

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLV — n. 144 — outubro-dezembro de 2006

## FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN, EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI, PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO e UINIE CAMINHA

DIRETOR EXECUTIVO: HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

SECRETÁRIO ADJUNTO: TARCISIO TEIXEIRA

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL  
publicação trimestral de  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel. (011) 3078-7205  
Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:  
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE  
LIVROS S.A.  
Rua Conselheiro Ramalho, 928  
CEP 01325-000  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel. (011) 3289-0811  
Fax: (011) 3251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros  
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato  
Composição: Scripta

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

- A FATTISPECIE “EMPRESÁRIO” NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ..... 7  
— CALIXTO SALOMÃO FILHO  
CONSIDERAÇÕES SOBRE AS OFERTAS PÚBLICAS PARA AQUISIÇÃO DE AÇÕES  
(OPAs) – ESTADO ATUAL DA QUESTÃO ..... 16  
— VERA HELENA DE MELLO FRANCO

### ATUALIDADES

- A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE VENDA  
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS E O COMÉRCIO INTERNACIONAL  
BRASILEIRO ..... 59  
— EDUARDO GREBLER  
USO LÍCITO E ILÍCITO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO ANTITRUSTE  
BRASILEIRO ..... 73  
— MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO  
CONTORNOS JURÍDICOS E MATIZES ECONÔMICAS DOS CONTRATOS DE  
INTEGRAÇÃO VERTICAL AGROINDUSTRIAIS NO BRASIL ..... 84  
— NUNZIATA STEFANIA VALENZA PAIVA  
DEVERES LEGAIS E CONDUTA ÉTICA DE MEMBROS DO CONSELHO DE  
ADMINISTRAÇÃO E DE PROFISSIONAIS ..... 107  
— KLAUS HOPT (trad. de ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA e MAURO MOISÉS KERTZER)  
AS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO (CCBs) COMO VALORES MOBILIÁRIOS ..... 120  
— HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA  
A DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES E OS NOVOS DESAFIOS DA  
REGULAÇÃO DOS MERCADOS DE CAPITAIS ..... 128  
— WALFRIDO JORGE WARDE JR.  
RESPONSABILIDADE POR OBRIGAÇÕES E DÍVIDAS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA  
NA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E  
NA FALÊNCIA ..... 138  
— JORGE LOBO  
DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO FAZENDÁRIO NA FALÊNCIA DO CONTRIBUINTE ..... 146  
— VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO  
A DEFINIÇÃO LEGAL DE “EMPREGADOR” E O CONCEITO DE “EMPRESA”  
SEGUNDO OS PERFIS DE ASQUINI ..... 152  
— UINIE CAMINHA e BEATRIZ RÉGO XAVIER  
MEDIANDO CONFLITOS EM EMPRESAS ..... 165  
— LILIA MAIA DE MORAIS SALES e EMANUELA CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR

Direito/Mestrado e Doutorado da UNIFOR – Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFCE – Diretora-Presidente do Instituto Mediação Brasil – Membro no Brasil do Projeto de Pesquisa *Investing Social Capital: Exploring the Multi-Door Courthouse as a Catalyst to Maximize Latin America Dispute Resolution Systems*, da University of St. Thomas

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO  
Mestre em Direito pela UNESP, campus de Franca/SP – Doutorando em Ciências Sociais e Políticas pela UNESP, campus de Araraquara – Professor da FEA-USP, campus de Ribeirão Preto – Advogado

MARCOS BARBOSA PINTO  
Bacharel em Direito pela USP – Mestre em Direito pela Universidade de Yale – Doutorando em Direito pela USP – Diretor da Comissão de Valores Mobiliários

MARCOS VINÍCIUS PULINO  
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Membro-Fundador do Instituto Brasileiro do Direito da Energia/IBDE – Membro da Câmara de Mediação e Arbitragem do IBDE – Advogado em São Paulo

MAURO MOISÉS KERTZER

NUNZIATA STEFANIA VALENZA PAIVA  
Professora de Direito Civil e Direito Internacional Privado da Escola de Estudos Superiores de Viçosa/MG (ESUV) – Mestre em Direito Civil pela UFMG – Especialista em Direito Agrário Internacional pelo *Instituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato* (Firenze/Itália)

RACHEL SZTAJN  
Professora Associada da Faculdade de Direito da USP

RAFAEL DE MOURA RANGEL NEY  
Advogado no Rio de Janeiro

UNIE CAMINHA  
Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP – Professora da UNIFOR e da UFCE – Advogada

VERA HELENA DE MELLO FRANCO  
Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP – Advogada em São Paulo

