

# Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro

## *Notes on the concept of entrepreneur and enterprise in the Brazilian civil code*

Rachel Sztajn\*

### Resumo

*O conceito de empresário adotado pelo legislador brasileiro de 2002 é impreciso. Precisar seu conteúdo implica a leitura e interpretação de outros dispositivos do Livro II. A harmonização dos vários dispositivos legais induz à conclusão de que, por via transversa, o termo empresário equivale a comerciante e a definição do art. 966, tendo em vista o disposto no seu parágrafo único, embora o Livro II seja denominado Do Direito de Empresa, além de não conceituá-la, quando trata do empresário, pessoa natural ou jurídica, o faz de maneira residual. Demais disso, o alegado ineditismo no tratamento da matéria, nada mais fez do que tornar empresário e comerciante como sinônimos.*

**Palavras-chave:** *Empresário. Comerciante. Empresa.*

### Abstract

*The concept of entrepreneur that Brazilian legislators introduced in the Civil Code lacks precision. Interpreters must peruse several other articles to understand the meaning of said concept. The ambiguity created by the wording of article 966 and its sole paragraph leads to the conclusion that, regardless the fact that this part of the Brazilian Civil Code is designated as "Enterprise Law", does not deal with the concepts, as well as when defining entrepreneur the term results a synonym of merchant.*

**Keywords:** *Businessman. Merchant. Company.*

## INTRODUÇÃO

No prefácio à 1a. edição do Projeto de Código Civil, reproduzido na 2a. edição, Miguel Reale (1999, p.6), coordenador do grupo de juristas encarregados da redação da proposta, afirma que: "O Direito de Empresa não figura, como tal, em nenhuma

codificação contemporânea, constituindo, pois, uma inovação original." Essa denominação, adotada para o Livro II do Código, afasta-se da proposta de Sylvio Marcondes Machado (1977), que entendia mais adequada, para exprimir o conteúdo ali inserto, a expressão "Das Atividades Negociais". É que, explicara, a matéria objeto desse livro contemplaria

---

\* Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. (Rasztajn@usp.br)

<sup>1</sup> - O art. 2.082 que conceitua empresário abre o Capítulo I do Título II do Livro V do código civil italiano.

atividades econômicas com fito de lucro para posterior partilha, abrangendo, pois, tanto aquelas tradicionalmente incluídas no campo do Direito Comercial como as que dele não faziam parte.

A proposta, que seguia a linha adotada pelo legislador italiano de 1942, em que por razões políticas e dada à estreita ligação entre atividade mercantil e sociedades, ao incluir o direito comercial no *codice civile*, disciplinada a matéria no livro V, sob o rubrica *Del Lavoro*, tratava de todas as atividades econômicas, tanto aquelas exercidas individual quanto as exercidas coletivamente, em sociedade.

Tanto é que o art. 2.082 do código civil italiano declara: “É empresário (1330, 1368, 1655, 1722 n.4, 1824, 2710) quem exerce profissionalmente (2070) uma atividade econômica organizada para fins de produção ou circulação de bens ou de serviços (2135, 2195).” (tradução da autora). Logo, empresário é o agente econômico que, de maneira profissional, exerce atividade em e para mercados organizando a produção ou circulação de bens e serviços.

Além de definir o empresário, o legislador italiano trata da questão das atividades que dependem de autorização ou concessão para serem exercidas (art. 2084) e sobre o exercício da empresa por entes públicos (art. 2094) em clara demonstração de que o exercício da empresa não é privativo de particulares e que nem todas as atividades podem ser exercidas livremente.

Passando ao capítulo III, dedicado às empresas comerciais e outras sujeitas a registro, o art. 2195 (seção II deste capítulo) relaciona as atividades que estão obrigadas a manter registro e qualificadas empresas mercantis. A relação, que é exemplificativa, inclui atividades industriais voltadas para a produção de bens ou de serviços, a intermediação na circulação de bens, o transporte terrestre, aquático ou aéreo, as atividades financeiras e securitárias e as atividades auxiliares das anteriores.

Em seguida à enumeração de atividades, lê-se que “as disposições que se refiram às atividades e às empresas comerciais são aplicáveis, se não resultar diversamente, a todas as atividades indicadas neste artigo e às empresas que as exercem” (art. 100).

Clara, no direito italiano, a noção de que empresário e empresa são expressões neutras no sentido de que apenas qualificam agentes econômicos e que algumas são comerciais e outras não, preservada a separação das duas áreas do direito privado.

A relação de atividades acima não se afasta daquela constante no art. 19 do Regulamento n. 373 de 1850, que exemplificava as atividades comerciais sujeitas não apenas ao registro nas Juntas de

Comércio. Esse registro se destinava a demonstrar a regularidade do exercício da atividade; porém o fato de estar prevista naquela relação indicava serem competentes, para a solução de disputas envolvendo qualquer comerciante, os Tribunais de Comércio.

Na Itália, por força do regime político na época da aprovação do código civil, há previsão que dá ao Estado poder para controlar a destinação da produção e a circulação de bens e serviços conforme interesses da economia nacional (art. 2085). O mecanismo dirigista servia para que o Estado interviesse nas relações entre particulares, seja no que diz respeito à alocação de recursos, seja na definição de que bens ou serviços oferecer, de forma que políticas públicas eram realizadas por intermédio de particulares.

Esse viés dirigista está, em certa medida, presente no Código Civil Brasileiro dadas as limitações ao exercício da autonomia privada conseqüentes das normas predispostas no Livro II. Mas, além disso, o que incomoda é que, 60 anos passados, e da experiência italiana, dos debates sobre empresa a partir dos anos 80 do século passado, não se dispensou a eles maior atenção e, para piorar o quadro, sequer se atentou para o fato de que atividades econômicas organizadas de forma empresarial, nem sempre são comerciais.

