

UNIVERSIDADE FUMEC
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde

Franco Giovanni Mattedi Maziero

**CONCEITO DE EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA NOVA PROPOSIÇÃO**

Belo Horizonte

2016

Franco Giovanni Mattedi Maziero

**CONCEITO DE EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA NOVA PROPOSIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Linha de pesquisa: Autonomia Privada, regulação e estratégia

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Botrel Coutinho

Belo Horizonte

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M476c Maziero, Franco Giovanni Mattedi, 1981-
Conceito de empresário no direito brasileiro: uma nova
proposição / Franco Giovanni Mattedi Maziero. - Belo
Horizonte, 2016.
113 f. ; 29,5 cm

Orientador: Sérgio Mendes Botrel Coutinho
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2016.

1. Direito empresarial - Brasil. 2. Empresário - Brasil. 3.
Sociedades simples - Brasil. I. Título. II. Botrel, Sérgio. III.
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU: 347.7



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE **MESTRADO**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho _____

Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo _____

Prof. Dr. Daniel Rivorêdo Vilas Boas _____

MESTRANDO: FRANCO GIOVANNI MATTEDI MAZIERO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“Exegese do Conceito de Empresário no Direito Brasileiro”

NOTA: (95) *noventa e cinco* _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 27/04/2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me deram suporte nesta caminhada.

O árduo trabalho não teria iniciado se não tivesse sido o incentivo inicial da Professora Juliane Fernandes Queiroz e de minha esposa, Ana Paula Meirelles de Oliveira.

No escritório, durante minhas ausências, meu sócio Frederico Mourthè Savassi, grande incentivador e amigo, me deu a tranquilidade necessária para o trabalho.

Agradeço a meus pais, Angela e Jair, presentes e motivadores, pelo carinho e amor de sempre.

A meus irmãos, Léo e Fabrício, pela presença constante em minha vida.

Finalmente, ao Professor Rodolpho Barreto Sampaio, por me dar todo o apoio necessário ao conhecimento da vida acadêmica, e ao Professor Sérgio Botrel Coutinho, por sua paciência, organização e real orientação para que este trabalho fosse desenvolvido e finalizado.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal discutir as características jurídicas do empresário, procurando compreender as atividades por ele desenvolvidas e aquelas cujo objeto seja intelectual, e entender o porquê de essas últimas não se enquadrarem no conceito de empresário. Para tanto, cada uma das características é avaliada cautelosamente segundo as doutrinas clássica e moderna sobre o tema, com destaque para a caracterização e estudo do elemento de empresa. Verificam-se as razões históricas da exclusão das atividades intelectuais da caracterização do empresário, estudando-se, ainda, as espécies de sociedade segundo a legislação brasileira.

Palavras-chave: Direito empresarial. Empresário. Requisitos. Sociedade empresária. Sociedade simples.

ABSTRACT

This study has as main objective to discuss the legal characteristics of the entrepreneur, understanding the activities developed by them and those whose object is intellectual, trying to understand why, of the latter, does not fit the entrepreneur concept. Therefore, each of the characteristics is evaluated cautiously second classical and modern literature on the subject, especially for the characterization and study of the company element. There are historical reasons for the exclusion of intellectual activities of the nature of the entrepreneur, studying is also the species of societies under Brazilian law.

Keywords: Corporate law. Businessman. Conditions. Entrepreneurial company. Simple Society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 HISTÓRIA	11
2.1 No Brasil	24
3 O EMPREENDEDOR E A EMPRESA	27
4 O EMPRESÁRIO	37
5 FATORES CARACTERIZADORES DO EMPRESÁRIO	43
5.1 Exercício.....	43
5.2 Profissionalismo	49
5.3 Atividade econômica	53
5.4 Organização	59
5.5 Produção ou circulação de bens ou serviços	64
6 AQUELES QUE NÃO SÃO CONSIDERADOS EMPRESÁRIOS	68
7 ESTABELECIMENTO	83
8 SOCIEDADES	87
8.1 A pessoa e a personalidade jurídica	87
8.2 Sociedades simples e sociedades empresárias	95
9 CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

O Direito Comercial teve grande impulso num dos períodos mais negros da história da humanidade: a Idade Média, época de baixo crescimento econômico e pouco reinvestimento nos negócios. Por outro lado, foi quando “nasceram” os Estados assim como os conhecemos hoje e, também, quando surgiu a semente e os primeiros passos do capitalismo moderno. Não é à toa que Dalmo de Abreu Dallari explica que:

Muita coisa já foi escrita sobre a Idade Média, classificada por alguns como a noite negra da história da Humanidade e glorificada por outros como um extraordinário período de criação, que preparou os instrumentos e abriu os caminhos para que o mundo atingisse a verdadeira noção do universal. (DALLARI, 1995, p. 56).

Não fosse a Idade Média¹, talvez não houvesse desenvolvimento tão elevado e sustentado nos séculos subsequentes. Geralmente, nas crises, de todas as espécies, a criatividade humana torna-se elemento motriz de novas estratégias e paradigmas. Foi no período de crise da Idade Média que surgiram os títulos de créditos, cujo feito jurídico é comparado por alguns ao descobrimento da América (OBARRIO, 1898, p. 179).

Tais criações jurídicas sustentaram e foram sustentadas pelas transformações políticas, econômicas e sociais do período final da Idade Média e do surgimento do capitalismo. O Direito Comercial, arraigado de seu tradicionalismo, lutou para, entremeios a seu desenvolvimento, manter algumas tradições, obtendo êxito em alguns momentos, mas se rendendo à realidade fática em outros, avançando, se modificando, se atualizando e se transformando junto com as perspectivas econômicas que se mostraram e se mostram presentes.

Inicialmente voltado para o comerciante, o Direito Comercial viu a empresa assumir papel central nas atividades econômicas. Vencido pela realidade social, passou a absorver não só as atividades comerciais, mas também a maioria das atividades econômicas. Nesta adaptação, as discussões quanto aos atos de comércio² deram lugar à conceituação de

¹ Manuel Obarrio assim se manifesta: “La letra de cambio ha nacido en el seno de la paz; algo más, ha dicho el mismo autor, todo concurre a demostrar, que ha visto la luz en las comunas italianas de la edad media, en que reinaban el fausto y la opulencia bajo la égida de la libertad y que de ahí se propagó a las comunas del Norte y a las ciudades asiáticas. [...] La cláusula a la orden en virtud de la cual la letra puede circular con toda rapidez y desempeñar el rol que le cabe llenar en el movimiento de las operaciones del comercio, fué recién incorporada a su organismo a principios del siglo XVII, según lo enseñan Frémery y otros jurisconsultos de verdadera autoridad en el mundo científico” (OBARRIO, 1898, p. 182-183).

² Vários são os autores que tratam deste tema, podendo-se citar Waldemar Martins Ferreira, para quem “ato de comércio é ato jurídico. Por via dele adquirem-se, resguardam-se, transferem-se, modificam-se, extinguem-se direitos, na múltipla variedade das operações em que intervém” (FERREIRA, 1951, p. 88).

empresa. Ganhou papel de destaque absoluto na economia capitalista, cujo surgimento decorreu das incertezas e inseguranças da Idade Média. Não é por outra razão, inclusive, que o Projeto de Lei nº 1572³, de 2011 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011), atribui às empresas privadas papel de imprescindibilidade para atendimento às necessidades individuais e coletivas no cenário capitalista (art. 5º, inc. I).

Entretanto, lembra Ruy de Souza que a empresa tem noção tão importante que não só ganhou destaque nos cenários capitalistas, merecendo importância também nas economias socialistas de outrora, e ensina que:

Se a empresa fosse instituição eminentemente capitalista, em regime de liberalismo aberto, não se prestaria ela, é claro, a uma concepção universal do Direito. Mas, é exatamente porque a instituição é uma organização da atividade econômica, de caráter universal e independente do regime sob o qual se disciplina, que se presta a servir de núcleo para um sistema de Direito. (SOUZA, 1959, p. 212).