VINÍCIUS JOSE MARQUES GONTIJO  
Professor de Direito Comercial

WALFRIDO JORGE WARDE JR.  
Doutor em Direito Comercial pela USP – LLM pela *New York University School of Law* – Advogado em São Paulo

# Doutrina

## A FATTISPECIE<sup>1</sup> “EMPRESÁRIO” NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1. Surgimento da *fattispecie* “empresário” e desaparecimento da *fattispecie* “comerciante”. 2. Função econômico-jurídica da *fattispecie* “empresário”. 3. *Empresário*, organização e atividade. 4. Organização empresarial e institucionalismo. 5. Empresa, organização e registro: 5.1 Função econômica do registro – 5.2 Efeitos do registro de *empresário* – 5.3 Patrimônio separado. 6. Conclusão: a *fattispecie* e disciplina do *empresário*.

A primeira e talvez mais importante característica do Código Civil em matéria de direito da empresa é exatamente ter previsto a figura do *empresário*, ao mesmo tempo em que revogava o Título I do Código Comercial (“Dos Comerciantes”).

Apesar de impactante, essa mudança tem, como se verá, poucos efeitos sobre a disciplina. Essa é a razão para a escolha do título do presente artigo.

1. O termo italiano *fattispecie*, tão utilizado em nossa doutrina, deriva do Latim *facti species* (imagem do fato). Ausente das fontes justinianéias, é provável que a expressão tenha aparecido na *Idade Média*. De toda forma, é a melhor representação linguística de um acontecimento ou situação a cuja verificação a norma associa determinada consequência jurídica – ou, na nomenclatura moderna, da hipótese legal de incidência. É nesse sentido que o termo italiano, hoje consagrado pela doutrina e em ausência de terminologia própria em Português, será usado ao longo desse artigo. Note-se que aqui a utilização do termo *fattispecie* é no seu sentido próprio acima mencionado, isto é, imagem ou figura do fato prevista na lei, e não suporte fático (*Tatbestand*) existente na realidade. V., para a distinção entre ambos, A. Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, tese não publicada, São Paulo, 1986, p. 13, nota 13, com citações bibliográficas.

### 1. Surgimento da *fattispecie* “empresário” e desaparecimento da *fattispecie* “comerciante”

Evidentemente, a referida substituição não é e nem poderia ser perfeita. A questão que a partir de agora assombrará a doutrina nacional é exatamente a mesma com a que se defrontou a doutrina italiana com o Código Civil unificado de 1942, no qual o Código Civil brasileiro fortemente se inspirou: como dar sistematicidade ao conceito de “empresa”.

A primeira questão que se coloca é se é possível simplesmente substituir na *fattispecie* o conceito de “comerciante” pelo de “empresário”, aplicando diretamente a disciplina de direito comercial, que tem no primeiro conceito sua referência principal.

Evidentemente, uma resposta positiva esbarra em problemas de monta. Em primeiro lugar, uma noção de “empresário” centrada, como é, em torno do conceito de “organização” reduz expressivamente o âmbito de aplicação de dispositivos como a Lei Falimentar. Isso porque, enquanto

Errata à RDM 143, p. 5:

JULIANA PITELLI DA GUIA  
Pós-Graduanda da USP

a noção de “comerciante” jamais excluiu a atividade organizada, nem todo comerciante tem necessariamente uma organização empresarial à sua disposição. Daí por que em matéria de direito falimentar já se discutiu a aplicação da Lei Falimentar a atividade “em via de organização”.<sup>2</sup>

Mas muito mais importante e grave que isso é o problema decorrente da existência de objetivos diversos por trás de cada conceito. O conceito de “comerciante”, por ser formado a partir exclusivamente de características subjetivas (caráter profissional, exercício de atividade econômica) – ao contrário da noção de “empresário”, que inclui, ao lado destas, também características objetivas (organização) –, é mais apto a captar situações em que a especificidade da disciplina se justifica exatamente em função exclusivamente dessas características subjetivas especiais.

Parece natural, portanto, que enquanto subsistirem esses estatutos especiais seja necessário falar em atividade do empresário comercial e não-comercial, exatamente como se faz em outros ordenamentos, tenham eles disciplina comercial diferenciada (Direito Alemão),<sup>3</sup> ou não (Direito Italiano).<sup>4</sup> O próprio Código Civil brasileiro dá a entender ser esse seu objetivo, ao assegurar, nos arts. 970 e 971, tratamento diferenciado ao empresário rural e ao pequeno empresário – exatamente aquelas categorias consideradas quase unanimemente pela doutrina como de empresários não-comerciais.<sup>5</sup>

2. Cf. P. G. Jaeger, *La Nozione d'Impresa dal Codice allo Statuto*, Milão, Giuffrè, 1985, pp. 52 e ss.

3. Cf. K. H. Capelle e C. H. Canaris, *Handelsrecht*, 19ª ed., Munique, Beck, 1980, pp. 30 e ss.

4. Cf. P. G. Jaeger, *La Nozione D'impresa dal Codice allo Statuto*, p. 37; e G. Oppo, “Note preliminari sulla commercialità dell'impresa”, in *Diritto dell'Impresa – Scritti Giuridici I*, Pádua, CEDAM, 1992, pp. 167 e ss.

