada função, por ela exercida - com obrigação de exercitá-la - no interesse nacional".¹¹²⁻¹¹³

O espírito corporativista emerge claro do texto do art. 2.088 do *Codice Civile*:

"Art. 2.088. L'imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano, e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative".¹¹⁴

progetto di congiunzione e armonizzazione tra iniziativa privata e interesse pubblico non potevano non trovare nell'impresa un cavallo di battaglia da cavalcare a oltranza" (Paolo Grossi, *Itinerari dell'impresa*, 1017).

111. Transcrita por Brunelli, *Il libro del lavoro*, 9.

112. "Lo Stato italiano nella sua organizzazione attuale, è fondato per intero sulla vita dell'impresa, e all'impresa riconosce la funzione delicata, che essa esercita, e ormai ha obbligo di esercitare, nell'interesse nazionale" (Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, 62).

113. Há quem veja na disciplina fascista a primeira ocasião em que se deu a concretização dos princípios da "conceção social da Impresa econômica" (Ferrri, *Diritto commerciale*, 15).

114. Segundo a doutrina italiana, esse artigo foi tacitamente revogado em virtude da supressão do ordenamento corporativo. Vale também a referência aos arts. 2.089 e 2.091 do mesmo diploma: "Art. 2.089. Se l'imprenditore non osserva gli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo nell'interesse della produzione, in modo da determinare grave danno all'economia nazionale, gli organi corporativi, dopo aver compiuto le opportune indagini e richiesto all'imprenditore

Portanto, a unificação do Código de 1942 não decorreu das observações de Vivante,¹¹⁵ mas principalmente de razões políticas.¹¹⁶ Era preciso controlar a economia (especialmente a produção) e isso se concretizou pela ascensão jurídica da empresa, reconhecida como célula do tecido econômico vocacionada a perseguir os interesses nacionais. A empresa haveria de perder "quel carattere individualistico e speculativo che ha l'impresa capitalistica nell'economia liberale, per assumere una funzione non solo economica, ma anche politica ed etica",¹¹⁷ observava Asquini:

I chiarimenti necessari, possono disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso la corte d'appello di cui fa parte la magistratura del lavoro competente per territorio, perché promuova eventualmente i provvedimenti indicati nell'articolo 2.091". "Art. 2.091. La magistratura del lavoro, se accerta che l'inosservanza perdura, fissa un termine entro il quale l'imprenditore deve uniformarsi agli obblighi suddetti. Qualora l'imprenditore non vi ottemperi nel termine fissato, la magistratura del lavoro può ordinare la sospensione dell'esercizio dell'impresa o, se la sospensione è tale da recare pregiudizio all'economia nazionale, può nominare un amministratore che assuma la gestione dell'impresa, scegliendolo fra le persone designate dall'imprenditore, se riconosciute idonee, e determinandone i poteri e la durata. Se si tratta di società, la magistratura del lavoro, anziché nominare un amministratore, può assegnare un termine entro il quale la società deve provvedere a sostituire gli amministratori in carica con altre persone riconosciute idonee".

115. "[L]e ragioni dell'unificazione realizzata dal legislatore del tempo del fascismo erano diametralmente opposte a quelle che aveva indicato il maestro del diritto commerciale" (Teti, *Codice civile e regime fascista sull'unificazione del diritto privato*, 213).

116. Como exemplo da doutrina que não se refere a qualquer influência fascista na promulgação do *Codice Civile*, v. Philomeno J. da Costa, *Autonomia do direito comercial*, 78 e ss.

117. *Profili dell'impresa*, 4. Note-se que Asquini vale-se das lições de Papi, um dos economistas do corporativismo, também utilizado por Sylvio Marcondes. No mesmo sentido, Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, 122.

19. A empresa não é erigida ao centro do sistema jurídico por consequência da consagração da liberdade econômica, mas como instrumento para implementação do dirigismo estatal. "A empresa em si"¹¹⁸ assegura a "personificação indestrutível da entidade econômica", permitindo seu controle pelo Estado. Fazendo da empresa pessoa econômica, sempre mais abstrata e livre do personalismo de quem a dirige, assegurando a continuação e a atividade do bem econômico acima dos interesses pessoais, "constrói-se o belo edifício da vida social, que cria com a empresa cada conquista e cada progresso".¹¹⁹

Na súmula de Mossa: "A organização de uma empresa, ainda que particular, interessa à comunidade que com ela deve entrar em contato. Essa comunidade sujeita-se à empresa organizada para as necessidades coletivas; a empresa opera para a generalidade, e suas manifestações jurídicas são em grande parte destinadas à coletividade".¹²⁰

O Estado deve assumir a função de supervisão e de ordenação da atividade empresarial, de acordo com o espírito da *Carta del Lavoro*:

"Lo statuto corporativo dell'Italia, la Carta del Lavoro, è una disciplina dell'organizzazione di impresa nei rapporti del lavoro, non solo, ma nei rapporti con la società e con lo stato: istituzionali, in una parola".¹²¹

118. Conforme expressão talhada por Hausmann, citado por Fábio Konder Comparato, *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, 56.

119. Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, 122.

120. No original: "L'organizzazione di un'impresa, anche se personale, interessa la comunità che deve entrare con essa in contatto. Questa comunità è in uno stato di affidamento verso l'impresa organizzata per i bisogni collettivi; l'impresa opera per la generalità e le sue manifestazioni giuridiche sono in gran parte destinate alla generalità" (Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, 23).

121. Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, 61, destacamos.

Preocupava o fato de que as empresas expandiam sua importância econômica e política. De um lado, acumulavam todas as riquezas sociais, dando concreção à lei marxista do crescimento capitalista. De outro, ao realizarem seus fins econômicos, tornavam-se potências embasadas em sólida rede política de adesões e persuasão.¹²²

Esses "perigos sociais" exigiam que se dispensasse às empresas tratamento que andasse além dos interesses tutelados pelo direito comercial, aproximando-o do método de análise próprio ao direito econômico. Os benefícios das empresas haviam de ser canalizados em prol da sociedade e, para que isso ocorresse, ela deveria ser supervisionada e orientada pelo Estado. A coletividade assistiria o "direito à empresa".¹²³

1.2.3 Segue: A empresa como instituição

20. A visão fascista da empresa encontra parte de sua origem no movimento institucionalista iniciado na Alemanha após a Primeira Guerra Mundial, no qual se entevêem raízes do nacional-socialismo.¹²⁴ O movimento da empresa como institui-

122. Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, 120.

123. Na linha institucionalista (e fascista), Mossa refere-se ao "Diritto alla Impresa", ou seja, o direito que a sociedade em geral (por meio do Estado) tem sobre a empresa. O direito econômico é o direito da intervenção, que autoriza o Estado a conduzir a organização econômica e a supervisionar e controlar a empresa. "Dal cuore della economia moderna, dalla indeclinabile necessità di assicurare il progresso tecnico e l'ingigantirsi dell'organizzazione economica, e a un tempo il rispetto dell'inevitabile libertà individuale; dall'affermarsi sempre più grandioso del diritto sociale, sorge il diritto dell'economia. Esso diventa una parola d'ordine per lo stesso rinnovamento del diritto, (...) la materia ardente e sensibile agli ideali che devono incarnarsi in nuovi istituti giuridici" (Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, 86).

