

SYLVIO MARCONDES
Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

PROBLEMAS
DE
DIREITO MERCANTIL

(2.^a Tiragem)

1970
MAX LIMONAD
Editor de Livros de Direito
RUA QUINTINO BOCAIUVA, 191 — 2.^o
SÃO PAULO — BRASIL

3 – Vigência cumulativa de leis da União e do Estado	412
4 – Ação intervencionista do Estado	413
5 – A sociedade de economia mista	414
6 – Autorizações legislativas e seus efeitos	416
7 – Elasticidade da norma e poder descricionário	417
8 – A fusão de sociedades e o poder discricionário do Governô vêrno	420
9 – Requisitos do ato administrativo	421
10 – Substituição de ações na fusão	423
11 – A avaliação dos patrimônios de sociedades a serem fundi- didas	424

CAPÍTULO XXII

CONCORRÊNCIA PÚBLICA PARA COMPRA DE EMPRESA OU
AÇÕES

1 – A exigência legal de concorrência	427
2 – Natureza e função do edital	429
3 – Hipóteses de licitação; objeto de direito e sujeito de direito	430
4 – A opção reservada; estabelecimento, empresa e empre- sário	431
5 – Motivos, conteúdo vinculante e poder discricionário . .	434
6 – Objeto isento de ônus	436
7 – Aquisição do acêrvo	436
8 – Aquisição das ações	439
9 – Adaptação do “motivo” ao “objeto”; garantias	441
Bibliografia	443

CAPÍTULO I

DO CONCEITO DE EMPRESA

SUMÁRIO – 1. Organização econômica e evolução da empresa. – 2. Os fatores da produção e o empresário. – 3. Conceito econômico e classificação das empresas. – 4. A empresa na enumeração dos atos de comércio do Código Comercial francês. – 5. Código de Comércio italiano; divergências doutrinárias. – 6. Código Comercial brasileiro e Regulamento n. 737; doutrina. – 7. Projeto Inglês de Souza e Código Comercial português. – 8. O conceito de empresa na codificação liberal do século XIX. – 9. A empresa em o novo Código Civil italiano. Motivos e antecedentes. – 10. Elaboração doutrinária italiana; Alberto Asquini: conceito econômico e aspectos jurídicos. – 11. Os quatro perfis da empresa. – 12. Filiação doutrinária de outros autores italianos. Concepção institucional. – 13. Concepção patrimonial. – 14. Concepção funcional. – 15. Coordenação das doutrinas pelo Código de 1942. – 16. França; tendência institucional. – 17. Doutrina hispano-americana. – 18. A elaboração doutrinária brasileira na obra de Waldemar Ferreira. – 19. Substrato econômico e elementos jurídicos. Inexistência, no Direito, de conceito genérico de empresa.

1 – Organização econômica e evolução da empresa.

A determinação do conceito de empresa, no campo do Direito, deve ser precedida da definição da empresa econômica. O Direito é tradução da vida social nos seus múltiplos aspectos, inclusive o econômico, e, por isso, o fenômeno jurídico não pode ser fixado senão à luz de seus pressupostos, donde a utilidade de examinar o conceito econômico de empresa, tal como se formou no tempo e é hoje dominante.

Precedendo dêste reparo a observação do surgimento da empresa, *Accardo* pondera que divisão do trabalho e organização econômica sempre existiram e sua forma rudimentar se revela no núcleo familiar, cuja economia, entretanto, é uma economia de consumo. Os albores da vida da empresa são vislumbrados, ao contrário, na economia das trocas e o seu primeiro germe é congênito do artesanato medieval. O artesão reúne a direção e o trabalho; o capital, constituído dos poucos instrumentos da época, é insignificante; o fim de sua atividade é o próprio sustento; a produção é feita sob encomenda. Esta forma econômica denomina-se *ofício*. A empresa surge, ao invés, com a produção para o mercado. O artesão tem, quando passa a produzir para o mercado, necessidade de buscar saída para os seus produtos, mas pode não encontrá-la. Aparece, então, o elemento que faz nascer, do ofício, a empresa: o *risco* para o *lucro*; e o fim da atividade produtiva é o ganho pela especulação. A constituição da empresa ainda se concentra no artesão e é lentamente que se determina em seus elementos para atingir, no transcurso de cinco séculos (XIII-XVIII), a forma atual que lhe marca, bem nítida, a composição ⁽¹⁾.

Segundo os historiadores da Economia Política, a configuração da empresa, nos elementos componentes da estrutura que assumiu, sob a ação dos fatores que provocariam, mais tarde, a revolução industrial do século passado, teve seu precursor em *J. B. Say*, no seu "Tratado", de 1803. Estudando a evolução das doutrinas econômicas, *Gide* e *Rist* explicam que a influência exercida pelo progresso econômico sobre as teorias de *Adam Smith* mais se acentuou na

1. Francesco Accardo, verbete *Impresa*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. 6, pág. 835, ns. 1 e 2. Roberto Montessori pondera que, quando o Código francês de 1807 inscrevia a empresa entre os atos reputados de comércio, não fazia senão recolher o resultado de um desenvolvimento secular, iniciado na vida econômico-jurídica do período medieval italiano (*Il concetto di impresa negli atti di commercio*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1912, vol. 10, 1.ª parte, pág. 408).

obra daquele economista francês, contemporâneo do surto dos maquinismos na indústria. E, a propósito desse evento, esclarecem: "Pode atribuir-se à influência das mesmas circunstâncias o lugar preponderante destinado por *J. B. Say* a uma personagem que *Smith* não definira, mas que, para o futuro, nunca mais desaparecerá da teoria econômica: o *empresário*. Muito mais que o capitalista propriamente dito, o proprietário rural ou o operário, "quase sempre passivos", é ele que dirige a produção e domina a distribuição das riquezas. O homem, os capitais e as terras fornecem aquilo a que *Say* chama *serviços produtivos*. Estes serviços, levados ao mercado, trocam-se por intermédio dum salário, dum juro ou dum renda. São procurados pelos empresários de atividades (negociantes, agricultores, fabricantes) e ajustados por eles com o fim de satisfazer aos pedidos de produtos que lhes fazem os consumidores" ⁽²⁾.

Situa-se, pois, no começo do século XIX a concepção fundamental da empresa moderna, que haveria de progredir com o liberalismo econômico e cujas peculiaridades são assim caracterizadas por *Papi*: *distinção* entre os possuidores dos fatores produtivos; *antecipação* sobre a procura do mercado; assunção dos *riscos* técnicos e econômicos; e ser o intento do *máximo ganho* monetário, pela diferença entre o custo de produção e o preço de venda do bem ou serviço, realizado no quadro jurídico da *propriedade privada* e da *liberdade de contratar*, em função do *mercado* e dos *respectivos preços* ⁽³⁾.

2 — Os fatores da produção e o empresário.

Ao analisar o fenômeno da produção, ensina *Perreau* que "produzir é criar utilidade. Todo ato que cria utilida-

2. Charles Gide e Charles Rist, *História das Doutrinas Econômicas*, tradução de Eduardo Salgueiro, págs. 138 a 140.

3. Giuseppe Ugo Papi, *Principii di Economia*, vol. 1, n. 82, pág. 95.

de, ou seja, permite satisfazer uma necessidade humana, é, economicamente, um ato de produção. Assim, o ato do agricultor, do fabricante, do agente de transporte, do comerciante, o serviço privado, o público, são atos de produção, porque todos criam utilidade". E como se opera a produção? Quais os fatores da produção? Poder-se-ia ser tentado a dizer, continua o mesmo economista, que não há senão um fator de produção, o homem, pois não se produz por produzir, produz-se para consumir e são as necessidades do homem que determinam a produção; a análise econômica, no entanto, permite distinguir a existência de três fatores da produção: o trabalho, a natureza e o capital (4).

A esses fatores, de caráter objetivo, correspondem, subjetivamente: o trabalhador, detentor das faculdades pessoais, o proprietário, detentor dos bens naturais, e o capitalista, detentor dos capitais propriamente ditos. E, agora, a essas figuras se junta uma quarta — o empresário — inteiramente distinta das precedentes, e cujo papel é o de conjugar os bens do proprietário, as faculdades do trabalhador e o capital do capitalista, e de associar, na agricultura, indústria ou comércio, os três serviços produtivos. Relacionando esses elementos, componentes do quadro da produção, *Walras* acrescenta: "É certo que, na realidade das coisas, um mesmo indivíduo pode acumular dois ou três dos papéis acima definidos, ou mesmo todos os quatro, e que a diversidade dessas combinações engendra a dos modos de empresa. Mas também é certo que ele exerce, então, dois, três ou quatro papéis diferentes, os quais, cientificamente, para evitar erros, devemos distinguir" (5).

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 pro-

4. Camille Perreau, *Leçons d'Économie Politique, Financière et Sociale*, págs. 19 e 21.

5. Léon Walras, *Éléments d'Économie Politique Pure*, n. 184, pág. 191.

cura prevista. Para isso, reúne ele os fatores da produção e os adapta e controla (6). Assume o risco geral da empresa, envolto 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 (7).

3 — Conceito econômico e classificação das empresas.

Como os fatores da produção não realizam utilidade sem uma direção que os coordene, o agente que se incumba de coordená-los é o empresário, e o quadro desta coordenação é a empresa (8). Tratando da produção sob o regime da empresa, *J. Pinto Antunes* define: "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, vendê-la no mercado e tirar, da diferença entre o custo da produção e o preço de venda, o maior proveito monetário possível" (9). Na França, deixando de parte definições mais amplas de empresa, *Reboud-Guitton* recomendam a definição de *François Perroux*, nestes termos traduzida: "A empresa é uma organização da produção, na qual se combinam os preços dos diversos fatores da produção, fornecidos por agentes distintos do proprietário da empresa, a fim de vender bens ou serviços no mercado, para obter, por diferença entre dois preços

6. Paul Hugon, *Les formes de production*, in *Traité d'Économie Politique*, sob a direção de Louis Baudin, vol. 1, pág. 539. Papi, *Principii di Economia*, vol. 1, n. 86, pág. 100.

