

O DIREITO DA EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Mariangela Aita Marconatto

Especializanda em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria

Professora da FASCLA – Advogada

Resumo

O presente estudo se propõe a demonstrar a mudança de ótica do Direito Comercial, cujo objeto de atuação sofrera profundas modificações com a entrada em vigor da Lei nº 10.426 em 01 de janeiro de 2003, na medida em que deixou-se de adotar a teoria dos atos de comércio com o comerciante, igualando-se os tipos de atividades econômicas produtivas (principalmente os de indústria e de serviços), passando a ser tutelada a teoria da empresa. Para se alcançar tal objetivo necessário traçar um breve relato histórico, da evolução da teoria dos atos de comércio, até chegarmos a teoria da empresa. Além de um estudo do significado da empresa para a economia brasileira, e principalmente, na sua proteção pela legislação civil atual. E por fim, ultimando com a diferenciação entre as sociedades simples e as sociedades empresárias.

Palavras-chaves: Constituição Federal, Código Civil, Ato da empresa, Direito da Empresa.

Abstract

The present study if it considers to demonstrate the change of optics of the Commercial Code, whose object of performance suffers to deep modifications with the entrance in vigor from Law nº 10.426 in 01 of January of 2003, in the measure where it was left to adopt the theory of the commercial transactions with the trader, being equaled itself the types of productive economic activities (mainly of industry and services), starting to be tutored person the theory of the company. To reach such objective necessary to trace a brief historical story, of the evolution of the theory of the commercial transactions, until arriving the theory of the company. Beyond a study of the meaning of the company for the Brazilian economy, and mainly, in its protection for the current civil legislation. And finally, finishing with the differentiation between the simple societies and the societies entrepreneurs.

Palavras-chaves: Federal Constitution, Civil Code, Act of the Company, Right of the Company.

O DIREITO DA EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Mariangela Aita Marconatto

*Especializanda em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria
Professora da FASCLA – Advogada*

Introdução

Como sabido, uma das significativas inovações da Lei nº 10.406 de 2002, que instituiu o Código Civil, se encontra na revogação de toda primeira parte do Código Comercial de 1850. Tal alteração marcou o abandono do sistema tradicional marcado pela figura do comerciante e no exercício profissional da mercancia, que adotava a teoria dos atos de comércio, substituindo-a pela adoção do sistema do empresário e da atividade empresarial, baseada na teoria da empresa.

Assim, promulgou-se o novo Código Civil Brasileiro, que diferente do Código anterior de 1.916, passou a abarcar também a regulamentação do Direito Comercial, ou seja, do Direito das empresas, em seus artigos 997 a 1.038 e em outros dispositivos do Livro II da Parte Especial.

Nesse contexto surgiu um embate entre os doutrinadores, se a inclusão do Direito da Empresa no Direito Civil, acabou por extinguir a tradicional dicotomia entre o Direito Civil e o Direito Comercial.

Inicialmente, será abordada a matéria relativa à teoria dos Atos de Comércio, adotada pelo Código Comercial anterior, e em que época a referida teoria passou a vigorar. Depois, far-se-á uma análise da Teoria dos Atos de Empresa adotada pelo atual Código Civil, eis que constitui matéria fundamental para que entendamos as significativas alterações no Direito da Empresa. Por fim, concluir-se-á o trabalho com o resgate das principais idéias discutidas.

1. Da teoria dos atos de comércio à teoria da empresa

Interessante, portanto, num primeiro instante, identificar o que significa Atos de comércio e em que época foi instituído, para adiante chegarmos ao conceito de atos de empresa e sua adequação aos dias atuais.

O direito comercial surge na Itália, durante a Baixa Idade Média, com o renascimento da atividade mercantil. Se afirma como um ramo especial do direito

privado, destinado a regular a atuação daqueles que se dedicavam à atividade comercial, isto é, os comerciantes.

Para atenderem às suas necessidades, os comerciantes organizaram-se em corporações, as quais, por meio de tribunais consulares, resolviam conflitos havidos entre comerciantes mediante a aplicação de normas constituídas pelos usos e costumes mercantis, razão pela qual o direito comercial foi também conhecido como direito consular ou estatutário.

Com o aumento da importância econômica da atividade comercial – os comerciantes cada vez mais contratavam com os não-comerciantes. E careciam de uma legislação que regulasse essa atividade econômica.

O Regulamento 737/1850 descrevia quais eram os atos considerados “de comércio”, a saber:

1. a compra e venda de bens móveis ou semoventes para a revenda por atacado ou varejo de mercadorias para locação ou uso;
2. as operações de câmbio, banco e corretagem;
3. empresas de comissão, depósitos, expedições, expedições de navios e transportes;
4. qualquer operação relacionada ao comércio marítimo.