124. Luigi Mengoni, Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interesse nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni, 441.

ção aproveita-se dos ensinamentos de Hauriou, constituída a partir do direito público. "[U]ma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa idéia, organiza-se um poder que se vale dos órgãos necessários; de outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos." "As instituições nascem, vivem e morrem juridicamente." Assim, "os elementos de toda instituição são (...) 1.º a idéia que a obra seja realizada em um grupo social; 2.º o poder organizado posto a serviço dessa idéia para sua realização; 3.º as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social sobre sua realização".¹²⁵

Rathenau, contemporâneo de Hauriou e incentivador da escola institucionalista alemã,¹²⁶ era engenheiro e industrial.¹²⁷ Sua teoria buscava o fortalecimento da indústria no período entre guerras: um de seus escopos práticos era justificar o reinvestimento do lucro na sociedade, deixando, portanto, de distribuir dividendos. A preocupação essencial reside, conseqüentemente, na distribuição da riqueza, tarefa que não deveria caber aos acionistas, mas a toda coletividade.¹²⁸

O fim da empresa é construir riqueza para a comunidade, oferecer trabalho, melhorar a técnica, favorecer o progresso

125. *La teoría de la institución y de la fundación*, 38-39.

126. Cf. Calixto Salomão Filho, *Interesse social: a nova concepção*, 30-31.

127. Para a biografia de Rathenau, v. notas introdutórias à tradução italiana de seu trabalho Vom Aktienwesen - Ein geschäftliche Betrachtung; de Arberto Mignoli e Luigi Mengoni (La realtà della società per azioni: riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari, 717-723). V. igualmente, em português, Nilson Lautenschlegler Jr., Relatório sobre Walther Rathenau e sua obra: "A teoria da empresa em si", 199-202.

128. La realtà della società per azioni: riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari, 720 e 947.

científico – e não simplesmente buscar lucros para distribuição aos sócios. Nesse prisma, os pequenos acionistas são inimigos da empresa, pois, movidos pelo egoísmo, sacrificam o interesse geral em prol de seu exclusivo benefício. Dessa visão decorreria a máxima atribuída a um administrador da sociedade encarregada do transporte no Rio Reno, Norddeutscher Lloyd: o escopo da sociedade não é distribuir lucros para os acionistas, mas fazer andar suas balsas.

Acreditava-se que os juristas também aviltariam importante “pilar da conservação do Estado” ao buscarem a repartição do lucro, em vez de seu reinvestimento na empresa; favorecem os concorrentes quando exigem a divulgação de informações, pois não é raro que empresas adversárias e concorrentes mandem emissário em vestes de acionista e, fazendo valer seus direitos, procurem obter informações úteis aos interesses adversos.¹²⁹

21. A doutrina abranda e desenvolve as idéias de Rathenau.¹³⁰⁻¹³¹ Por exemplo, Asquini, no opúsculo *I batelli del Reno*, conclui que o direito dos acionistas ao lucro e os interesses da empresa devem ser compatibilizados. Referindo-se à frase atribuída ao administrador da Norddeutscher Lloyd, assevera:

129. La realtà della società per azioni; riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari, 929.

130. Calixto Salomão Filho distingue o institucionalismo de Rathenau daquele “integracionista”, “concebido como harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse da preservação da empresa”. Esse novo institucionalismo abandona o exagerado tom publicista da doutrina de “empresa em si” (Interesse social: a nova concepção, 30-38).

131. Jaeger, em 2000, lembra a influência da escola institucionalista mesmo após a queda dos regimes totalitários na Alemanha, Itália e França (*L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, 796-797); em sua obra *L'interesse sociale*, Jaeger aponta que a teoria da “empresa em si” é utilizada tanto pelas doutrinas marxistas quanto pelas capitalistas (p. 16).

“Provavelmente o autor da frase, como bom administrador, não pretendia negar aos acionistas os proveitos da sociedade em níveis adequados, mas simplesmente frear o excesso de avidez”¹³².

Essa corrente doutrinária também destaca o aspecto público das sociedades anônimas que congregam grandes capitais. O interesse dos acionistas é apenas um entre tantos outros igualmente dignos de tutela (trabalhadores, consumidores, economia nacional etc.), de forma que o controle da empresa deve ser confiado a uma “estável administração”.

Emerge, assim, a “empresa em si”, “instrumento de desenvolvimento econômico geral”, em que todos os interesses subjugam-se àquele da nação. Para garantir a boa administração da sociedade, deve haver o “controle do controlador”¹³³. “A intervenção do Estado [sobre a empresa capitalista] explica-se e justifica-se ao considerarmos que a empresa não decorre apenas do livre jogo do contrato, mas é uma instituição útil ou perigosa conforme os fins perseguidos.”¹³⁴⁻¹³⁵

132. *I batelli del Reno*, 633.

133. “Na verdade, a sociedade anônima terminou por se constituir num repositório de múltiplos e variados interesses, inclusive os de natureza coletiva, da sociedade humana. Deixou ela de funcionar apenas como uma simples máquina de fazer lucros, agindo abstratamente no meio social, sem considerações de ordem ético-social. Nos dias presentes, porém, a companhia assume severos e graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua. Os administradores devem conciliar (...) múltiplos e diferentes interesses, dos quais o lucro é o principal, porém não o único. Qualquer sociedade deve comportar-se como parte responsável do agregado social no qual opera” (Rubens Requião, *A ética na administração da sociedade anônima*, 46).

134. Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 274.

135. Essas idéias encontram repercussão também na França: Em 1935, Maurice Chavrier defenderá que a observação na realidade leva à sistematização “de l'idée d'entreprise” que, por sua vez, “restitue

22. De sua parte, os liberais temem a "auto-socialização" da empresa, que decorreria não apenas de sua submissão à lógica publicista, mas principalmente da primazia do órgão administrativo sobre a vontade dos acionistas. A teoria institucionalista implicaria "direta e radical intervenção do Estado" em prejuízo da propriedade, instalando uma oligarquia feudal na empresa.