É que o art. 966 do Código Civil Brasileiro de 2002, que reproduz o art. 2082 do Código Civil Italiano, não se restringe ao *caput* como fez este, mas acresce-lhe um parágrafo único, de redação ambígua, o que gera incertezas e aflige o operador do direito.

Por isso que a repetição ou transposição da doutrina italiana relativamente ao empresário e à empresa que se seguiu ao *codice* de 1942, visando-se a delimitar o conceito de empresário, é limitada, ultrapassada e não serve para explicar porque certas atividades intelectuais, em determinadas situações, são qualificadas empresárias e em outras não.

A relevância da indagação se manifesta na leitura da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/2005) em que a crise da empresa é o elemento central. Pode-se decretar a falência de hospitais? De clínicas médicas ou odontológicas? E as normas relativas à recuperação ou reorganização, cabem? Sem compreender o alcance dos termos empresário e empresa e, sobretudo, sem definir qual o elemento de empresa necessário para a aplicação das normas de direito de empresas a tais atividades, faltam argumentos para oferecer resposta prestável.

## 1 RESENHA HISTÓRICA

Síntese feita por Miguel Reale (1999, p. 6) quanto aos objetivos fundamentais visados quando da elaboração do Código Civil, Lei n.10.406, de 10 de

janeiro de 2002, explica que o legislador, ao tratar do que denomina de “constituição do homem comum, a lei por excelência da sociedade civil”, seguiu algumas diretrizes entre as quais a nova estrutura do direito das obrigações.

Essa diretriz resultou, com sua unificação, na inclusão de um livro anteriormente inexistente na parte especial do Código, o Livro II – Do Direito de Empresa, que, na proposta de Sylvio Marcondes Machado (1997), seria designado - Das Atividades Negociais, e que, para Miguel Reale (1999), é, com a denominação que recebeu, original.

Baseado no fato de que atividades econômicas com fito de lucro para posterior partilha podem ser comerciais, ou não, e que, nem sempre, os elementos materiais predominam em face dos bens ou serviços ofertados, embora, na maioria dos casos em que a palavra empresa apareça estejam presentes os fatores da produção, é que Sylvio Marcondes Machado (1977) sugeria que se tratasse de atividades (a palavra negocial poderia ser relegada a segundo plano) porque o que importava era a seqüência de atos coordenados para um determinado escopo.

Não serve, no Brasil, o argumento que na Itália justificara a reforma da legislação, o distanciamento das normas do Código Comercial de 1882 das operações negociais praticadas antes da 2a. Guerra mundial (tal como pretende Miguel Reale), dando-se, pós-reforma, à empresa, papel central. Também não se pode aceitar o pretenso obsolescência (REALE, 2002, p. XII) do Código Comercial no campo do direito das obrigações por conta da remessa do art. 121 do Código Comercial às normas de direito das obrigações do Código Civil, no compatível, aplicadas na falta de norma expressa no Código, da legislação extravagante e dos usos e costumes mercantis. Usos e costumes, práticas socialmente aceitas, são fonte de *aggiornamento* da legislação.

Na década de 1970, o que favorecia a unificação do direito das obrigações era o esquema dirigista que o legislador italiano impusera e que atendia aos interesses dos governos militares e seu projeto econômico. Sendo esse, ou não, o escopo do governo, fato é que o novo Código Civil, a par de unificar o direito das obrigações, introduz, no ordenamento pátrio, a figura do empresário e sociedades empresárias como sujeitos de direito, sem considerar que um ano de *vacatio legis*, para um

projeto gestado nos anos 1970, considerando-se a redemocratização do país, a Constituição de 1988, que contempla de forma inovadora institutos típicos de direito privado, demandaria mais discussões.

Também não se considerou que alterar leis impõe custos de adaptação o que, no caso das sociedades limitadas, é sério, dado o fato de que é um dos tipos a que os empresários mais recorrem. Custos de transação, externalidades, oportunismo de agentes, efeitos de segunda ordem, nada disso foi avaliado. Faltou aprofundar o debate sobre a conveniência de aprovar um Código Civil, regido por princípios diferentes daqueles que informavam o Código de 1916 e, pior, incluir matéria comercial, sobretudo quando pacificadas as dúvidas, para alterar o *status quo*.<sup>2</sup>

## 1.1 Comentários sobre a unificação do direito das obrigações

Sylvio Marcondes Machado (1977, p. 1-29), manifestando-se sobre os trabalhos da comissão que formulou o Anteprojeto de Código Civil, e da qual foi membro, no que concerne ao Direito de Empresa, refere-se à orientação preliminar que incluiria a matéria referente à Atividade Negocial no Projeto de Código Civil, com a integração das atividades negociais ou empresariais, ressalvadas matérias que reclamassem disciplina especial, vindo na proposta de unificação das obrigações tradição evolutiva do direito brasileiro.

Tomando o art. 121<sup>3</sup> do Código Comercial de 1850, entendia o autor que a unificação material do direito obrigacional era fato, já que o dispositivo legal determinava a aplicação, subsidiária, das normas de direito civil aos contratos mercantis, mas que, embora se pudesse tratar da unificação material, reunir em um só código, o direito das obrigações, por envolver matéria mercantil, a unificação formal representava ponto delicado da transformação. Daí sua proposta para que essa parte do código fosse denominada “Da atividade negocial”. É que, explicava, há que ter cuidado na passagem de um sistema fundado em atos para outro baseado na noção de atividade. Tanto é que dizia: “O conceito de *ato jurídico*, restrito em nosso Código Civil ao que tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se alarga, atualmente, como fonte formal de todo comportamento apto a construir direitos subjetivos,

<sup>2</sup> As inovações em matéria negocial não se limitaram ao Direito de Empresa, envolveu direito cambiário. Veja-se o resultado da pesquisa: o aval, declaração cambiária unilateral (ao menos é o que diz a doutrina dominante, firmado por pessoa casada, requer a autorização do cônjuge (art. 1647, III). A autorização há de ser dada no título para que produza os regulares efeitos cambiários!

