

I- O DIREITO DE EMPRESA E SUA EVOLUÇÃO

Luciana Castro¹

No cenário econômico atual, tomado pelos avanços tecnológicos e pelo processo da globalização, ressalta-se a crescente influência e participação da empresa como ponto central da sociedade contemporânea, estando, sem dúvidas, no coração da economia moderna, constituindo a célula fundamental de todo o desenvolvimento industrial.

Nesse quadro, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro, que, no seu Livro II, regula o "Direito de Empresa", assinalando o abandono do sistema tradicional consagrado pelo Código Comercial de 1850, alicerçado no comerciante e no exercício profissional da mercancia – teoria dos atos de comércio, substituindo-o pela adoção do sistema do empresário e da atividade empresarial – teoria da empresa.

Evolução histórica

O Direito Comercial precisou, desde suas mais remotas origens, de estruturar-se sobre determinado fenômeno jurídico que justificasse a criação de regras especiais apartadas do Direito Civil. Isto porque se trata de um ramo da ciência do Direito surgido, não em função de necessidades de ordem lógica ou científica, mas a partir das exigências das práticas comerciais e daqueles que atuam nesse ramo da atividade humana.

Deve-se reconhecer que a noção de empresa possui um papel cada vez mais significativo nos sistemas jurídicos de tradição civilista ao redor do mundo.

Com o advento do Código de Comércio francês, em 1807, considerado pela doutrina como o mais importante de todos os Códigos Comerciais modernos, ganhou corpo, a noção de atos de comércio, com uma conotação não mais concentrada na figura do comerciante. Os diplomas legais passaram a elencar (de forma taxativa ou meramente exemplificativa) determinados atos que, independentemente da circunstância de serem praticados por comerciantes, estariam sob a disciplina do Direito Comercial, pelo simples fato de existir disposição legal a respeito desse enquadramento, isto é, a todos que praticassem atos condizentes com o comércio. É a chamada concepção objetiva desse ramo especial do Direito Privado, oposta àquela anteriormente vigente

¹ Bacharel em Direito; Especialista em Processo Civil; Mestre em Direito Empresarial; Advogada; Docente do Ensino Superior.

(concepção subjetiva), segundo a qual, determinado ato seria regulado pelo Direito Comercial se fosse praticado por comerciante profissional, não comportando enumeração legal.

Porém, com o crescimento da forma monopolística do regime capitalista, foi possível perceber toda a insuficiência dessa noção como elemento definidor do Direito Comercial, enquanto ramo autônomo do conhecimento jurídico².

Assim foi que, no início do século XX – e, especialmente, após o Código Civil Italiano de 1942³-, passou-se a invocar a noção de *empresa* como real e verdadeiro critério distintivo sobre o qual se apoiariam as regras específicas componentes do ramo especial do Direito Privado.

O Código italiano, tendo formalmente unificado o Direito Privado, representou, igualmente, o retorno ao sistema subjetivo, porque substituiu as antigas noções de atos de comércio e de comerciante pela de *empresário*, como tal considerado aquele que realiza uma atividade econômica organizada, dirigida ao mercado⁴.

De fato, o Código Civil Italiano não definiu a empresa, mas o empresário, referindo-se àquele que “exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”, concluindo, assim, que a empresa vem a ser a atividade exercida pelo empresário.

O Código Comercial Brasileiro de 1850 adotou o posicionamento de Atos de Comércio, relegando, entretanto, ao Regulamento nº 737 do mesmo ano a tarefa de enumerar, em seu art.19, aqueles atos apartados da disciplina do Direito Comum, definindo o que era considerado atos de comércio.

Artigo 19. Considera-se mercancia:

§1º - A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

§2º - As operações de câmbio, banco e corretagem;

§3º - As empresas de fábricas, de comissões, de depósitos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§4º - Os seguros, fretamentos, risco e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§5º - A armação e expedição de navios.