5. Cf. K. H. Capelle e C. H. Canaris, *Handelsrecht*, 19ª ed., p. 31, excluindo da caracterização como *kaufmännische Unternehmen* “die sogenann-

Note-se que afirmar que a substituição é imperfeita não significa que poucas mudanças ocorreram. O que ocorre é que essas mudanças decorrem menos da introdução de uma nova *fattispecie* – *empresário* – e mais do desaparecimento de outra – *comerciante*.

Como visto, a introdução da primeira, além de implicar poucas conseqüências aplicativas, exige o recurso à segunda, para sua correção sistemática.

Já o desaparecimento da disciplina do comerciante do direito positivo é muito mais preocupante. Implica, em primeiro lugar, o desaparecimento do principal – e talvez único – subsistema hetero-integrado de nosso ordenamento jurídico, ou seja, de uma das poucas disciplinas que reconheciam expressamente no costume uma fonte do Direito. É desnecessário comentar o arejamento para influxos e transformações jurídicas e de costumes trazido por essa regra. A substituição por um sistema auto-integrado como o direito privado, que desde a codificação napoleônica se opõe frontalmente à hetero-integração, exatamente para eliminar o pluralismo de fontes e ordenamentos típicos da Idade Média, não é um processo indolor e nem de todo coerente.

No direito civil a analogia é regra interpretativa que dá coerência lógica ao sistema. Com efeito, se o sistema legal não reconhece outras manifestações do Direito que não ele mesmo, é preciso criar uma regra de fechamento que permita dar resposta mesmo a situações por ele não previstas. E essa regra é a *analogia*.

Parece bastante evidente que, sobretudo em matéria comercial (ou empresarial), a analogia não é boa substituta dos costumes. O sistema econômico transmite suas necessidades de transformação primordialmente através da mudança de

ten kleineren Unternehmen, die freien Berufe, die öffentlichen Unternehmen, die land und forstwirtschaftlichen Betriebe”.

costumes em matéria empresarial. Sendo assim, para manter aberto canal de comunicação entre sistema econômico e Direito é fundamental a manutenção dos costumes como fonte do Direito. É desse último que partem as mudanças em matéria empresarial. Domesticá-los a princípios sociais e distributivos é tarefa do Direito, mas do direito público e do empresarial público,<sup>6</sup> e não de uma codificação privatista. Nesta as contribuições da prática e dos costumes empresariais são bem-vindas, como formas de descobrir novas soluções jurídicas. A hetero-integração, e não a auto-integração, é, portanto, elemento fundamental.

É de se esperar que doutrina e jurisprudência mantenham viva a hetero-integração em matéria empresarial, continuando a reconhecer a força interpretativa e construtiva dos costumes no direito da empresa.<sup>7</sup>

## 2. Função econômico-jurídica da *fattispecie* “empresário”

Não parece haver dúvida de que a opção por definir a noção de “empresário”, adotada pelo Código Civil, não tem como objetivo criar uma nova *fattispecie* “empresário”, para a atribuição de subjetividade jurídica a essa nova figura. Para que isso ocorresse seria necessário que, ao lado da criação da *fattispecie*, a ela se relacionasse uma disciplina completa ligada a essa nova característica. Desse modo, assim como os comerciantes em seus atos e contratos tinham uma disciplina especial, o empresário deveria tê-la. À exceção das regras societárias, essa disciplina abrangente não foi criada.

6. Sobre esse conceito v. C. Salomão Filho, “Direito empresarial público”, *RDM* 112 (1998).

7. Note-se que as críticas feitas acima não significam que a codificação unificada tenha trazido só conseqüências negativas para o sistema. Exatamente em função da unificação legislativa, certos institutos – típicos do direito comercial –, entre os quais a função social e a boa-fé objetiva, foram generalizados para todo o direito privado.

Na verdade, a função da definição de “empresário” parece ser a de fornecer um novo padrão de raciocínio e de certa distinção de situações jurídicas, isto é, substituir a dicotomia civil-comercial pela dicotomia empresário-não-empresário. Como visto acima, essa substituição não se faz perfeita, sobretudo com relação aos estatutos especiais, não disciplinados pelo Código Civil.