O que não estivesse previsto na lei seria considerado ato civil, não sujeito às normas e prerrogativas comerciais.

A grande dificuldade era determinar o que eram atos de comércio e o que era atos civis, como bem explana Bruno Mattos e Silva¹:

Em linhas muito gerais, de acordo com a teoria dos atos de comércio, parte da atividade econômica era comercial, isto é tinha um regime jurídico próprio, diferenciado do regime jurídico de uma outra parte da atividade econômica, que se sujeitava ao direito civil. Isso significava dizer que certos atos estavam sujeitos ao direito comercial e outros não. Os atos de comércio eram os atos sujeitos ao direito comercial; os demais eram sujeitos ao direito civil. Ou seja, atos com conteúdo econômico poderiam ser civis ou comerciais. Na verdade a questão não era tão simples, pois a doutrina não conseguia estabelecer exatamente um conceito científico do que seria o ato de comércio, sendo mais fácil admitir que ato de comércio seria uma categoria legislativa, ou seja, ato de comércio seria tudo que o legislador estabelece que teria regime jurídico mercantil.

¹ SILVA, Bruno Mattos e. A teoria da empresa no novo Código Civil e a interpretação do art. 966: os grandes escritórios de advocacia deverão ter registro na Junta Comercial?. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3606>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

O direito comum era composto de normas voltadas a regular a atividade que constituía a matriz econômica preponderante na época, a atividade agrícola, fortemente vinculada à terra e à propriedade imobiliária. Formava-se, assim, a dicotomia direito civil – direito comercial.

Restava, assim, no Brasil, apenas a importância da noção de ato de comércio para determinar qual lei era aplicável a determinado negócio, e determinar-se quem era comerciante e, portanto, sujeito aos direitos e deveres previstos nas leis comerciais.

Os problemas começaram quando novas formas negociais eram criadas pelos negociantes e também porque a teoria dos atos de comércio não acompanhou a evolução da sociedade.

Segundo, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios Gonçalves²:

Na lista dos atos de comércio não estavam atividades importantes como a prestação de serviços em massa e as atividades agrícolas, as quais por essa razão, eram regidas pela legislação comum, não desfrutando da mesma proteção dispensada àqueles que praticavam os enumerados atos de comércio.

Dessa forma, foi sendo estendido o campo das leis comerciais, as pessoas que, enquanto não fossem comerciantes em sentido estrito, eram reputadas comerciantes por lei, ou, nos casos em que não eram reconhecidas como comerciantes pelo ordenamento, já que exerciam atividades civis, mas que gozavam de proteção nas leis comerciais. Como por exemplo, a Lei 4.068/1962 – que considerou como comerciantes as construtoras, para que pudessem sacar duplicatas, e a Lei 6.404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas, que dispõe que qualquer que seja a atividade da companhia, ela é tida como comerciante, às leis relacionadas aos títulos de crédito (Lei nº 5.474/68, Lei 7.357/85, dentre outras).

Com o advento da transição do capitalismo comercial para o industrial, e depois com a transição deste para o capitalismo pós-industrial, se caracteriza a sociedade atual como uma sociedade de serviços. E os serviços não eram regulados pelo Direito Comercial, mas sim pela legislação civil.

Por fim, com o surgimento dos direitos do consumidor, foi necessário à criação de um novo ramo do direito para regular as relações entre comerciantes e consumidores. Assim, foi editada a Lei 8.009 de 1991, que regulou a relação de

² Gonçalves, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios. Direito Comercial: Direito de Empresa e Sociedades Empresárias. São Paulo: Saraiva, 2006.

consumo, tratando os comerciantes como fornecedores de produtos ou de serviços. Sendo relação de consumo, aquela em que alguém compra um produto ou contrata um serviço, mediante pagamento.

Vale ressaltar que na relação de consumo o legislador brasileiro, brilhantemente, protegeu os interesses dos consumidores que são considerados sempre à parte hipossuficiente da relação, assim como ocorre no Direito do Trabalho em que o empregado também é considerado a parte mais fraca da relação trabalhista, frente a subordinação a que se submete na relação de emprego.

Já a teoria da empresa, surgida na Itália em pleno período fascista, como forma de afirmação da nacionalidade desse país, não divide os atos em *civis* ou *mercantis*.

Para a teoria da empresa, o que importa é o modo pelo qual a atividade econômica é exercida. O objeto de estudo da teoria da empresa não é o ato econômico em si, mas sim o modo como a atividade econômica é exercida, ou seja, a *empresa*, com os sentidos que veremos adiante.

Os doutrinadores ao tentar explicar a empresa como ato, perceberam que mais do que um ato, se caracterizavam por um conjunto de atos coordenados, ou seja, uma atividade.