Ainda na visão dos críticos, a utilidade social da empresa reside na sua economicidade, e não na prestação de serviços públicos. A sujeição da sociedade à Administração Pública ou ao Judiciário viabilizaria o controle público da gestão privada, em movimento de *socialização da empresa*, que deveria ser repellido por poder levá-la à destruição.^{136, 137}

à juste titre au droit commercial son caractère professionnel et traditionnel". "L'oeuvre de la jurisprudence est nettement dominée par un désir d'extension du champ d'application du droit commercial. Cette extension, dont les tribunaux avaient senti le besoin devant les transformations de la vie économique, était en effet nécessaire pour sauvegarder l'intérêt des tiers mis en péril par le développement des organisations complexes et importantes; et favoriser en même temps le développement des affaires". Assim, analisa a "comercialização" de vários institutos pela lei e pela jurisprudência, concluindo que "[l]'entreprise (...) devint le critère de la commercialité" (*Évolution de l'idée de commercialité*, 54 e 157). Diante da falta de clareza e de uniformidade dos critérios de definição da comercialidade empregados pela jurisprudência, entende Chavrier que deve ser construída uma "théorie de l'entreprise", que se oriente, "à juste titre, vers institution". "Peut-être, verrons-nous les notions d'acte de commerce et de commerçant définitivement remplacées par celles de "l'entreprise institution" (*Évolution de l'idée de commercialité*, 159 e 161).

136. Luigi Mengoni, Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interesse nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni, 442.

137. Nosso objetivo não é reportar a clássica contraposição entre contratualismo e institucionalismo, mas destacar o impacto da doutrina

1.2.4 A neutralização do conceito de empresa

23. Cai o fascismo, mas não o *Codice Civile*.

Revogam-se somente alguns de seus artigos, e a *Carta del Lavoro* deixa de ser o repositório dos princípios norteadores do sistema.¹³⁸ Após a Segunda Guerra, com o diploma de 1942 diante de si, a doutrina italiana esforça-se para esterilizar o conceito de empresa, liberando-o de qualquer ligação com a política intervencionista dos fascistas.¹³⁹

De certa forma, o mesmo movimento fez-se sentir no Brasil. Encontram-se rareadas referências doutrinárias ao liame entre o fascismo e a teoria da empresa; atribui-se importância, principalmente, ao deslocamento do eixo do direito comercial do ato de *intermediação* para a atividade de *organização*. No processo de importação da teoria da empresa, transcurou-se aspecto histórico fundamental: *sua utilização como instrumento de controle da economia pelo Estado*. A referência a autores fascistas como Papi e Mossa é realizada sem grande atenção à sua ideologia.

Não se pode deixar de reconhecer que o atual Código Civil brasileiro foi gestado durante o governo militar e exsurge incentivado por *política econômica intervencionista*. A mesma política inspiradora de alguns artigos da Lei das Sociedades

institucionalista na construção da teoria da empresa. Para análise do institucionalismo e do contratualismo, chegando ao posicionamento da questão nos dias atuais, v. Calixto Salomão Filho, Interesse social; a nova concepção e também Erasmo Valladão A. e Novaes França, *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, 22-35.

138. Sobre a derrocada do ordenamento fascista, v. Minervini, *L'imprenditore: fattispecie e statuti*, 147 e ss.

139. Lembremo-nos de que, para os italianos, seu país sagrou-se vencedor da Segunda Grande Guerra; nada mais natural do que sepultar muito (se não tudo) daquilo que lembrasse a economia corporativista, que os oprimira durante anos.

Anônimas, que tomam a empresa como instituição, sobrepondo os interesses da nação àqueles dos acionistas.¹⁴⁰

A já referida resistência de Waldemar Ferreira explica-se a partir do contexto de *intervencionismo* presente na teoria da empresa. Na mesma linha, Ascarelli¹⁴¹ – refugiado no Brasil por conta do fascismo¹⁴² – recusava-se a reduzir o direito comercial à empresa. “Nel compiere l’unificazione il codice si è tuttavia anche ispirato ad un determinato indirizzo dell’economia e del suo controllo pubblicistico”, acentua em seu *Corso di diritto commerciale*, concluindo que o *Codice Civile* foi “fruto de exigências ideológicas, antes que de uma profunda maturação”.¹⁴³

24. A doutrina esforça-se para “salvar” o conceito de empresa, extirpando-lhe direções ideológicas.¹⁴⁴ Há a ten-

140. O acionista deve agir no interesse da companhia, sendo-lhe vedado votar quando em situação de conflito de interesses. O acionista controlador “deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. É modalidade de abuso de poder de controle: “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da (...) economia nacional”. Aos administradores impõe-se o exercício de suas funções “para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (Lei 6.404/1976, arts. 115, *caput* e § 1.º, 116, parágrafo único, 117, § 1.º, a, e 154, *caput*).

141. *Corso di diritto commerciale*, 88-89.

142. Para breve análise das influências sofridas por Tullio Ascarelli, v. Paula A. Forcioni, Tullio Ascarelli, a teoria geral do direito e os contratos de distribuição, 33-34.

143. *Corso di diritto commerciale*, 133-135.

144. A resenha dessa linha doutrinária é feita por Paolo Cappellini, *Il fascismo invisibile: una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*.

dência de “negare ogni continuità del fascismo con le epoche immediatamente precedenti o successive”.¹⁴⁵ Paolo Cappellini destaca a inclinação dos juristas peninsulares de “considerare sostanzialmente irricevibile qualsiasi analisi volta anche soltanto ad accennare alla possibilità di un legame non superficiale, ma purchessia strutturale tra codice civile e regime fascista”.¹⁴⁶ Guido Alpa, por sua vez, anota que “si potrebbe anche indulgere a questa rivisitazione che tenta di sminuire, appannare, se possibile ricacciare nell’oblio il contributo – oggi certamente imbarazzante – offerto dai giuristi, di tutte le categorie e nell’ambito di tutte le professioni, alla edificazione del regime. Ma è chiaro che proprio nel mondo del diritto, e con riguardo al ruolo dei giuristi quell’epoca non si può considerare, crocianamente, una parentesi della nostra storia: lo stanno a testimoniare gli scritti, le sentenze, soprattutto le leggi di cui ancor oggi, a ragione o a torto, ci avvaliamo”.¹⁴⁷

Autores da linha liberal, como Buonocore,¹⁴⁸ sustentam que a noção de empresa resistiu à passagem do regime fascista para o democrático e “constituiu a tranqüila base para o desenvolvimento ordenado de novas questões geradas pela evolução da sociedade e da economia”. Na realidade – é sempre Buonocore quem afirma – a influência do corporativismo no *Codice Civile* seria bastante mitigada (“mais na forma do que na substância”). Isso porque a empresa já se encontrava no centro da doutrina “più autorevole” antes de adquirir esse *nomen iuris* e a centralidade normativa que lhe é reconhecida.

145. Alessandro Somma, *Il diritto fascista del contratti: un confronto col modello nazionalsocialista*, 19.

146. *Il fascismo invisibile: una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, 176.

147. *Trattato di diritto civile: storia, fonti, interpretazione*, 170.

148. Em item específico de sua obra *L’impresa*, denominado *Diritto commerciale e impresa*. L’art. 2.082 e la neutralità del concetto di impresa (vi espresso).

pelo *Codice Civile*.¹⁴⁹ Giorgio Oppo, por sua vez, entende que o epicentrismo da empresa deve-se ao liberalismo econômico, sem qualquer influxo corporativo ou fascista.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

1.2.3 Empresa e liberdade econômica. A nova visão européia

25. A partir da década de 1960, a busca da superação das barreiras comerciais na Europa consolida cada vez mais o vínculo entre empresa e liberdade de empresa (isto é, maior liberdade de atuação das empresas).