7. Perreau, *Leçons d'Économie Politique, Financière et Sociale*, págs. 19 e 21. Hugon, *Les formes de production*, in *Traité d'Économie Politique*, vol. 1, pág. 539. Papi, *Principii di Economia*, vol. 1, n. 86, pág. 100.

8. Hugon, *Les formes de production*, in *Traité d'Économie Politique*, vol. 1, pág. 539.

9. J. Pinto Antunes, *A produção sob o regime da empresa*, pág. 90.

(preço de custo e preço de venda), o maior ganho monetário possível" (10). *Hamel e Lagarde* entendem que *Perroux* complicou a definição, por exigir que, na empresa, figurem agentes da produção distintos do empresário (11); entretanto, a distinção não exclui a possibilidade, posta em relêvo por *Walras*, de acumulação de posições, pelo mesmo indivíduo.

Concordam os economistas em classificar as empresas tendo em mente a pessoa do empresário e, sob este critério, dividem as empresas privadas em *empresa individual* e *empresa coletiva ou societária* (12). Manifesta-se, aquela, sob formas diversas, indo da modesta exploração autônoma, na qual o próprio explorador fornece o instrumental e o trabalho, à empresa individual diferenciada, na qual o chefe da empresa, único proprietário do negócio, dispõe de um certo número de assalariados e de um instrumental considerável, adquirido com capitais próprios ou tomados por empréstimo. Esta, a modalidade societária, toma grande incremento em consequência da revolução industrial, pela utilização, cada dia maior, do progresso técnico e de vultosos capitais, conducente à concentração da produção. E, com estas considerações, observa *Hugon* que as empresas se desenvolveram "sobretudo depois da segunda metade do século passado, sob as formas individuais diferenciadas e societárias, características da *empresa capitalista*" (13).

10. Reboud e Guitton, *Précis d'Économie Politique*, vol. 1, págs. 271/272.

11. Hamel et Lagarde, *Traité de Droit Commercial*, vol. 1, n. 206, pág. 243.

12. Accardo, verbete *Impresa*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. 6, pág. 836, n. 4. Perreau, *Leçons d'Économie Politique, Financière et Sociale*, pág. 39. Papi, *Principii di Economia*, vol. 1, n. 86, pág. 101. Hugon, *Les formes de production*, in *Traité d'Économie Politique*, vol. 1, pág. 539. Reboud-Guitton, *Précis d'Économie Politique*, vol. 1, págs. 277 e 278.

13. Hugon, *Les formes de production*, in *Traité d'Économie Politique*, vol. 1, págs. 540 e 543/544. J. Pinto Antunes entende que, na primeira hipótese, "temos a forma de produção chamada do patro-

Reboud-Guitton explanam as vantagens e os inconvenientes dessas formas de empresa. Mostram, por um lado, que a empresa individual, dirigida por uma só pessoa, que por ela responde com todos os seus bens, permite liberdade de ação muito favorável ao máximo de atividade e de iniciativa, mas limita o campo da empresa às forças do dirigente, ligando o seu destino às vicissitudes do empresário. Por outro lado, acrescentam que a empresa societária, entidade jurídica distinta de seus componentes, pode ser constituída em consideração das pessoas dos associados, formando as chamadas sociedades *de pessoas* (sociedades em nome coletivo, em comandita simples e de responsabilidade limitada), ou em razão da reunião de capitais, não se levando em conta a pessoa dos sócios, compondo as sociedades ditas *de capitais* (sociedade anônima e comandita por ações), em que as partes sociais, as ações, são transmissíveis sem dificuldade (14). Mas, sob estes aspectos, a teoria da empresa estende-se além do campo da economia e passa a interessar no terreno do Direito, dentro de cujos quadros cabe apreciar a personalidade dos empresários e regular as formas de suas empresas. A palavra do economista, portanto, deve juntar-se, nesta altura, o pensamento dos juristas.

4 — A empresa na enumeração dos atos de comércio do Código Comercial francês.

Na mesma época em que a ciência da economia aperfeiçoava o conceito de empresário, operava-se a elaboração do Código francês, o qual, pela influência posteriormente exercida na doutrina do Direito Comercial e nas legislações, merece ser tomado como ponto de referência inicial, para o trato da conceituação jurídica de empresa.

nato não diferenciado"; na segunda é que há regime empresário, isto é, do *patronato diferenciado* (*A produção sob o regime da empresa*, pág. 93).

14. Reboud-Guitton, *Précis d'Économie Politique*, vol. 1, págs. 277 e 278.

O Código Comercial de Napoleão, enumerando os atos que constituem objeto da competência dos tribunais de comércio⁽¹⁵⁾, em enumeração cujo caráter limitativo, embora apontado por *Escarra* como um erro⁽¹⁶⁾, é francamente reconhecido pelos escritores franceses⁽¹⁷⁾. Mas o Código não

15. *Código Comercial francês*, livro IV, "De la juridiction commerciale", título 2, "De la compétence des tribunaux de commerce", arts. 631, 632, 633.

16. Jean Escarra, Edouard Escarra e Jean Rault, *Principes de Droit Commercial*, vol. 1. Escarra ao comentar os precedentes dessa enumeração e ao estudar o caráter profissional do Direito Mercantil, nas Ordenanças de Luiz XIV, e sua evolução para o sistema objetivo do Código, explica que a recente publicação dos trabalhos relativos ao projeto de código de comércio, de 1778 (H. Levy Brühl — *Un projet de Code de Commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil*, veio a demonstrar que aquêlo objetivismo devia ter sido mantido tão só a propósito da competência dos juizes consulares. Apenas o desejo de reduzir os conflitos de competência, entre êstes e os juizes de direito comum, e o de não subtrair os mercadores à jurisdição ordinária, senão em restritos limites, constituiu preocupação dos autores do projeto, os quais, assim, mantinham a tradição da Ordenança de 1673. Entretanto, motivos políticos e econômicos, expressando sentimento já manifestado na Lei Chapelier, de 1791, e ligados à queda do antigo regime, induziram os redatores do Código a rejeitar, com a organização corporativa, um direito considerado de casta. Para tanto, podiam ter erigido todo um sistema de Direito positivo, construído sobre a noção de ato de comércio, em substituição à de comerciante, e firmada na abertura do Código. Expressando, porém, essa concepção, no título da competência e, ainda, com o acréscimo das palavras "La loi répute actes de commerce", do art. 632, fizeram o que não tinham feito nem a Ordenança, nem o projeto Miromesnil, ou seja, uma enumeração taxativa de atos de comércio, com a qual se implantou no Código essa concepção híbrida, a meio caminho dos dois extremos, subjetivo e objetivo (ns. 86 a 88, pág. 101 a 104).

17. Delamarre e Le Poitvin, *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial*, vol. 1, n. 34, pág. 76. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit Commercial*, vol. 1, n. 104, pág. 103. Wahl, *Précis Théorique et Pratique de Droit Commercial*, n. 39, pág. 16. Thaller, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, n. 9, pág. 8. Maurice Chavrier considera surpreendente que a jurisprudência se pronuncie, com a maioria

as conceituou e, dess'arte, cabe a seus intérpretes, em face da enumeração⁽¹⁸⁾, procurar definir-lhes a natureza.

Entre os primeiros estudiosos do Código, ninguém mais autorizado do que *Pardessus*, professor da primeira cátedra de Direito Comercial na Faculdade de Paris, que veio a ser "o coração da ciência francesa", e cujo "Cours de Droit Commercial" apareceu em 1814⁽¹⁹⁾. Aludindo às *entreprises de manufactures*, ensina que a expressão pode ser aplicada em dois sentidos: a convenção pela qual uma das partes se obrigava a executar obra encomendada pela outra, com material fornecido, mediante remuneração estabelecida convencionalmente ou por peritos; ou o ato de uma pessoa, ou de vários associados, de reunir, num local chamado *manufacture, fabrique ou atelier*, indivíduos cujo trabalho, com o emprêgo de certos processos ou máquinas, muda a substância ou forma, elabora ou aperfeiçoa certas matérias⁽²⁰⁾. Delas, distinguia as *entreprises de travaux*, por objetivarem a realização de obras sobre imóveis, como a construção de pontes, canais, aquedutos, estradas, secagem de pântanos ou exploração de minas⁽²¹⁾, distinção que veio a ser reafirmada por *Thaller*⁽²²⁾.

dos escritores, pelo caráter limitativo da enumeração legal e, ao mesmo tempo, não se recuse a extensões, por analogia, sob fundamento de que a interpretação analógica não constitui uma enumeração extensiva (*Évolution de l'Idée de Commercialité*, pág. 56).

18. *Código Comercial francês*, art. 632, 2.^a e 3.^a alíneas: "Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre et par eau; toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics".

19. Lorenzo Mossa, *Scienza e metodi del diritto commerciale*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1941, vol. 39, 1.^a parte, pág. 99. Laboulaye, *Notice sur la vie et les travaux de J. M. Pardessus*, in *Cours de Droit Commercial*, de J. M. Pardessus, vol. 1, pág. VIII.

20. *Pardessus*, *Cours de Droit Commercial*, vol. 1, n. 35, págs. 36 e 37.

21. *Idem, idem*, n. 36, pág. 39.

22. *Thaller*, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, n. 31, pág. 28.

Essa dualidade de acepções, encontrada na lei pelo intérprete, da expressão que *Wahl* julga viciosa, porque “une entreprise n'est pas un acte” (23), é também assinalada por *Lyon-Caen* e *Renault*, os quais, cogitando das diversas empresas relacionadas no art. 632 do Código, entendem que a própria enumeração demonstra tratar-se de contrato, em princípio, de caráter civil, pois quem loca seus serviços não pratica ato de mediação; outra coisa, porém, ocorre, se alguém especula, não somente sobre seus serviços, mas sobre os de outrem, tornando-se, assim, intermediário. Nesse sentido, quando a lei se refere a *entreprise de manufacture, de transport, de fournitures*, supõe tratar-se, não de um fato isolado, mas do exercício de uma profissão ou, ao menos, de uma série de fatos de certa importância, que subentendem ordinariamente uma organização pré-estabelecida (24). Conclui-se, portanto, da palavra dos exegetas franceses, que a empresa, quando se não deva considerar locação de serviços, significa organização de capital e trabalho para as finalidades previstas na enumeração do Código.