<sup>3</sup> art. 121 – As regras e disposições do direito civil, para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.

constituindo gênero, do qual a declaração de vontade, dirigida no sentido da obtenção de um resultado, constitui espécie denominada *negócio jurídico*. Atos jurídicos, isto é, negócios jurídicos, ou sejam, *atos negociais*". E, adiante, afirma que:

[...] não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas, e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstancia em atividade. E, assim como, partindo do conceito de negócio jurídico se erige um sistema de atos, cabe assentar-se os postulados normativos do exercício da atividade. Atos negociais e, portanto, atividade negocial. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício. (MACHADO, 1977, p. 1-29).

Sobre o profissionalismo no exercício da atividade, ao economicismo a ela imputado, Sylvio Marcondes Machado (1977) preserva a noção de fazer da atividade meio de vida tal como se explicava a mercancia como atividade do comerciante. Tanto que quando se refere à sistemática adotada na elaboração do projeto explica não haver maiores objeções na unificação da matéria obrigacional, porque entendia necessária a ligação da matéria aos agentes profissionais e que "separar as obrigações unificadas das pessoas que exercem, sob forma de atividade, essas obrigações, é cindir duas coisas inseparáveis."

Nos escritos de Sylvio Marcondes Machado (1977) não se vêem indícios de que a unificação do direito das obrigações implicaria indiferenciação entre atividades civis e comerciais e de que o jurista entendia possível reuni-las, as atividades econômicas exercidas profissionalmente e dar-lhes regramento comum. Dizia que, ainda que a matéria pudesse ser designada, sem rigor científico "Dos Empresários e das Sociedades", era preferível adotar a que sugeria, "Atividade Negocial", que exprime tudo quanto, juridicamente, há de substancial no assunto." Mais ainda, que, "Contudo, para coordenar essa atividade e fundir, num só corpo, atividades hoje tratadas pelo Código Civil, pelo Código Comercial e por leis extravagantes, sem prejuízo da dicotomia do Direito Privado, certamente era necessário se compusesse, não apenas um rol de preceitos, mas um sistema em que se conjuguem os assuntos de interesse dos empresários, das sociedades empresárias ou não-empresárias, e do desenvolvimento econômico" (MACHADO, 1977, p. 1-29).

Aí a razão pela qual sociedades não personificadas como a conta de participação e a sociedade em comum, além da sociedade simples e das cooperativas – todas formas não empresárias – seriam englobadas no quadro geral das sociedades. Estabelecidas as regras gerais, a disciplina comum, mantêm-se os tipos societários mercantis primitivos e se altera a disciplina regente da sociedade limitada dando-lhe mais estrutura.

Igualmente à sociedade civil, aquela disciplina nos arts. 1.363 e seguintes do Código Civil de 1916, que poderia ser considerada um "não-tipo" em virtude das muitas normas facultativas, o que lhe dava flexibilidade, foi reestruturada e passa a servir de suporte geral para as sociedades sob a denominação sociedade simples (art. 997 e segs. do Código de 2002). A sociedade de capital e indústria deixa de ser empresária mas não desaparece porque há possibilidade de sócios que contribuam apenas com trabalho neste tipo – sociedade simples.

Se havia dúvida quanto ao elenco de sociedades constituir *numerus clausus*, à semelhança dos direitos reais, a disciplina do Código Civil de 2002 a espanca. O sistema foi engessado mesmo com a exclusão da anônima "(porque) atividade negocial tem autonomia suficiente para comportar maior ou menor tipo de sociedade, de exercícios de atividade negocial." (MACHADO, 1977, p. 1-29), reduzida a autonomia privada no que diz respeito a organizar sociedades conforme interesses dos membros.

Os argumentos de Sylvio Marcondes Machado (1977) sobre a conveniência e oportunidade de se pensar as atividades econômicas de maneira unitária sem, porém, abandonar a especialização técnica e científica do direito comercial, a par de preservar, mesmo após a unificação do direito das obrigações, os princípios gerais que informam o conjunto de regras denominado direito comercial, porque essa matéria "demanda considerações especiais e a transubstanciação de atos em atividade, manifestada economicamente na empresa de titularidade do empresário, noticia transformações por que passava o direito mercantil, transformações estas que abalavam sua estrutura conceitual fundada no comerciante (concepção subjetiva) e nos atos de comércio (concepção objetiva).

É que os atos, quando integram uma atividade, porque coordenados para um fim, perdem o tratamento especial. Dessa forma pode-se abandonar a noção de ato de comércio uma vez que o ato jurídico, o negócio jurídico, quando referido a uma atividade, tem outro relevo. É que a atividade não é ato ou negócio jurídico; atividade é determinada pela vontade do sujeito e dirigida ou modelada em sua função, notadamente quando se trata de atividade

empresarial que envolve vários interesses estranhos à esfera jurídica do titular.

A atividade é, pois, o elemento nuclear para o *aggiornamento* do direito privado, sendo causa do deslocamento da figura do comerciante para a do empresário, aquele que exerce atividade econômica organizada. Na Itália, na década de 1940, essa também fora parte da estratégia adotada na formulação das novas regras de direito privado.