Com relação às matérias disciplinadas pelo Código Civil a definição de “empresário” serve até o momento para diferenciar a sociedade empresária da simples, permitindo a aplicação das respectivas disciplinas.

É, portanto, na vertente societária que se deverá aprofundar a disciplina relativa à empresa.

## 3. *Empresário, organização e atividade*

Qualquer tentativa de captação em fórmulas jurídicas do conceito de “empresa” enfrenta sérias dificuldades. A mais séria delas, de que dá conta o Código Civil brasileiro, é, sem dúvida, decorrente do conhecido “polimorfismo” do termo, já destacado por A. Asquini no clássico trabalho *Profili dell'Impresa*. Desse polimorfismo decorre a óbvia dificuldade de escolha de critérios para caracterização da *fattispecie*.<sup>8</sup>

8. Esse problema é sentido de forma bastante contundente no ordenamento italiano, em que muito se escreveu, desde o Código Civil de 1942, sobre a sorte dos quatro perfis individuados por A. Asquini. G. Oppo identifica uma ligação entre os vários perfis da qual “emerge già una realtà giuridica ‘totale’ quanto la realtà sociale” (“Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano”, *Rivista di Diritto Civile* 1976, I, pp. 591-592). P. G. Jaeger sustenta, ao contrário, que os quatro perfis se reduziram a apenas um não por fusão, mas por completo desaparecimento dos demais como “dati normativamente qualificanti” (in *La Nozione d'Impresa dal Codice allo Statuto*, p. 49). É interessante observar, portanto, que ambos os autores consideram que uma *fattispecie* “empresa” é identificável no ordenamento italiano apenas no perfil subjetivo do termo, seja

No Direito Brasileiro a opção foi pela concentração no perfil subjetivo. Para sua definição, no entanto, são utilizados elementos dos perfis funcional e institucional. A compatibilização entre eles está longe de ser tarefa fácil.

Em primeiro lugar, é preciso observar que no Direito Brasileiro a utilização da figura do empresário como *fattispecie* decorre menos de uma história legislativa tendente a reconhecer sua prevalência e mais de um aparente objetivo de afastar por completo a idéia de criação de um ente (a empresa) ao qual pudesse ser reconhecido algum grau de subjetividade jurídica.

Ocorre – e aqui surge o primeiro grave problema de compatibilização – que a utilização do termo “organização” aproxima a *fattispecie* da concepção institucional (corporativa) da empresa. Mas essa, para existir, deve ser atribuída à empresa, e não ao empresário. É aqui que a quadripartição de Asquini, tão repetida quanto despida de eficácia aplicativa, ganha relevância prática. Exatamente ao compreender que *empresário* e *organização* são perfis de uma mesma realidade – a empresa – é que é possível dar coerência ao dispositivo comentado.

A consequência de tudo isso é muito relevante: a possibilidade de atribuir à empresa e à sociedade empresária (art. 982) característica institucional terá relevância fundamental para toda a aplicação da disciplina societária.

#### 4. Organização empresarial e institucionalismo

Esse ponto – sem dúvida, bastante relevante – merece aprofundamento. Per-

este redutível (P. G. Jaeger, *La Nozione d'Impresa dal Codice allo Statuto*, pp. 49-50) ou não (G. Oppo, “L'impresa come *fattispecie*”, *Rivista di Diritto Civile*, 1982, I, pp. 109-110) à noção de “empresário”. É exatamente o que parece ocorrer no Direito Brasileiro, onde o legislador optou por se referir diretamente a empresário, e não a empresa.

gunta-se: qual o fundamento para afirmar a necessária vinculação entre organização e teoria institucionalista? O fundamento é tanto histórico quanto sistemático.

Historicamente a evolução do institucionalismo é marcada exatamente pela passagem de uma concepção publicista do interesse social (o institucionalismo clássico de W. Rathenau) para uma concepção organicista, que procura integrar na sociedade feixes de interesses por ela influenciados.<sup>9</sup>

Do ponto de vista sistemático a relação entre ambos torna-se clara. O próprio conceito de “organização”, seja ele entendido na vertente econômica coasiana de organização de feixe de contratos<sup>10</sup> ou até mesmo na vertente contratualista de conjunto de regras provenientes de um contrato (teoria do contrato-organização<sup>11</sup>), exige a afirmação da independência da instância organizadora. Sem essa independência não há organização possível. Não é possível regulamentar a influência recíproca entre atos, bens jurídicos e sujeitos de direito

9. Cf., a respeito, C. Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 30 e ss.

10. O recurso ao fundamento econômico justifica-se: o raciocínio econômico é, sem dúvida, parte importante de qualquer teoria organizativa da empresa, sobretudo por sua capacidade de lançar luz sobre os efeitos das mudanças sobre as relações econômicas (no caso de Coase o principal interesse da teoria é, sem dúvida, a identificação dos resultados produzidos sobre os custos de transação). Sua utilidade como elemento de análise (e não como determinante de objetivos) é, nesse ponto, indiscutível (v., para uma análise crítica da utilidade e objetivos da chamada análise econômica do Direito, C. Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pp. 28-30).