De toda a forma, o paralelo entre o desenvolvimento econômico, geração de riquezas, desenvolvimento de tecnologias e o Direito Comercial é muito claro. O ser humano habita a Terra há milênios, mas nos dois últimos séculos viu-se a maior quantidade de descobertas e avanços tecnológicos de todo o período de ocupação humana no planeta. Descobertas e utilizações que encontram apoio e, ao mesmo tempo, repulsa. Enquanto se descobre a penicilina, produz-se a bomba nuclear. Enquanto se inventa avião, internet, telefones, se aquece o planeta, se desmatam florestas inteiras e se poluem rios.

Tal evolução econômica requer uma evolução jurídico-comercial, que deverá ser cada vez mais célere, para acompanhar as tendências e necessidades das atividades. Novamente o professor Ruy de Souza, ainda em 1959, mas à frente de seu tempo, assim se posicionava:

A transformação do processo econômico através da técnica, que se tornou imperativa para atender ao tremendo impacto do industrialismo do século XIX, exigiu também um desbordamento do econômico no político, e deste no jurídico, como esquema de uma organização satisfatória dos atos praticados em massa, por entes organizados no sentido de cumprir as finalidades econômicas produtoras e mercantis. O Direito não pôde mais se conter nos quadros limitados da tradição comercialista, da intermediação especulativa, e teve de ir regular o ato econômico produtivo, que passou a importar mais, para dessa maneira alargar bruscamente, sem medidas, aqueles velhos tapumes. Depois, o Direito necessitou adaptar a nova realidade da economia. A organização dos entes criados para as atividades de

³ Também é importante destacar que o Projeto de Lei nº 1572 trata o empresário da seguinte forma, em seus arts. 2º: “empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” e 3º “não se considera empresa a atividade de prestação de serviços própria de profissão liberal, assim entendida a regulamentada por lei para cujo exercício é exigida formação superior”, cuja relevância do tema ganha contornos ao longo do trabalho.

produção e de intermediação veio a ser disciplinada. A desenvoltura com que as sociedades comerciais se adaptaram a esses tipos de organização econômica acentuou a desumanização do Direito, estiolando-se a vontade, lançando-se, através da empresa, uma densa cortina de fumaça, que oculta o indivíduo e seus deveres pessoais, de ordem profissional, e publicizando-se a nova forma de ser do Direito até limites extremos da não liberdade. (SOUZA, 1959, p. 210).

A economia provocou a evolução do Direito do comércio para o Direito da empresa, do empresário. A evolução para a teoria da empresa, por sua vez, decorreu de uma percepção de que, não obstante os comerciantes tivessem grande importância, outras atividades haviam se desenvolvido com tanta desenvoltura, organização e profissionalismo que suas atividades de circulação de riquezas não poderiam se ver excluídas da proteção do direito comercial.

Natural que, com a evolução do próprio Direito Empresarial, não se parasse por aí. Entretanto as presilhas históricas e costumeiras típicas não permitiram a eliminação do termo Direito Comercial em prol do Direito Empresarial, perceptivelmente em desconexão com as realidades da teoria da empresa. E mais, tais presilhas continuam impedindo certas atividades de serem incluídas na matéria empresarial, como as exclusivamente intelectuais, independentemente do nível de organização em que se encontram.

Verifica-se que justificativas de que os trabalhos intelectuais partem exclusivamente da mente humana, impedindo processos produtivos, ou que tais profissões tenham uma ética ou decoro que vetem práticas concorrenciais, ou mesmo que a valoração intelectual impeça a caracterização como empresários parece não mais corresponder à uma realidade atualizada. Tais argumentos parecem muito mais históricos e tradicionalistas do que práticos ou realistas. Encontram respaldo muito mais nos livros do que na realidade.

O Direito Comercial deve ser dinâmico, elástico (MARTINS, 2007, p. 37), adaptativo às realidades. Apesar de, desde 2002, o Brasil incluir atividades não só comerciais na abrangência do Direito Comercial, mas também uma série de outras, até então excluídas, não resolve por completo a evolução cotidiana vivenciada, ao excluir as atividades exclusivamente intelectuais.

Em vista de tais considerações, este trabalho terá como fito discutir se as atividades intelectuais seriam ou não atividades empresárias. Para tanto, a pesquisa, fundamentalmente doutrinária, teve como arcabouço autores nacionais e internacionais, seguindo-se, em boa parte do trabalho, a vertente teórica de Alfredo de Assis Gonçalves Neto.

Iniciou-se o trabalho com uma breve exposição histórica da atividade empresarial, partindo de suas origens, passando por sua formação, inclusive jurídica, até alcançar a

situação legislativa atual. Compreender a evolução do tema até a situação atual auxilia na compreensão da matéria.

O capítulo subsequente se dedica ao empreendedor e à empresa. Busca-se conceituar a empresa de forma a se verificar se há ou não aplicação do referido conceito às atividades não empresárias.

A evolução do tema leva ao capítulo seguinte e atual centro de estudos do direito empresarial: o empresário. Neste capítulo, vários subitens se abrem, realizando-se em cada um deles o estudo relacionado aos fatores caracterizadores do empresário. Assim, estuda-se o *exercício*, o profissionalismo, a atividade econômica, a organização e a produção ou circulação de bens ou serviços. Em cada um desses tópicos, realiza-se um comparativo com as atividades intelectuais, de forma a se verificar se alguma ou algumas dessas características desqualificam as atividades como sendo empresárias.

O capítulo seguinte dedica-se ao estudo do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, preocupando-se em avaliar quem não é considerado empresário. Estudam-se as atividades intelectuais, as razões de sua exclusão da caracterização de empresário, bem como o elemento de empresa tratado no dispositivo mencionado.

Na etapa subsequente, trabalha-se com as características da pessoa jurídica (sociedade empresária e simples), aprofundando-se nos temas registro e personalidade jurídica, também para buscar evidenciar algum fator diferenciador entre sociedade empresária e sociedade simples.

Tal estudo leva ao objetivo final de se buscar compreender quem é o empresário segundo a legislação vigente atual, bem como as razões pelas quais houve a exclusão das atividades intelectuais do conceito de empresário.

2 HISTÓRIA

Atualmente há uma imensidade de leis e conceitos já formados sobre vários assuntos de ordem jurídica empresarial. Conceitos construídos ao longo de anos e até mesmo de séculos a fio. Conceitos que atravessam, se amoldam e se modificam com a história. Conceitos que mudam de idioma e de precisão conforme o lugar. Assim ocorre com a economia, com a sociedade, com os seres humanos. Tratar a história ajuda a compreender o presente e, quiçá, a prever tendências futuras (FORGIONI, 2005, p. 10).

Por isso, perpassar a história do Direito Empresarial se mostra importante no tema abordado pelo presente trabalho, sobretudo por não se ter como chegar à adequada compreensão da matéria cuidando-se apenas do presente (GONÇALVES NETO, 2014, p. 38).

Nos dias atuais, de tanta modernidade e facilidade de informação, difícil se imaginar as formas prematuras de sociedade. Difícil se imaginar, também, a vida sem sociedade. E aqui se fala tanto da sociedade humana, quanto da sociedade entre pessoas para realização de atividade econômica. Entretanto a sociedade atual (nas duas formas mencionadas) muito tem de diferente daquelas existentes séculos atrás.

Há 30 anos, não havia celular nem internet; há pouco mais de um século, tampouco energia ou carro, nem mesmo banheiro dentro de casa. Aliás... há alguns séculos, nem casa, como a conhecemos, havia. Alguns seres humanos viviam em tendas ou barracas construídas com o material que a natureza fornecesse, sendo que alguns eram fixos, mas a maioria, nômades. Isolados em núcleos familiares que necessitavam sobreviver da forma mais arcaica que existia: a caça e a pesca.