Cumprido ao Direito Comercial, dessa forma, a tarefa de regulamentar os chamados "atos de empresa".

² COELHO. Fábio Ulhôa. *Manual*,..., cit. pg. 5

³ “O legislador brasileiro de 2002, tomou como modelo o Codici Civile de 1942, em que a matéria é tratada no capítulo denominado Del Lavoro, indicativo de que se trataria de uma espécie de atividade econômica.” (MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito/Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau; tradução Rachel Sztajn*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.p.511/512)

⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 47*

O Prof. Ruy de Souza, antigo Catedrático da matéria, foi um dos que recebeu calorosamente a ideia de empresa como elemento caracterizador das normas de Direito Comercial. Chegou ele, inclusive, a intitular um dos capítulos de sua obra "*O Direito das Empresas - atualização do Direito Comercial*"⁵ de "*O Direito Comercial como o Direito das Empresas*". É neste mesmo livro que se encontra a significativa afirmação de que "*a elaboração de um direito comercial fundado na empresa como seu objeto revoluciona, sem dúvida, os processos tradicionais e possui o condão de eliminar os antagonismos teóricos e de minimizar as exceções*"⁶.

Porém, o conceito de empresa apresenta, aos estudiosos do Direito, um fator complicador de significativa importância.

Trata-se do fato desse conceito ter origem e inicial desenvolvimento no âmbito da ciência econômica, sendo apenas posteriormente acolhido pela ciência jurídica como elemento substitutivo da noção de atos de comércio. Informa-nos, Joaquín Garrigues, corroborando a assertiva anterior, que "[...] a palavra empresa é um termo que passou do campo da economia para o direito, tanto nas leis quanto nas obras dos juristas [...] a empresa é um conceito econômico e o conceito jurídico coincide com ele"⁷. Também François Goré verifica, no direito francês, que "[...] a empresa é uma noção econômica"⁸.

Além disso, esclarece MACKAAY que

A ciência econômica se interessou, há muito tempo, pela noção de empresa, abordando questões que se assemelham às dos juristas. Que, Seguindo Coase, os economistas buscam explicar a razão de ser da empresa como modo de organização da produção. Ao fazê-lo, elaboraram diversas teorias visando explicar esse modo de organização e com seus trabalhos permitiram clarear as dificuldades recorrentes enfrentadas pelos juristas. Além disso, nos estimularam a abrir a caixa preta das diferentes formas jurídicas da empresa a fim de compreender as linhas fortes e o seu funcionamento⁹.

Em 1937, o prêmio Nobel de economia, o britânico Ronald Coase tentou explicar a razão de ser da empresa em artigo intitulado: *The Nature of the Firm*.

Coase explica que as sociedades são organizadas para atuarem nos mercados, com o objetivo

⁵ SOUZA. Ruy de. *O Direito das Empresas - atualização do Direito Comercial*. Livraria Bernardo Álvares Editora, Belo Horizonte, 1959

⁶ SOUZA. Ruy de. *O Direito...*, cit. pg. 207

⁷ "[...] la palabra empresa es un término que ha pasado desde el campo de la economía al del derecho, tanto en las leyes como en las obras de los juristas (...) la empresa es un concepto económico y el concepto jurídico de ella coincide con él". GARRIGUES. Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II*. Reimpresión de la séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colômbia, 1987, pg 13. Tradução livre do autor.

⁸ "l'entreprise est une notion économique". GORÉ. François. *Droit des affaires - les commerçants et l'entreprise commerciale*. Collection Université Nouvelle, Éditions Montchrestien, Paris, 1973, pg. 129. Tradução livre do autor.

⁹ MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito/Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau; tradução Rachel Sztajn*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.p.517

de diminuir os custos de transação que são os incorporados por terceiros nas negociações econômicas do mercado (custos de informações, custos contratuais, etc.). Em outras palavras, para o criador dessa Teoria, os agentes econômicos não atuam diretamente no mercado, as empresas são criadas e estruturadas para tanto¹⁰.