5 — Código de Comércio italiano; divergências doutrinárias.

Na Itália, cuja legislação comercial teve por fonte de inspiração o Código francês, manifestada nos Códigos de 1842 e 1865 (25), o Código Comercial de 1882, tratando, como os anteriores, da matéria dos atos de comércio, estabeleceu, no seu art. 3, a enumeração dos atos que “*la legge reputa atti di commercio*”. É conveniente acentuar, desde logo, que, não obstante a ascendência do Código da França, o legisla-

23. *Wahl, Précis Théorique et Pratique de Droit Commercial*, n. 76, pág. 30.

24. *Lyon-Caen et Renault, Traité de Droit Commercial*, vol. 1, ns. 131 e 132, pág. 135.

25. *Vivante, Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 1, § 2.º, pág. 28.

dor italiano dêle divergiu frontalmente, em 1882, quanto ao caráter da enumeração e ao significado do verbo *reputar*. A êste propósito e contrariando o sentido restritivo reconhecido pelos autores franceses, o relator *Mancini*, na exposição de motivos apresentada à Câmara, advertia que a expressão *reputa atti di commercio*, “substituindo a outra, do Código vigente — *sono atti di commercio* — explica melhor que a enumeração do art. 3 não é limitativa, mas simplesmente demonstrativa e que não é vedado ao magistrado reconhecer em outros atos, não enunciados expressamente, a natureza comercial, para submetê-los às leis e usos do comércio” (26). E *Montessori*, acompanhado pela generalidade dos escritores, assegura que a intenção assim declarada pelo legislador foi acatada nos intérpretes da lei (27).

Examinando, em grupos, os atos de comércio relacionados no art. 3 do Código, sustenta *Rocco* que o terceiro, constituído pelas várias espécies de empresas, abre ensejo a muitas incertezas, e que a dúvida, de que se trate de um grupo homogêneo ou que, sob um mesmo título, compreenda relações econômicas de natureza muito diversa, propiciou a formação das duas principais correntes de opinião, firmadas pelos comercialistas da península (28). A primeira exprime-se com *Vivante*, para quem “a empresa é um organismo econômico que recolhe e põe em obra, sistematicamente, os fatores necessários para obter um produto destinado à troca,

26. *Marghieri, I motivi del nuovo codice di commercio italiano*, vol. 4, pág. 499.

27. *Montessori, Il concetto di impresa negli atti di commercio, in Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1912, vol. 10, 1.ª parte, pág. 517. *Marghieri, Il Diritto Commerciale Italiano*, vol. 1, n. 63, pág. 159. *Vidari, Corso di Diritto Commerciale*, vol. 1, n. 30, pág. 29. *Vivante, Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 1, n. 33, págs. 76/77. *Navarrini, Trattato Elementare di Diritto Commerciale*, vol. 1, n. 38, pág. 60.

28. *Rocco, Principios de Direito Comercial*, tradução de Cabral de Moncada, pág. 176.

a risco do empresário. A *combinação* daqueles vários fatores, natureza, capital e trabalho, os quais, associados, promovem resultados que, divididos, seriam impotentes para produzir, e o *risco*, que o empresário assume para criar uma nova riqueza, são os requisitos essenciais de toda empresa". E, salientando que "o Direito Comercial faz seu êste conceito econômico de empresa", acrescenta ser indiferente a situação jurídica de quem a exercita, pois o que decide do seu caráter comercial é a existência de um organismo econômico autônomo, dotado dos caracteres de empresa ⁽²⁹⁾.

Contrariando essa concepção, *Arcangeli* pondera ser indubitável que as empresas enumeradas no Código constituem, em sua maioria, um organismo econômico, onde se encontram agregados e combinados os vários elementos necessários à produção; mas, ao lado dessas, a lei enumera algumas, de que não se pode dizer o mesmo, como as de comissão, de agência de negócio e outras. E conclui que o art. 3 reconhece "duas categorias de empresas: umas, e são a regra, requerem a organização das forças produtivas, para certo fim; nas outras, basta a intenção, externamente reconhecível, de dedicar-se ao exercício estável e continuado de determinados atos" ⁽³⁰⁾. De igual modo, *Franchi-Pagani* entendem que, muitas vezes, pode coincidir com o conceito de empresa do Código o conceito econômico de ato produtivo organizado, mas há casos em que aquêle se limita ao conceito mais restrito de contrato ⁽³¹⁾.

Rocco, que assinalara as duas correntes divergentes, não se filia, porém, a nenhuma delas, doutrinando que o elemento específico constitutivo da empresa é o fato da organização

29. Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 1, ns. 61 e 62, págs. 100 e 101.

30. Arcangeli, *Contributi alla teoria generale degli atti di commercio*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1904, vol. 2, 1.ª parte, págs. 51 a 53.

31. Franchi e Pagani, *Commentario al Codice di Commercio*, vol. 1, pág. 111.

do trabalho de outrem e, se na economia é indiferente o modo pelo qual são procurados os fatores da produção, já "segundo o Código, apenas temos empresa quando a produção é obtida mediante trabalho de outros, ou melhor, quando o empresário recruta o trabalho, e o organiza, fiscaliza, retribui e dirige para os fins da produção" ⁽³²⁾.

6 — Código Comercial brasileiro e Regulamento n. 737; doutrina.

O método seguido pelo legislador francês, no tratar dos atos de comércio, e os conceitos doutrinários de empresa, oferecidos pela interpretação da lei, na França e na Itália, ora sumariamente expostos, servem a elucidar a orientação legislativa e teórica do assunto, no direito brasileiro.

O Código Comercial não definiu nem enumerou os atos de comércio. A propósito, refere *Carvalho de Mendonça* que, no Senado, ao discutir-se o projeto, se notou a lacuna e se encareceu a conveniência de indicar os caracteres dos atos de comércio, para se traçarem os confins da legislação comercial, tendo, por isso, *Carneiro Leão* apresentado emenda, que os definia e enumerava. Considerado, porém, que o Código francês se limitara a dar, a êsse respeito, simples noção, nos arts. 632 e 633, ao dispor sobre a competência dos tribunais de comércio, e que os arts. 17 e 18 do título único do projeto se ocupariam do assunto, ao tratar da jurisdição desses tribunais, preferiu-se guardar silêncio sobre os atos de comércio ⁽³³⁾. Assim, empregou o Código, no art. 4, a expressão *mercancia*, adotada, conforme observação de *Waldemar Ferreira*, por influência do Código português, significando a arte do mercador, o trato de mercadejar, a ciên-

32. Rocco, *Princípios de Direito Comercial*, tradução de Cabral de Moncada, págs. 190/191.

33. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. 1, n. 301 e nota, págs. 449/450.

cia e prática do comércio (34). E coube a um dos Regulamentos do Código, o Decreto n. 737, no seu art. 19, sob inspiração do art. 632 do Código francês, enumerar os atos considerados de comércio. Semelhante enumeração suscita, sempre, o problema de apurar-se a qual dos critérios obedece: taxativo ou exemplificativo (35). Na França, como se viu, prevalece o primeiro e, na Itália, o último; entre os intérpretes da lei brasileira, a opinião corrente é de que o Regulamento contém relação exemplificativa (36). E foi nesse rol de atos de mercancia que o legislador pátrio incluiu: “as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos” (37).

A falta de definição legal dessas empresas haveria de acarretar a busca doutrinária do seu conceito pelos comercialistas brasileiros, como acontecera na França e na Itália. E, das teorias ali elaboradas por seus juristas, as quais haviam de repercutir na literatura nacional, logrou maior acolhimento a preconizada por *Vivante*. Assim é que *Carvalho de Mendonça*, perfilhando os mesmos critérios, sustenta que “empresa é 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 êsses elementos sob a sua responsabilidade” (38).

34. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, vol. 2, n. 54, § 1.º, pág. 43.

35. Brasílio Machado, *Curso de Direito Comercial*, separata da *Revista da Faculdade de Direito*, da Universidade de São Paulo, vol. 49, pág. 130.

36. Gabriel de Rezende, *Curso de Direito Comercial*, in *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1922, vol. 25, pág. 199. Octavio Mendes, *Direito Comercial Terrestre*, pág. 109. Waldemar Ferreira, *Tratado*, vol. 2, n. 53, pág. 37.

37. *Regulamento n. 737*, de 25.11.1850, art. 19, § 3.º.

de” (38). Em termos semelhantes e com análoga estrutura, o conceito é sufragado por *Bento de Faria* (39), *Alfredo Russel* (40) *Spencer Vampré* (41), *Descartes de Magalhães* (42). Quanto a *Carvalho de Mendonça*, cumpre, todavia, destacar a sua identificação com o pensamento de *Vivante*, pois, declarando que “êste conceito econômico é o mesmo jurídico, em que pese a alguns escritores, que os distinguem sem fundamento” (43), renova o asserto do tratadista italiano: “il diritto commerciale fa suo questo concetto economico dell'impresa” (44).

7 — Projeto Inglês de Souza e Código Comercial português.

Por sua vez, a par dos citados escritores, *Inglês de Souza*, na sustentação de seu Projeto de Código Comercial (45), palmilhando caminho também trilhado por *Alfredo Rocco*, doutrina: “O que constitui uma empresa industrial não é tanto a idéia de associação a que o vocábulo — *empresa* — parece estar ligado, mas a importância do serviço ou indústria que faz o seu objeto, a repetição de atos e a organização de serviços em que se explora a atividade de outrem. Há sempre na empresa uma reunião de esforços, sem que seja necessária a forma de sociedade, porque o empresário pode ser um indivíduo, contanto que empregue, utilize e explore o trabalho de várias pessoas na execução de um serviço industrial

38. *Carvalho de Mendonça*, *Tratado*, vol. 1, n. 345, pág. 492.