Para Fábio Ulhoa Coelho³, em recente Parecer proferido para o Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, após solicitação desse órgão com o objetivo de esclarecer dúvidas referentes ao registro das sociedades simples, escreveu sobre a teoria da empresa, dizendo que a mesma é mais eficiente do que a antiga teoria dos Atos de Comércio de origem francesa e alemã, já que abrange um modelo mais adequado à economia capitalista vigente nos dias atuais. Ainda, afirma que, a Itália ao reformular seu Código Civil em plena guerra, em 1942, produziu um diploma afastado tanto da estrutura francesa quanto da alemã, em que se apresenta como particular inovação à disciplina de matérias até então afetas, na cultura jurídica européia, ao direito comercial (e tratadas, por isto, em códigos próprios).

Ainda, quanto à época em que foi elaborada a teoria da empresa, traçou as seguintes linhas:

A teoria da empresa deve ser compreendida neste contexto de afirmação da nacionalidade italiana, num mundo em que a Europa ainda não tinha se

³ Disponível em: <http://www.irtdpbrasil.com.br/parecerfabio.htm>. Acessado em 25 de nov 2006.

deparado com a necessidade de um processo de integração econômica e progressiva unidade política. Esta teoria se contrapõe à dos atos de comércio – de origem francesa e parcialmente adotada pelo Código de Comércio do Reino da Itália de 1882 – como critério distintivo do âmbito de incidência do direito comercial⁴.

Segundo, Luiz Antonio Soares Hentz⁵, a empresa, assim, entra para o direito positivo no País por força da necessidade de se estruturar a atividade econômica voltada à produção ou à circulação de bens ou serviços, reconhecendo, efetivamente, o que a doutrina de há muito preconiza como uma necessidade para a modernização do direito comercial. Na verdade, de alguma forma, a figura da empresa já se encontra enraizada entre nós, sob o bafejo da doutrina italiana.

Restam algumas discussões entre os doutrinadores para concluir se acabou a dicotomia do direito privado, ou não, com o advento da teoria da empresa. Alguns autores entendem que sim, mas boa parte dos doutrinadores, das quais faz parte, Fábio Ulhoa Coelho, entendem que não, que a teoria da empresa não acarreta no fim da bipartição, regime civil e comercial. Assim, continuam sendo excluídas do direito comercial algumas atividades econômicas.

Para que se chegue ao entendimento sobre a necessidade da adoção da teoria da empresa, faz-se necessário à análise de alguns conceitos presentes no direito empresarial atual.

2. Do comerciante ao empresário

Como exposto anteriormente, o comerciante era aquele que praticava a mercancia, segundo previsão no Código Comercial de 1850, em seu artigo 4°.

A noção de empresa é subordinada à de comerciante enquanto se está na fase do capitalismo comercial. Dessa forma que o conceito de empresa ingressa no mundo jurídico como uma categoria de troca. Porém, a partir do momento em que o comerciante passa a se apropriar dos meios de produção, dá-se à fase do capitalismo industrial, e a figura do comerciante entra em declínio, e passa a ser considerada a figura do empresário.

⁴ COELHO, Parecer do Dr. Fábio Ulhoa Coelho. Disponível em: <http://www.irtdpjbrasil.com.br/parecerfabio.htm>. Acessado em 25 de nov 2006.

⁵ HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo Direito de Empresa . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

Outra questão interessante no Direito Empresarial atual é se a figura do comerciante teria sido substituída pela do empresário, e quem é considerado empresário para o novo Código Civil.

Segundo o artigo 966, do Código Civil:

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. 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.

Então, necessário realizar uma interpretação do referido artigo para chegarmos ao conceito de empresário e diferenciá-lo do antigo comerciante.

O empresário é aquela pessoa que organiza o seu trabalho, coordenando bens com o trabalho de outras pessoas, ou seja, necessita de empregados, ou de outras pessoas para lhe auxiliarem. Quem administra, esses bens e o material humano, é o empresário, que é quem lidera e administra o trabalho realizado.

Rubens Requião, apud Fábio Ulhoa Coelho⁶, por sua vez, sintetiza:

O empresário assim organiza a sua atividade, coordenando os seus bens (capital) com o trabalho aliciado de outrem. Eis a organização. Mas essa organização, em si, o que é? Constitui apenas um complexo de bens e um conjunto de pessoal inativo. Esses elementos – bens e pessoal – não se juntam por si; é necessário que sobre eles, devidamente organizados, atue o empresário, dinamizando a organização, imprimindo-lhes atividade que levará à produção. Tanto o capital do empresário como o pessoal que irá trabalhar nada mais são isoladamente do que bens e pessoas. A empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário. Dessa explicação surge nítida a idéia de que a empresa é essa organização dos fatores de produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, ipso facto, a empresa.