## 1. 2 A empresa na doutrina italiana

Para Francesco Galgano (1980, p. 5-11)<sup>4</sup>, a unificação do direito privado na Itália foi fruto de dois vetores: um ideológico e outro político-social, que convergiam em virtude do autoritarismo do governo à época. O Código Comercial de 1882 era visto como produto de uma burguesia industrial e comercial, classista, e a unificação do direito privado eliminaria essa visão de caráter negativo.

De outro lado, o desejo de privilegiar um código civil “comercializado”, ou seja, uma legislação que favoreceria os comerciantes, impunha que seu foco deixasse de ser o ato dando destaque à atividade. Por isso que o governo acelerou o processo de transformação das estruturas jurídicas direcionando-as para o capitalismo, capitalismo esse em boa medida dirigido pelos interesses do Estado (ou do governo).

Quanto ao conceito de empresário, que diz ser econômico e de elaboração moderna, destina-se a identificar sujeitos, agentes econômicos, que organizam a produção e distribuição da riqueza. Empresário é quem ativa o sistema econômico, exerce função de intermediação entre os que oferecem recursos ou demandam trabalho e aqueles que demandam bens ou serviços; age para satisfazer os desejos ou necessidades dos consumidores. Assume o risco econômico da atividade e exerce poder econômico quando decide que coisa, em que quantidade e como produzir, portanto, controla a riqueza. Certa doutrina entende que o direito de empresas é o conjunto de normas que regem as relações que se dão no exercício da função de intermediação e produção (GALGANO, 1980, p. 9-11).

Porém, transformações socioeconômicas na Itália, depois da 2ª. Guerra, impuseram se repensasse a empresa, sua natureza jurídica, de

sorte que, paulatinamente, os perfis de Alberto Asquini (1943) foram sendo abandonados em favor de outros elementos que dessem unidade ao conceito.

Nos anos 1980 retoma-se a discussão sobre a empresa como modelo de organização, ao mesmo tempo em que se deixa em segundo plano o direito societário que servia de suporte para a empresa (LIBONATI ; FERRO-LUZZI, 1980), que passa a ocupar o primeiro plano. A análise que era centrada nos contratos quando as sociedades dominavam o debate volta-se para a propriedade, em especial aquela relacionada ou destinada à produção. A conexão entre propriedade e produção para mercados (venda/revenda) pelo que se supõe que a empresa, como fenômeno jurídico, deveria ser inserida no campo dos fatos jurídicos em sentido amplo (LIBONATI ; FERRO-LUZZI, 1980, p.16-17). A dificuldade de tomar a empresa como atividade objetivamente considerada em função do que as normas jurídicas deveriam ser formuladas, encontra outra dificuldade porque a empresa é dinâmica, está em constante movimento. Veja-se que no caso de crise da empresa, a reorganização independe de quem seja o titular e qual seu interesse (LIBONATI ; FERRO-LUZZI, 1980, p.19-20).

Atendo-se à organização da atividade econômica e pondo em posição esmaecida o titular, reduz-se a importância do sujeito e se concentra a atenção sobre os resultados das ações; prende-se atividade a risco econômico e a produtividade. Por isso que o método econômico de organização da atividade, a busca de lucros, de utilidades econômicas, seja no sentido de escopo egoísta (veja-se a respeito a proposta de Gary Becker relativamente a precificar sentimentos, por exemplo, para explicar certos comportamentos. Ganhos de natureza, patrimonial são os visados pelos empreendedores, contudo o critério de utilidade, de aumento de bem-estar pode abraçar outros interesses ou valores individuais), é incorporado à análise jurídica.

Segundo Vincenzo Buonocore (2002, p.10-12), além das questões mais antigas, como distinções entre empresa e trabalho autônomo, as atividades intelectuais bem assim atividades econômicas que não têm caráter profissional, bem assim a distinção entre iniciativa pública e particular, ganham destaque na medida em que se voltam para a qualificação da atividade como empresa, especialmente no que diz respeito a impor à iniciativa pública a mesma exigência

<sup>4</sup> Não diferem as posições do jurista na edição de 2001/2002 de *Diritto Commerciale – L'imprenditore* – Zanichelli, Bologna, razão pela qual vem citado na edição anterior.

de economicidade que se requer dos particulares (BUONOCORE, 2002, p.13).

Examinando algumas atividades econômicas, entre as quais as organizadas sob forma cooperativa e empresas públicas, Buonocore (2002, p. 83) constrói silogismo para explicar o que seria o elemento essencial da empresa: a) é preciso pensar um conceito unitário de empresa; (portanto há que se considerar as pessoas naturais e as jurídicas); b) as sociedades – que são forma de exercício coletivo da empresa – nos termos do art. 2.247 do código civil italiano – têm escopo do lucro, (logo este deve estar presente na atividade exercida pela pessoa natural) e então conclui: c) é essencial, na conceituação de empresa, o escopo de lucro, que está ínsito nele.

Sobre o conceito de empresário, e aqui é preciso lembrar que o argumento será mais facilmente exposto partindo-se do sujeito, Vincenzo Buonocore (2002, p. 83) entende que esse conceito – o de empresário – é neutro. É que a formulação do art. 2.082 do código civil italiano permite concluir que nem é comercial nem civil, mas que, com a substituição da noção de comerciante pela empresário, e do ato de comércio pela de atividade econômica, foram introduzidas no sistema jurídico concepções econômicas que, provenientes do regime fascista, se mantiveram depois da passagem para o democrático (BUONOCORE, 2002, p.4). Não significa que comerciante e empresário sejam sinônimos mas que comerciantes são espécie do gênero empresário.