11. É interessante notar que na elaboração da teoria do contrato-organização criticam-se duramente concepções – como a de T. Ascarelli – que não conseguem desprender-se do tradicional esquema de raciocínio baseado no binômio direito subjetivo/ato (utilizado por essa autor na diferenciação entre contratos de permuta e associação). Ora, negar essa distinção é exatamente afirmar a autonomia da instância organizativa societária (cf. P. Ferro Luzzi, *I Contratti Associativi*, Milão, Giuffrè, 1976, pp. 1.097-1.121).

sem que a essa coordenação se atribua um objetivo específico e distinto dos objetivos próprios dos coordenados. A independência e a autonomia de interesses da organização são, portanto, necessidades lógicas. Ora, independência de interesses só haverá caso seja reconhecido o valor institucional da organização. Daí a relação lógico-sistemática entre os dois termos.

#### 5. Empresa, organização e registro

Se o reconhecimento como entidade independente é fundamental para que a empresa tenha disciplina organizativa coerente, então, é preciso estudar os institutos que permitem esse reconhecimento. O principal deles é, sem dúvida, o registro.

Não há reconhecimento externo sem registro. Isso faz com que o registro e sua disciplina se tornem elemento central para a conformação da *fattispecie* “empresário”.

##### 5.1 Função econômica do registro

É bem sabido que a função principal do registro é a publicização do ato. Essa função econômica geral de publicização do ato leva a três consequências jurídicas, normalmente identificadas pela doutrina.<sup>12</sup> Em primeiro lugar, exatamente por trazer a público ato que pode produzir efeitos perante terceiros, ele produz duas presunções: da legalidade e da correção formal. Trata-se, ambas, de presunções relativas, não impedindo a contestação da validade da sociedade por vício originário de constituição. Tornam, no entanto, muito mais comum a manutenção dos efeitos de contratos e atos jurídicos concluídos por terceiros, que contrataram de boa-fé com a sociedade em função da existência do registro.

A segunda e a terceira consequências são, por assim dizer, espelho uma da ou-

12. K. H. Capelle e C. H. Canaris, *Handelsrecht*, 19ª ed., pp. 23 e ss.

tra. De um lado, um ato não-registrado não pode ser oposto a terceiros; e, de outro, uma vez registrado, produz-se verdadeira ficção de conhecimento público, não podendo o terceiro furtar-se a reconhecer e aplicar seu conteúdo, naquilo que a lei estabelecer que lhe seja aplicável.

Evidentemente que esses últimos dois efeitos têm relevância apenas na medida em que à existência de registro a lei vincular alguma disciplina específica. Como se verá abaixo, a não ser em relação à tipificação da sociedade empresária, esse ainda não é o caso tratando-se do registro de empresário.

Vistas de um ponto de vista global, essas várias consequências fazem do registro um poderoso instrumento de expansão para a esfera social dos efeitos jurídicos de negócios entre privados. Como tal, o registro traz consigo a premente questão da correta alocação de riscos em relações de massa. A tendência recente – como não poderia deixar de ser – é de crescente tentativa de diferenciação das relações e dos terceiros envolvidos, diferenciando aqueles terceiros capazes de bem avaliar os riscos envolvidos nas negociações com o ente registrado e aqueles que não têm condições para tanto.<sup>13</sup>

Essa tendência – é verdade – faz-se notar com mais força em relação a consequências jurídicas não diretamente ligadas ao ato sob registro, como a desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo. O fato de esta ser admitida com muito mais frequência e boa vontade para credo-

13. Cf., em doutrina, P. Buchmann, *Registerpublizität und Gläubigerschutz bei der Einmangellschaft*, Frankfurt-Bern, Lang, p. 76, afirmando que é incomum e deve existir uma presunção de que os credores – especialmente os pequenos – sequer verificam os registros antes de negociar com a empresa. Como registra o autor, na Alemanha a diferenciação está inclusive expressa em lei, já que existe uma obrigação só para os bancos de verificar a situação econômica do devedor nos empréstimos de monta (*Gesetz über das Kreditwesen*), obrigação que inclui também, segundo a doutrina, a verificação dos registros.

res não-profissionais deriva da diferente percepção de julgadores e doutrinadores de capacidade de avaliação do risco global da empresa – e não só do ato registrado – por essas diversas categorias de indivíduos.<sup>14</sup> Na medida, no entanto, em que essa avaliação depende da correta mensuração de riscos do ato registrado – e isso ocorre também na desconsideração, que com frequência tem por fundamento a nulidade da constituição –, essa diferenciação pode e deve se estender para os efeitos diretos do ato registrado.