Naquela época, os homens caçavam e protegiam a comunidade, enquanto as mulheres cuidavam das crianças menores, além de cuidar das demais atividades, e acompanhavam as crianças maiores na colheita de frutas. É possível vislumbrar uma espécie de sociedade neste estilo de vida? Uma só não. Várias. Homens, mulheres e crianças contribuíam reciprocamente, para a partilha entre si, dos resultados. Firmavam algum contrato? Certamente não! Apenas o estilo de vida da época fez surgir naturalmente a sociedade. Exatamente por isso há que se concordar com Rodolfo Sacco, citado por Marcelo Andrade Féres, quando explica que:

A sociedade de fato precedeu, na macro-história do direito, o contrato convencional de sociedade. Não pediu – para nascer e implantar-se – permissão a nenhum Estado nem a nenhum legislador. Não nasceu com o propósito de sanar a nulidade do contrato convencional. A sociedade de fato, como cada relação fática (como a posse, como o consórcio de irmãos, como o poder familiar), existia quando o homem não

escrevia, e existia quando o homem não concluía contratos, e existia quando o homem não falava. (SACCO *apud* FÉRES, 2009, p. 70).

Alguns membros das mencionadas comunidades fixaram-se num local. As comunidades foram crescendo, e a escassez de produtos para o conglomerado populacional fez com que alguns desbravadores avançassem em terras desconhecidas. Nessas terras, além de novos itens de consumo, encontraram outras comunidades. Naquelas que não o atacaram, encontraram itens que sobravam para a comunidade que visitava, mas eram escassos em sua própria comunidade. De alguma forma, conseguiram trocar os produtos que tinham em excesso com aqueles que a desconhecida comunidade possuía em excesso, surgindo a economia do escambo (CAMPOS FILHO, 2006, p. 5).

A fase histórica das permutas, ou escambo, se estendeu por toda a história da humanidade, sendo encontrada ainda nos dias atuais.

Do ponto de vista evolutivo, o passo seguinte ocorreu quando alguns dos interlocutores entre as comunidades pacíficas que promoviam as permutas perceberam que o item que levavam para a nova comunidade tinha mais valor para eles do que supunham. Perceberam que poderiam oferecer menos do que pretendiam em troca de mais produtos, e que com o que sobrava poderiam ainda alcançar outra comunidade e trocar por produtos diferentes nesta nova fronteira descoberta.

Aos poucos, os interlocutores transformaram-se em viajantes e passaram a perder as raízes que possuíam inicialmente. Em vez de representarem comunidades, passaram a se representar, obtendo sobras em todas as negociações que promoviam. Perceptível, portanto, o nascimento de comerciantes há milhares de anos. Alguns destes não viajavam sozinhos e levavam consigo pessoas ou familiares que lhes auxiliavam de alguma forma. Aqueles que viajavam em bandos tinham a incipiente característica de sociedade, uma vez que dividiam o resultado (FÉRES, 2009).

Obviamente não está a se falar aqui de matéria jurídica, mas apenas fática, na qual se poderia identificar as relações que, nos dias atuais, são chamadas como empresários ou sociedades empresárias de fato.

Com o crescimento da frequência das permutas, alguns problemas surgiram, como a diferença de valores entre os bens trocados, além da violência vivenciada pelos viajantes. Rudimentares, ainda não tinham as características atuais, mas em vista de serem aceitos nas mais diversas comunidades, alguns itens passaram a assumir papel importante na economia e tomaram a forma de dinheiro. Assim, algumas das permutas passaram a ser substituídas pela compra e venda, aparecendo, a partir daí, cada vez mais, a figura dos mercadores.

Não custa lembrar que, se hoje em segundos pode-se transferir bilhões de uma conta na China para outra nos Estados Unidos, ou chegar em menos de 24 horas ao outro lado do mundo; no período mencionado, não havia estradas, não havia carros e mesmo o comércio entre duas cidades próximas poderia levar semanas. É bom lembrar também que, se a expectativa de vida hoje é superior aos 70 anos, há centenas de anos, não passava dos 30. Realidade muito distinta da atual.

Durante muito tempo a evolução foi lenta e sem muitos registros históricos. A Grécia, que teve grande projeção na Antiguidade, foi a primeira comunidade a ter grande importância para os estudos jurídicos atuais⁴. Entretanto, na evolução histórica, antes de se chegar ao povo mediterrâneo, chama-se atenção para o Código de Hamurabi (redigido por volta de 1694 a.C.) e para a codificação de Justiniano (aproximadamente do século XV a.C.), que trouxeram conteúdos jurídico-comerciais em seus textos. Aquele primeiro, além de normas sobre agricultura e pecuária, trouxe regras comerciais típicas, com os contratos de depósito, de mediação, dentre outros; e este último dispôs sobre matérias marítimas (GONÇALVES NETO, 2014, p. 41). A navegação marítima, vale lembrar, consistia na principal forma de transporte de mercadorias e relacionamento entre diferentes sociedades.

O Professor José Reinaldo de Lima Lopes explica que entre os gregos antigos, cujas cidades chegaram a ter, no ano de 480 a.C., 250 mil habitantes, havia “mercadores estrangeiros [que] vendiam os bárbaros (frutos de guerras entre eles) que já haviam sido reduzidos à escravidão” (LOPES, 2014, p. 20). Apesar de questionável o objeto da comercialização, atos comerciais eram, sem dúvida, praticados, e sociedades entre os mercadores e pessoas que comandavam pontos de revenda de escravo formavam parcerias de caráter societário.

A Grécia, apesar de não ser muito citada nas obras jurídicas se comparada a Roma, trouxe grandes contribuições ao Direito como um todo, destacando-se a possibilidade de as leis serem postas pelo homem (GARCIA, 2007, p. 9), sem o caráter divino que até então dominava todo o mundo⁵. “A afirmação do caráter universal do direito e o lançamento das bases da ideia de dignidade intrínseca da pessoa” (GARCIA, 2007, p. 9) e, do ponto de vista especificamente comercial, deu origem ao *Nauticum Foenus*, que, sob as leis de Solon,

⁴ Em comparação com os estudos jurídicos de outros povos, como os egípcios, dos quais pouca coisa do ponto de vista jurídica é abordada e utilizada pelas escolas ocidentais.

⁵ “A experiência grega tem uma novidade importante, como visto. A promulgação da lei e sua revogação nada têm de divino: são assuntos humanos. [...] No entanto, o direito já não precisa ser revelado divinamente para valer e nem é preciso invocar a vontade dos deuses para deliberar sobre as leis” (LOPES, 2014, p. 26).

consagraram um regime de liberdade e de incentivo ao comércio (GONÇALVES NETO, 2014, p. 43).

Tais regras comerciais foram essenciais para o surgimento do que hoje se denomina contrato de seguro (ASCARELLI, 2005)⁶.

A precariedade e o porte das embarcações da época, somados ao risco de naufrágio, permitiam que capitães decidissem jogar ao mar uma ou todas as mercadorias que transportavam, de forma a deixar a embarcação mais leve e, assim, evitar o naufrágio (ASCARELLI, 2005). Como cada carga pertencia a um proprietário distinto, a norma grega determinava que todos que tivessem cargas naquele navio, dividiriam o prejuízo com o proprietário das cargas lançadas ao mar. A evolução dessa regra ocorreu em seguida. Tratava-se de um empréstimo em dinheiro pelo qual o detentor do capital assumia o risco, mediante elevadas taxas de juros, só sendo ele reembolsado se o navio retornasse a salvo (GONÇALVES NETO, 2014, p. 41).

O Direito Romano, por sua vez, influenciou de forma direta ou indireta grande parte das nações ocidentais e abrangeu mais de 1300 anos. Entretanto, apesar de tanta influência, destaca-se que, durante os séculos de existência da sociedade romana, mais diferenças do que semelhanças se vislumbram em relação à sociedade moderna.

Roma antiga pode ser dividida nas seguintes fases: a Realeza (753 a.C. a 510 a.C.); a República (510 a.C. a 27 a.C.); o Alto Império (27 a.C. a 284 d.C.); o Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C.) e o período Bizantino (565 d.C. a 1453 d.C.) (MAGALHÃES; PEREIRA, 2010). Já o Direito Romano pode ser dividido em 3 fases distintas: o Direito arcaico (entre 753 a.C. e II a.C.), o clássico (II a.C. a III d.C.) e o pós-clássico (que perdurou até o fim do Império).