Assim, não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns fatores da produção. Não são empresários porque não desenvolvem suas atividades empresarialmente, não o fazem mediante a organização dos fatores de produção, como, por exemplo, não contratam mão-de-obra, não contratam empregados, atendem seus clientes em suas próprias casas, sem possuírem estrutura organizada, etc.

Segundo Coelho, a produção de bens é a fabricação de produtos ou mercadorias em massa (toda grande indústria é, por definição, empresarial), produção de serviços é a prestação de serviços (banco, seguradora, hospital,

⁶ Curso de Direito Comercial. São Paulo, Saraiva, 1991, vol. 1, 20ª edição, pág. 57.

escola, estacionamento, provedor de acesso à internet, etc); circulação de bens é a atividade de intermediação típica do comércio em sua manifestação originária (ir buscar o bem no produtor para trazê-lo ao consumidor); e circulação de serviços é a intermediação da prestação de serviços (a agência de turismo não presta os serviços de transporte aéreo, traslados e hospedagem, mas, ao montar um pacote de viagem, os intermedeia, pondo-os em circulação).

Algumas impropriedades surgem na leitura do conceito de empresário imposta pela legislação civil em vigor. Principalmente no que concerne ao parágrafo único do artigo, 966, do Código Civil, que aduz que 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.

Em uma interpretação literal do referido artigo podemos afirmar que médicos, advogados, músicos, escritores, atores, por exemplo, jamais serão considerados empresários. A menos que constituam elemento de empresa. Afinal, o que significa elemento de empresa?

O elemento de empresa refere-se à atividade desenvolvida pela empresa, isto é, faz parte do seu objeto social, e de como ela está organizada para atuar. Por outro lado, será considerado empresário se estiver presente "*atividade econômica organizada*", como é o caso por exemplo do mecânico que possui uma oficina de automóveis com equipamentos, ferramentas, empregados etc. para atender seus clientes. O mesmo podemos dizer da cabeleireira que possui um salão com cadeiras especiais para corte e lavagem de cabelos, shampoos, cremes, secadores e escovas de cabelo, ajudantes etc.

Ora, conforme nos parece nítido, tal elemento é justamente a conjugação das características delineadas no *caput* do art. 966. Assim sendo, se o exercente de profissão intelectual articular sua atividade de forma que esteja presente todas as características do *caput* do artigo 966, logo ele será considerado empresário.

O art. 966 não atende à necessidade de uma definição satisfatória de empresário, isso pela dificuldade até agora intransponível de se delimitar os contornos da *organização* como característica essencial do exercício da atividade empresarial, e, por conseqüência, da definição de empresário. Aliás, levando em consideração a tênue linha que separa o profissional intelectual não empresário do empresário, muito difícil será até mesmo a construção de jurisprudência consistente

no sentido de definir critérios seguros para determinar a presença ou não da empresarialidade em determinados casos concretos.

Assim, partindo do entendimento que o conceito de empresário está ligado a uma realidade fática e que a determinação dos limites de tal conceituação vincula-se a fatores demasiadamente subjetivos, acreditamos que necessário se faz à fixação, através de lei, de critérios seguros para que o intérprete possa defini-lo sem ter margem de discricionariedade para flexibilizar a definição ao sabor de sua percepção subjetiva da realidade.

Ademais, a forma como está delimitada a definição de empresário no Código Civil poderá suscitar diversos problemas práticos. Por exemplo: um médico que trabalha sendo auxiliado por outros médicos que lhe são subordinados na condição de empregados, que entende não ser empresário e por isso não se registra no Órgão Competente (Junta Comercial) poderá ter inesperadamente sua falência decretada judicialmente, diante do pedido de um terceiro, e sofrer os dissabores inerentes ao exercício irregular (sem registro) da empresa porque o juiz do feito entendeu que aquele é empresário. E, não se diga que o médico do nosso exemplo tinha critérios precisos fornecidos pela lei (da forma como está) para saber se é ou não empresário, pois isso não corresponde à verdade, visto que o requisito que mais inspira polêmica, o da organização, tem definições estipuladas ao sabor de cada autor, e, ainda, tais definições deixam praticamente a mercê do subjetivismo do intérprete a conclusão se a atividade é empresarial ou não, e daí, se está presente ou não o empresário no fato analisado.

Segundo, Bruno Mattos e Silva, tecnicamente parece ser mais adequado interpretar o parágrafo único do art. 966 do Código Civil como uma explicação e não como uma exceção ao disposto no *caput*. A princípio, a atividade intelectual não é empresarial (primeira parte do parágrafo único), mas se presente todos os elementos de uma empresa, ela será empresarial (segunda parte do parágrafo único). Em outras palavras, a profissão intelectual pode ser empresarial, se presentes todos os requisitos previstos no *caput*. Essa é a explicação do parágrafo único do art. 966.