Vimos que, nos anos 1950 e 1960, a doutrina italiana esforçou-se para tirar a empresa do contexto fascista que lhe deu origem; a partir dos anos 1960, com a ligação entre empresa e liberdades econômicas, esse passado vai sendo definitivamente sepultado.

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência concretizam-se na disciplina da atividade da empresa, marcando seu perfil.¹⁵²⁻¹⁵³ Por causa dos tratados europeus que visam à

149. *Impresa*, 4-5.

150. *Principi e problemi del diritto privato*, 162.

151. Também os manuais italianos mais difundidos atualmente passaram ao largo da questão da origem fascista da empresa pois, no seu entender, a revogação dos arts. 2.088 a 2.092 do *Codice Civile* teria apagado as regras em que a ideologia estava fixada (como exemplo, G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 15).

152. Não vem a talão aprofundarmos o debate sobre a natureza jurídica da empresa nos tratados europeus. Para tanto, v. Piero Verucoli, *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario e nel diritto italiano: evoluzione e prospettive*, Diego Corapi, *L'impresa nel diritto comunitario e Vittorio Alfieri, La nozione di impresa comunitaria*.

153. Nesse sentido, Diego Corapi: "Nella costruzione dell'ordinamento comunitario nato per affermare la libertà di circolazione di persone, merci e capitali e la libertà di iniziativa economica nel contesto geopolítico europeo, la nozione di impresa è stata immediatamente un punto di riferimento essenziale. Se è vero che il mercato si fonda sulla libertà degli scambi, che ne costituiscono obiettivo interme-

integração econômica; a empresa passa de instrumento intervencionista à peça-chave da economia de mercado.

O art. 80 do Tratado CECA, de 1951,¹⁵⁴ positiva o conceito de empresa no setor do carvão e do aço. O centro da disciplina são as atividades de produção e de distribuição – e não o empresário, como no regime italiano.¹⁵⁵

"Art. 80. (...) consideram-se 'empresas' as que exercem uma actividade de produção no domínio do carvão e do aço (...); consideram-se ainda 'empresas' (...) as empresas ou organizações que exercem habitualmente uma actividade de distribuição que não seja a venda aos consumidores domésticos ou ao artesanato".

O subjetivismo do conceito é evidente, como consignou o Tribunal de Justiça europeu: "O conceito de empresa para os fins do Tratado identifica-se com aquele de pessoa física ou jurídica, vez que o Tratado se refere essencialmente a tal conceito para determinar quais sejam os titulares dos direitos e das obrigações do direito comunitário".¹⁵⁶

di ed elementi essenziali, e che gli scambi avvengono attraverso i contratti, è altresì vero che l'impresa, in quanto organizzazione che riduce i costi di transazione, da un lato internalizzando e gerarchizzando i rapporti di produzione e, d'altro lato, serializzando i rapporti con i terzi (attraverso l'imposizione di contratti standard), è una presenza altrettanto essenziale nel funzionamento del sistema economico" (*L'impresa nel diritto comunitario*, I-2).

154. A Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA, instituída pelo Tratado de Paris de 18 de abril de 1951, é a primeira das Comunidades Europeias com o objetivo de instaurar um mercado comum nesse setor, bem como disciplinar vários de seus aspectos.

155. A construção italiana sobre empresa e empresário não influenciou a elaboração dos tratados europeus, como bem assinala Piero Verucoli, *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario e nel diritto italiano: evoluzione e prospettive*, 408.

156. Alessandro Cerrai, *La nozione d'impresa nel Trattato CECA*, 16.

A noção unitária de empresa seria definitivamente construída a partir da interpretação/aplicação das regras disciplinadoras da concorrência do Tratado da Comunidade Económica Europeia – Tratado CEE¹⁵⁷⁻¹⁵⁸ que, em 1957, estatui a liberdade de empresa em seu art. 52 e seguintes (atualmente, art. 43 e seguintes do Tratado da Comunidade Europeia – Tratado CE), fazendo referência expressa à empresa, nos seguintes termos:

“Art. 52. (...) A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do art. 58.º, nas condições definidas na Legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais”.

Os arts. 85 e 86 do Tratado CEE (atuais arts. 81 e 82 do Tratado CE) igualmente empregam a noção de empresa para, com isso, regular a concorrência. São assim proibidos os “acordos entre empresas” e as “decisões de associações de empresas” suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

157. Celebrado em Roma em 1957, o Tratado da Comunidade Económica Europeia (Tratado CEE) passou a denominar-se Tratado da Comunidade Europeia (Tratado CE) com o advento do Tratado de Maastricht, em 1993. Vale apontar que, em dezembro de 2007, celebrou-se o Tratado de Lisboa, o qual, após sua ratificação e entrada em vigência, implicará uma série de emendas aos tratados europeus, inclusive no que toca ao Tratado CE, que passará a ser chamado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado FUE).

158. Não obstante os Tratados CEECA e EURATOM (Comunidade Europeia da Energia Atômica, instituída em 1957) também mencionarem a empresa, nota Corapi que sua noção unitária no âmbito europeu não foi construída sobre as disposições desses tratados (Empresa nel diritto comunitario, 7).

que impliquem prejuízo à concorrência no mercado comum ou abuso de posição dominante.¹⁵⁹

159. Na redação atual dos dispositivos: “Art. 81. 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n. 1. podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: – a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; – a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e – a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”. “Art. 82. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição

No processo de edificação do conceito de empresa, o Tribunal de Justiça europeu levou em consideração aspectos econômicos e funcionais, estabelecendo que sua definição compreende "qualquer ente que exercita uma atividade econômica, independentemente de seu status jurídico e das suas formas de financiamento".¹⁶⁰ A sentença proferida na causa C-364/87, em 19 de janeiro de 1994, afirmou que a noção de empresa no direito comunitário – erigida sobre a disciplina da concorrência – é muito ampla, abrangendo qualquer sujeito ou centro autônomo de imputação jurídica, seja privado ou público, que desenvolva atividade relevante do ponto de vista econômico.¹⁶¹

ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores. c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência. d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos."