O Direito Romano nunca reconheceu o Direito Comercial como matéria independente do Direito Civil, apesar de conter normas comerciais, como a figura da *societas*, que se apresentava como uma união entre pessoas para o exercício de uma atividade econômica, dividida em três vertentes distintas, de acordo com objeto social: *societas argentaria*, *societas veneliciaria* e *societas di navegazione*.

⁶ João Batista Torres de Albuquerque afirma que os seguros tenham nascido nos caminhos e dunas do antigo Oriente, mas afirma a existência de posicionamento relativo ao surgimento dos seguros em razão das navegações ao assim afirmar: “Tem-se pela história da origem do seguro de coisas, que seu surgimento, deu-se, nos caminhos e dunas do antigo Oriente, durante as rotas de caravanas dos camelieiros que, entre si, pactuavam em quotas, a eventual cobertura por perdas de seus animais, durante as longas viagens. Também, noticia-se a prática de cobertura, denominada pacto de reposição, entre os navegantes Hebreus e Fenícios. A forma contratual do seguro, tal como é conhecida, data-se de 1374, segundo, ata lavrada no Arquivo Nacional de Gênova.” (ALBUQUERQUE, 2003, p. 17).

A *societas* pode ser considerada a mais importante forma de organização das atividades comerciais coletivas da Roma antiga⁷, apesar de não haver a constituição de qualquer centro de imputação de direitos e obrigações (FÉRES, 2009). Ou seja, não possuía personalidade jurídica, outro instituto desconhecido pelos romanos (SALOMÃO FILHO, 1991, p. 66).

Roma cresceu com as guerras e pelas guerras. Era um povo eminentemente guerreiro e se orgulhava disso. Tanto assim que não enxergava no comércio algo sério, sendo que os romanos relegavam o comércio aos estrangeiros e compreendiam o comércio marítimo indigno de um cidadão romano (MARTINS, 2007, p. 6). No período da República (510 a.C. a 27 a.C.), uma das classes dominantes era a dos Cavaleiros da Ordem Equestre, composta por homens de negócio ou por pessoas que atuavam em nome de nobres que não queriam ou não podiam exercer atividades mercantis (MAGALHÃES; PEREIRA, 2010).

Aqueles indivíduos que haviam nascido na cidade de Roma tinham um direito próprio enquanto os estrangeiros e escravos, outro. Assim, levando-se em conta que os estrangeiros realizavam as atividades comerciais e não os romanos, as normas aplicáveis aos comerciantes não eram as mesmas do povo romano. Entretanto as normas aplicáveis aos comerciantes eram as mesmas que se aplicavam a todos os demais estrangeiros, não havendo que se falar, portanto, em norma para o Direito Comercial.

Apesar de não ser aceito pela aristocracia romana, a atividade comercial, verificada inclusive na comercialização de moedas através de banqueiros e cambistas, era praticada em larga escala e tinha regras, uma delas a obrigatoriedade de os comerciantes possuírem livros especiais (MARTINS, 2007, p. 6).

A abrangência territorial que Roma alcançou não lhe permitia mais que mantivesse todos os cantos do Império sob a guarda da capital. O dinheiro necessário para manter toda a burocracia e estrutura administrativa e militar não era mais suficiente, de modo que o sucesso absoluto do Império se tornou, também, seu maior algoz.

Os bárbaros foram avançando e destruindo tudo e todos que encontravam pelo caminho. Cidades inteiras eram queimadas, e as pessoas que não eram mortas ou feitas escravas, aderiam ao novo governo. Alguns, entretanto, eram vítimas das barbáries, que iam desde furar os olhos, até arrancar orelhas e outros membros do corpo, e que ajudaram a dar o nome de bárbaros a estes povos. Decadente, Roma não aguentou tantos ataques de tantas

⁷ Não é intuito do presente trabalho discutir qual solução romana seria a mais adequada do ponto de vista da organização da empresa coletiva: a *per servus communis* ou a *societas*. A opinião aqui esposada segue a de Calixto Salomão Filho, para o qual nem do ponto de vista metodológico nem prático seria adequado considerar a solução fundamentada em escravos como uma solução empresarial correta

frentes distintas e, aos poucos, o período do Império foi sendo substituído pelo período negro, conhecido como Idade Média.

Dallari explica que:

As invasões dos bárbaros, iniciadas já no século III e reiteradas até o século VI, representadas por incursões de hordas armadas pelo território do Império Romano, constituíram um fator de grave perturbação e de profundas transformações na ordem estabelecida. Oriundos de várias partes da Europa, sobretudo do norte, os povos que os romanos denominavam bárbaros e que incluíam germanos, eslavos, godos etc., introduziram novos costumes e estimularam as próprias regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes, daí, resultando o aparecimento de numerosos Estados. (DALLARI, 1995, p. 57-58).

A humanidade, de certa forma, regrediu. Milhares foram mortos ou pela guerra ou por doenças (inclusive pela Peste Negra, que devastou grande parte da população da época), e a doutrina dos direitos da personalidade não teve qualquer tipo de evolução (GARCIA, 2007, p. 13).

Com a destruição de várias cidades, perdeu-se parte da arquitetura romana, e vários aquedutos e monumentos foram abandonados ou destruídos. O medo levou a população ao campo, e a economia tornou-se essencialmente agrícola. O comércio migrou para o povo árabe, que acrescentou ao vocabulário das línguas latinas palavras ainda hoje utilizadas⁸.

Novamente trazendo as palavras de Dallari:

Com efeito, o sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, constituída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores. (DALLARI, 1995, p. 57-58).

No campo, a lei do mais forte imperava, e os poderios militares tomavam conta das terras, permitindo que famílias as utilizassem em troca de subordinação e tributos. As regras legais de cada território eram determinadas por seus senhores, ocorrendo hipóteses em que se utilizava parte das regras romanas⁹. Os feudos dominaram a Europa, que se encontrava destruída política, econômica e militarmente.

Em constante migração para fugir ora de novos ataques, ora das crueldades e dos abusos dos senhores feudais, a população uniu-se em centros que se urbanizaram, provocando o surgimento das cidades. Senhores feudais também migraram para estes novos polos,

⁸ Conforme Alfredo de Assis Gonçalves Neto: freguês, armazém, caravana, bazar, magazine e alfândega.

⁹ Segundo Fran Martins: “Contudo, as regras relativas aos contratos e às obrigações do Direito Romano, direito de natureza civil, serviram de base aos contratos e obrigações comerciais, quando o Direito mercantil começou a tomar forma, na Idade Média” (MARTINS, 2007, p. 6).

dividindo suas terras com seus servos, que se tornaram meeiros de toda a riqueza produzida (MARTINS, 2007, p. 7).

As cidades medievais se desenvolveram em torno do comércio, sem se desprezar uma incipiente e rudimentar indústria artesanal. Considerando que o principal comércio da época era o marítimo, particularmente de especiarias de alto valor, as principais cidades a se desenvolverem, na Baixa Idade Média, foram as litorâneas, como Gênova, Florença e Veneza (CAMPOS FILHO, 2006, p. 7).

Tais cidades, dentre outras¹⁰, se desenvolveram tanto que passaram a ter autonomia política, econômica e militar. Nessas cidades se formaram os mercados, constituídos por centrais de negociação dos vários comerciantes e agricultores locais e alguns vindos de outras regiões (ASCARELLI, 2007, p. 43). Tais mercados, entretanto, evoluíram e houve a reunião de comerciantes advindos de várias partes do mundo em determinadas épocas do ano e durante determinado período de tempo, para comercializarem seus produtos. Surgiram as grandes feiras, que foram, inclusive, estimuladas pelo Estado, em decorrência dos tributos que se cobravam para delas participar (MARTINS, 2007, p. 7).

Ensina Moacyr Lobato de Campos Filho:

[...] que as feiras de mercadores das cidades da Itália, França e Espanha, além dos Países Baixos, da Alemanha, entre outras praças de menor relevo histórico propiciaram o surgimento de determinada classe com características próprias que tinha, no exercício constante das atividades de compra, venda e troca de utilidades, seu principal eixo de identificação. São os mercadores ávidos de lucro, de projeção e de reconhecimento social e que desempenharam papel relevante no mundo tal qual o concebemos hoje. (CAMPOS FILHO, 2006, p. 7).