A partir dessa concepção, foi construída a Teoria da Firma, que estuda o comportamento da unidade do setor da produção. Ela procura explicar a forma de proceder da sociedade empresária quando esta desenvolve a sua atividade produtiva, para a produção de bens ou de serviços. De acordo com a Teoria da Firma, a organização de sociedades empresárias é necessária para diminuir os custos de transação que recaem sobre o empreendedor, em razão das instabilidades e imperfeições do mercado.

Dessa forma, haverá formações de equipes organizadas (prestadores de serviços e fornecedores de recursos) sob o controle de gestão de um único empresário, o que ensejará uma produtividade mais eficiente. Isso porque as organizações econômicas estarão centradas em contratos de longo prazo, o que gera uma maior estabilidade da produção de bens ou serviços. Por exemplo, contratos de trabalho para a realização de uma tarefa bem específica eliminam a dificuldade da sociedade empresária de conseguir encontrar, no mercado, essa determinada mão-de-obra.

Assim, percebe-se que

A resposta de Coase, que atualmente parece simples, permanece forte: a empresa responde à necessidade de reduzir os custos de organizar a produção através do mercado. Dessa forma, o empresário recorre à empresa quando os custos de organizar as atividades de produção pelo mercado excedem os resultantes do uso da empresa¹¹.

Na verdade, a empresa, como organização dos fatores de produção, interessa ao Direito em geral, cujos ramos a tratam, peculiarmente, sob os aspectos ou prismas que lhes são próprios. Isso foi evidenciado por ASQUINI, jurista italiano, em sua obra intitulada “Teoria Poliédrica da Empresa”, na qual enxergou a empresa, perante o Direito, sob estes quatro perfis: *subjetivo* (como sujeito de direito, identificando-a, portanto, com a figura do empresário); *corporativo* (como organismo envolvendo as relações jurídicas interna entre o empresário e seus prepostos); *objetivo* (como objeto de direito, materializando-se pelo conjunto de bens nela reunidos e correspondendo à noção de estabelecimento comercial); e *funcional* (como a atividade desenvolvida de forma

¹⁰ COASE, Ronald H. The nature of the firm. 1937.

¹¹ MACKAAY, Ejan. Análise econômica do direito/Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau; tradução Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.p.519

organizada) – só esses dois últimos compreendendo a matéria tratada pelo direito comercial¹².

O conceito de empresário e a empresa no Código Civil de 2002

Passa-se, assim, à análise do conceito de empresa no Direito Comercial brasileiro, pois, certo ou não, é ele quem assumiu, com a vigência do Código Civil de 2002, a condição de fator de fundamentação científica de todo um grupo de normas jurídicas apartadas do Direito Privado comum.

José Maria Rocha Filho afirma que "*economicamente, a empresa é um organismo que se forma pela organização dos fatores de produção, para satisfazer as necessidades das pessoas, para atender às exigências do mercado*". O mesmo autor ainda nos diz que

[...] quando se fala em empresa, interessa ao Direito: a) regulamentar a atividade daquele que organizou os fatores de produção para satisfazer necessidades alheias, ou seja, a atividade do empresário; b) proteger as idéias inovadoras, criadoras, surgidas com ou em função do exercício daquela atividade; c) disciplinar a formação e a existência daquele conjunto de bens que forma o estabelecimento comercial. Interessa ao Direito, em síntese, a **atividade do empresário**¹³.

Já segundo Celso Barbi Filho, a empresa é "[...] organização profissional de capital e trabalho, destinada à produção, circulação ou prestação lucrativa de bens ou serviços"¹⁴.

Para Fran Martins, "[...] o melhor critério para identificar a empresa comercial é o de considerar como tal aquela em que o empresário se dedica, em caráter profissional, a fazer com que os bens passem de uma pessoa para outra (circulação de bens), praticando esta atividade com **intuito de lucro**"¹⁵.