Veja-se a similitude entre as formulações de Ferro-Luzzi (1980) antes referidas relativamente à intenção subjacente do legislador de 1942, dirigista, e a releitura que se faz dos textos a partir da vigência da nova constituição italiana. Esta, no plano econômico, tem na liberdade de exercício da atividade econômica (art. 41) que aparece, majoritariamente, sob forma de organização empresária, um de seus pilares. Liberdade de iniciativa é, por Buonocore (2002, p. 10), entendida como liberdade de empresa, liberdade de concorrência e coordenação dessa liberdade a fins sociais.

O tema empresa se alimenta da realidade, das mudanças institucionais, das novidades ligadas à tecnologia, cabendo ao jurista estudar tais fenômenos para dar dimensão técnico-jurídica aos novos problemas (BUONOCORE, 2002, p. 19). Referindo-se à influência da ideologia sobre a doutrina recente, que, paulatinamente se afastou dos perfis de Asquini (1943) e que, nos anos 90, se apóia mais na regra do art. 41 da Constituição italiana para repensar a empresa, para inserir consumidores e meio ambiente no quadro normativo da atividade de empresa com novas formas de responsabilidade; o funcionamento

do mercado financeiro e de capitais, inovações em matéria de contratos, gestão das atividades e modelos de governança, são parâmetros recentes que incidem sobre a matéria empresa.

Quando se refere aos elementos constitutivos da empresa, Buonocore (2002, p. 48-49), na mesma linha adotada por Sylvio Marcondes Machado (1977), explica que a *fattispecie* empresa desloca o foco do ato (de comércio) para a atividade, pois:

[...] non v'è bisogno oggi di individuare un atto di commercio e di definirlo come tale per sottoporlo ad una normazione particolare: se l'atto è compiuto dall'imprenditore si tratterà solo di valutare se esso rientri o no nell'attività d'impresa, per stabilire poi se possa, eventualmente applicarsigli una normazione "riservata" all'imprenditore o, se, invece, esso sia stato compiuto dall'imprenditore nell'ambito della sua attività personale .

Vê a empresa como fundamento do direito comercial, elemento unificador dos institutos tradicionalmente presos à matéria; a atividade desenvolvida pelo empresário, dadas as suas características, é central na espécie e sua imputação, isto é, a determinação da titularidade (e, portanto, a inexistência de empresa sem empresário), tal como afirmara Ascarelli, não equivale a fazê-la recair sobre cada pessoa que pratique atos que a integram (BUONOCORE, 2002, p. 49-50).

Os olhares da doutrina se voltam para a atividade, sua imputação e para a qualificação das atividades em econômicas, ou não, comerciais ou não comerciais e para as organizações no caso de exercício coletivo da atividade, ou seja, para as sociedades. Talvez por isso a ligação estreita entre empresa e sociedades, estas criadas no exercício da autonomia privada, reunindo recursos e esforços dos interessados.

Assim, ainda que a análise dos negócios comerciais fosse baseada na disciplina dos atos ou negócios jurídicos, o de que se tratava era de atividades na intermediação da circulação e transformação de bens, do financiamento, transporte e seguro.

## 2 ATIVIDADE E ATO

Talvez este seja o ponto central da discussão quando se diz que empresa exerce atividade econômica em mercados. Atividade e atos não se confundem; a ilicitude de atos integrantes da atividade não a inquina de ilicitude.

Qualquer ato, lícito ou ilícito, vinculado, ou não, negocial (jurídico) ou material, não será incompatível com a atividade empresarial. No que diz respeito à aquisição da qualificação de empresário, e este é o ponto central do ensaio, a doutrina italiana

entende que atividade econômica é o pressuposto indispensável para tanto, para o que se recorre à efetividade da qual decorrem a produção de efeitos como a imputação da atividade e a imputação das regras especiais.

Tullio Ascarelli, na década de 1960, no Curso de Direito Comercial (1962), ao tratar do empresário, explicava que é a natureza da atividade que determina a imputação da qualidade de empresário, ou não, aos agentes econômicos. Tradução da lição de Ascarelli (1962) de Fábio Konder Comparato (1996, p. 183), no que se refere à imputação, explica que a ilicitude do fim perseguido no exercício da atividade não a exclui, porque a apreciação da atividade tem que ver com sua finalidade que se reflete na coordenação de atos singulares que é estranha à causa de cada um.

No que concerne às pessoas naturais, a atividade só pode ser imputada pelo efetivo cumprimento dos atos em que se desdobra, daí ser considerada fato, enquanto que, em face de pessoas jurídicas, bastaria o escopo de realizá-la, independente do desenvolvimento. Nestas, a qualificação como empresa prende-se ao escopo do negócio de constituição. Daí que o objeto das sociedades, seu escopo, e não a forma adotada, é que as qualificarão como empresárias, ou não, sendo que conforme o escopo é que se aplicará, ou não, a disciplina especial aos atos. Por isso é que, segundo Ascarelli (1962), é a natureza da atividade que reage sobre a qualificação dos atos que, ainda mantendo suas características típicas se considerado isoladamente.

Atividade se exerce no tempo, tem início e fim, que, mesmo quando integrada por atos com dimensão temporal, eles não a desnaturam, sendo possível que haja atos ou séries de atos entre si relacionados por nexos jurídicos outros que Buonocore (2002) denomina atividade dentro da atividade. Ascarelli (1962) explicava, demais disso, que o ato é apreciado em relação ao destinatário, não, a atividade que é dirigida ao mercado ou ao consumo do sujeito.