### 5.2 Efeitos do registro de empresário

Estabelecida a função econômico-jurídica do registro, a questão doutrinária mais importante é, sem dúvida, aquela relativa aos efeitos do registro. Cumpre, então, indagar, do ponto de vista jurídico, o significado do registro como empresário. À primeira vista, a conclusão aparente é a de que não decorrem conseqüências aplicativas importantes do registro como empresário. Com efeito, nos artigos subsequentes (v.g., art. 982) as – poucas – conseqüências jurídicas da qualificação como empresário são decorrentes das características estabelecidas no art. 966, e não do registro. Essa conclusão não é, no entanto, totalmente precisa.

Com efeito, da teoria geral das irregularidades em direito societário é possível retirar algumas considerações interessantes sobre os efeitos do registro ou da falta dele.

A primeira constatação importante é que as situações de irregularidade nun-

14. Talvez a demonstração mais eloqüente dessa tendência seja a forte diferença de tratamento dada pela jurisprudência entre credores trabalhistas e o Fisco, de um lado, e credores profissionais, de outro. A tendência é claramente de aplicação mais ampla da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para o primeiro grupo que para o último (v., nesse sentido, a análise de jurisprudência em C. Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 142, nota 193).

ca impedem a imposição de obrigações à empresa (no sentido de conjunto de bens e direitos devotados àquela atividade – v., infra, item 5.3) ou ao empresário, mas apenas a oponibilidade de direitos ou declarações a terceiros. Desse modo, é difícil imaginar que qualquer direito ou benefício que venha a ser atribuído ao empresário possa vir a ser usufruído em relação a terceiros que os concedem (exemplo: Fisco) sem o regular registro. A irregularidade impedirá, então, a aquisição de direitos contra terceiros pelo empresário.

A questão, então, é se esta irregularidade é sanável, ou não. No fundo, essa questão implica indagar do efeito da publicidade proporcionada pelo registro. Em relação às características de empresário seria a publicidade proporcionada pelo registro notícia, declaratória ou constitutiva.<sup>15</sup> Se notícia, a inexistência de registro como empresário em nada afeta a atribuição de direitos que decorram dessa qualidade. Sendo declaratória, a chamada prova de conhecimento da natureza de empresário pelo terceiro será suficiente para permitir a atribuição do direito. Desnecessário dizer que esse raciocínio é aplicável exclusivamente nos casos em que a teoria da aparência é que está a impedir a atribuição dos referidos direitos. Ora, demonstrado o conhecimento pelo terceiro, desaparece qualquer óbice ao reconhecimento da existência de direitos decorrentes do registro. Finalmente, se a publicidade do registro fosse constitutiva de direitos, não é necessário provar conhecimento por terceiros da natureza “empresarial” do indivíduo; basta que se prove objetivamente a existência do registro e das características que lhe são típicas.

É importante, aqui, observar que relativamente à publicidade notícia não é correto falar em eficácia do ato. Na aquisição da qualidade de empresário não há negócio

15. Cf., para as várias figuras no Direito Italiano, C. Angelici, *Diritto Commerciale I*, Roma, Laterza, 2002, pp. 45 e ss.

jurídico, ao qual se possam aplicar as clássicas categorias. Há – isso, sim – a concorrência de vários elementos objetivos, que permitem a caracterização de uma determinada natureza. O ato de registro de empresário não se faz, portanto, em relação a um negócio jurídico. Limita-se a reconhecer características especiais a determinada pessoa. Essa conclusão tem importância fundamental no que toca à aplicação do Código do Consumidor às relações com empresários no exercício de sua atividade regular.

Antes de tudo, é preciso deixar claro que a natureza do ato de publicidade decorrente do registro raramente é dada pela norma que o prevê, mas sim pelas regras singulares que aplicam a disciplina àquela específica *fattispecie*. O registro, portanto, poderá ser declaratório para certos fins e constitutivo para outros etc. No caso brasileiro poucas são as regras que estabelecem disciplina específica para o empresário. A primeira delas, o art. 982, é de interpretação mais complexa do que aparenta. A conclusão direta de seu texto, de que a natureza empresarial é reconhecida às sociedades que têm as características previstas no art. 966, não é talvez a mais correta. Isso porque o art. 986 prevê regerem-se pelas regras das sociedades em comum (na verdade, sociedades de fato e irregulares) todas as sociedades que não têm atos constitutivos inscritos no registro próprio. Assim, mesmo as sociedades empresárias só passam a ser regidas pelas regras a elas relativas (sobre sociedade por quotas, em conta de participação etc.) após o registro. Até lá são regidas pelas regras dos arts. 986 a 990. Assim, quanto às sociedades empresárias, não há como negar a característica constitutiva do registro.