160. Diego Corapi, *L'impresa nel diritto comunitario*, 10.

161. "Secondo la Commissione Europea e la Corte di Giustizia (Sent. 19 gennaio 1994, causa C-364/87), la nozione d'impresa nel diritto comunitario, o quanto meno ai fini della normativa sugli aiuti di Stato, è molto ampia. Essa ricomprende qualsiasi soggetto, autonomo centro d'imputazione giuridica, privato o pubblico, che svolga un'attività rilevante dal punto di vista economico (attività industriale, commerciale o di prestazione di servizi), compreso lo sfruttamento dell'opera d'ingegno. Non è richiesto, quindi, il 'fine di lucro' ma è sufficiente che l'attività venga svolta secondo criteri di economicità e sia astrattamente suscettibile di essere esercitata in vista di un profitto. In tal senso significativa appare l'indagine formale avviata dalla Commissione nel 2000 avente ad oggetto la normativa (la L. 461/1998 ed il D. Lgs. 153/1999) relativa alle fondazioni di origine bancaria italiane che, notoriamente, non sono imprese bensì enti appartenenti all'area non-profit. L'impresa assume rilievo per il diritto comunitario ed agli specifici fini anche quando l'attività venga svolta a titolo gratuito, purché la stessa sia tale da produrre una distorsione alla concorrenza

Com o correr do tempo, a idéia de empresa assumiu contornos cada vez mais amplos, passando a incluir a atividade de profissionais liberais, de ordens de profissionais, federações esportivas, sociedades cooperativas, fundações e empresas públicas.

Note-se, contudo, que a definição de "empresa" para fins de subsunção aos arts. 81 e 82 do Tratado CE baseia-se em elementos diversos daqueles tradicionalmente relevantes para o direito comercial. Muitas vezes, o processo de interpretação/aplicação das regras concorrenciais envolve políticas industriais e competitivas, na medida em que isenta determinada atividade da lógica de mercado, protegendo-a da pressão concorrencial. Em outras palavras, a construção jurídica da empresa no âmbito europeu é informada, sobretudo, por critérios políticos.

Esse lineamento político, decorrente da utilização do conceito de empresa para dar concreção às liberdades econômicas necessárias ao livre-mercado, gravará definitivamente seu perfil. A doutrina comercialista é influenciada por esse cenário, que surge da interpretação dos tratados europeus e penetra na explicação de institutos tradicionais do direito mercantil; a empresa, concebida originalmente como instrumento intervencionista, incorpora feições instrumentais ao livre fluxo de relações econômicas.

1.2.6 A complementação do conceito de empresa na doutrina brasileira: A macroempresa

26. No ano de 1970, Fábio Konder Comparato introduz no Brasil a discussão sobre o fenômeno do grande ente produtivo, chamando a atenção da comunidade jurídica para a

nel'ambito del mercato rilevante" (pesquisa realizada no ano de 2003 pelo Dipartimento per le Politiche Fiscali e pela Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza, sob a coordenação de Adriano Di Pietro).

inadequação do tratamento reservado às empresas: “[E]ntre a pequena sociedade anônima familiar e uma *General Motors* ou uma *Royal Dutch Shell*, tudo se passa no direito positivo como se se tratasse de entidades com a mesma natureza e a mesma estrutura”.¹⁶²

Comparato divulga entre os juristas brasileiros os estudos de Galbraith. Em 1967, o autor estadunidense apontara a importância da grande empresa e os mecanismos de sua organização, destacando o movimento de concentração econômica que então se delineava. “[A] sociedade econômica moderna só pode ser compreendida como um esforço, inteiramente bem sucedido, de sintetizar na organização uma personalidade de grupo muito superior para seus propósitos à de uma pessoa natural, e com a vantagem adicional da imortalidade”.

Galbraith demonstrou o equívoco em que incidiam os economistas ao centrarem o foco de sua análise no empresário e não na empresa: “O indivíduo, em nossa cultura, tem muito mais proeminência que o grupo. (...) O indivíduo possui alma; a empresa caracteriza-se pela falta de alma. O empresário — individualista, incansável, dotado de visão, astúcia e coragem — tem sido o único herói dos economistas. A grande empresa comercial não desperta idêntica admiração. A admissão ao céu é feita individualmente e por famílias; a alta direção de uma empresa, mesmo com excelente imagem de seu conjunto, nele não teria acesso como grupo. Ter-se que afirmar, ao buscar-se a verdade, a superioridade da organização sobre o indivíduo para importantes tarefas sociais é uma perspectiva penosa”.¹⁶³⁻¹⁶⁴

162. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, 2.

163. *O novo Estado industrial*, 57.

164. Quanto à autonomia da condução das sociedades anônimas, destaque-se a seguinte passagem: “Nada nas atitudes dos negócios americanos é tão iníquo como a intervenção governamental nos assuntos internos das empresas. Tão forte é essa convenção pro-

O mesmo autor sustenta que, na verdade, as grandes sociedades anônimas não são dirigidas pelos empresários, mas por uma “*tecnoestrutura*” que os substitui: “No passado, a liderança da empresa identificava-se com o empresário — o indivíduo que unia a propriedade ou o controle do capital com a capacidade de organizar os outros fatores de produção e, na maioria dos contextos, com a capacidade de fazer inovações. Com o advento da sociedade anônima moderna, o surgimento da organização exigida pela tecnocracia e pelo planejamento modernos e a separação entre o dono do capital e o controle da empresa, o empresário não mais existe como pessoa individual na empresa industrial amadurecida. Conversações cotidianas, exceto nos manuais de Economia, reconhecem essa alteração. Elas substituem o empresário, como força direcional da empresa, pela administração. Esta é uma entidade coletiva e imperfeitamente definida”. Todos aqueles que “trazem conhecimentos especializados, talento ou experiência às tomadas de decisão de grupo” inserem-se nessa “*tecnoestrutura*”.¹⁶⁵

27. Na tese com a qual conquista a titularidade (*O poder de controle na sociedade anônima*), Comparato aprofunda seus estudos sobre outro fenômeno também ligado à grande empresa: a separação entre o capital e o poder de controle. Por

tetora que até os radicais a respeitam. Há igualmente resistência veemente a qualquer invasão das prerrogativas da administração — assim se denominam — pelos sindicatos. Existe, entretanto, o perigo da intervenção dos proprietários: os acionistas. Sua exclusão não é garantida pela lei nem sacramentada pelo costume. Ao contrário, quer diretamente quer por intermédio da Diretoria, seu direito de intervenção é garantido. Mas por ser legal não quer dizer que seja benigna. O exercício de tal poder em questões substantivas que exigem decisão de grupo seria tão prejudicial quanto qualquer outro, e, por tal motivo, o acionista deve também ser excluído” (*O novo Estado industrial*, 69).

165. *O novo Estado industrial*, 64.

sua obra, disseminar-se-ão entre nós as pesquisas de Berle e Means, publicadas em 1932.

Em seu já referido livro *The modern corporation and private property*, esses professores estadunidenses apontam o divórcio entre a propriedade e o poder de controle, bem como a existência de organizações nas quais "se verifica grande distância entre a propriedade e o controle através da multiplicação dos proprietários" (empresas quase-públicas). Seria "precisamente essa separação do controle da propriedade que torna possível a acumulação extraordinária da riqueza".¹⁶⁶ Suas pesquisas demonstram vários tipos de controle, que vão desde a "participação quase completa" até a "pulverização completa", a qual daria lugar ao controle gerencial.¹⁶⁷

Assim, pela obra de Comparato, o conceito de empresa moderniza-se no Brasil:

1.2.7. *Ainda sobre a complementação do conceito de empresa no Brasil. O traçado de sua função social pela jurisprudência*

28. No Código Comercial de 1850, as sociedades, com exceção da anônima, apresentam-se com nítido caráter pessoal e contratual, como se fossem a extensão da pessoa de seus sócios. O centro da matéria recai no regramento das *relações entre os sócios e na segurança do tráfico*.