Referida classe foi a burguesia, que ajudou a converter as cidades em centros de trocas internas e externas, através do livre trabalho dos artesãos e mercadores (GONÇALVES NETO, 2014, p. 45). O desenvolvimento do comércio trouxe, além do crescimento da economia, problemas das mais diversas ordens entre os mercadores. Não era de se esperar nada diferente.

Vale lembrar que Roma não possuía regramento voltado para o Direito Comercial, e a Alta Idade Média esfacelou as principais regras jurídicas existentes. As que permaneceram tinham como base os poderes divinos, a arrogância humana, as formalidades, ou a hostilidade ao comércio. Isso porque “o mundo jurídico de então era integrado pelo direito romano justinianeu, rígido e mal conhecido, por leis populares germânicas, rudimentares e

¹⁰ Como Lyon e Marselha, por exemplo.

formalistas, e por um direito canônico hostil à prática do comércio e suas instituições” (GONÇALVES NETO, 2014, p. 45).

A classe emergente rica, que ansiava por poder e reconhecimento, não encontrava, portanto, na legislação a guarida que necessitava e que pretendia. E foi exatamente a soma dos fatores (i) classe em desenvolvimento, (ii) exigências econômicas advindas principalmente da atividade comercial marítima e bancária, e (iii) inexistência de normas ou a necessidade de mudança em relação às normas romano-canônicas vigentes (ASCARELLI, 2007, p. 8-9), para atendimento aos anseios da época, que ajudou na formação do Direito Comercial (ASCARELLI, 2007, p. 42-43).

Os mercadores passaram a se reunir em grupos de atividades (corporações de ofício) e, sem óbice das cidades-estados, começaram a moldar suas próprias regras. Algumas cidades passaram a apoiar tais corporações de tal forma que a história destas “terminará às vezes por entremisturar-se com a constitucionalidade da cidade, de tal forma que nos municípios regidos democraticamente, a inscrição nas corporações será um pressuposto para a mesma participação na vida pública” (ASCARELLI, 2007, p. 44).

A organização em corporações tinha alguns objetivos próprios, que iam desde (i) a administração da justiça, através dos juízes ou cônsules, cujas funções consistiam, além da organização das atividades, em dirimir conflitos entre pertencentes à corporação (GONÇALVES NETO, 2014, p. 45); passando pela (ii) defesa dos associados, inclusive com fins monopolísticos (ASCARELLI, 2007, p. 47); (iii) pela proteção ao trabalho, através da regulamentação das profissões de mestre e aprendiz, alcançando, inclusive, (iv) a proteção do cidadão mediante a garantia da qualidade dos produtos.

Os cônsules eram nomeados pelos próprios associados, e as regras levavam em consideração os usos e costumes adotados pelos comerciantes, sendo que, após um tempo, passaram a ser transcritas nos Estatutos das cidades (MARTINS, 2007, p. 8).

Crescente a necessidade por normas jurídicas, as universidades nasceram (LOPES, 2014, p. 107) no contexto do renascimento da vida urbana e do próprio corporativismo, inclusive jurídico. Ganharam corpo em todo o mundo, e as principais universidades europeias de hoje nasceram naquela época, ensinando temas teológicos, filosóficos, médicos e jurídicos. São do período feudal universidades como a de Bolonha, Sorbonne e Oxford, por exemplo.

O Direito Romano já estava praticamente enterrado quando ressurgiu através dos glosadores, que estudavam as normas antigas, traduzindo-as para seus próprios idiomas, atualizando-as e comentando-as.

Onde quer que houvesse glosadores, mas principalmente nas universidades, o Direito Romano reaparecia. Aos poucos, passaram os glosadores não só a estudar o direito romano, mas também a serem consultados e a responder indagações do período em que viviam. Respondiam com base na mescla entre os usos e costumes da época e do Direito Romano. Assim, “o costume, respeitabilíssimo e fonte primária da vida jurídica, pode então ser corrigido pela razão, seja ela a lei bem ordenada pela autoridade, seja a interpretação dos doutores” (LOPES, 2014, p. 124).

Com o tempo, houve a compilação de regras espalhadas em repositórios, sobretudo em decorrência de exigências de certeza e segurança¹¹. As regras passaram a ter caráter internacional; adicionadas ao forte caráter costumeiro já existente, ultrapassaram as fronteiras das corporações de ofício e tomaram corpo de Direito Comercial por meio do nome *ius mercatorum*.

As regras postas eram interpretadas por e para os próprios comerciantes. Mas, apesar de ter havido desenvolvimento de várias corporações, nenhum mercado, conforme já mencionado, teve tanto destaque quanto o comércio marítimo (ASCARELLI, 2007, p. 47). Tanto assim que, segundo Ascarelli, pode-se identificar o primeiro período na história do Direito Mercantil entre os séculos XII e XVI, durante o qual teriam se desenvolvido normas típicas do direito comercial (ASCARELLI, 2007, p. 52).

Tal qual Roma, o crescimento trouxe ao comércio marítimo um percalço. Diante de um mercado muito grande e concorrido, cada vez mais os navegantes identificaram a necessidade de navegar por outros mares para trazer especiarias novas e mais raras, de forma a se diferenciarem de seus concorrentes da época.

Esta busca incessante por novos produtos, que estimulava também os mercados e as feiras das cidades, demandava maiores recursos financeiros, que não eram encontrados facilmente.

Os primeiros investimentos vieram de pessoas comuns que, apesar do investimento discreto e incipiente, organizavam-se através de estruturas societárias que se desenvolveram no período medieval, tendo como base a evolução vivenciada nos períodos anteriores (FÉRES, 2009, p. 72).

¹¹ Vários exemplos de compilação são citados por Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2014), como: as *Consuetudines*, de Gênova; o *Constitutum Usus*, de Pisa, o *Liber Consuetudinum*, de Milão; os *Rolls d'Oléron*, da Ilha de Oléron; as *Leis de Wisby*, da Ilha de Gotland; o *Livro do Consulado do Mar*, (provavelmente) de Barcelona e o *Capitulare Nauticum*, de Veneza.

Apenas os reinos ou várias pessoas simultaneamente poderiam bancar os investimentos e assumir os riscos ou fazer jus ao poder ou ao lucro que eventuais expedições bem-sucedidas poderiam trazer.

Assim, com tais considerações, na Itália, do século X, surgia a primeira forma de limitação de responsabilidade. Eram as chamadas *commande* e *compagnie*. Trata-se, a primeira, da origem às atualmente pouco utilizadas Sociedades em Comandita, nas quais um investidor (detentor do capital) se associava a um mercador, para que este, em nome próprio, investisse nas negociações mercantis decorrentes de viagens em troca do resultado econômico. Já a *compagnie*, apesar do nome, não se assemelha às atuais companhias; está muito mais próxima das características das *societas* romanas (FÉRES, 2009, p. 72). Nasceu a partir da “indivisão na sucessão hereditária e da gestão do patrimônio comum entre irmãos” (FÉRES, 2009, p. 72). Entretanto, tais sociedades contavam com poucos sócios e permaneciam ativas apenas enquanto a viagem era empreendida, encerrando-se logo após.

À medida que as viagens passaram a ser feitas a locais mais distantes, se tornaram ainda mais caras e arriscadas. Mais recursos foram necessários, e os padrões até então existentes para amealhar fundos deixaram de ser suficientes. Pessoas comuns não seriam mais capazes de custear as empreitadas marítimas de grande porte que vinham se desenhando. Viagens de expansão poderiam significar retornos financeiros fantásticos, mas mais que isso, poder, glória para os Estados que investiam no avanço marítimo. Conforme já mencionado, o desenvolvimento deslocava-se do Mediterrâneo para o Atlântico.