Sobretudo a disciplina jurídica que, quanto aos atos, parte da capacidade do agente, da sua intenção, dos efeitos pretendidos, da existência, validade e eficácia, que inclui, portanto, as nulidades e anulabilidades como conseqüências, não serve para analisar-se atividades.

São independentes as disciplinas de direito privado para atos e atividades. Estas são analisadas tendo em vista o fim perseguido – lícito ou ilícito – mas, por serem fatos, realidades, não se lhes aplicam os critérios de nulidade ou anulabilidade. Existem ou não, são exercidas de forma regular – observadas as normas específicas, autorizações, proibições – por exemplo. A imputação dos efeitos

criados pelo exercício de uma atividade independe da ilicitude, da regularidade, do cumprimento de normas administrativas ou regulamentares.

Atividades empresariais caracterizam-se por serem econômicas, organizadas para a produção de bens e serviços para mercados; são exercidas profissionalmente, e o escopo de lucro, que tanto pode ser representado pela partilha de excedentes financeiros quanto pela partilha de utilidades econômicas patrimoniais, é outro elemento presente na definição da empresa.

Suponha-se, que mesmo no sistema anterior, quando se fala em atos de comércio, a atividade não lhe era estranha por isso que mudar o enfoque de ato para atividade melhora o entendimento do que fosse o comerciante – um agente que coordenava atos para um determinado escopo, a transformação e circulação de mercadorias, o financiamento e transporte da produção para venda em mercados e o seguro para garantir ressarcimento em caso de eventos que destruíssem os bens. Essas as atividades comerciais, social ou institucionalmente assim reconhecidas, as mesmas constantes da relação do código civil italiano no art. 2.195. Referindo-se aos arts. 2.082 e 2195 do código civil italiano, Paolo Ferro-Luzzi (1980, p.37) conclui que há empresas comerciais, as relacionadas neste último artigo, as agrícolas (art. 2.135) e outras civis.

Empresa, como instituto ou fenômeno ou fato econômico é gênero de organização da atividade, admitindo várias espécies conforme o tipo de atividade, o setor da economia em que esta fosse ubicada, o porte, e uma espacial. Ter-se-á, então, empresas comerciais, agrícolas, artesanais, de serviços, de criação intelectual; micros, pequenas, médias e grandes; locais, regionais, nacionais, internacionais, ou multinacionais. Empresa será atividade econômica organizada para a criação de utilidades destinadas a mercados.

### 3 CONCEITO JURÍDICO DE EMPRESA

Referindo-se ao conceito jurídico de empresa, Sylvio Marcondes Machado (1970, p. 1-40) parte da premissa de que o direito traduz a vida social e, por isso, o fenômeno jurídico deve ser fixado à luz de seus pressupostos, ou seja, é preciso examinar o conceito econômico de empresa. Alinha estudos e discussões sobre esse fenômeno para concluir que produzir é criar utilidades para satisfazer necessidades humanas. Que função do empresários seria organizar e dirigir o negócio, reunindo os fatores da produção que adaptaria e controlaria, assumindo

o risco da atividade,<sup>5</sup> o que não difere da doutrina pregada por Galgano em 1980. Como se a análise crítica tivesse estagnado.

Se os estudiosos do direito se satisfaziam com afirmar que empresa é conceito econômico sem avançar no seu enquadramento jurídico além do que propusera Alberto Asquini, os economistas se empenharam em defini-la, dar-lhe contornos mais precisos, mais claros. Entre eles, desponta Ronald H. Coase que, em 1937, em *The Nature of the Firm* (1990, p.115), conclui serem as empresas feixes de contratos que organizam atividades econômicas visando a reduzir custos de transação de operar em mercados. Outros economistas vêem a empresa como umnexo de contratos, realçando a cadeia de comando – seja sobre a alocação e uso dos ativos, seja sobre a mão-de-obra, e a definição de estrutura hierárquica que permite a apropriação dos excedentes da produção pelo organizador.

A percepção de Ronald H. Coase (1990) é associada à noção de empresa, realçando a necessidade de contratos para sua organização. A percepção de Pinto Antunes quanto à importância dos contratos na organização da empresa indicava que a formulação de Alberto Asquini (1943) e seus perfis, como que projeções, diferentes de um objeto dependendo do ângulo sob o qual se o examinasse, deveriam ou poderiam ser questionadas, criticadas e rejeitadas. Afinal, em ciência, tudo o que puder ser provado é verdadeiro enquanto a prova continuar real, valer.

Contratos de longa duração e execução continuada, comuns na organização da atividade econômica, permitem atuar em mercados de forma eficiente, porque geram estabilidade na produção e na oferta de bens e serviços. Nova forma, se assim se pode designá-la, de organização da atividade empresária que nem sempre se apresenta vestida como sociedade. A cadeia produtiva valoriza a especialização que torna cada elo mais eficiente e, portanto, melhora a alocação de recursos. Contratos e empresas, como diz Galgano (1980), estão umbelicalmente ligados.

A questão é que, se mesmo entre os economistas a noção de empresa não é uniforme, para os operadores do direito é ainda mais misteriosa. A pergunta central de Coase (1990) por que organizar empresas, como são organizadas e que servem são

respondidas pelo economista da seguinte forma: empresa é um feixe de contratos que estrutura a produção de bens e serviços para mercados a fim de reduzir custos de transação.

Atividade econômica organizada, profissionalmente exercida, destinada a mercados e com escopo de lucro são os elementos marcantes da noção de empresa. Que a organização se faça mediante contratos leva a indagar sobre a relação necessária e suficiente entre contratos e atividade. Partindo do fato de que empresas e contratos mantêm relação indissolúvel, parece óbvio que resolver unilateralmente (ou por decisão judicial) certos contratos pode implicar riscos para a continuidade da atividade. Daí que a preservação das empresas há de ter como pressuposto a necessidade de preservação de alguns contratos, o que conduz ao desenho, as regras predispostas na lei ou pelas partes, à existência de incentivos que, em face de mudanças imprevistas induzam à renegociação de forma a preservar a organização e a atividade exercida.