De outra banda, não pense que somente a atividade intelectual pode ser tida como não empresarial, pois se não se constitui elemento de empresa, o exercício de qualquer profissão, mesmo que seja ela de natureza comercial, não caracteriza o sujeito que a exerce como empresário.

O conceito legal de empresário não recobre todas as atividades econômicas. Entendimento adotado por Fábio Ulhoa Coelho⁷, que entende que são quatro hipóteses de atividades econômicas civis:

⁷ COELHO, 2006, P. 15-16.

A primeira diz respeito às exploradas por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. Se alguém presta serviços diretamente, mas não organiza uma empresa (não tem empregados, por exemplo), mesmo que o faça profissionalmente (com intuito lucrativo e habitualidade), ele não é empresário e o seu regime será o civil. Aliás, com o desenvolvimento dos meios de transmissão eletrônica de dados, estão surgindo atividades econômicas de relevo exploradas sem empresa, em que o prestador de serviços trabalha sozinho em casa.

...

Não se considera empresário, por força do parágrafo único do art. 966 do CC, o exercente de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que contrate empregados para auxiliá-lo em seu trabalho. Estes profissionais exploram, portanto, atividades econômicas civis, não sujeitas ao Direito Comercial. Entre eles se encontram profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto, etc.), os escritores e artistas de qualquer expressão (plásticos, músicos, atores etc.).

Convém ressaltar que, quando os citados profissionais constituírem elemento de empresa, passam a se tornar empresários. O que lhes garante vários benefícios comerciais e fiscais também.

A segunda categoria de profissionais que não foram abarcadas integralmente pelo Direito Comercial foram os produtores rurais. Isso se deve ao fato de no nosso país, existirem dois tipos de atividades rurais exploradas, de maneira radicalmente diferentes: a agroindústria e a agricultura familiar. Sabe-se que na agroindústria, emprega-se tecnologia avançada, mão-de-obra assalariada, especialização de culturas, grandes áreas de cultura, etc. Já na agricultura familiar, geralmente, trabalham o dono da terra, sua família e poucos empregados em áreas menores de cultivo. O legislador atento a esta realidade, reservou ao exercente de atividade rural um tratamento específico, previsto no artigo 971, CC.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

A terceira categoria refere-se às cooperativas, que apesar de se dedicarem às mesmas atividades dos empresários, costumam atender aos requisitos legais de caracterização dos mesmos, mas, por expressa disposição do legislador, Lei 5.764 de 1.971, não se submetem ao regime jurídico-empresarial, e por isso, não podem requerer a recuperação judicial e não estão sujeitos à falência.

Permanece, no interior da teoria da empresa, a classificação destas em empresariais ou não-empresariais. Assunto que será tratado adiante.

3. Conceito de Empresa

Como dito anteriormente, a noção de empresa é subordinada à de comerciante enquanto se está na fase do capitalismo comercial. Dessa forma que o conceito de empresa ingressa no mundo jurídico como uma categoria de troca. Porém, a partir do momento em que o comerciante passa a se apropriar dos meios de produção, dá-se à fase do capitalismo industrial, e a figura do comerciante entra em declínio, e passa a ser considerada a figura do empresário.

O Direito Comercial tem em seu foco principal a empresa. E outro grande questionamento enfrentado pelos operadores do direito é chegar a uma conclusão sobre o que é empresa.

Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores. No passado, contudo, muito se discutiu sobre a unidade da noção jurídica da empresa, que era vista como resultante de diferentes fatores, objetivos e subjetivos. Certo entendimento bastante prestigiado considerava-a, em termos jurídicos, um conceito plurivalente.

Assim, pode-se afirmar que empresa é toda atividade desenvolvida pelo empresário ou sociedade empresária, e é toda aquela exercida profissionalmente, e de forma economicamente organizada, para a produção ou circulação de bens e serviços.

Segundo MACHADO, coube, todavia, ao jurista italiano Asquini⁸ o desbravar desta selva de dificuldades sobre a novel instituição da empresa, resultando sua decomposição interpretativa em quatro facetas sob as quais encará-la, às quais denominou de perfis, que fez publicar na *Rivista del Diritto Commerciale* (v.41-I, 1943), como sendo: perfil subjetivo, perfil objetivo, perfil funcional e perfil corporativo,

⁸ MACHADO, Daniel Carneiro. **O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa. Disponível em: Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2901>>. Acesso em: 15 de nov 2006. Asquini, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução com anotações do Professor Fábio Comparato, RDM 104/109.

assim entendidos a empresa como empresário, como estabelecimento, como atividade e como instituição, respectivamente.