Como já exposto, por ser *fattispecie* nova, a figura do empresário não encontra, ainda, muito reconhecimento legislativo, o que torna difícil encontrar disciplina que dependa da existência de características de empresário ou do registro como tal. Talvez a hipótese mais próxima em que se possa

raciocinar, *a contrario sensu*, nesses termos é a aplicação do Código do Consumidor. Claramente, não será possível qualificar como destinatário final alguém que adquira produtos para transformá-los exercendo de modo profissional atividade econômica organizada. São, portanto, as características previstas no art. 966, e não o ato formal de registro do art. 967, a produzir as conseqüências jurídicas. Essa constatação, aparentemente óbvia,<sup>16</sup> será relevante para analisar normas futuras que venham a criar especial disciplina para o empresário. Será de sua referência expressa às características objetivas do empresário ou à existência do registro que dependerá o estabelecimento preciso de seus efeitos.

### 5.3 Patrimônio separado

Poder-se-ia ainda, como conseqüência prática do registro, cogitar da criação de um patrimônio separado constituído pelos bens da empresa, obviamente nos casos em que essa não fosse acompanhada pela constituição de sociedade dotada de personalidade jurídica, hipótese na qual a separação de patrimônios é automática.

No Brasil já há muito tempo se debate a respeito da conveniência, ou não, de se fazer uma exceção ao princípio da responsabilidade integral da pessoa pelos seus débitos.<sup>17</sup> As opiniões favoráveis à

16. A obviedade é apenas aparente. Renomada doutrina nega-se a reconhecer características típicas à chamada *societate irregular* (v., nesse sentido, G. B. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 10ª ed. (a cura di C. Angelici e G. B. Ferri), Turim, UTET, 1996, p. 357). Essa observação, no entanto, só é sustentável no Direito Italiano em função de particulares dispositivos a reconhecer caráter parcialmente constitutivo ao registro de empresas e sociedades (cf. C. Angelici, *Diritto Commerciale I*, pp. 46 e ss.). No ordenamento brasileiro será sustentável sempre que, como no art. 986, já mencionado, a lei estabelecer regime diferenciado em caso de inexistência de registro.

17. Cf., contra: W. Ferreira, *Tratado de Direito Comercial – O Estatuto do Comerciante*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1960, pp. 261 e ss.; W. Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Ed. RT,

limitação de responsabilidade tenderiam, de início, a defender a limitação de responsabilidade através da forma não-societária. Os poucos projetos legislativos apresentados – nenhum deles aprovado – eram todos nesse sentido.<sup>18</sup>

Considerações de ordem sistemática, de direito positivo, sempre impediram, no entanto, a aceitação da forma não-societária para a organização da atividade do comerciante individual. Isso porque é também tradicional no direito positivo brasileiro a aversão à atribuição de personalidade jurídica (ou algum grau de personificação jurídica) a outros entes de direito privado que não as sociedades, associações e fundações. Essa característica, já manifesta no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916, reitera-se no atual Código, em seu art. 44. O velho problema da unidade do patrimônio assume outra face. Admitida a possibilidade teórica de existência de patrimônios especiais não-personificados – tendência, hoje, fortemente dominante na doutrina –, coloque-se o problema de como atribuir a necessária subjetividade ao patrimônio separado. Ainda que fosse possível aproximá-lo da forma societária, a perpetuidade e a transferibilidade não poderiam ser obtidas sem a plena personificação. Tais características são, obviamente, interessantes para o empresário que pretende separar uma parte de seu patrimônio pessoal para a atividade empresarial, segregando reciprocamente seus riscos. Em consequência, surge o dilema: personificar o patrimônio, adotando a forma societária, ou mantê-lo na forma não-societária e não-subjetivada, o que diminui enormemente sua utilidade.

1985, p. 416; a favor: S. M. Machado, *Limitação de Responsabilidade do Comerciante Individual*, São Paulo, 1956; J. M. Othon Sidou, “A atividade negocial no anteprojeto do Código Civil”, *RT* 465/11.