Osmar Brina Corrêa Lima, por sua vez, verifica que "já no campo do Direito Comercial, a empresa é considerada do ponto de vista objetivo, como atividade de uma pessoa, física ou jurídica, que é o empresário"¹⁶.

O anteriormente citado François Goré, por seu turno, se refere à empresa nos seguintes termos: "[...] é um conjunto de meios humanos e materiais que têm por objeto uma atividade

¹² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 47

¹³ ROCHA FILHO. José Maria. *Curso de Direito Comercial. vol. 1 - Parte Geral*. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pgs. 61 e 62

¹⁴ BARBI FILHO. Celso. *Contratação entre a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e seu próprio administrador. Revista de Direito Mercantil*. nº 96, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, pg. 5

¹⁵ MARTINS. Fran. *Curso de Direito Comercial*. 20ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994, pg. 14

¹⁶ CORRÊA LIMA. Osmar Brina. *Sociedades Anônimas - textos e casos*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, pg. 15

econômica, a produção de um bem ou de um serviço [...]”¹⁷.

O perfil corporativo observa a empresa como uma instituição, que não deriva exatamente de um conceito jurídico próprio, mas de **ideologias**, segundo as quais a empresa é unidade geradora de riquezas ao empresário e, ao mesmo tempo, ultrapassa os interesses próprios do empresário, pois o seu exercício atinge outros interesses conexos, tais como dos empregados, da comunidade em que se localiza, entre outros.

Apresentadas diversas definições a respeito do que seja a empresa, é preciso também mencionar controvérsia de relativa importância prática. Trata-se da definição acerca da natureza jurídica da empresa.

Vários autores de expressão, como Waldírio Bulgarelli, referem-se à empresa como sujeito de direito¹⁸. Esse movimento encontra respaldo em diferentes tópicos da legislação pátria (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2º, e Constituição Federal de 1988), mas não conseguiu sensibilizar a maioria da doutrina que, ao menos no âmbito do Direito Comercial, toma a empresa como objeto de direito cuja titularidade cabe ao empresário¹⁹.

Não há, entretanto, como concordar com a ideia de subjetivação da empresa. Demonstraremos que o correto é, face ao texto do novo Código Civil, tomá-la na acepção de atividade do empresário (individual ou coletivo), este sim sujeito de direitos e de obrigações no mundo jurídico.

O Código Civil promulgado em 2002 adotou a chamada teoria da empresa em substituição à ultrapassada teoria dos atos de comércio de origem francesa, que adotava como forma de distinção entre as sociedades civis e comerciais, unicamente, a natureza da atividade desenvolvida pelo empreendedor.

Em seu Livro II, dedica-se a cuidar do que chama “Direito de Empresa”, o qual nada mais é do que o regime jurídico privado, especialmente elaborado para disciplinar os atos vinculados ao conceito aqui tratado. Assim, o direito positivo brasileiro adota expressa e definitivamente o conceito de empresa como elemento balizador e distintivo entre o campo de incidência das normas de direito privado.

O novo Código, entretanto, preferiu não exibir específica definição de empresa, optando por remeter-nos, assim como fez o Código Italiano de 1942, à caracterização do empresário²⁰.

¹⁷ “[...] *c'est un ensemble de moyens humains et matériels qui a pour objet une activité économique, la production d'un bien ou d'un service [...]*”. GORÉ. François. *Droit...*, cit. pg. 129. Tradução livre do autor.