J. X. Carvalho de Mendonça, por outro lado, inspirado naturalmente em Vivante, conceituou a empresa como "a organização técnico-econômica que se propõe a produzir a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade".

Antecipando a crítica ao conceito apresentado, evidentemente decalcado sobre o conceito econômico, J. X. Carvalho de Mendonça adiantou-se a ela, declarando que, de fato, "o conceito econômico é o mesmo do jurídico, em que pese a alguns escritores que os distinguem sem fundamento". E explica: "O direito comercial considera a empresa que se apresenta com caráter mercantil. Desse modo, o empresário, organizando e dirigindo a empresa, realiza, como todo comerciante, uma função de mediação, intrometendo-se entre a massa de energia produtora (máquinas, operários, capitais) e os que consomem, concorrendo destarte para a circulação de riqueza". São, assim, pressupostos da empresa, para o mestre, os seguintes elementos: a) uma série de negócios do mesmo gênero de caráter mercantil; b) o emprego de trabalho ou capital, ou de ambos combinados; c) a assunção do risco próprio da organização.

A idéia de empresa, como categoria fundamental do direito comercial, já se impôs nos estudos da disciplina jurídica e nos pronunciamentos jurisprudenciais de nossos tribunais. O problema a considerar não é o de poderio econômico da empresa e sua predominância no campo econômico, mas a sua definição como categoria básica, como o ponto de partida do direito mercantil. Constituem, de fato, seu estudo e sua pesquisa um imperativo das transformações que a sociedade tem sofrido, com a correspondente evolução do direito, com o aperfeiçoamento de suas instituições.

O regime jurídico do empresário, de acordo com o novo Código Civil, é o regime jurídico do comerciante. É o que se deduz da leitura do art. 2.037, do novo Código Civil:

Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.

Disso decorre que empresários e sociedades empresárias estão sujeitas ao regime jurídico mercantil, ainda que não exerçam qualquer atividade que antes seria considerada como ato de comércio.

Conceitua-se empresa como sendo *atividade*, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores. No passado, contudo, muito se discutiu sobre a unidade da noção jurídica da empresa, que era vista como resultante de diferentes fatores, objetivos e subjetivos. Certo entendimento bastante prestigiado considerava-a, em termos jurídicos, um conceito plurivalente.

4. Sociedades Simples e Empresárias

Inicialmente cumpre destacar que as sociedades são consideradas pessoas jurídicas de direito privado, e por isso são reguladas pelo direito privado, ou seja, pelo ordenamento civil. E constituem-se na união de pessoas com objetivos econômicos, ou seja, com intuito de lucro.

De se registrar que, antes do Código Civil de 1916, ora revogado, as sociedades se dividiam em sociedades civis e sociedades comerciais, sendo que, em regra, a diferença se fazia através do objeto social (prática de atos de comércio ou não), salvo nas hipóteses em que o legislador, independentemente do objeto, conferia à sociedade natureza mercantil, como por exemplo a sociedade anônima (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 6.404/1976).

O Código Civil atual extinguiu as antigas sociedades civis e as sociedades comerciais. Em substituição, criou as sociedades simples e as sociedades empresárias. Hoje, a atividade economicamente organizada pela sociedade é que irá determinar se a sociedade será simples ou empresária. Não se podendo confundir e imaginar que as antigas sociedades civis passaram a ser simples, enquanto que as antigas sociedades comerciais passaram ser tratadas como empresárias.

Com a devida vênia, não se pode compartilhar de tal posicionamento, vez que a alteração realizada pelo legislador foi de fundo e não apenas terminológica, sendo certo também que não é critério diferenciador o objetivo (que não se confunde com o objeto social) de ambas, até porque as duas, por serem sociedades, têm sempre fim lucrativo, ao contrário das associações. No entanto, a sociedade não empresária, apesar de explorar uma atividade econômica, não o faz de forma organizada, ou seja, não há conjugação de fatores de produção (capital, trabalho, tecnologia e matéria prima), em outras palavras, o modo pelo qual o objeto é explorado não se faz de forma economicamente organizada, enquanto a sociedade empresária exerce seu objeto de forma organizada, caracterizando-o como empresa (atividade economicamente organizada).

Portanto, o traço distintivo entre sociedade não empresária e sociedade empresária é a organização, a forma pelo qual o objeto, a atividade econômica é explorada. Assim, pode-se afirmar que algumas sociedades consideradas civis antes do advento do atual Código Civil, atualmente podem ser consideradas como sociedades empresárias, caso o objeto seja desenvolvido de forma organizada, como empresa, no perfil técnico-funcional do mestre italiano Alberto Asquini.