39. *Bento de Faria*, *Direito Comercial*, vol. 1, págs. 207, 208.

40. *Alfredo Russel*, *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, n. 243, pág. 198.

41. *Vampré*, *Tratado Elementar de Direito Comercial*, vol. 1, pág. 70.

42. *Drummond de Magalhães*, *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, pág. 379.

43. *Carvalho de Mendonça*, *Tratado*, vol. 1, n. 345, pág. 492.

44. *Vivante*, *Trattado di Diritto Commerciale*, vol. 1, ns. 61 e 62, págs. 100 e 101.

45. Projeto elaborado por incumbência governamental em cumprimento do Decreto legislativo n. 2.379, de 4.1.1911.

ou público" (46). Acrescenta que essas considerações o levaram a consagrar "um título especial às empresas, à semelhança do Código português", mas, ao fazê-lo, no Projeto, apenas enumerou diversas empresas, sem lhes definir a natureza (47). E com isso, fiel ao modelo do art. 230.º do Código lusitano, encampou a controvérsia que a exegese desse texto tem suscitado em Portugal.

Em verdade, segundo *Cunha Gonçalves*, "o legislador tomou a *empresa* num sentido puramente subjetivo, porque este art. 230 diz: "Haver-se-ão por comerciais as empresas, singulares ou coletivas, que se propuserem..." Ora, se a *empresa* fôsse tomada num sentido objetivo, ou como ato de comércio objetivo, é evidente que não lhe podia ser atribuída uma *intenção* ou *propósito*, que só as pessoas podem ter; nem seriam inteligíveis as palavras *singulares* ou *coletivas*. Não quer isto dizer, contudo, que, na terminologia do nosso Código, a *empresa* é um sinônimo de empresário, como se tem afirmado. Quando muito, poderá concluir-se que o legislador *personificou* a empresa, atendendo a que nenhuma pode existir sem um empresário singular ou coletivo que dirija a sua atividade. Considerada como um *organismo*, pode a empresa, de fato, ter vontade ou propósito. E, se não pode haver *empresário* sem *empresa* de que êle seja um dos fatores, é evidente que o legislador não podia considerar os dois termos como equivalentes" (48).

Todavia, repudiando essa interpretação e depois de examinar diversos textos legais, sustenta *José Tavares*: "Estas passagens das disposições dos códigos demonstram incontestavelmente que o significado legal da palavra *empresa* traduz a *pessoa jurídica*, singular ou coletiva, que se propõe exercer os atos que constituem o organismo econômico, que

46. Inglez de Souza, *Projeto de Código Comercial*, vol. 1, pág. 27.

47. *Idem*, vol. 2, art. 247.

48. *Cunha Gonçalves, Comentário ao Código Comercial Português*, vol. 1, n. 323, pág. 586.

na terminologia científica se chama *empresa*. E, como essa pessoa jurídica é o empresário, podemos afirmar, sem receio de engano, que, na terminologia da nossa lei, *empresa* é o mesmo que *empresário*" (49).

8 — O conceito de empresa na codificação liberal do século XIX.

A exposição ora feita, colimando acompanhar a formação do conceito de empresa na economia, sua qualificação legal entre os atos de comércio e os juízos teóricos emitidos para interpretação da lei, evidencia que, no quadro da codificação operada no século passado, sob influência do sistema francês, os comercialistas não lograram fixar uma segura concepção unitária de empresa, em nítidos termos jurídicos. Das definições propostas, umas conferem à empresa, ao menos em certos casos, os caracteres da locação de serviços, ou da empreitada, tomados do Direito Civil; outras, com o intento de abrangê-la na complexidade de sua composição, são levadas a receber como válida e satisfatória, no plano do Direito, a conceituação dos economistas.

Mas a razão da dificuldade emerge da compreensiva apreciação que lhe dedicou *Ripert*. "Tomemos nota dessa dificuldade. O que ela revela é falta de uma noção jurídica... Para achar a empresa em nossas leis é preciso procurá-la nas disciplinas que escapam, por sua autonomia, às concepções tradicionais. O direito fiscal estabelece impostos sobre os seus lucros; o do trabalho mantém os contratos, no caso de cessão da empresa; o profissional as classifica e regulamenta... Ainda que se reunissem todos os textos em que a expressão foi empregada, não se teria avançado muito mais para dar uma definição jurídica, pois o legislador usa o termo quando lhe é cômodo fazê-lo, sem se preocupar em empregá-lo sempre no mesmo sentido" (50).

49. *José Tavares, Sociedades e Empresas Comerciais*, n. 75, pág. 729.

50. *Ripert, Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, n. 119, págs. 277 e 278.

E, acentuando a falta de unidade jurídica entre as relações que se operam na estruturação econômica da empresa, prossegue: “O regime capitalista construiu a empresa sobre a propriedade e o contrato: propriedade dos bens, contrato com os trabalhadores. . . Na economia capitalista, os trabalhadores estão fora da empresa, ou, em todo caso, estão sujeitos à empresa. Esta sujeição resulta do contrato e é suportada porque querida. É remunerada pelo salário e este escapa aos riscos da empresa. . . A solidariedade entre os elementos da empresa acusa-se nos fatos, de modo evidente. Se o capital se retira, a empresa soçobra; se o empresário comete erros, cambaleia; se os trabalhadores não fazem o esforço necessário ou mostram exigências excessivas, a produção com prejuízo não poderá ser continuada por muito tempo. Mas tal solidariedade econômica não se traduz ainda em instituições jurídicas” (51). Entre nós, na mesma ordem de idéias, *Francisco Campos* entendeu que “a verdade é que o conceito de empresa ainda não amadureceu suficientemente, de maneira a poder constituir uma base segura para a edificação do sistema de direito positivo” (52).

Esse o estágio da teoria da empresa, nos quadros legislativo e doutrinário, compostos sob o alento dos princípios que informam o liberalismo e sua economia. Entretanto, as relações humanas não cessam de evoluir, no desenvolvimento perene dos fenômenos sociais, que ao Direito cabe regular e coordenar. Os Códigos de Napoleão deram expressão jurídica às idéias de seu tempo, e, com tal vigor, que se constituíram em paradigmas do Direito privado. Mas o seu posto histórico, decorrido mais de um século de predomínio, passa a ser disputado por outra jovem e grande codificação, o novo

51. Ripert, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, ns. 127 e 136, págs. 292, 311 e 314. Observação idêntica, sobre o Direito belga, é apresentada por Van Ryn, *Principes de Droit Commercial*, vol. 1, n. 39, pág. 46. No Brasil, cf. Pinto Antunes, *A produção sob o regime da empresa*, págs. 90 e segs.

52. Francisco Campos, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, 1955, vol. 5, pág. 31.

Código Civil italiano. Cumpre, então, perquirir, a propósito do tema ora versado, quais os rumos que segue a teoria da empresa, na doutrina suscitada pela moderna legislação.

9 — A empresa em o novo Código Civil italiano. Motivos e antecedentes.

Os motivos determinantes da orientação por fim adotada pelo Código italiano, nessa matéria, procedem dos seus trabalhos preparatórios que, no relato do Ministro *Dino Grandi*, abrangeram a elaboração e exame dos projetos preliminares, do “Codice di Commercio” e dos livros “Delle obbligazioni e contratti” e “Dell’impresa e del lavoro” do Código Civil (53), o primeiro deles a cargo da subcomissão presidida por *Alberto Asquini* (54). Na respectiva justificação, depois de referir-se às sucessivas modificações do Código de 1882 e aos projetos de sua reforma geral, o primeiro, da *Comissão Vivante*, de 1922, e o segundo, posterior ao advento do regime fascista, publicado em 1925 pela Comissão Real, por obra da subcomissão presidida por *Mariano D’Amelio* — explicava *Asquini* que o novo projeto, dominado pela profunda evolução ocorrida na vigência do Código de 1882, propunha o abandono da fachada “objetiva” do modelo francês, que tantas fadigas inflingira à doutrina e à jurisprudência, e sugeria o retorno à estrutura “subjéctiva” do Direito Comercial, em consonância com a antiga tradição italiana. E, reputando decisiva, para essa reforma, a razão política do ordenamento jurídico já então fundado numa economia de estrutura corporativa e, por isso mesmo, profissional, concluía que o projeto, em consequência, fazia girar a definição da matéria de comércio sobre o conceito de empresa comercial (55).

53. Dino Grandi, *Prefazione*, in *Lavori Preparatori del Codice Civile*, vol. 1, pág. III.

54. *Lavori Preparatori del Codice Civile*, vol. 1, pág. LIII.

55. *Idem*, vol. 3, págs. 3/5.

Louvando a orientação desse projeto preliminar, o Conselho de Ministros, por proposta de *Dino Grandi*, resolveu, entretanto, que “as razões históricas que justificavam a autonomia do Código de Comércio deviam considerar-se superadas pelo ordenamento corporativo fascista, pois o caráter profissional, um dos fatores originários do Direito Comercial, deixara de ser uma característica especial desse Direito, desde que o fascismo enquadrara totalitariamente, na organização corporativa, a economia nacional” (56). Por isso, a matéria do projeto de Código de Comércio devia reunir-se à dos outros dois projetos preliminares de livros do Código Civil, acima referidos, dos quais o último, “*Dell’impresa e del lavoro*”, que não pôde conservar esse título e passou a denominar-se, simplesmente, “*Del lavoro*” (57), se incumbiria de regular os estados profissionais sujeitos à ordem corporativa; a empresa, com as normas e institutos próprios da empresa agrícola e das empresas industrial, comercial, bancária e seguradora; a organização social da empresa, com a disciplina dos vários tipos de sociedade, que cessariam de representar tipos especiais das sociedades comerciais, tornando-se tipos gerais de sociedades (58).