O art. 305 estabelecia a presunção de que existia ou existira sociedade sempre que alguém exercitava atos próprios de sociedade, "e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social". O art. 335, 1, determinava que a sociedade seria dissolvida "[p]or vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado". Ou seja, a sociedade era "propriedade" daqueles que dela participavam, sem que fossem impostas muitas limitações ao seu livre poder de disposição.

166. *A propriedade privada na economia moderna*, 20-21.

167. *A propriedade privada na economia moderna*, 99 e ss.

Porém, pouco a pouco, a visão da empresa como ente gerador de riquezas vai penetrando no Brasil. Não pretendemos, nesta oportunidade, desenvolver exposição a propósito da função social da propriedade ou da empresa, até porque este não é um ensaio sobre tais temas; a proposta restringe-se a verificar como ela se materializou no direito comercial brasileiro.¹⁶⁸ A chave da questão parece residir nos seguintes movimentos jurisprudenciais:¹⁶⁹

- (i) construção do instituto da dissolução parcial;
- (ii) delimitamento das hipóteses de exclusão de sócios; e
- (iii) preservação do ente produtivo que se encontra em dificuldades econômicas.

29. Para compreender a linha jurisprudencial que culminou no instituto da dissolução parcial é preciso recordar que o sócio que pretendesse sua retirada da sociedade poderia embasar sua argumentação em duas vertentes:

- (i) a primeira buscava a aplicação do art. 335, 5, do Código Comercial e levaria a dissolução total do ente;

168. Não há qualquer originalidade na afirmação de que a função social da empresa é termo amplo, cuja aplicação gera dúvidas e insegurança. Também é cediço o caos doutrinário que cerca o tema, acentuado ainda mais com a promulgação do atual Código Civil. A paixão e o maniqueísmo dominam os debates. A discussão sobre a função social da empresa foi introduzida no Brasil por Eros Roberto Grau (v. *Elementos de direito econômico*, 126 e ss., e *Economicidade e função social nas empresas sob controle do Estado*) e por Fábio Konder Comparato (para o panorama e evolução do pensamento desse autor, v. *A reforma da empresa. Função social da propriedade dos bens de produção e, finalmente, Estado, empresa e função social*).

169. A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976), refere, pioneira e expressamente, a "função social da empresa" e a "função social da companhia" (cf. arts. 115, parágrafo único, e 154). Entretanto, tais dispositivos ainda não encontraram maior aplicação entre nós.

(ii) a segunda ficava-se no art. 15 do Decreto 3.708, de 1919, que autorizaria a continuação da empresa apesar do desligamento de seu membro.

Normalmente, o sócio optava por invocar o art. 335, pois a dissolução total permitia a apuração de seus haveres conforme o respectivo valor de mercado. Evitava-se, dessa forma, o cálculo pelo valor patrimonial contábil, que decorreria da aplicação do mencionado art. 15.

É indispútável que, no passado, a jurisprudência reconhecia ao sócio o poder de pôr termo à sociedade. De outra parte, em que pese o individualismo então corrente, intuíam os julgadores que não seria "justo" autorizar o encerramento da atividade por vontade individual. Desdobra-se, assim, a primeira linha de acórdãos, determinando que a denúncia contratual não poderia ser *abusiva* ou aviltar a *boa-fé* do tráfico mercantil.

Nessa corrente, vale destacar julgado do Supremo Tribunal Federal proferido no ano de 1946, que teve Orozimbo Nonato como relator.¹⁷⁰

O acórdão, de início, admite que a sociedade limitada é sociedade de pessoas, "nas quais os sócios se acham ligados pelo vínculo de solidariedade embora essa solidariedade seja limitada". Vem também reconhecida a força vinculante do art. 335 do Código Comercial: "A sociedade por tempo indeterminado se tem como dissolvida por vontade de um dos sócios". Quanto a esse ponto, não deveriam ser admitidas discussões, pois o "texto do art. 335, V, é suficientemente claro, e outorga, de veras, a faculdade de que se trata".

No entanto, o acórdão afirma que a denúncia engendrada de forma abusiva haveria de ser repelida: "A faculdade que a

170. STF, Recurso Extraordinário 9.929, j. 04.01.1946, publicado na *Revista dos Tribunais* 166, 843-847. O recurso foi admitido porque existia acentuada divergência jurisprudencial.

lei encerra não autoriza abusos, uma vez que os direitos não são absolutos e não pode ser exercida proveitosamente se intempestiva ou animada de má-fé"¹⁷¹⁻¹⁷²⁻¹⁷³

Posteriormente, os acórdãos passam a se sustentar sobre o argumento da *preservação da ente produtivo*, afastando, de certo modo, a visão centrada exclusivamente no interesse dos sócios. Consolida-se, assim, o instituto da *dissolução parcial*, autorizando-se a retirada do sócio descontente para que fosse

171. Segue o julgado: assim, a dissolução não poderia "provir da vontade discricionária do sócio, mas de ocorrência de justo motivo, o que não afina com o preceito do Código Comercial e traz ao problema colorido diverso. Como quer que seja, (...) em princípio, nas sociedades por tempo indeterminado, a vontade de um dos sócios é poderosa a provocar a dissolução da sociedade, ressalvada a hipótese de má-fé ou de abuso de direito. (...) Esta, como todos os princípios, sujeito ao critério superior da relatividade". "O sócio tem o direito, em tese, de dissolver a sociedade. Não poderá fazê-lo em três hipóteses: primeiro, má-fé; segundo, abuso de direito; terceiro, finalmente, se o contrato lhe retirat essa faculdade."
172. Em 1959, o preservacionismo é defendido por Rubens Requião: a denúncia jamais poderia ser abusiva, sendo "relativo" o direito de retirada do sócio (*A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, 225 e ss.).
173. No mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal no RE 6.487, j. 17.08.1948, rel. Min. Goulart de Oliveira, publicado na *Revista Forense* 121, 422-424. Nota-se que a dissolução parcial é admitida ainda por conta do princípio da boa-fé e na defesa do "interesse dos outros sócios" e não da empresa. Veja-se a influência do individualismo na seguinte passagem: "O sócio não é obrigado a permanecer na sociedade, em contrário a sua vontade e interesses; não há forçar continue o seu nome a figurar nela contra as suas conveniências; por sua vez, o sócio não pode exigir a dissolução da sociedade, se ele próprio consentiu na cláusula que estatui essa impossibilidade e lhe dá solução conseqüente e satisfatória; finalmente, a retirada, com a regulação asseguradora dos seus direitos e interesses, satisfaz a exigência legal, porque assegura também o direito e o interesse dos outros sócios".

preservado o ente gerador de riquezas. Em 1951, declarou o Tribunal de Justiça de São Paulo:¹⁷⁴

"No direito moderno, já é pronunciada a tendência no sentido de proteger o estabelecimento comercial, assegurando-lhe a vida autônoma e a sua continuidade contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional" — como observou Miranda Valverde, em conferência proferida, na Faculdade de Direito de São Paulo.