¹⁸ BULGARELLI. Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. 1ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, pg. 47

¹⁹ REQUIÃO. Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. Ed. Saraiva, São Paulo, 1982. pg. 58 e TAVARES PAES. P.R. *Curso de Direito Comercial*. vol II. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, pg. 41

²⁰ “O Código Civil Brasileiro, por ocasião da unificação do direito obrigacional, abandonou o conceito ou noção de comerciante adotando o termo empresário para identificar quem exerce atividade econômica em e para mercados. Contudo, a leitura de artigos do Livro II da Parte Especial do referido Código leva ao entendimento de que se

Diz o *caput* do art. 966 do novo Código Civil brasileiro: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Definiu também, no artigo 1.142, que estabelecimento empresarial é o complexo de bens organizados para o exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária.

Portanto, verifica-se que cabe ao jurista, a partir dos elementos contidos no conceito de empresário estabelecido no artigo 966 do Código Civil, extrair o conceito de empresa.

Se empresário é a pessoa que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, resta claro que, ao contrário do que apregoam os partidários da subjetivação do conceito de empresa, este se refere à atividade e não à pessoa do empresário. O artigo 966, supra, permite enumerar quatro elementos característicos do empresário: (i) profissionalismo; (ii) atividade de produção ou circulação de bens ou serviços; (iii) organização dos fatores de produção; (v) economicidade.

O profissionalismo consiste na pessoalidade e organização no exercício da atividade, bem como o domínio das informações sobre o produto ou serviço oferecido ao mercado. Engloba, também, a habitualidade, pois é necessário que a atividade seja realizada de forma habitual, já que não se considera atividade empresária a prática de atos isolados, mas a prática habitual e organizada dos atos necessários para o exercício da atividade econômica escolhida.

Como atividade, nos termos do art. 966, temos: (i) a produção/fabricação de produtos ou mercadorias; (ii) produção de serviços é a prestação de serviços (bancários, hospitalares, etc); (iii) a circulação de bens corresponde: (a) a distribuição e comercialização de bens e (b) circulação de serviços é a intermediação da prestação de serviços como, por exemplo, agência de turismo.

A atividade de produção ou circulação de bens ou serviços deve ser atividade econômica consistente na geração de receitas ao empresário, haja vista que a atividade de produzir ou circular bens ou serviços é passível de valoração econômica junto ao mercado consumidor e apta a gerar lucro ao empresário.

Além de ser uma atividade econômica, a empresa é uma atividade organizada fundada na organização dos fatores de produção (capital, mão-de-obra, matérias primas e tecnologia), que possibilitam a produção ou circulação de bens ou serviços e, por consequência, geram riqueza ao empresário. Vale dizer, a atividade exercida pelo empresário deve ter caráter econômico.

Assim, a partir das definições acima elencadas, é possível afirmar que **empresa**, no Direito brasileiro, é qualquer atividade econômica organizada profissionalmente pelo empresário, mediante capital e trabalho, com a finalidade de produção ou distribuição de bens ou serviços com intuito de

estabeleceu sinonímia entre os termos comerciante e empresário.”(MACKAAY, Ejan. Análise econômica do direito/Ejan Mackaay, Stéphane Rousseau; tradução Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.p.511/512).

lucro.

É verdade que a substituição da teoria dos atos de comércio, consagrada inicialmente no Código Comercial francês de 1807, pela construção em torno dos chamados atos de empresa, contribuirá para o avanço da definição a respeito do critério distintivo entre as subdivisões do Direito Privado. O conceito de empresa e de empresário trazem para o campo de incidência do regime jurídico comercial uma série de atividades outrora consideradas civis (como a prestação de serviços) e que há muito careciam de sujeitar-se à mesma disciplina legal dos atos de comércio.

Há que se ressaltar, porém, que o Direito Comercial continuou a regular situações da vida jurídica nem sempre pertencentes a categorias e tipos uniformes entre si em ordenamentos como o italiano, no qual, por via do art. 2. 850 do Código de 1942, já se consolidou, no Direito Positivo, a teoria da empresa.