Examinando esses antecedentes legislativos, “que merecem ser considerados atentamente, porque nêles está a chave para entender o espírito do novo Código Civil” (59), *Waldemar Ferreira* dêles extrai esclarecedora conclusão, sobre os temas da empresa e do empresário no texto definitivo do Código Civil italiano. Escreve êle: “Não dissimulou de todo o Ministro *Dino Grandi* na *Relazione*, ou seja, na exposição de motivos do Código Civil, o desapontamento que causou o ter ficado na penumbra a empresa, que se pretendia erigir

56. *Lavori Preparatori del Codice Civile*, vol. 1, pág. XIII.

57. *Dino Grandi*, *Prefazione*, in *Lavori Preparatori del Codice Civile*, vol. 1, pág. XVII.

58. *Lavori Preparatori del Codice Civile*, vol. 1, págs. XV/XVI.

59. *Dino Grandi*, *Prefazione*, in *Lavori Preparatori del Codice Civile*, vol. 1, págs. XVIII.

em ponto de cristalização do novo direito italiano. O Código, diz a *Relazione*, “o Código não dá a definição da empresa, mas a sua noção resulta da definição de empresário. É empresário quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços (art. 2.082). A empresa é, pois, em sentido instrumental, a organização do trabalho que dá lugar à atividade profissional do empresário, e, em sentido funcional, a atividade profissional organizada pelo empresário”. Se, concluiu a exposição ministerial, “segundo o Código de Comércio, o conceito de empresa se continha no quadro restrito de atividade industrial, o novo Código considera a empresa como forma de organização típica da moderna economia, seja no setor agrícola, seja no industrial, comercial, bancário ou securativo”. Resultou disso, inequivocamente, não ter a empresa, em face do Código Civil italiano, a subjetividade que se timbrou em conferir-lhe, porque essa subjetividade é do empresário, ou seja, do que exercita a atividade profissional, como explorador da universalidade de bens, que constitui a empresa. Ou é assim, ou a empresa e empresário são expressões absolutamente sinônimas. Se se atribuísse subjetividade à empresa, não a teria o empresário. Um desses sujeitos de direito seria demasiado, estaria a sobejar, e a que sobrou foi precisamente a empresa” (60).

10 — Elaboração doutrinária italiana; Alberto Asquini: conceito econômico e aspectos jurídicos.

Com os precedentes indicados acima, cabe examinar a elaboração dos exegetas, a começar por *Asquini*, um dos primeiros e mais autorizados. Observando que nos contatos iniciais da prática com o novo Código Civil, sobre o tema da

60. *Waldemar Ferreira*, *A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do direito comercial*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, 1955, vol. 5, págs. 12 e 13.

empresã, se criou uma certa desorientaçã, que é preciso superar, afirma ser o conceito de empresã o de um fenômeno econômico poliédrico, que assume, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diferentes elementos que aí concorrem. As definições jurídicas de empresã podem, por isso, ser diversas, segundo o diverso perfil com que o fenômeno econômico é considerado. Essa a razão da falta de definição legislativa e, ao menos em parte, do desencontro das opiniões na doutrina ⁽⁶¹⁾.

Quanto ao conceito econômico de empresã, adotado pelo Código, de ordem corporativa e base profissional, como organização para produção de bens e serviços para o mercado, o *risco técnico* — próprio de todo processo produtivo — e o *risco econômico* — inerente à possibilidade de cobrir o custo do trabalho e do capital (salários e juros) com o *resultado* dos bens ou serviços produzidos — requerem do empresário um trabalho de organização e criação, que constitui a sua prestação típica, remunerada pelo *lucro*, causa normal da atividade empreendedora no plano econômico ⁽⁶²⁾.

Asseverar, porém, que a noção de empresã foi acolhida no Código com determinado significado econômico, não quer dizer que essa noção econômica seja imediatamente utilizável como noção jurídica. Apresentando o fenômeno econômico de empresã, perante o Direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que êle caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário. Assim, onde o Código, para indicar um aspecto jurídico específico da empresã econômica, adota um particular *nomen juris*, êste deve ser respeitado; nos demais casos, onde a palavra empresã é usada pelo Código — por comodidade de linguagem ou pobreza de vocabulário — com significado jurídico diferente, cabe ao intérprete esclarecer êste significado ⁽⁶³⁾.

61. Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1943, vol. 41, 1.ª parte, n. 1, págs. 1 e 2.

62. *Idem, idem*, n. 2, págs. 2 e 3.

63. *Idem, idem*, n. 4, pág. 6.

11 — Os quatro perfis da empresã.

Por essas e outras ponderações, *Asquini* passa a focalizar os quatro perfis jurídicos do conceito econômico de empresã.

Perfil soggettivo: l'impresa come imprenditore — O Código Civil e as leis especiais consideram, muitas vezes, a organização econômica da empresã pelo seu vértice, empregando a expressão em sentido subjetivo, como sinônima de empresário. Essa metonímia justifica-se, porque o empresário não só está na empresã (em sentido econômico), como dela é a cabeça e a alma; isso, porém, não impede que, na linguagem jurídica, o uso do vocábulo “empresã”, por “empresário”, seja uma metáfora, que pode ser evitada, ainda quando êste seja uma pessoa jurídica ⁽⁶⁴⁾.

Perfil funzionale: l'impresa come attività imprenditoriale — Dado que a empresã econômica é uma organização produtiva, que, por definição, opera no tempo, guiada pela atividade do empresário, ela, sob o aspecto funcional ou dinâmico, manifesta-se como uma força especial em movimento, que é a atividade empreendedora dirigida para determinado escopo. Se o nosso vocabulário não dispõe de outro termo simples, como a palavra empresã, para exprimir o conceito de atividade empreendedora, difícil é resistir ao seu emprego em tal sentido, muito embora não se trate de um uso exclusivo ⁽⁶⁵⁾.

Perfil patrimoniale e oggettivo: l'impresa come patrimonio aziendale e come azienda — Propiciando a atividade empreendedora a formação de um complexo de relações jurídicas a cuja frente se encontra o empresário, o fenômeno da empresã, projetado no terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial, distinto, por seu fim, do remanescente

64. Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1943, vol. 41, 1.ª parte, n. 5, págs. 6/7.

65. *Idem, idem*, n. 7, págs. 9 e 10.

patrimônio do empresário. Mas é de notar-se que as doutrinas tendentes a personalizar tal patrimônio especial e, com isso, identificar a empresa como sujeito de direito, não foram esposadas pelo ordenamento jurídico; nem o foi a construção propensa a fazer dêle um patrimônio juridicamente separado do restante patrimônio do empresário. Quanto ao estabelecimento (*azienda*), a doutrina dominante tem indicado, sob esse nome, não o complexo de relações jurídicas do empresário, para o exercício da sua atividade empreendedora — *patrimonio aziendale* — mas o complexo de *bens*, que são os instrumentos com os quais o empresário exerce aquela atividade ⁽⁶⁶⁾.

Perfil corporativo: l'impresa come istituzione — Ao esboçar esse perfil, *Asquini* esclarece haver colocado em último lugar a conceituação da empresa como instituição, em conformidade com o ordenamento corporativo e o novo Código Civil, porque, se nos anteriores ela é observada à luz do interesse individualista do empresário, sob o aspecto corporativo é considerada como uma especial organização de pessoas, formada pelo empresário e prestadores de trabalho, seus colaboradores. “O empresário e seus colaboradores — dirigentes, empregados, operários — não constituem simplesmente uma pluralidade de pessoas, ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fins individuais; antes, formam um núcleo social organizado, em função de um objetivo econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos colaboradores singulares: a obtenção do melhor resultado econômico na produção”. Acentua, então, que nesse perfil se colhe o significado substancial do princípio corporativo, o qual considera o trabalho como sujeito e não objeto da economia — porque, embora o estabelecimento pertença ao empresário, da empresa, em sentido corporativo, fazem parte, como sujeitos de direito, tanto o empresário, quanto os seus colaboradores.

66. *Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale* Milão, 1943, vol. 41, 1.ª parte, n. 9, págs. 11 a 13.

E *Asquini* assim conclui: “Instituição é toda organização de pessoas — voluntária ou coacta — fundada sobre uma relação de hierarquia e de cooperação entre seus membros, em função de um objetivo comum... O reconhecimento de uma organização de pessoas como *instituição* não significa personalização — nem perfeita, nem imperfeita — da organização. Instituição e pessoa jurídica operam em direções diferentes. A outorga de personalidade jurídica a uma organização de pessoas tem essencialmente o escopo de atribuir, a um sujeito diverso dos indivíduos singulares, as relações jurídicas *externas* da organização. O reconhecimento de uma organização de pessoas, como instituição, implica somente no reconhecimento de um determinado modo de ser das relações *internas*, entre os seus componentes, em vista de um fim comum. É certo que, quando uma organização de pessoas é elevada pelo Direito ao grau de pessoa jurídica, o fenômeno da personalidade pode absorver o da instituição também nas relações internas, tal como nas sociedades. Mas a vida de uma organização de pessoas, como instituição, é uma vida interna que, *por si mesma*, não acarreta, absolutamente, personalização” ⁽⁶⁷⁾.

12 — Filiação doutrinária de outros autores italianos. Concepção institucional.

As quatro feições jurídicas da empresa econômica, per-lustradas por *Asquini*, decorrem de que, “apresentando o fenômeno econômico de empresa, perante o Direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que o mesmo caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário”. Por isso, também *Ferri* julga mais acertado falar de aspectos jurídicos da empresa econômica, do que de noção jurídica da empresa ⁽⁶⁸⁾. Contudo, na doutrina italiana, esses

67. *Asquini, Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1943, vol. 41, 1.ª parte, ns. 12 e 13, págs. 16 a 18.

68. *Giuseppe Ferri, Manuale di Diritto Commerciale*, n. 12, pág. 25.

aspectos logram dividir os escritores, pela preferência que dão, ora a um ora a outro, como elemento preeminente na caracterização jurídica da empresa, e, assim, os perfis traçados, polarizando correntes de opinião, servem de guia na observação da controvérsia.