O dinheiro do Estado, que parecia infindável, fruto da cobrança incessante de tributos, se mostrou insuficiente para custear e manter as incursões marítimas pelo mundo. Percebeu-se, então, que, se o Estado não tinha dinheiro suficiente, várias pessoas teriam. Entretanto dois fatores principais impediam que tais pessoas investissem: (i) o valor necessário para cada expedição representava grande parte do capital disponível de cada uma dessas pessoas, fazendo com que não investissem; e (ii) apesar da chance de retornos altíssimos, o risco de perder além do patrimônio investido afastava completamente os que aceitavam participar com suas riquezas.

Assim, criou-se uma das ficções jurídicas que mais foi capaz de alterar a economia mundial: a limitação da responsabilidade. Consistia na permissibilidade jurídica para os investidores auferirem lucro de determinada empreitada, na proporção de sua participação para o sucesso da mesma, sem que o fracasso da expedição representasse qualquer prejuízo, além do investimento que já houvesse realizado.

Paralelamente a este movimento, formavam-se os Estados modernos, tais como hoje são conhecidos. Monarquias, em sua grande maioria, utilizavam-se do Direito para reforçar os ideais políticos dos monarcas, concentrando em suas mãos o poder legislativo. Assim, há uma migração das leis comerciais das Corporações de Ofício aos Estados, apesar de não alterar a essência do que até então era aplicado por toda a Europa (GONÇALVES NETO, 2014, p. 47).

Tal estratégia permitiu ao Estado, sob seu controle e organização, arrecadar elevadas quantias financeiras, junto a diversos investidores diferentes e desconhecidos entre si, que estavam dispostos a arriscar parte de seu patrimônio, esperando um alto retorno financeiro.

Além da limitação de responsabilidade, surgiam ali, as grandes companhias.

Até então na história, todos os sócios se conheciam e possuíam algum tipo de relacionamento. De forma geral, sem adentrar no mérito da personalidade jurídica, as sociedades tinham até 5 sócios. A partir de então, não importava mais o sócio, mas quanto ele estava disposto a investir. A *affectio societatis* não se vislumbrava necessária no cenário em que o dinheiro era o único componente de ligação entre os sócios.

A nova estrutura criada teve importância tão grande para a sociedade (FÉRES, 2009) que, em parte, é graças a ela que a sociedade se encontra no estágio atual, tendo permitido não só o crescimento econômico, descobertas tecnológicas e mesmo territoriais, mas também remédios e outras benesses que somente grandes investimentos corporativos permitem alcançar.

Tais estruturas jurídicas coincidiram com o período histórico no qual a Idade Medieval chegava a seu fim. Espanha e Portugal, e, mais tarde, Inglaterra, Holanda e França, concentravam-se nas riquezas do novo mundo, cabendo à Itália, apesar de não ser mais o núcleo comercial, ser o centro do estudo da ciência do Direito Comercial (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 30).

Tem-se na Idade Média, portanto, o grande nascedouro e desenvolvimento do Direito Comercial, influenciado por ideias e conceitos concebidos ao redor da Europa, podendo ele ser resumido, nas palavras de Tullio Ascarelli, da seguinte forma:

À elaboração feita nas comunas italianas em que, primeiro, se manifestaram a renascença da economia e a organização da atividade econômica em moldes modernos, juntou-se a de todos os países. As primeiras sistematizações legislativas completas dos seguros são catalãs e o tratado do português Santarem foi por séculos o standard book, como se diz hoje, dos seguros. O endosso que revolucionou a função da letra de câmbio é de origem francesa. Os negócios da bolsa tiveram seu primeiro grande desenvolvimento em Flandres e o curioso livro de José de La Veja, em 1681 – *Confusion de confusiones*, Dialogos curiosos entre um mercador discreto, um acionista erudito e um philosopho agudo sobre lo jolo Ylo [sic] enredo de las acciones -, pode ser lido ainda hoje com interesse por um especulador de Wall

Street. A disciplina das patentes de invenção tem o seu ponto de partida no estatuto inglês dos monopólios, que por seu turno tem um precedente nas leis que a respeito foram ditadas em Veneza nos séculos XV e XVI e em virtude das quais foram concedidas patentes industriais, entre outros a Galileu Galilei, em Pádua. (ASCARELLI, 2005, p. 12).

Finda a Idade Média, França e Inglaterra ganham destaque para o Direito Comercial. A primeira em razão do Iluminismo, da Revolução Francesa e mais tarde, do Código Napoleônico; e a segunda em razão da Revolução Industrial.

Na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, Lord Mansfield foi nomeado *Chief Justice*. Antes disso, na primeira metade do mesmo século, a propriedade privada individual triunfou sobre as terras de uso coletivo, promovendo um êxodo para as cidades, onde novas formas de energia, com destaque para as máquinas a vapor, impulsionaram a indústria até então desconhecida.

A máquina passou a ser mais rápida que a capacidade humana, e várias mudanças se fizeram necessárias. Para dar vazão à nova velocidade que se impunha, as atividades se padronizaram e se compartimentalizaram. As equipes passaram a fazer exatamente a mesma atividade por horas a fio, conforme determinava seu empregador, como é bem mostrado no filme “Modern Times”, de Charles Chaplin, de 1936. Assim, numa ponta, o empregado passou a ser um número substituível por outro que faria exatamente a mesma atividade. Noutra ponta, o cliente não tinha o menor contato com o fabricante do produto, que era igual a outros milhares produzidos pela mesma fábrica.

A relação passou a ser impessoal em todas as pontas, e a forma de contratação não poderia mais ser a mesma. A sociedade se transformou, tendo ganhado corpo o liberalismo e o individualismo resultantes do capitalismo mercantilista, como preleciona o Professor César Fiuza (2007). Além disso, vários problemas relativos à responsabilidade por defeito do produtos e conflitos entre poderes econômicos tão distintos passam a ocorrer (GONÇALVES NETO, 2014, p. 50). A falta de regulamentação, de experiências pretéritas e mesmo de tempo para solução desses conflitos impunha a necessidade de uma nova visão jurídica.

Além do surgimento dos contratos-formulário, há que se lembrar a participação incisiva de Lord Mansfield, tanto antes de tomar posse como *Chief Justice* quanto após, quando sua jurisprudência passou a admitir que os usos e costumes verificados anteriormente pudessem ser utilizados como normas próprias. Assim, se anteriormente as normas mercantis dependiam de prova em cada caso, a jurisprudência de Lord Mansfield as incluiu nos tribunais de *common law* de forma direta e incondicional como corpo de normas do Direito comum.

Não é por outra razão que Lord Mansfield é considerado o fundador do Direito Mercantil inglês e responsável por sua unificação ao Direito comum (ASCARELLI, 2007, p. 84).

Na França, o Iluminismo acendeu a possibilidade e a necessidade da Revolução Francesa, sobretudo em razão do pensamento racional, combatendo o absolutismo e pregando o individualismo, a liberdade e o liberalismo econômico.

A Revolução Francesa dá início à Idade Contemporânea, tendo como lema a *liberdade, igualdade e fraternidade*. Pretendia o fim de qualquer tipo de privilégio de classe, tendo como principal objetivo a liberdade profissional plena, o que culminou, em 1791, com o fim das corporações, através da Lei Chapelier (GONÇALVES NETO, 2014, p. 47).

O Código Napoleônico, de 1807, introduziu a codificação do Direito Comercial e também a transmutação do caráter pessoal (subjetivo) para o critério dos atos praticados (objetivo). Com isso, deixa-se de se preocupar com quem pratica o ato (pessoa), mas qual ato é praticado (não importa mais quem, mas o quê). Surge, assim, a teoria dos atos de comércio¹², que, numa França obcecada por encerrar os privilégios classistas, fazia todo sentido. Referida teoria, apesar de ser acompanhada por problemas conceituais, parece ter promovido uma brusca mudança na forma de se enxergar o comerciante.

Normais são as críticas e as ponderações em relação à teoria dos atos de comércio. De fato, é praticamente impossível conceituar e mais insuperável ainda é acompanhar novas atividades sendo desenvolvidas todos os dias e que não encontram respaldo na listagem daquelas que acolhem a teoria. Embora criticar seja sempre mais fácil que elogiar, não se deve esquecer que a quebra de qualquer paradigma é muito difícil, e o da mudança dos critérios de identificação do comerciante foi algo fenomenal em todos os aspectos.