De outro modo, voltou-se, o Código Civil, a regular o protagonista da atividade econômica, o que acentua o abandono do cunho objetivista que, segundo a maioria dos doutrinadores pátrios, teria ingressado no sistema jurídico brasileiro pela enumeração dos atos de mercancia contida nos referidos dispositivos do Regulamento n. 737. Assim, se ainda tinham algum, perderam todo o sentido, as discussões acerca dos atos de comércio para a delimitação da matéria de comércio que estaria submetida ao seu tratamento. **Matéria de comércio é só e toda aquela que está contida no desenrolar da atuação profissional do empresário ou, mais precisamente, do agente econômico em sua moderna concepção²¹.**

Parece-nos clara, a supervalorização do poder inerente à ideia de empresa. Temos que a grande contribuição trazida pela adoção desse conceito como fenômeno de fundamentação científica do Direito Comercial é, além da ampliação do campo de incidência do regime jurídico estabelecido por este ramo, o fato de que, a partir de então, se fortalecem ainda mais as elucubrações em torno de mecanismos jurídico-comerciais voltados à preservação do organismo econômico, em atendimento às exigências vinculadas à concepção de função social da empresa.

O outrora, julgou-se que a empresa, enquanto organização dos meios de produção, era propriedade exclusiva do empresário, que, por sua vez, assumia os riscos e a direção exclusiva do empreendimento.

Entretanto, começaram a surgir manifestações no sentido de que não apenas o interesse e a vontade do empresário devem ser jurídica e economicamente relevantes para o Direito Comercial. Concluiu-se que o organismo empresarial é composto por diferentes categorias funcionais, todas vinculadas à realização da atividade. Segundo François Goré, “uma concepção moderna, ao contrário, vê na empresa um conjunto de três grupos de pessoas (aportadores de capital, quadros de

²¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 60/61)

direção e gestão, assalariados) organizados para o exercício de uma atividade econômica”²².

Na doutrina nacional, Alfredo Lamy Filho e José Luis Bulhões Pedreira detectam, de forma aguda e perspicaz, o fato de existirem, na empresa, diferentes grupos de interesses - certamente conflitantes -, que formam o que chamam de *grupo social*²³. Salientam, eles, ainda, que a sociedade empresária é apenas um subsistema desse grupo social, ao qual se confere não mais a propriedade absoluta, mas a chefia da empresa, impedindo, dessa forma, que o empresário desconsidere os demais agrupamentos pessoais envolvidos com a atividade comum. Tal avanço se mostrou de grande significado, pois, como salientamos, o empresário (individual ou coletivo) não mais pode exercer o comando da empresa de forma a atender somente a seus interesses. A ampliação de tal conclusão acabou por levar à ideia de função social da empresa, que vai além da criação de empregos e geração de riquezas. A empresa deve criar e oferecer à sociedade serviços e produtos que assegurem o seu desenvolvimento e bem-estar.

O Código Civil de 2002, ao trazer o empresário para o centro do sistema, definindo-o como quem exerce atividade econômica de forma organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, alterou os termos da polêmica: adotou como regra geral o exercício organizado de toda e qualquer atividade econômica, independentemente da natureza dos atos que a identifiquem, excluindo do respectivo regime apenas os que desenvolvem atividade intelectual e rural²⁴.

Assim, é invertido, o critério: submetia-se antes, ao regime especial do Direito Comercial, somente quem praticava atos que a lei indicava; no regime atual, a regra é o empresário estar submetido ao Direito de Empresa, salvo se lei o excluir.

É importante destacar também a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 12.470, de 11 de setembro de 2011, que inseriu um novo tipo de pessoa jurídica, adicionando o inciso VI no artigo 44 do Código Civil. Ao contrário do empresário individual, na empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), existe a responsabilidade limitada do titular até o montante do capital subscrito, que deverá ser, no mínimo, cem vezes o salário mínimo vigente em sua constituição, ou seja, na EIRELI, ocorre o surgimento de um novo sujeito de direito, a pessoa jurídica, com a constituição de patrimônio autônomo em relação ao seu titular, a pessoa natural.