Adotam alguns autores a concepção institucional. Greco, por exemplo, doutrina que a própria estrutura da relação de trabalho, jungindo os trabalhadores à vida e à sorte da empresa, a predispõe para uma base mais ou menos largamente impregnada de caráter associativo, constituindo elemento confirmatório da natureza institucional da empresa econômica (69). Segundo Ghiron, afirma-se no Código o pensamento da colaboração entre empresário e dependentes, que formam uma "famiglia lavorativa", na qual a relação entre um e outros, não obstante o seu caráter econômico, é fortemente imbuída de princípios morais. Essa família tem seu lugar no Código, como instituição dotada de figura e disciplina próprias, e se chama empresa, cujo confronto com o empresário e o estabelecimento produz esta síntese: "imprenditore si è, l'impresa si governa, l'azienda si ha". A disciplina do empresário pertence à doutrina dos sujeitos; a da empresa, à doutrina dos grupos de trabalho; a do estabelecimento, à doutrina dos bens (70). Bigiavi entende que o Código, quanto às finalidades sociais da empresa e ao ordenamento hierárquico de seus membros, parece nitidamente inspirado por essa tendência relativamente nova, transplantada do Direito público para o privado, que implica em atribuir à empresa a qualificação de instituição, sobretudo em razão das normas que a fazem um organismo dotado de vida própria, independente da vida de seu titular (71).

69. Paolo Greco, *Corso di Diritto Commerciale*, n. 22, pág. 53.

70. Mario Ghiron, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, n. 1, págs. 3 e 4.

71. Walter Bigiavi, *La "Piccola Impresa"*, págs. 109 e 110.

13. — Concepção patrimonial.

Preferem outros autores o aspecto patrimonial e objetivo, para caracterizar a empresa, e, ainda aí, dissentem. Assim, Mossa, de seu lado, propugna a sinonímia de empresa e estabelecimento, sustentando que se reduzem a conceito único, o de empresa; a empresa comercial é feita de atividade e de bens, de economia e trabalho, de coisas e energia; o que na história se chamara estabelecimento comercial, desabrochou agora na empresa e no estabelecimento do Código (72). Por seu turno, Santoro-Passarelli ensina que a empresa é "la stabile azienda produttiva di grande o media dimensione" (73). Ao passo que Ghidini, colhendo, na doutrina atual, a distinção entre as universalidades de fato e de direito, conclui que o estabelecimento é uma *universitas facti* e a empresa uma *universitas juris* (74).

14 — Concepção funcional.

À margem dessas opiniões, formam ponderável corrente os escritores que, sobre a matéria dos arts. 2.082 e 2.555 do Código Civil italiano, definindo, aquêle, o empresário, e éste, o estabelecimento (75), repelem o perfil subjetivo da empresa e a conceituam sob seu aspecto funcional, o segundo dos indicados por Asquini. Barbero oferece, com clareza e

72. Lorenzo Mossa, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1942, vol. 40, 1.ª parte, pág. 71.

73. Francesco Santoro-Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1942, vol. 40, 1.ª parte, pág. 390.

74. Chidini, *Disciplina giuridica dell'impresa*, págs. 184 e 185.

75. Código Civil italiano, art. 2.082: "È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Art. 2.555: "L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".

fidelidade, a síntese dessa ordem de idéias. “Pode parecer curioso que o Código fale de empresa, mas não a defina, e, ao invés, defina “o empresário”. Isso, entretanto, é significativo: não é uma extravagância, mas um produto espontâneo da natureza das coisas. E denota precisamente: que a empresa “*não existe*”, mas “*se exerce*”; não é “*um ser*” — nem sujeito nem objeto — mas “*um fato*”; quem é, o que existe, são o “*empresário*”, como *sujeito*, e o “*estabelecimento*”, como *objeto*. O “*exercício*” que o *empresário* faz do estabelecimento constitui exatamente a “*empresa*” (76). E a concepção da empresa, assim resumida pelo citado autor, é corroborada por Carnelutti (77), Messineo (78), La Lumia (79), Valeri (80), Fanelli (81), Ascarelli (82), Casanova (83).

Na linha desse pensamento poder-se-ia colocar Ferrara Junior, não fôsse o alcance negativista de suas conclusões, que, por isso mesmo, convém pôr em evidência. Analisando a relação entre as noções de *empresa* e de *estabelecimento*, concorda em que a controvérsia tem origem na terminologia imprecisa e equívoca da lei, mas, tachando os autores de fantasistas, acrescenta ter sido a questão mal colocada, porque não se cuida de indagar o que se deva entender, abstratamente, por uma e outra, e sim de determinar o significado que a lei atribui a essas duas palavras e, portanto, os fenômenos econômico-sociais por ela referidos com tais termos. O

76. Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, vol. 1, n. 523, pág. 746.

77. Carnelutti, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1942, vol. 40, 1.ª parte, pág. 68.

78. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 1, § 21, n. 16, pág. 193.

79. Isidoro La Lumia, *Corso di Diritto Commerciale*, n. 57, pág. 99.

80. Valeri, *Manuale di Diritto Commerciale*, vol. 2, n. 205, pág. 7.

81. Fanelli, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, n. 22, pág. 79.

82. Tullio Ascarelli, *Lezioni di Diritto Commerciale*, pág. 157.

83. Mario Casanova, *Le imprese commerciali*, n. 49, pág. 88.

problema é estritamente de direito positivo, pois trata-se de interpretar a lei. Nessa ordem de idéias, reconhece a cuidadosa pesquisa de Asquini, porém, sustenta, como já salientara antes (84), que em nenhuma norma se pode encontrar com segurança o uso da palavra empresa “no último sentido de organização pessoal, pelo que as quatro acepções do termo ou, no dizer de Asquini, os quatro perfis, da empresa, se reduzem a três. Fácil se torna observar, então, que, fora dos casos em que o vocábulo é usado no sentido *impróprio e figurado* de empresário ou de estabelecimento — o que há-de ser retificado pelo intérprete — a única significação que remanesce é a de atividade econômica organizada, já focalizada por Carnelutti e Messineo”. E conclui: “Todavia o conceito de empresa não tem, na realidade, importância para o Direito: a atividade profissional resolve-se, com efeito, em um momento ou situação pessoal do sujeito, de sorte que os efeitos da empresa não são senão os efeitos a cargo do sujeito que a exerce” (85). Para essa conclusão recebe o apoio de Ghidini, segundo o qual, “dizer que a empresa é *atividade* é usar um termo juridicamente inapreciável, privado de consistência” (86).

15 — Coordenação das doutrinas pelo Código de 1942.

O debate travado na doutrina italiana, para determinação da categoria jurídica da empresa e de cujo vigor dão notícia, com suas divergências, entre outros, os autores acima referidos, apresenta-se coordenado pelo próprio fato da nova codificação. Dedicando o Título II, do seu Livro V, “Del lavoro”, ao trabalho na empresa e desdobrando-o nos Capítulos que regulam a empresa em geral, a empresa agrícola e

84. Ferrara Júnior, *Sulla nozione d'imprenditore nel nuovo codice civile*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1944, vol. 42, 1.ª parte, pág. 49 e nota 1.

85. Ferrara Júnior, *La teoria giuridica dell'azienda*, n. 34, págs. 90 e 91.

86. Ghidini, *Disciplina giuridica dell'impresa*, pág. 164.

as empresas comerciais e outras empresas sujeitas a registro ⁽⁸⁷⁾, o Código Civil, embora não tenha definido a empresa, imprimiu-lhe tratamento sistemático, subordinado à nova concepção dos fenômenos econômico-sociais. Se os juristas da península têm, assim, um ponto de partida unitário para as construções teóricas suscitadas pela nova legislação, o mesmo não ocorre na doutrina de outros ordenamentos, ainda impregnados de princípios liberais, nos quais a elaboração do conceito de empresa deve operar-se à custa de leis esparsas, destinadas, em cada sistema jurídico nacional, a ajustar, àquêles princípios, os sucessos de uma evolução em andamento.

16 — França; tendência institucional.

Na França, onde a doutrina, segundo *René David*, tem muito a ganhar com a utilização das fontes do Direito italiano ⁽⁸⁸⁾, *Hamel e Lagarde* oferecem uma larga visão do assunto. Acentuam, desde logo, que o problema jurídico da empresa tem sido discutido mais particularmente sob o ângulo do Direito Social, do que do Direito Comercial, e, examinando-lhe os elementos constitutivos, entendem que a análise jurídica leva a excluir da definição de empresa os bens nela compreendidos, sobejando apenas os elementos pessoais — prestadores de capital, dirigentes e trabalhadores — cujas relações, graças ao desenvolvimento da legislação social, passaram do feitiço do contrato de trabalho para o terreno institucional ⁽⁸⁹⁾. Discorrem sobre os projetos de lei tendentes à criação de entidades denominadas “*association capital-travail*” e “*association d'entreprise*”, cuja finalidade é assegurar a participação dos trabalhadores na gestão e nos lucros das

87. *Código Civil italiano*: arts. 2.082 e segs.; 2.135 e segs.; 2.188 e segs.

88. René David, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, pág. 131.

89. Hamel et Lagarde *Traité de Droit Commercial*, vol. 1, ns. 207, 208, 212, págs. 243, 246, 249/250.

empresas ⁽⁹⁰⁾, e sobre essa participação e os “*comités d'entreprise*”.