Tanto assim que se inspiraram no Código Francês várias Nações,¹³ que vieram adotando não só a mesma postura de codificação, como também de transmutação do caráter subjetivo para o objetivo do Direito Comercial. Esta última ideia permitiu o forte crescimento do Direito Comercial, calcado na realidade de que qualquer pessoa que possuísse alguns requisitos mínimos, sobretudo atinentes à capacidade para a prática de atos da vida civil, pudesse ser considerado comerciante, se praticasse determinados atos.

Tanto a revolução industrial quanto a revolução burguesa tiveram como enfoque a livre iniciativa. Aliás, a levaram “a princípio de ordem pública partindo do pressuposto de que o máximo bem estar coletivo é o fruto natural do livre choque dos egoísmos individuais

¹² Alfredo Rocco considera que “ato de comércio é, pois, a atividade que dá origem às relações reguladas pelo direito comercial” (ROCCO, 2003, p. 190).

¹³ Por exemplo: Espanha (1829), Portugal (1833), Brasil (1850).

concorrentes em forma pacífica” (ASCARELLI, 2007, p. 85). A livre iniciativa¹⁴ gera concorrência, que, por sua vez, leva a produtos melhores, por preços mais baixos. Para que produtos melhores sejam desenvolvidos a preços mais baixos, torna-se necessário o desenvolvimento de técnicas e tecnologias, gerando progresso. Este processo é feito constantemente na atualidade e permite o desenvolvimento da humanidade, não obstante existam (i) algumas regulamentações (várias no caso brasileiro) que controlem as atividades e (ii) algumas comunidades que não possuam qualquer tipo de desenvolvimento.

2.1 No Brasil

No Brasil, não há que se falar em normas jurídicas próprias durante o período colonial, uma vez que as aqui aplicadas eram as de Portugal. Com a invasão do exército francês no reino de Portugal, a família real e os principais líderes do governo português fugiram para o Brasil. Instalada em colônia mais rica e desenvolvida, a corte lusitana provocou uma série de mudanças políticas, econômicas e sociais, dentre as quais a instalação do Tribunal de Justiça, no Rio de Janeiro, e a elevação do Brasil à condição de Reino.

Logo após a instalação da Corte, as primeiras necessidades se fizeram presentes, e o bloqueio dos portos em razão do monopólio não mais se mostrava pertinente. Assim, D. João VI promulgou a Lei de Abertura dos Portos, primeira lei realmente comercial promulgada no Brasil. No mesmo ano, foram criados o Banco do Brasil, além de órgãos para registro do Comércio, da Agricultura e da Navegação (GONÇALVES NETO, 2014, p. 56).

Em 1820, eclodiu no país lusitano uma revolução, forçando a família real a retornar a Lisboa, no afã de controlá-la. Além da família real, regressaram vários dos membros de governo, e, no intuito de manter a ordem no novo reino, D. João nomeia D. Pedro de Alcântara de Bragança como Príncipe Regente do Brasil.

Pressionado para retornar a Portugal, fazendo o Brasil voltar à antiga situação de Colônia, em 7 de setembro de 1822, Pedro I, como passou a ser chamado, promove o ato que ficou conhecido por Grito do Ipiranga.

Com a independência do Brasil, em 1822, em razão da inviabilidade de se legislar de forma imediata, prorrogou-se a submissão às regras legais europeias. Continuaram temporariamente válidas as normas portuguesas e, em âmbito mercantil, não somente elas,

¹⁴ Sérgio Botrel compreende a livre iniciativa como sendo “o reconhecimento de que os particulares poderão explorar qualquer atividade sem a necessidade de prévia autorização estatal (salvo os casos dispostos em lei), escolhendo o ramo da atividade, o lugar e a modalidade de exploração da empresa” (BOTREL, 2009, p. 45).

como também as espanholas e francesas, devido à aplicação da Lei da Boa Razão, que determinava a aplicação subsidiária das leis comerciais dos países cristãos (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 31).

Inspirado no Código Napoleônico, foi promulgado o Código Comercial do Império do Brasil, composto por três Partes, e um Título Único, que as completava. Trouxe, logo em sua Primeira Parte, a figura do comerciante, regulamentando suas obrigações e prerrogativas, tal qual os agentes auxiliares, os contratos e obrigações, as sociedades e os títulos de crédito (GONÇALVES NETO, 2014, p. 56).

Referido Código Comercial, se, por um lado, não enumerou os atos de comércio, por outro, não definiu a pessoa do comerciante, levando alguns autores a afirmarem que “ao contrário do que se possa imaginar, não adotou a teoria dos atos de comércio como forma de identificação de sua abrangência e aplicação” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 32). Entretanto, no mesmo ano, foi editado o Regulamento 737, com base na autorização contida no artigo 27 do Título Único. O regulamento, de ordem processual, elencou as atividades de mercancia mencionadas no referido Código, sendo elas:

A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados ou para alugar o seu uso;
 As operações de câmbio, banco e corretagem;
 As empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos;
 Os seguros, fretamentos, risco, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;
 A armação e a expedição de navios;
 As questões entre particulares sobre títulos de dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo.
 As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja a sua natureza e objeto;
 As questões que derivarem de contratos de locação compreendidos na disposição do Título X, parte I, do Código, com exceção somente das que forem relativas à locação de prédios rústicos e urbanos;
 As questões relativas a letras de câmbio e da erra, seguros, riscos e fretamentos.
 (GONÇALVES NETO, 2014, p. 57)

De bom alvitre lembrar que havia duas jurisdições nessa época: a comercial e a civil. Por essa razão, o Regulamento 737 tinha natureza processual e não material, já que, com esta norma, tocaria ao magistrado avaliar se seria de sua competência julgar a lide ou se tocaria ao colega de outra jurisdição. Toda feita, tal dispositivo teve importância até 1875, quando houve a extinção dos Tribunais do Comércio e a unificação das jurisdições cível e comercial em uma única.

A unicidade foi mantida durante a vigência dos Códigos de Processo estaduais, dos Códigos de Processo Civil de 1939, de 1973 e do atualmente em vigor. Não há diferença

quanto à matéria, mas apenas quanto à especialidade de um ou de outro procedimento especial.

Desde a primeira lei comercial, várias desse tipo foram promulgadas e revogadas, destacando-se as leis de falência (Decreto nº 7.661, de 1945, e Lei nº 11.101, de 2005) e as societárias (Decreto nº 3.708, de 1919, e Lei nº 6.404, de 1976). Migrou-se da codificação para as leis esparsas, retornando-se para a codificação de 2002, que trouxe em seu bojo tratamento sobre os títulos de crédito, além do Livro II de Direito Empresarial, que trata do empresário, da empresa individual de responsabilidade limitada, das sociedades e demais assuntos pertinentes.

Com este Código, houve a substituição definitiva da figura do comerciante pela do empresário. Enquanto aquele tinha como intuito a intermediação, este tem a empresa, para produção ou circulação de bens e serviços, como seu núcleo. “Por intermediação entende-se o fato de estar o comerciante colocado entre o produtor e o consumidor, no processo econômico da circulação das riquezas” (MARTINS, 2007, p. 84).

Atualmente vive o referido Código Civil, encontrando-se em tramitação no Congresso Nacional, desde 2011, o Projeto de Lei nº 1572, que traz um novo ordenamento jurídico comercial: o Código Comercial.

3 O EMPREENDEDOR E A EMPRESA

“Nada torna um empreendedor tão estimado quanto realizar grandes empreendimentos e dar de si raros exemplos.”¹⁵ Não é por outra razão que, de forma surpreendente, Gladston Mamede inicia seu livro “Manual de Direito Empresarial” com a palavra “Sucesso!” (MAMEDE, 2007). Admira-se quem tem sucesso e, no mundo do empreendedorismo, uma das formas de se ter sucesso é realizando grandes empreendimentos e conseguindo falar de si mesmo como tendo realizado coisas que pareciam impossíveis.