Dizer que as empresas são feixes de contratos que organizam, de forma a reduzir custos de transação, a produção de bens e serviços para mercados não equivale a afirmar que serão sempre estruturadas sob forma de sociedade. Isto a doutrina italiana já admitiu; um feixe de contratos que garante domínio, direito de uso, dos fatores da produção por períodos longos de tempo é o que caracteriza essa organização denominada empresa. A viabilidade econômica da atividade é, entre outras razões, uma das que justificam a reorganização de empresas em crise o que envolve renegociação de contratos, sobretudo os de longo prazo e execução continuada.

Mas contratos de longo prazo pressupõem estabilidade econômica ou, então, a propensão para renegociar as prestações ao longo do tempo na medida em que, segundo os economistas, é custoso e difícil prever, no momento da contratação, todos e quaisquer eventos futuros que incidam sobre o que denominam ‘estados da natureza’. Assim é que mudanças tecnológicas, políticas, descobertas, inovações, são eventos, entre muitos outros, podem afetar o equilíbrio ou o sinalagma genético do negócio. A teoria da imprevisão, um dos meios para re-equilibrar relações negociais quando muda o estado da natureza original, contudo, apresenta um viés nem sempre adequado para quem exerce

<sup>5</sup> repete J. Pinto Antunes “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 de produção e o preço de venda, o maior proveito monetário possível. Ou remete aos franceses “ 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 ( preço de custo e preço de venda), o maior ganho monetário possível.

atividades empresariais. A ruptura do vínculo negocial pode, em certos casos, favorecer comportamentos oportunistas, tornar uma parte refém da outra. Esse é exemplo do que se pode denominar risco jurídico ou do sistema jurídico. Por vezes a tutela exagerada de uma das partes serve para estimular condutas que o sistema condena.

#### **4 A UNIFICAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO CÓDIGO CIVIL**

Sempre se disse que a atividade empresária é de risco, ou melhor, que o risco é econômico, que pode ter resultados positivos, ou não, lucros ou prejuízos. Não se considera que pode haver resultado zero, nem lucro nem prejuízo, hipótese que também está incluída na noção de risco, de álea quanto ao resultado econômico desejado ou esperado. Esse o aspecto da atividade de empresa, em geral, discutido pelos operadores do direito que devem, a partir de entrada em vigor da Lei n. 11.101/2005, trabalhar com a crise (que é econômica) e seu equacionamento.

Outro, tão importante quanto o econômico, que os economistas denominam risco jurídico ou incerteza jurídica, prende-se à legislação, à forma pela qual Judiciário aplica ou interpreta os textos legais, à aderência das regras às instituições e práticas socialmente aceitas, sua estabilidade.

Quando se pensa em risco econômico, cabe ao empresário, o agente que põe a empresa em movimento, avaliar como fazer a organização interna e que relações externas manterá. Contratação de mão-de-obra e/ou serviços; aquisição de matérias primas ou insumos, outros produtos – bens ou utilidades - necessários à produção, local, máquinas e equipamentos, recursos financeiros são alguns dos contratos celebrados para por em marcha a atividade (quando se tratar de indústria) além da distribuição dos produtos. Por isso é que o dimensionamento da atividade, quanto produzir, onde produzir e como produzir são decisões que devem ser avaliadas da perspectiva de riscos envolvidos sem o que a economicidade da organização estará comprometida e o risco será potencializado. Não se esqueça, demais disso, a concorrência.

O risco jurídico, criado pela redação e interpretação das normas de direito positivo é menos aparente e mais difícil de estimar e, usualmente, não

percebido pelos operadores do direito formados na visão formalista ou legalista do sistema. Um desses riscos legais aparece na redação do art. 966 e seu parágrafo único. A definição de empresário e a aplicação do regime de empresa (normas previstas para esse instituto) a certas atividades, depende da presença do denominado “elemento de empresa” . O que seria esse elemento qualificador de certas atividades? A organização, o tipo societário adotado, ou outro? E se outro qual? Começam as incertezas, instala-se a insegurança.

O texto do art. 966 do Código Civil Brasileiro é: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços.” A essa frase dever-se-ia acrescentar que os bens e serviços são oferecidos em mercados, o que desde logo elimina atividades econômicas exercidas para a satisfação de necessidades do agente e familiares.

Ou seja, qualquer pessoa, natural ou jurídica, que, profissionalmente e de forma organizada, ofereça bens ou serviços em mercados, é empresário uma vez que faz da atividade econômica seu meio de vida. Essa concepção está próxima da de comerciante nos termos do art. 4o. do Código Comercial de 1850.<sup>6</sup>

Mas, se o fato de exercer profissionalmente atividade econômica é condição necessária para ser empresário, resta saber se é suficiente. Sylvio Marcondes ensina que o conceito de empresário conjuga três elementos: atividade econômica, organização e profissionalismo (1977, pp. 10 e 11).

Entretanto, se esses elementos são necessários ainda não são suficientes porque o legislador brasileiro, afastando-se do modelo italiano, acresceu, ao art. 966, o parágrafo único cuja redação é: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.” (grifo da autora).