Em oposição às sociedades empresárias, estão as sociedades simples, que são as sociedades que não exercem "profissionalmente atividade econômica organizada" (art. 966). Vale ressaltar que as sociedades cooperativas serão sempre consideradas simples, segundo disposição expressa na legislação vigente.

Interessante ressaltar, também, que a diferença entre as sociedades simples e as empresárias não reside no lucro auferido pelos sócios. Isso porque há sociedades simples com igual intuito lucrativo, como por exemplo, uma sociedade de advogados, de médicos, etc.

Sociedade empresária é a sociedade que exerce atividade econômica organizada. Ou, como diz o art. 982, é a que "tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967)".

E quais as conseqüências práticas-jurídicas em se definir uma sociedade como empresária ou não empresária?

Segundo Cláudio Calo Sousa⁹, em sendo a sociedade empresária, tem-se quatro conseqüências importantes:

Primeiro, deve arquivar seus atos constitutivos no órgão próprio, precisamente no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (art. 1150 CC/02), que incumbe à Junta Empresarial de cada ente federativo, enquanto que as sociedades não empresárias, em regra, devem ser registradas do Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Segundo, em caso de insolvência, a sociedade empresária fica sujeita, em regra, às Recuperações Judicial e Extrajudicial e à falência, previstas em legislação especial (Lei no. 11.101/2003), com tratamento peculiar, enquanto que as sociedades não empresárias sujeitam-se à insolvência processual civil, prevista nos artigos 748 e seguintes do Código de Processo Civil, que é um sistema de insolvência menos gravoso que o falimentar, face aos inúmeros efeitos da sentença decretatória de falência..

Terceiro, a escrituração do empresário de suas operações nos livros fica sujeita à regras próprias e mais rígidas do que propriamente aos das sociedades não empresárias (artigos 1179 ao 1195 CC/02), vez que nosso ordenamento jurídico adotou o sistema francês quanto à escrituração, em que exige livros comuns e especiais e determina os requisitos extrínsecos e intrínsecos dos mesmos, não conferindo liberdade alguma.

Quatro, o empresário individual e a sociedade empresária, quando a falência é decretada judicialmente, pode haver responsabilização pela prática de crimes falimentares, o que não ocorre com o não empresário. Deve-se ressaltar que, no caso das sociedades empresárias, são os administradores que poderão ser responsabilizados criminalmente, pois são estes que sentem os efeitos penais da falência, não sendo considerados falidos tecnicamente, mas sim a sociedade empresária.

Para Fábio Ulhoa Coelho, para conceituarmos as sociedades empresárias, devemos observar dois institutos jurídicos, de um lado a pessoa jurídica, e de outro, a atividade empresarial. Uma primeira idéia, segundo o referido autor, seria aproximar o conteúdo deste conceito de pessoa jurídica empresária, a de que é aquela que exerce atividade econômica sob a forma de empresa. Interessante, mais incompleto para designar com exatidão quem são as sociedades empresárias, pois vários aspectos devem ser considerados. Senão vejamos:

Somente algumas espécies de pessoa jurídica que exploram atividade definida pelo direito como de natureza empresarial é que podem ser conceituadas com sociedades empresárias, qualquer que seja o seu objeto. Um ponto de partida, assim, para a conceituação de sociedade empresária é o da sua localização no quadro geral das pessoas jurídicas¹⁰.

As sociedades empresárias poderão adotar uma das seguintes formas:

Sociedade em nome coletivo – N/C, conforme os artigos 1.039 a 1.044, CC/2002;

⁹ SOUSA, Cláudio Calo. Sociedade simples e o art. 983 do Código Civil de 2002: imprecisão terminológica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 748, 22 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7042>>. Acesso em: 12 out 2006.

¹⁰ COELHO, 2006, P. 109.

Sociedade em comandita simples – C/S, conforme os artigos 1.045 a 1.051, CC/2002.

Sociedade Limitada – LTDA, conforme os artigos 1.052 a 1.087, CC/2002.

Sociedade Anônima – S.A., conforme os artigos 1.088 a 1.089, CC/2002.

Sociedade em Comandita por ações – C/A, conforme os artigos 1.090 a 1.092, CC/2002.

Cada uma dessas espécies societárias possui características próprias, devendo os sócios ao formalizarem a sua intenção de unir os esforços, escolherem a que considerarem mais apropriada aos seus interesses. Sendo que no Brasil, a espécie de sociedade empresária mais existente, são as sociedades limitadas, já que, uma vez integralizado o capital do sócio, esse não responde por dívidas da sociedade, a princípio.

As sociedades de capital e indústria também desapareceram e não foram mantidas pela legislação atual. Hoje para que seja criada uma sociedade os sócios devem ingressar com bens ou capital, não podendo fornecer apenas a sua força de trabalho para o desenvolvimento da atividade, e todos respondem pelas dívidas sociais dependendo da espécie societária adotada.