Acrescentam que, no estado atual do direito positivo, a empresa, concebida como a síntese dos elementos antes mencionados, não é uma pessoa moral, nem tem patrimônio, e tal não exclui sua existência jurídica, pois certos agrupamentos, embora destituídos de personalidade, possuem caracteres que o jurista não pode ignorar, como as sociedades de fato. A diferença está em que tais agrupamentos repousam no contrato formado pela manifestação de uma vontade autônoma, ao passo que a empresa é uma instituição, em cujo quadro as vontades individuais, apesar de livres na sua adesão, são submetidas a um regime que não determinam e lhes é imposto em vista do fim colimado ⁽⁹¹⁾. Quanto às suas manifestações exteriores, observam que elas aparecem, melhor do que no Código do Comércio, no Direito Fiscal, onde se considera a empresa como base de taxaço, reconhecendo-se-lhe o caráter de entidade jurídica distinta do empresário, e no Código do Trabalho, segundo o qual, sobrevindo modificação na situação jurídica do empregador, os contratos de trabalho subsistem entre o novo empregador e o pessoal da empresa, representando a idéia de contratos entre a empresa e os empregados.

Resumindo, finalmente, suas ponderações, assim concluem os citados autores: “No direito francês contemporâneo, a empresa já existe — por certos caracteres, limitados na aplicação, mas claros no seu alcance — como entidade jurídica distinta dos elementos que a compõem; ela tem, no espaço, uma vida independente, que se manifesta, no caso de empresa cujo empresário é uma pessoa física, por uma taxaço e um balanço especiais; possui, no tempo, uma continuidade reconhecida pelos Códigos do Trabalho e de Im-

90. *Travaux de la Commission de Réforme du Code de Commerce et du Droit des Sociétés*, vol. 1, págs. 439 e 449.

91. Hamel et Lagarde, *Traité de Droit Commercial*, vol. 1, ns. 213/216, págs. 251 e 258/259.

postos, nos casos de cessão da empresa e fusão de sociedades. Não parece que, no direito francês atual, seja possível levar mais longe o estudo dos caracteres exteriores da empresa; resta saber se o futuro não os completará" (92). Aliás, *Savatier*, afirmando a existência de fendas no conceito tradicional de contrato, sob a pressão de um impulso econômico e social, que leva o novo Direito a reunir os destroços na forma da *instituição*, explica: "o vocábulo *instituição* é cômodo, porque é vago; seus padrinhos, com efeito, *Hauriou* e *Renard*, não lhe deram nunca uma definição suficientemente clara; entretanto, a instituição é oposta, por eles, ao contrato, na sua dupla estabilidade: no espaço e no tempo" (93).

Ripert, sumariando idéias desenvolvidas em obra anterior, onde também observara que "a palavra instituição tem sido tão empregada e para tantas coisas que parece designar uma construção abstrata do espírito" (94), chega a este resultado: "O direito da empresa é, ainda, na hora atual, um direito fragmentário. Ele merecia ser estabelecido com um feitiço coerente e é somente pela criação desse direito que poderá ser realizada uma transformação da economia. O legislador confunde facilmente a empresa com a propriedade ou a sociedade. O Direito Fiscal e sobretudo o Direito do Trabalho têm pôsto a noção em melhor evidência" (95). Afirma, todavia, que "o Direito Fiscal, jactancioso de sua autonomia, pouco se importa em desconhecer o caráter jurídico das pessoas e dos atos" (96). E *Chavrier*, como fêcho ao seu trabalho sobre a evolução da idéia de comercialidade, corroborando no conceito de instituição, "que conquistou o favor de quantos examinam os problemas sociológicos e a Filosofia

92. Hamel et Lagarde, *Tratté de Droit Commercial*, vol. 1, n. 217, págs. 259/260.

93. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, ns. 94 e 95, pág. 81.

94. Ripert, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, n. 46, pág. 119.

95. Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, n. 340, pág. 142.

96. *Idem, idem*, n. 358, pág. 151.

do Direito", conclui não se tratar, ainda, de uma fórmula técnica, manejável pelos práticos, mas de "uma idéia diretriz" que, até então fugaz e imprecisa, poderá vir a penetrar no Direito Comercial, sob a forma da idéia técnica da empresa (97).

17 — Doutrina hispano-americana.

Essa tendência de juristas franceses, em direção ao caráter institucional da empresa, não goza de idêntico favor na doutrina hispano-americana. *Garrigues*, na Espanha, segue trilha diferente, conforme se vê do seu ensinamento, a seguir condensado. Salientando que a unidade econômica da empresa, como ponto de confluência de forças econômicas para obtenção de um ganho, tão conhecida dos economistas e homens de negócio, não se reveste da mesma clareza quando os juristas, para lograrem um conceito enquadrável no sistema do direito positivo ou suscitarem um problema de *lege ferenda*, buscam a possibilidade de reduzir a uma unidade jurídica os distintos elementos da empresa — argumenta que o problema da construção jurídica da empresa compreende duas questões inseparáveis: qual a natureza jurídica da empresa e a que classe pertence o direito do seu titular (98). Em busca de resposta a essas proposições, examina as teorias que dão a empresa como pessoa jurídica, ou patrimônio separado, ou universalidade, ou organização, para rejeitá-las, por não alcançarem a verdadeira natureza jurídica da empresa. Concorda, todavia, em que o seu característico realmente singular reside na *idéia organizadora*, que vincula entre si os elementos patrimoniais da exploração, conferindo-lhes um valor superior à soma dos valores isolados. A unidade econômica daí resultante não recebeu, entretanto, um conceito legal, nem como patrimônio, nem como organização, e, por isso, não

97. Chavrier, *Évolution de L'Idée de Commercialité*, págs. 160, 161.

98. Joaquim Garrigues, *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 1, n. 115, pág. 215.

se pode formular um conceito jurídico unitário de empresa, a qual constitui um conjunto de elementos patrimoniais (coisas e direitos) e de relações de fato, mas não goza de autonomia jurídica (99). Quanto ao direito do titular, trata-se de um direito absoluto, que se exerce sobre um *bem imaterial*, representado pela criação espiritual do empresário ao organizar sua empresa, mas que, no estado atual do direito positivo, dada a falta de unidade jurídica da empresa, recebe proteção separada, em relação a cada um dos elementos heterogêneos que constituem objeto de reconhecimento singular. Outrossim, admitindo que “a empresa, como unidade jurídica, pugna cada dia com mais força por conseguir título de cidadania”, aponta textos esparsos sobre propriedade industrial, arrendamento de locais de comércio, matéria fiscal e Direito do Trabalho, para, afinal, opinar que seria algo prematuro fundar nêles um conceito jurídico unitário da empresa (100).

Na Argentina, *Arecha*, após demorado estudo crítico das doutrinas da empresa, apresenta, em conclusão, o seu próprio conceito geral de empresa e a definição de empresa comercial, esta compreensiva daquele, nos seguintes termos: “*Empresa comercial es la unidad en que se manifiesta la organización del trabajo plurilateral aplicado sobre la riqueza para producir un resultado; intermediando para ello en la circulación de los bienes, o en el trabajo ajeno, o en el cambio de crédito, o en el cambio de eventos, o empleando valores industriales*”. E, em arremate, acrescenta: “*La empresa queda como um hecho que supera todo vano intento de considerarla por si misma una categoria especial de la actividad humana; y ella porque — forzoso es repetir-lo — la empresa responde antes que nada a una dirección anímica de los sujetos humanos. Lo que si podrá ser considerado como una categoria especial será el processo de trabajo que acometa o cumpla*” (101).

99. Joaquim Garrigues, *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 1, ns. 116/120, págs. 218 a 225.

100. *Idem, idem*, ns. 121 e 122, págs. 227 a 230.

101. Waldemar Arecha, *La empresa comercial*, n. 218, pág. 383.

18 — A elaboração doutrinária brasileira na obra de Waldemar Ferreira.

Na doutrina jurídica brasileira, a conceituação da empresa e seu desenvolvimento em relação às figuras do empresário e do estabelecimento, foi de contínua elaboração na obra de *Waldemar Ferreira*. E é ilustrativo da teoria pátria seguir a linha evolutiva do tema, nessa incansável produção científica.

Iniciando a publicação do seu “Tratado de Direito Mercantil Brasileiro”, com a edição do primeiro volume em 1934, cogitou êle da empresa no quadro dos atos de comércio. Examinou-lhe a noção sob o foco da legislação e da doutrina no Brasil, na Itália, em Portugal, na Bélgica. E concluiu por fixar-lhe os elementos constitutivos, tudo no interesse direto de assentar as bases conceituais apropriadas ao estudo, no campo dos atos de comércio por natureza, “das operações das empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte e de espetáculos públicos”, consideradas mercancia pelo art. 19, § 3.º, do Regulamento n. 737, de 1850 (102).

A matéria era tratada, portanto, na órbita dos princípios coordenados pelo Código Comercial, sob influência do padrão francês. Todavia, na segunda edição desse mesmo volume, em 1948, o assunto recebeu outro impulso, a começar pela observação, nova no texto, de que, “por inadvertência, ou não, no rol dos atos de comércio se incluíram certas empresas, e, até, estabelecimentos, quando nêle não deviam figurar, senão e exclusivamente, atos” (103). Já agora ganha importância a configuração do estabelecimento e seu confronto com a empresa, “ponto êste de alta relevância e assás de-

102. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, vol. 1, n. 59, págs. 358 a 366.

103. *Idem, idem*, 2.ª edição do 1.º volume (que ficou desdobrado em vols. I e II), vol. II, n. 60, pág. 191.

batido, por isso mesmo merecedor de estudo mais atento" (104). O texto alarga-se, para recolher a definição de *azienda* do novo Código italiano e o conceito francês de *fonds de commerce*, de modo a determinar, com acrescidos subsídios doutrinários, que do moderno conceito de estabelecimento "desagregou-se o que se veio a atribuir à empresa, que se superpôs ao do estabelecimento e o envolveu a tal ponto que a mesma empresa pode constituir-se de vários estabelecimentos, ou, melhor, formar-se deles, onde nem aquela, como no Brasil, seja dotada de personalidade jurídica. Não a possui, em verdade. Não a possui porque é coisa. Coisa universal, mas coisa. E coisa não pode ser *sujeito*, mas tão-somente *objeto* de direito. Sendo *objeto*, não tem, não pode ter personalidade jurídica" (105).