Ainda uma vez, recorre-se a Sylvio Marcondes Machado (1977, p. 11) que explica que certas pessoas, exercendo profissionalmente atividades econômicas, criando bens ou serviços, quando a essas atividades faltar a organização dos fatores da produção que, ainda quando venha a existir é “meramente accidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço”. Em seguida aduz: “A não ser que, organizando-se em empresa, assumam

<sup>6</sup> “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (art. 9o.).” A matrícula é requisito de regularidade apenas, porque a habitualidade, a profissionalidade, é o determinante da qualificação como comerciante.

a veste de empresários”. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o que quando opera ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante de sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores da produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes, etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital ..., será considerado empresário porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços.”

Hospital é empresa, clínica médica pode ser empresa, ou não. Eis aí a insegurança do direito. O que significa organizar os fatores da produção que não seja contratar formas de ter poder para usá-los ou determinar sua utilização? Por que o médico que, em conjunto com outro, da mesma especialidade, que alugam o imóvel onde exercerão a atividade, contratarão recepcionista, dividirão o custo de equipamentos, até mesmo trocarão informações sobre diagnóstico e terapêuticas, não seriam empresários? Qual a prestação personalíssima quando um deles pede ao outro que atenda seus pacientes?

Por que agricultura pode ser empresa e uma clínica médica, ou odontológica, ou psicológica, ou até um escritório de advocacia, não devem ser considerados empresas? Qual o significado que se há de atribuir à denominada empresa familiar?

O legislador italiano, por ver a empresa como gênero, arrolou que empresas seriam comerciais para fins de inscrição no registro próprio. O brasileiro preferiu operar de outra forma: define o gênero, dele exclui certas atividades, e com isso, de forma residual, define empresa que, nada mais é do que o conjunto de atividades comerciais entendida a palavra em sentido amplo.

O que induziu o legislador a dispor ficarem fora do quadro geral da empresa profissões intelectuais é, segundo Ferro-Luzzi (1980, p. 115-119), a percepção de que há casos em que as prestações de certos agentes econômicos são personalíssimas, que não há como um terceiro, quem quer que seja, venha a substituir o devedor e, portanto, mesmo que a atividade seja exercida em conjunto ou com o auxílio de outras pessoas, o regime geral da empresa não lhe pode ser aplicado.

Assim, melhor do que o exemplo de Sylvio Marcondes Machado (1977) (médico e hospital) investigar se a prestação é fungível e, nesse caso pode-se pensar em empresário ou empresa, ou não é, por natureza, fungível mas personalíssima e nesse caso não há como recorrer à organização para dizer que se aplicam as normas relativas à empresa.

No que diz respeito a outras atividades Ferro-Luzzi (1980) considera que nas agrícolas, a propriedade fundiária tem relevância pela sua capacidade produtiva o que não é tão evidente nas comerciais cujos produtos, destinados a circular em mercados, sejam bens ou serviços, devem ser organizadas segundo critérios econômicos. Como se o fato de a propriedade fundiária ter valor pela sua capacidade produtiva superasse a noção de exploração segundo critérios de eficiência econômica! Afirma o jurista que o legislador italiano se preocupava com a disciplina articulada de atividades mais do que dos sujeitos que a exercem.

Explica-se, nesta idéia, o disposto no art. 971 do Código Civil de 2002 que faculta ao produtor rural submeter-se à disciplina da empresa; o legislador brasileiro manteve a visão tradicional de que a terra produtiva tem valor em si mesma. Também se pode divisar no tratamento diferenciado para o pequeno empresário, (art. 970), forma de simplificar o trâmite burocrático aplicável.

Os argumentos de Buoncore (2002, p. 534 e segs) sobre a possibilidade de reconstruir a fatispecie empresa no direito italiano pode contribuir para o deslinde da questão. Primeiro o autor busca os elementos comuns aos empresários comercial, agrícola e aos pequenos empreendedores.

- a) o exercício de atividade econômica independente de distinções setoriais ou dimensionais, mas voltada para a produção ou circulação de bens e serviços;
- b) a existência de uma organização, entendida a palavra no sentido mais modernos, atual, ou seja, presença de dois fatores da produção, quaisquer que sejam;
- c) a profissionalidade no exercício da atividade;
- d) a destinação do produto da atividade que é sempre o mercado;
- e) o escopo de lucro.

Elementos de distinção seriam, para Buoncore (2002):

- a) regime de publicidade, ou seja há empresas sujeitas a registro e outras não;
- b) regime contábil – diferenciado para empresas de pequeno porte e rurais;
- c) disciplina falimentar ou de reorganização.

## CONCLUSÃO

A inovação do legislador brasileiro pecou pela falta de precisão no definir empresário, conceito a que se chega após a eliminação daqueles agentes

que exercem atividades econômicas em e para mercados, organizam fatores da produção, mas que, dada a natureza personalíssima da obrigação, não serão submetidos às normas deduzidas para as empresas. Daí ser o conceito de empresário, o de empresa é dele deduzido, residual.

## REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, Milano, v. 41, p. 2-7, 1943.
- BUONOCORE, Vincenzo. *Trattato di diritto commerciale*. Turin: G. Giapichelli, 2002.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. In: \_\_\_\_\_. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- GALGANO, Francesco. *L'imprenditore*. 3. ed. Bologna: Nicola Zanichelli S.p.A., 1980.
- LIBONATI, Berardino; FERRO-LUZZI, Paolo (Coord.). *L'Impresa*. In: \_\_\_\_\_. *Quaderni romani di diritto commerciale*. Milano: A. Giuffrè, 1980.
- MACHADO, Syvio Marcondes. Direito mercantil e atividade negocial no projeto de código civil. In: \_\_\_\_\_. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MACHADO, Syvio Marcondes. Do conceito de empresa. In: \_\_\_\_\_. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- REALE, Miguel. *Projeto de código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.