Há, também, como exposto anteriormente, determinadas atividades econômicas que, embora organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços com intuito lucrativo, foram

²² “une conception moderne voit au contraire dans l’entreprise un ensemble de trois groupes de personnes (apporteurs de capitaux; cadres de direction et gestion; salariés) organisé en vue de l’ exercice d’une activité économique”. GORÉ. François. *Droit...*, cit. pgs. 130 e 131. Tradução livre do autor.

²³, pgs 56 e 57

²⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 60

colocadas fora do âmbito das normas jurídicas reguladoras dos atos de empresa.

Tais atividades econômicas encontram-se no parágrafo único do já mencionado art. 966 do Código Civil de 2002, que diz: “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”.

Temos então que qualquer pessoa física ou jurídica que desenvolva profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística terá sua atividade apartada das normas do Direito de Empresa, ainda que pratique tal atividade com intuito lucrativo.

A redação desse parágrafo único parece-nos, com a devida vênia, passível de dúvidas.

Face à literalidade de seu texto, julgamos pertinente a seguinte pergunta: está fora do âmbito das normas do Direito de Empresa qualquer profissão intelectual ou somente aquelas profissões intelectuais “de natureza científica, literária ou artística?”.

A relevância da pergunta reside na constatação de que há profissões intelectuais que, ao menos diretamente, não têm natureza científica, literária ou artística.

É, por exemplo, o caso dos profissionais liberais: os médicos, os escritórios de contabilidade e engenharia, por exemplo, prestam serviços eminentemente intelectuais com intuito lucrativo, mas que, ao menos diretamente, não apresentam natureza “científica, literária ou artística”. Estariam, esses profissionais, desse modo, sujeitos à incidência das normas referentes ao Direito de Empresa ou não, continuando assim abarcados pelas normas civis? Fábio Ulhôa Coelho responde à questão nos seguintes termos:

Exclui do conceito de empresário o exercente de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que contem com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se constituir o exercício da profissão elemento de empresa (art. 966, parágrafo único). Esse dispositivo alcança, grosso modo, o chamado profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro etc.) que apenas se submete ao regime geral da atividade econômica se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (na linguagem normativa, se for ‘elemento de empresa’)²⁵.

Assim, as pessoas, em especial profissionais liberais, como advogados, médicos, dentistas, engenheiros, artistas, entre outros, mesmo que exerçam a atividade econômica de produção de circulação de bens ou serviços, não são considerados empresários, visto que ausente uma organização empresarial nessas atividades.

Tal exclusão é justificada pelo fato de que quem exerce profissão intelectual, mesmo que com auxílio de colaboradores, apesar de produzir serviços, o esforço realizado por esses profissionais resulta diretamente e exclusivamente da mente do autor, sem interferência exterior de

²⁵ COELHO. Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial. Vol. 1* – 6ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2002. pg. 24

fatores de produção, dada a natureza do objeto alcançado, meramente accidental. Ou seja, a pessoa do profissional predomina sobre a organização da atividade exercida.

Porém, a parte final do parágrafo único do artigo 966 dispõe sobre uma exceção à regra legal, ao dizer que, no caso do exercício da profissão de natureza intelectual ou artística constituir elemento de empresa (“... salvo se o exercício da profissão constitua elemento de empresa”), aquelas pessoas excluídas do conceito de empresário poderão tornar-se empresárias, pois, nessa hipótese, a organização da atividade ultrapassou a pessoa do profissional, o qual passa, apenas, a integrar a própria organização, como um de seus elementos.

Mas o que constitui o “elemento de empresa”?

Como pondera Alfredo de Assis Gonçalves Neto,

Ser elemento de atividade organizada em empresa ou, simplesmente elemento de empresa significa ser parcela dessa atividade e não a atividade em si, isoladamente considerada. Evidencia-se, assim, que a única possibilidade de enquadrar a atividade intelectual no regime jurídico empresarial será considerando-a como parte de um todo mais amplo, apto a identificar como empresa – ou, mais, mais precisamente, como um dos vários elementos em que se decompõe determinada atividade²⁶.