Em seguimento aos elementos constitutivos da empresa, que na edição anterior encerravam o capítulo, o novo texto acrescenta que tais elementos, em certos casos, coexistem no estabelecimento. Por isso, "a diferença entre a empresa e o estabelecimento, quando se não confundem, é de grau; são círculos concêntricos, cujas circunferências muitas vezes se confundem, pela coincidência de seus âmbitos de atividades"; em relação ao empresário, pessoa natural ou jurídica, que, aglutinando na empresa os três fatores produtivos, a concebe, instala e põe em funcionamento, "confundem-se, no comum, o empresário e a empresa: e, quando o estabelecimento é um só, confundem-se o empresário, a empresa e o estabelecimento. A sínédoque é inseparável do raciocínio e de sua expressão" (106). E, prossequindo na renovação da matéria, coloca o problema da disputa de um lugar "saliente e inconfundível, para um direito novo — o *direito da empresa*", e repara na impropriedade terminológica usada pela Consolidação das Leis do Trabalho, para concluir pela promessa de outros de-

104. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, vol. II, pág. 199.

105. *Idem, idem*, vol. II, pág. 202.

106. *Idem, idem*, vol. II, pág. 203.

envolvimentos do tema: "O assunto presta-se a maiores digressões, que terão cabida no volume especial deste tratado sobre a empresa e o estabelecimento. Aqui é ele examinado sob ponto de vista sumário, no exame da comercialidade dos atos das empresas, no sistema do Código" (107).

A introdução desses aspectos novos da empresa, na segunda edição do "Tratado", de 1948, revela, no entanto, uma seqüência lógica dos critérios adotados pelo autor, em trabalho anteriormente realizado. Efetivamente, em 1944, esgotadas que estavam as edições do seu "Curso de Direito Comercial" e do primeiro volume do "Tratado", parecendo-lhe inconveniente, naquele momento, proceder à revisão e reedição deste, deliberou empreender, em relação com o programa de sua cátedra, a publicação das "Instituições de Direito Comercial", que "não são simples resumo do Tratado. Nem reedição do Curso. Divergem de um e de outro, por sua atualidade e, pois, na forma e no fundo" (108).

Já nessa obra, a empresa — tratada concisamente, no primeiro volume, entre os atos de comércio e, mesmo aí, ficando com a ressalva de que passara "para plano muito mais alto que o de simples organização dos fatores produtivos (natureza, capital e trabalho), ou seja exercício profissional de indústria ou comércio, transmudada em célula mater da organização estatal" (109) — mereceu, no segundo volume, um capítulo especial, para sua conceituação, em cotejo com as do estabelecimento e do empresário, ensejando a comparação das três situações (110). E as concepções então delineadas se desenvolvem na segunda edição do "Tratado" e nas sucessivas edições das "Instituições", consubstanciando o ensinamento do mestre, precisamente sintetizada na sua forma atual: "Revela o exame das três situações em aprêço similitude com

107. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, vol. II, pág. 207.

108. Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, vol. 1, págs. 10 e 11.

109. *Idem, idem*, vol. 1, n. 58, pág. 104.

110. *Idem, idem*, vol. 2, ns. 450 a 453, págs. 38 a 45.

a que se encontra em círculos concêntricos. Tem-se, partindo do centro para a periferia, o estabelecimento, circunscrito pela empresa, e esta pela pessoa natural ou jurídica, mercê de cuja vontade aquêles se instituem e movimentam-se. São três momentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico. Ostentam-se no centro os bens corpóreos e incorpóreos, que constituem o estabelecimento, como universalidade de fato. A empresa superpõe-se-lhe como organização do trabalho e disciplina da atividade, no objetivo de produzir a riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica. Tudo isso, porém, se subordina à vontade e às diretrizes traçadas pela pessoa natural ou jurídica, que as haja organizado, sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento produtor dos lucros, pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos. Não pouco o estabelecimento se confunde com a empresa, notadamente quando mais que um inexistente. Basta, porém, se desdobre êle em sucursais, filiais ou agências, para que a noção de empresa se desprenda do estabelecimento e o envolva, emprestando-lhe halo ou coifa, superposta e bem visível, a despeito de externar-se abstrata e imaginariamente, por não ser mais que criação jurídica, social e, nos dias atuais, de muito alto significado político. Enquanto o estabelecimento se pluraliza, desdobrando-se, a empresa contrai-se, unificando-se e envolvendo-o. De certo modo, individualiza-se, tomando o lugar do proprietário dos estabelecimentos, agindo e operando como se fôsse êle, quando não é mais do que sua sombra ou reflexo" (111).

19 — Substrato econômico e elementos jurídicos. Inexistência, no Direito, de conceito genérico de empresa.

Com êsse inventário de abalizadas opiniões, emitidas na teoria de diversos ordenamentos, parece possível passar-se ao

111. Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, vol. 2, n. 451, págs. 48/49.

balanço das correntes em presença, para apurar-se como resulta o moderno conceito de empresa.

Ao focalizar a ocorrência dos "três momentos ou expressões do mesmo fenômeno", firmando-lhes as relações de interdependência, e ao colocar nos seus respectivos lugares o empresário e o estabelecimento, aquêles, como sujeito, êste, como objeto de direito, *Waldemar Ferreira*, por meio da expressiva imagem em que configura o problema, logra isolar a empresa numa situação inconfundível e, por isso mesmo, propicia ao exame dos elementos econômicos e jurídicos que podem estar combinados no conceito.

Há, indubitavelmente, na concepção de empresa comercial, um substrato econômico, consistente na organização dos fatores da produção, realizada pelo empresário, no sentido da atividade empreendedora, visando à obtenção de lucro e correndo o risco correspondente. Êsse substrato, por estar implícito em todos os enunciados propostos para a definição de empresa, pode ser havido como ponto pacífico na controvérsia, a qual somente surge, quando se trata de complementar o conceito econômico, mediante elementos de ordem jurídica.

Dos quatro "perfis" traçados por *Asquini* e que retratam de um modo geral, as correntes em divergência, o primeiro, onde a figura da empresa substitui a do empresário, é considerado simples "metáfora" ou "sinédoque", a que não corresponde qualquer significado no Direito, pois nenhuma relação jurídica, emergente da empresa, prescinde da participação do empresário. O segundo, que tantos adeptos congrega, nada acrescenta de especificamente jurídico ao conceito econômico da empresa, porque, definindo-a como o fato da organização da atividade empreendedora do empresário, faz depender a realização de sua vida, no Direito, das normas próprias dos sujeitos ou dos objetos, sem lhe conceder um lugar ao sol, como categoria autônoma.

Um conceito genérico e unitário de empresa, não só em termos econômicos, mas também jurídicos, é afirmado por aquêles que lhe atribuem o caráter de instituição. Mesmo

sem penetrar nas incertezas reinantes na conceituação desta e ficando apenas no resultado de que se trata de algo oposto ao contrato, já por aí se vê quão pouco satisfatória é a solução, no quadro do direito vigente. Operando o empresário na base do direito de propriedade e da liberdade de contrato, não bastam os efeitos decorrentes da proteção ao trabalho e dos interesses do fisco, para considerar rompido o sistema vigorante e conceber a empresa como um organismo de cooperação, entre o empresário e seus assalariados, apto a compor, desde logo, uma categoria jurídica nova e independente. É possível que a solução do chamado direito social conduza a conseqüências de tal ordem; contudo, por enquanto, a instituição não exprime uma fórmula técnica e sim “uma idéia diretriz”.

Resta, dos aspectos figurados por *Asquini*, o “perfil patrimonial e objetivo” da empresa, assim descrito: “Propiciando a atividade empreendedora a formação de um complexo de relações jurídicas a cuja frente se encontra o empresário, o fenômeno econômico da empresa, projetado no terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial, distinto, por seu fim, do remanescente patrimônio do empresário”. Mas, adverte o autor, “é de notar-se que as doutrinas tendentes a personalizar tal patrimônio especial e, com isso, identificar a empresa como sujeito de direito, não foram esposadas pelo ordenamento jurídico; nem o foi a construção propensa a fazer dele um patrimônio juridicamente separado do restante do patrimônio do empresário”.

Rejeitado, por estas suas ponderações finais, a última feição da empresa e levada em conta a reserva que se acaba de opor às concepções antecedentes, é de concluir-se pela inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica.

CAPÍTULO II

DO SUJEITO DE DIREITO; FUNDAÇÃO

SUMÁRIO — 1. Pessoa, personalidade, capacidade. — 2. Pessoa jurídica; aspectos econômico e jurídico. — 3. Corporações e fundações; o tema da empresa individual com responsabilidade limitada. — 4. Origem e desenvolvimento da fundação. — 5. As dificuldades da fundação no direito francês. — 6. A estrutura e natureza da fundação no direito alemão; autorização do Estado. — 7. Substituição da autorização pela fiscalização; direito italiano. — 8. A fundação no direito brasileiro e a personalização da empresa individual. — 9. O ato fundacional; irrevogabilidade e gratuidade. — 10. Perpetuidade e finalidades da fundação. — 11. Fiscalização do Ministério Público. — 12. Inexistência de analogia entre a fundação e o instituto destinado a limitar a responsabilidade. — 13. Exame da tese na elaboração doutrinária argentina. — 14. Inadequação do tema à fundação.

1 — Pessoa, personalidade, capacidade.

Pessoa e sujeito de direito são expressões reconhecidas pelos juristas como equivalentes. Observa *Enneccerus* que “o conceito de direito subjetivo, como poder investido pelo ordenamento jurídico que serve à satisfação de interesses humanos, pressupõe um sujeito a quem se atribui este poder, um sujeito de direito ou, o que lhe equivale em linguagem jurídica, uma pessoa” (1). E *Clovis Bevilacqua*, invertendo

1. *Enneccerus, Derecho Civil (Parte General), no Tratado de Derecho Civil, de Enneccerus, Kipp e Wolff, vol. 1, § 76, n. 1. pág. 318.*