"É manifesta a vantagem da continuidade da sociedade, desde que ela conte com elementos de vida, seja para os sócios, seja para os que dela participam com o seu trabalho. A dissolução e liquidação de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, pela simples vontade de um sócio e contra a vontade da maioria (...) não é admissível".¹⁷⁵

30. Outro importante movimento jurisprudencial, que finca suas raízes na necessidade de preservação do ente produtivo, autoriza a exclusão dos sócios que comprometem a continuidade dos negócios. É interessante notar, como atesta Rubens Requião — que também nessa matéria a jurisprudência caminhou sempre adiante da doutrina.¹⁷⁶

174. TJSP, Apelação Cível 54.721, j. 30.11.1951, rel. Justino Pinheiro, publicada na *Revista dos Tribunais* 198, 193-202.

175. V. opinião contrária de Waldemar Ferreira em Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Duração indeterminada — Dissolução e liquidação pretendidas por um sócio contra a vontade da maioria — Admissibilidade — Aplicação, à espécie, do art. 335, n. V do Código Comercial.

176. "Causa impressão (...) a circunstância de ter a jurisprudência de nossos tribunais avançado largos passos à frente da doutrina, no que se refere à exclusão do sócio, no sentido preservativo da sociedade. Nossos doutrinadores se mantiveram estacionários, enquanto os tribunais; em longas passadas, tanto quanto pode a cautela que os

Disseminada a criação pretoriana da dissolução parcial, o instituto ganha progressivo prestígio entre os magistrados, que alargam suas fronteiras. Consagra-se, assim, a possibilidade de expulsão de sócios do quadro societário, cuja motivação, em última instância, repousa sobre a preservação da empresa, como bem ressalta Avelãs Nunes:

"Como consequência da evolução histórica da necessidade de conservação das empresas sociais, surgiu (...) um instituto (...) que depois passou para quase todas as legislações modernas: o direito de a sociedade excluir do seu seio o sócio que põe em perigo o normal desenvolvimento da sua empresa. A possibilidade de exclusão de sócios representa, na história das sociedades comerciais, um progresso jurídico traduzido na superação da linha tradicional de valoração individualista do interesse dos sócios e na afirmação do valor da empresa em si, com a necessidade consequente de defender sua continuidade".¹⁷⁷

Em 1960, o Supremo Tribunal Federal — que havia admitido a exclusão de sócio existindo disposição contratual autorizante — não conhece do Recurso Extraordinário interposto contra acórdão com a seguinte ementa:

"Compete à sociedade o pedido de exclusão de sócio cumprindo, aliás, deliberação da maioria, e não dos sócios individualmente".¹⁷⁸

Em 1959, Rubens Requião, em sua monografia *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, aponta

caracteriza, vêm delineando os modernos contornos do instituto, quebrando certos preconceitos e conquistando horizontes na elaboração de novas soluções" (*A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, 16).

177. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, 17.

178. STF, Recurso Extraordinário 43.861-GB, j. 08.07.1960, rel. Min. Lafayette de Andrada.

pioneiramente que "a divergência entre os sócios pode levar, segundo o sistema vigente, a sociedade à dissolução; desde que impeça a sociedade de atingir o seu fim".

Posteriormente, em demonstração da influência obtida pelo princípio da preservação da empresa nos tribunais, rompe-se o dogma da pluralidade de sócios, permitindo que, mesmo em sociedades compostas por apenas duas pessoas, se opere a exclusão daquele que perturba o bom andamento dos negócios sociais.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

179. Traço mais expressivo da evolução jurisprudencial deu-se nos casos em que a sociedade continua apenas dois sócios, pedindo um deles sua dissolução. Considerando o pressuposto clássico do contrato de sociedade, consistente na existência de pelo menos dois sócios, parece um contra-senso cogitar da hipótese (...). Não obstante a lógica linear, consolidou-se a jurisprudência no sentido da possibilidade de subsistir a sociedade com apenas um sócio" (Paulo Salvador Frontini, Sociedade por quotas - Morte de um dos sócios - Herdeiros pretendendo a dissolução parcial - Dissolução total requerida pela maioria social - Continuidade da empresa, 174-175).

180. Confirmando o prestígio da salvaguarda do ente produtivo, alguns chegaram a defender que seria possível a exclusão do sócio majoritário. Segundo Fábio Konder Comparato, a polémica tese que "pode parecer, de fato, absurda", encontraria suporte "no momento em que o fundamento para a exclusão do sócio (...) é encontrado por último, em última análise, na preservação da empresa que está sendo afetada pela conduta irresponsável de um sócio", não sendo ilícito "manter ainda a maioria como árbitro da situação" (Fábio Konder Comparato, Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, 47-48). Em outra sede, ensina: "Na hipótese de expulsão do sócio por sentença, o fundamento da decisão não é a deliberação da maioria e sim o poder resolutorio conferido aos prejudicados, pelo inadimplemento do dever de colaboração social; sejam eles, ou não, majoritários. A maioria não se confunde nunca com a sociedade, e o seu interesse próprio pode contrastar com o da empresa, por ela explorada. São essas algumas verdades elementares, que o Direito moderno vem iluminando sempre mais intensamente. A observação do direito comparado demonstra que

Mais uma vez, na súmula de Requião: "A preservação da empresa, em face das disputas entre sócios, é a preocupação constante dos tribunais".¹⁸¹

31. Por fim, importante capítulo referente à salvaguarda da empresa é traçado pelo direito falimentar brasileiro. Mesmo na vigência do Decreto-lei 7.661, de 1945, a jurisprudência por vezes inclinava-se ao reconhecimento da proteção a outros interesses que não apenas os dos credores. Nesse sentido, chegou a decidir o Superior Tribunal de Justiça:

"Numa quadra, como a que vivemos, de enorme dificuldade, com retração da economia e escassez de emprego, a postura reclamada do judiciário é a de que tenha uma maior sensibilidade para não agravar esses problemas, por isso mesmo que deve dar as regras falimentares, sobretudo a estabelecida pelo inciso VIII do art. 4.º da Lei de Quebra, uma interpretação que conduza, tanto quanto possível, a manter as empresas em atividade no caso como o dos autos em que a ninguém interessa o encerramento das atividades da recorrente, não havendo nenhum credor a se dizer lesado, não tendo fomento de utilidade nem de justiça manter-se a decretação da falência, evitando-se, assim, que seja instalado um mal social de maior gravidade".¹⁸²

o raciocínio que se acaba de expor nada tem de aberrante ou heterodoxo" (Exclusão de sócio, independentemente de específica previsão legal ou contratual, 141). Não se vislumbra, em absoluto, a existência de tendência jurisprudencial a acolher essa hipótese de expulsão; julgados nesse sentido são raros. Lem-se notícia dos seguintes acórdãos: Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 154.990-2, j. 19.06.2000, rel. Manassés de Albuquerque; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 592076970, j. 14.09.1993, rel. Sérgio Gischkow; e Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 88-171-2, j. 17.04.1985, rel. Bueno Magano.