Conclusão

O novo Código Civil ao regular o Direito da Empresa, revogando toda a primeira parte do Código Comercial de 1850, adotou a teoria da empresa, e assim, superou a figura do comerciante, aquele que exercia a mercancia e passou a disciplinar a figura do empresário, aquele quem exerce atividade econômica, de modo organizado, muito mais coerente e aplicável nos dias atuais.

Já se tornou notório que a empresa, independentemente do setor de atuação, domina o panorama da economia moderna, principalmente porque é ela a responsável pela produção e comercialização em massa, e também pelos progressos tecnológicos verdadeiramente revolucionários que utiliza e, conseqüentemente, pela dimensão extraordinária que alcançou.

Nesse contexto, mostra-se extremamente importante a Teoria da Empresa, voltada para a organização dos fatores de produção que proporcionam a circulação de bens e serviços, com vistas ao lucro, conduzindo a uma reformulação total no

entendimento do objeto das sociedades, sejam elas comerciais ou civis, fundamentado no ato de comércio, passando estas sociedades, a partir daí, a ter os seus objetos voltados às atividades empresariais, independentemente da prática ou não de atos ditos mercantis.

Não se supera, totalmente, um certo tratamento diferenciado das atividades econômicas em seu gênero, mas sim passa para a medida de sua *importância econômica*. Por isso é mais apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica e não como expressão da unificação dos direitos comercial e civil, e portanto, ainda se mantêm a dicotomia do direito privado.

O novo Código Civil, promulgado recentemente, segue orientação do Código Civil Italiano de 1942, consagrando essa teoria no Livro II, do "Direito de Empresa". As sociedades antes conhecidas por sociedades comerciais passam a se denominar "sociedades empresárias".

Como visto, não é a natureza da atividade econômica que define se a sociedade que a explora deve ser simples ou empresária, mas sim a forma como a atividade é explorada.

Desde que no ato constitutivo ou em instrumento apartado, o interessado declare que a sociedade é simples (porque não explora a atividade econômica pertinente ao seu objeto de forma empresarial), é esta sua classificação jurídica.

Não tem importância, note-se, a dimensão do negócio. Normalmente, não se consegue explorar atividade econômica de vulto sem a organização empresarial. Mas não há relação necessária entre um e outro vetor. Tanto assim que pequenos negócios podem ser explorados empresarialmente. O decisivo é a forma com que se explora a atividade: com ou sem empresarialidade.

Para haver harmonia ao novo regime legal, os diversos institutos comerciais, como a Falência e a Concordata, deverão ser interpretados à luz dessa teoria, o que ampliará a incidência das normas comerciais para diversos setores da economia.

A adoção da teoria da empresa implicará, pois, sem dúvida, no avanço do Direito Comercial, que permitirá a adequação das normas jurídicas à evolução da economia moderna.

Bibliografia:

ASQUINI, Alberto. **Perfis da Empresa**. Tradução com anotações do Professor Fábio Comparato, Revista de Direito Mercantil 104/109.

BULGARELLI, Waldirio . **O Direito das Empresas**. São Paulo: Ed. RT. 1980.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 14ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades Comerciais**. 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 16ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Manual de Direito Comercial**. 2ª Edição. Revisada e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2000.

GONÇALVES, M. G. V. P. R.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias**. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Lei nº. 10.406, publicada no Diário Oficial em 10 de Janeiro de 2002 - **Novo Código Civil Brasileiro**.

MARTINS, Waldemar Ferreira. **Compêndio das sociedades comerciais**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1940.

MENDONÇA, J. X. Carvalho. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Volume nº. 3, São Paulo: 1945.

MIGUEL, Paula Castello. **O Estabelecimento Comercial**. Revista de Direito Mercantil. Volume 118/07.

PAES, P. R. Tavares. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Editora RT, 1987.

PACHECO, José da Silva. **Tratado de Direito Empresarial, Empresário: Pessoa e Patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 1979.

REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil**. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 5, t. 2, Brasília, 1989, p. 17.

WALD, Arnoldo. **A Evolução do Direito Societário**. Revista de Direito Mercantil. Volume 120/56.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 22ª. Edição. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual**. Revista de Direito Mercantil. Volume 119/ 94

SILVA, Bruno Mattos e. **A teoria da empresa no novo Código Civil e a interpretação do art. 966: os grandes escritórios de advocacia deverão ter registro na Junta Comercial?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3606>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

SOUSA, Cláudio Calo. **Sociedade simples e o art. 983 do Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7042>. Acessado em 01 dez 2006.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Empresa> (WIKIPEDIA, sobre o conceito de empresa) Acessado em: 07 nov 2006.