A verificação da existência do elemento de empresa, previsto no parágrafo único do artigo 966, tem característica casuística, uma vez que a sua verificação depende da análise do caso concreto. Por exemplo, um médico que possui um consultório com apenas uma secretária para agendamento de consultas não é empresário por força legal. No entanto, se esse médico, individualmente ou se associando a outros médicos, ampliar o seu consultório, transformando-o em uma clínica de especialidades com diversos médicos, laboratório de análises clínicas, estacionamento, entre outros elementos de organização empresarial, pode-se dizer que ele transformou aquela atividade inicial em uma atividade empresarial.

Em resumo, o elemento de empresa consiste na organização dos fatores de produção para o exercício da atividade e, quando o profissional de atividade intelectual ou artística organiza a sua atividade de forma empresarial, e essa organização empresarial ultrapassa a sua pessoa individual, este passa apenas a integrar um dos elementos da organização empresarial da atividade.

São essas, dentre outras, algumas das dúvidas que, como já ressaltamos no item anterior deste estudo, continuarão a percorrer a mente dos estudiosos, restando demonstrado, em nosso entender, que mesmo a positivação do conceito de empresa não traz a pacificação completa do assunto ora tratado.

²⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 70

O decurso do tempo veio aos poucos aconselhando a adoção da tese que considera a empresa o referencial do sistema. As novas realidades vieram mostrar que o comerciante ou empresário individual, embora ainda detendo parcela significativa do mercado, foi cedendo espaço, no campo jurídico, para a do empresário coletivo, isso é, da sociedade empresária. E esta, por sua vez, trouxe à luz o fenômeno das estruturas, cada vez mais complexas, que se organizam pelas formas mais diversas para atender as sempre crescentes necessidades de expansão dos negócios, indiferentes aos critérios objetivos em que se contém sua personificação.

Assim, a empresa é mais compreensiva e adequada para apontar o norte que enfeixa as normas do direito especial, voltado para regular as relações jurídicas intersubjetivas, envolvendo a atuação do agente econômico, em suas diversas manifestações, e a dos destinatários de sua atividade.

Conclusão

A empresa passa a ser, dentre os outros já considerados, o principal referencial para a identificação das pessoas, bens e relações jurídicas que se subsumem ao regime jurídico especial de que cuida o Direito Comercial – ou o Direito de Empresa ou Empresarial. Para boa parte da doutrina, a empresa seria mais que isso; seria o próprio divisor de águas a separar o regime jurídico comum do especial, e, nela, portanto, estaria a essência do Direito Comercial dos dias atuais²⁷.

Porém, até hoje, não findou, na doutrina brasileira, a controvérsia pela busca de conceitos unitários de empresa. Com a publicação do Código Civil de 2002, ainda parece haver muito espaço para discussões. Porém, é certo que a importância prática, social e econômica da instituição se sobrepõe a meros conceitos técnicos.

REFERÊNCIAS

- BARBI FILHO, Celso. Contratação entre a sociedade por cotas de responsabilidade limitada e seu próprio administrador. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, N. 96, 1994.
- BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. 1937.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CORRÊA LIMA, Osmar Brina. **Sociedades Anônimas: textos e casos**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de Derecho Mercantil**. Tomo II. Reimpresión de la séptima edición. Bogotá: Temis, 1987.

²⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 51

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GORÉ, François. **Droit des affaires** - les commerçants et l'entreprise commerciale. Collection Université Nouvelle. Paris: Éditions Montchrestien, 1973.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luis. **Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1982.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SOUZA, Rui de. **O Direito das Empresas: atualização do Direito Comercial**. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1959.

TAVARES PAES, P. R. **Curso de Direito Comercial**, vol. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.