181. Rubens Requião, *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, 174.

182. STJ; Recurso Especial 175.158-SP, j. 29.06.2000, rel. Min. Asfor Rocha. Sobre o movimento em prol da preservação da empresa

32. Para logo se vê que o princípio da função social da empresa firma-se em movimento de evolução de nosso direito comercial, que vai tomando corpo pela consistente e paulatina ação dos tribunais nacionais.¹⁸³ A empresa é considerada ente gerador de riquezas e fator de progresso social, e não mera propriedade dos sócios ou sujeita aos egoísticos interesses dos credores.

Dessa forma, entre nós, principalmente por força do trabalho jurisprudencial, a visão da empresa completa-se com o reconhecimento de sua *função social*,¹⁸⁴ ou seja, como ente gerador de riquezas e de empregos, cuja preservação deve ser buscada.

1.3 Da empresa ao mercado. Um novo período de evolução do direito comercial

33. Consolidada a empresa como eixo do direito comercial, a dogmática da matéria constrói-se sobre a *atividade de organização, a organização da atividade produtiva* – posteriormente corrigida pela idéia de “função social da empresa”. *Empresa, empresário e estabelecimento* são os principais institutos que merecem a atenção da doutrina por mais de meio século.

Contudo, o cenário fático modifica-se a partir de meados dos anos 1980. Profundas transformações são reconhecidas por aqueles afeitos à prática do direito comercial. Entretanto,

anteriormente à promulgação da Lei 11.101/2005, v. Adriana Valéria Pugliesi, *A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro*, 54 e ss.

183. Com isso, não estamos a afirmar que o trabalho jurisprudencial foi o único fator que influenciou a construção da função social da empresa no Brasil. Pretende-se, porém, destacar sua importância, normalmente transcurada pela doutrina.

184. Sobre a influência da função social da propriedade na função social da empresa, v. Sylvio Marcondes, *Anteprojeto de Código de Obrigações*, 13.

a empresa aparece em sua forma estática, e não dinâmica. No máximo – com muito esforço e resistência – vai-se até sua explicação como forma de organização decorrente da *redução dos custos de transação*. O estudo da empresa (e do direito comercial) continua debruçando-se sobre algo tão estático como uma planta. É ela dissecada, tal qual o corpo de um animal inerte em uma aula de medicina. A vida (isto é, a atividade) justifica-se nela mesma, e não em sua interação com o próximo. A empresa é uma *fatis specie*, não um agente. Onde o ambiente em que ela nasce, cresce e vive?

Ignora-se que a empresa não existe sozinha, massosamente na relação com outras empresas e com os adquirentes de seus produtos ou serviços. Enfim, *despreza-se o mercado e o papel central de sua disciplina jurídica*.¹⁸⁵ A releitura dos principais autores dos anos 1950 e 1960 demonstra que a compreensão da empresa aponta a “para dentro”, mesmo porque gravita em torno do *empresário*. Debruchar-se sobre sua interação com outros agentes econômicos, sobre suas *relações*, sobre os condicionamentos que sofre durante sua *ação* – isto é, considerar a empresa *no mercado* – volta a “para fora”, em direção à realidade. *Repte-se: o exame centrado no empresário “fecha” o espectro de análise, dobrando a empresa sobre si mesma; o deslocamento do estudo para o mercado “abre” o campo de investigação.*

34. Atualmente, certos autores italianos estão se dando conta dessas profundas modificações. Buonocore refere-se a “alcuni aspetti che in questi ultimi tempi hanno assunto un’importanza assolutamente inimmaginabile solo pochi anni fa” como, por exemplo, “dedicare (...) una considerazione non episodica al mercato”.¹⁸⁶ Libonati adverte: “Certo è però

185. Buonocore observa que “[i] giuristi hanno sempre riservato al ‘mercato’ attenzione episodica o, nel migliori dei casi, considerandolo tema classico dell’indagine economica” (*L’impresa*, 147).

186. *L’impresa*, xxi.

che il diritto commerciale è sempre meno il diritto dei commercianti e sempre più il diritto delle imprese nel mercato". A atenção volta-se, cada vez mais, "non per il mondo particolare del commerciante, ma per il contesto generale nel quale le imprese operano, vale a dire per il mercato".¹⁸⁷

Temos um novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também, em sua *dinâmica*. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado.

Fomos "do ato à atividade". Agora, passamos ao reconhecimento de que a atividade das empresas conforma e é conformada pelo mercado. Enfim: "ato, atividade, mercado". Eis a linha de evolução do direito comercial.

Mas quais os impactos que se fizeram sentir nas últimas décadas no direito e na vida comercial, que empurraram a "idéia-força" da matéria em direção ao mercado? É do que trataremos no próximo ensaio.

187. La categoria del diritto commerciale, 18-19.

II

TRANSFORMAÇÕES GERAIS NO DIREITO COMERCIAL

SUMÁRIO: II.1 Introdução. O palimpsesto do direito comercial – II.2 Superação da elegante discussão sobre a dicotomia entre direito civil e direito comercial pela realidade – II.3 A derrocada dos privilégios – II.4 Imposição de escrituração a terceiros – II.5 Jurisdição especial – II.6 Proteção contra crises econômicas e falências – II.7 A questão da agricultura – II.8 Unificação das obrigações – II.9 Locações comerciais – II.10 A que vem a noção de empresa? – II.11 Empresa como centro de imputação – II.12 Empresa como agente econômico e a importância dos contratos – II.13 O surgimento do direito do consumidor – II.14 A nova dicotomia: direito do consumidor e direito comercial – II.15 A redescoberta dos contratos mercantis: um efeito da consolidação do direito do consumidor – II.16 Contraponto. As relações empresariais hoje disciplinadas pelo direito mercantil como resultado de sua evolução histórica – II.17 Ascensão das sociedades e sua redução a dois tipos – II.18 Diminuição do grau de pulverização em determinados setores da economia. Novos arranjos societários – II.19 Desverticalização dos grupos empresariais – II.20 Ascensão dos contratos de colaboração – II.21 A força motriz da propriedade intelectual – II.22 O novo papel do Estado e a privatização. As agências reguladoras – II.23 Organização do sistema sobre leis específicas: O incremento da decodificação do direito comercial – II.24 Nova disciplina de velhas externalidades – II.25 Repressão ao abuso do poder econômico – II.26 Repressão ao abuso de dependência econômica.

II.1 Introdução. O palimpsesto do direito comercial

I. Nas últimas décadas, importantes alterações abalaram o direito comercial e a realidade por ele disciplinada. Mais uma vez, "ao mesmo tempo que viram as páginas da história, também progride a técnica, modificam-se as estruturas polí-