18. Cf. W. Ferreira, *Tratado de Direito Comercial – O Estatuto do Comerciante*, vol. 2, p. 261, e J. M. Othon Sidou, “A atividade negocial no anteprojeto do Código Civil”, *RT* 465/14, esse último comentando o “Projeto Orlando Gomes”.

Mas o problema não pára aí. Em face dessa aparente divergência entre opiniões sustentadas pela doutrina a respeito da possibilidade de existência de patrimônios separados e a tradicional aversão do legislador de direito privado à atribuição, a estes, de subjetividade jurídica, o legislador processual de 1973 resolveu tomar partido na questão. O art. 591 do CPC contém a regra geral de responsabilidade patrimonial integral do devedor pelos seus débitos, à exceção das previsões legais contrárias. Essas exceções legais expressas são as previstas no art. 649 do mesmo Código. Nelas não se encaixa a hipótese de patrimônio separado para fins de exercício de atividade de empresa. Nenhuma disposição existe quanto aos bens destinados a uma determinada atividade comercial ou empresarial.

O único dispositivo que poderia aproximar-se da hipótese aqui discutida é o inciso I do art. 649 do CPC, que diz serem impenhoráveis os bens inalienáveis e os bens declarados, por ato voluntário, não-sujeitos a execução. Poder-se-ia ter a impressão de que o legislador teria aberto uma brecha para a separação voluntária de patrimônios. Não foi o que ocorreu, no entanto. Em primeiro lugar, o legislador refere-se aos bens absolutamente impenhoráveis. Assim sendo, caso um comerciante pretendesse utilizá-los para a formação de seu “patrimônio separado”, qualificando como não sujeitos à execução os bens nele compreendidos, a consequência seria, pura e simplesmente, que esses bens não seriam tampouco penhoráveis pelas dívidas comerciais. Ou seja, na prática, o comerciante não teria bens livres para dar em garantia – e, conseqüentemente, não teria crédito.

Mas essa hipótese, além da sua inviabilidade prática, é também sistematicamente inadmissível. Com efeito, tal interpretação seria incompatível com o art. 591 do CPC, segundo o qual as exceções à responsabilidade patrimonial integral decorrem da lei, e não da vontade das partes. Isso porque nesse caso a impenhorabilidade

de estaria sendo claramente utilizada como artifício para obter a limitação de responsabilidade. A conclusão é, portanto, pela inexistência de reconhecimento legislativo do patrimônio separado (como retro definido) no Brasil.

Não é possível, portanto, da possibilidade de registro do empresário concluir pela criação de qualquer forma de separação patrimonial, caso este decida exercer a atividade empresarial na pessoa física.

Conclui-se, portanto, que em matéria de registro não há disciplina especial para o empresário. A regulamentação do registro contribui, então, exclusivamente para a transparência (publicidade) da *fattispecie* “empresário”.

## 6. Conclusão: *fattispecie* e disciplina do empresário

As considerações feitas no presente estudo levam a algumas constatações interessantes.

A mais importante delas – e que justifica a escolha do título – é que no Código Civil o termo “empresário”, quando tomado isoladamente,<sup>19</sup> mais que uma disciplina, é uma *fattispecie*.

Ora, como o sentido da última se faz ver pela presença da primeira, é de esperar

que em leis especiais a *fattispecie* “empresário” venha a ganhar disciplina concreta e, então, função específica. É curioso, pois isso representará nada mais, nada menos que um retorno ao particularismo do direito comercial (ou, como visto, na versão atual, direito empresarial), caminho absolutamente natural no movimento historicamente pendular das codificações.

Essa contínua movimentação é dada pela tensão constante entre interesses que exigem tratamento diferenciado (ou pela profissionalidade – como era o caso dos comerciantes, e agora empresários, que requer, em muitos casos, que a eles seja dado tratamento jurídico mais rigoroso; ou, ao contrário, pela necessidade de proteção especial de determinados grupos de hipossuficientes, como é o caso da legislação do consumidor) e as forças constantes, historicamente importantes no campo do direito civil, no sentido da generalização e universalização de tratamento jurídico uniforme.<sup>20</sup> É bom sempre lembrar que, em especial em presença das enormes disparidades econômicas geradas pela sociedade moderna, a generalidade de tratamento atribuída pelas normas civis clássicas, ao invés de uma garantia do cidadão, com frequência revela ser um grave risco e uma importante fonte de aprofundamento dos desequilíbrios sociais e econômicos.

19. Essa restrição é importante, pois talvez a maior eficácia aplicativa do termo esteja no art. 982, quando adjetivado à sociedade (sociedade empresária).

20. A essas duas forças N. Irti, em sua obra clássica (*L'Età della Decodificazione*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1989, p. 61) deu os nomes, respectivamente, de “institucionalização” e “movimento”.