O sucesso atrai. Ninguém se lembra da história do José, que montou a padaria da esquina; da Maria, dona do restaurante mais famoso do bairro; ou mesmo do Leopoldo, proprietário de uma grande transportadora na cidade. Estes exemplos não são de pessoas fracassadas. Mas quando se fala em sucesso, geralmente, lembra-se de grandes empreendimentos. Por isso, milhares ou milhões de pessoas já assistiram à história de Chris Gardner¹⁶, aprenderam com as lições de vida de Sílvio Santos¹⁷, voaram com Rolim Amaro¹⁸ e admiraram José Alencar¹⁹.

Jorge Paulo Lemann, Marcel Telles e Beto Sicupira constituíram um dos maiores grupos empresariais do mundo e adquiriram companhias detentoras de marcas mundialmente famosas como a Burger King, a Heinz e a Budweiser.

A maioria dos nomes citados tinham muito pouco ou nenhum patrimônio em sua juventude. Com algumas capacidades, qualidades, força de vontade e perseverança, alcançaram o sucesso e tornaram-se tão conhecidos quanto seus próprios empreendimentos.

Todas essas pessoas devem realmente ser admiradas porque superaram, durante anos, vários entraves e dificuldades. Passaram pela Constituinte de 1988, enfrentaram inflação galopante, crises econômicas e políticas, mudanças de moeda, variações cambiais etc. Mesmo com burocracia excessiva, tributação elevada e certa dose de insegurança política, econômica

¹⁵ A frase original de Maquiavel, em O Príncipe, parafraseada, era: “Nada torna um príncipe tão estimado quanto realizar grandes empreendimentos e dar de si raros exemplos” (MACHIAVELLI, 2004, p. 105).

¹⁶ Americano de família pobre e violenta, chegou a morar em abrigos para sem tetos. Seguiu uma trajetória de trabalho e lutas até conseguir ter sua própria corretora, a Gardner Rich. Tornou-se milionário no ramo de corretagem em Chicago. Sua vida foi representada por Will Smith no filme “À Procura da Felicidade”, de 2006.

¹⁷ Sílvio Santos trabalhou de forma persistente para tornar o SBT a segunda maior emissora de televisão do Brasil. Além disso, possui diversos outros negócios, destacando-se a empresa de cosméticos Jequiti.

¹⁸ Rolim Amaro foi um piloto de avião que adquiriu, em 1963, a Transportes Aéreos Marília (TAM) e a transformou em um dos maiores conglomerados do transporte aéreo brasileiro.

¹⁹ José Alencar era conhecido por sua seriedade e experiência. Construiu uma reputação sólida através da Coteminas, uma das maiores indústrias têxteis do mundo, chegando ao cargo de Vice-Presidente do Brasil.

e até mesmo jurídica, movimentam bilhões de dólares na economia e ainda geram mais de 200 mil empregos diretos e um milhão de empregos indiretos.

Todos eles são empreendedores por se aventurarem à realização de coisas difíceis e por tomarem a seu cargo uma empresa. De fato, se aventuraram às coisas difíceis²⁰ e desempenharam, e alguns ainda desempenham, importantes papéis na economia.

Apesar de empreendedores, nenhum deles pode ser, juridicamente, chamado de empresário. Aliás, no aspecto jurídico, também não podem ser chamados de empreendedores, já que esta terminologia, sem qualquer definição legal, tem referência apenas para os pequenos negócios²¹. Também não são empresários, uma vez que a regulamentação do artigo 966 do Código Civil dispõe que é considerado empresário aquele que exerce atividade econômica de forma organizada para circulação de bens ou serviços²². Não é nenhum deles que exerce a atividade. Eles são ou foram dirigentes, diretores, administradores, sócios das sociedades empresárias que formaram. Popularmente, seriam chamados de empresários, e as sociedades das quais são ou foram sócios seriam chamadas de empresas. Designações que merecem melhor atenção, conforme se verá daqui em diante. Inicia-se, entretanto, com o conceito de empresa.

O Código Civil trouxe em seu Livro II o Direito de Empresa. Durante a tramitação do projeto, referido título foi por demais debatido, contendo o anteprojeto o título “Da Atividade Negocial”. Foram sugeridos nomes distintos, sob diversas fundamentações, como “Do empresário e das Sociedades”, permanecendo a versão final proposta por Miguel Reale, denominada “Do Direito de Empresa”. Entretanto, apesar do título, o Código Civil não conceitua empresa, apenas o empresário e estabelecimento, que se constituem figuras dorsalmente ligadas. “Estabelecimento consiste no conjunto de bens que o empresário (pessoa natural ou sociedade empresária) utilizará no exercício da empresa (atividade econômica organizada)” (VERÇOSA, 2014, p. 150).

Rubens Requião menciona que “a comissão de professores que elaborou o Projeto de Código Civil se deixou dominar pela timidez e perplexidade dos juristas italianos de 1942 e evitou definir a empresa. Adotou o mesmo critério do Código italiano, conceituando apenas o empresário” (REQUIÃO, 2003, p. 58). Para Arnoldo Wald, a ideia de trazer a noção da

²⁰ “Se alguém tivesse me contado que aqueles banqueiros sonhavam em construir a maior empresa de cerveja do mundo e comprar a Anheuser-Bush no processo, eu teria dito: ‘isso não é uma visão, é um delírio’. Mas foi exatamente o que fizeram.” (COLLIN, 2013, p. 8).

²¹ Há menções na Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Estatuto de Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

²² As exceções contidas no parágrafo único do art. 966 serão discutidas oportunamente.

empresa e conceituar o empresário era abandonar em definitivo a figura do “comerciante e colocar a empresa no centro da disciplina do Direito Comercial” (WALD, 2005, p. 19).

Tal ausência de conceituação legal da empresa fez com que Moacyr Lobato Campos Filho assim se posicionasse:

A definição concreta do que representa o instituto jurídico da empresa é tarefa ainda não realizada. A dificuldade maior reside na tentativa de transposição do fenômeno socioeconômico para o plano jurídico, fundamentalmente, em três aspectos. O primeiro deles refere-se à ideia do fenômeno econômico social, que ora passa pela noção econômica, relativa à organização da atividade econômica, ora passa pelo aspecto sociológico, que se refere a um conjunto social, vivo e dinâmico, hierarquizado e orientado; o segundo passa pela importância de valorar juridicamente o fenômeno da empresa, se ele deve ficar subordinado à noção de ato de comércio ou de atividade, ou se lhe deve ser conferido um lugar de destaque no plano jurídico, dada sua importância na realidade socioeconômica; e, por fim, o terceiro aspecto que dificulta essa transposição, que diz respeito à forma de transpor esse fenômeno para o plano jurídico. (CAMPOS FILHO, 2006, p. 23).

Ruy de Souza também comenta referida dificuldade informando que “é surpreendente que os juristas, mesmo em um sistema de Direito fundado na empresa como núcleo, não tenham podido localizar conceitualmente a organização, para distingui-la da concepção econômica” (SOUZA, 1959, p. 221). O ilustre Professor posiciona-se desta forma:

A noção de empresa se confunde, quase sempre, com a de organização. Ao antigo homem de negócios faltava por completo a ideia de organização, mesmo rudimentar, não obstante o atomismo econômico, decorrência do velho atomismo político, ter a tendência nítida para as econômicas cerradas e independentes das células vitais. A pulverização dos interesses econômicos deveria corresponder a uma perfeita organização doméstica, capaz de facilitar o surgimento da técnica autárquica, característica da organicidade da antiga economia artesanal. Não obstante, como bem observava Oswald Spengler, a antiga organização só surge com o desenvolvimento da cultura ocidental, com a complexidade do mecanismo do regime societário mercantil e das grandes organizações produtoras. A empresa, de fato, é uma criação mais ou menos recente, sendo o seu conceito econômico de organização contemporâneo do regime do capitalismo moderno. (SOUZA, 1959, p. 209).

De fato, como já demonstrado no presente trabalho, o capitalismo moderno e a empresa têm ligação intrínseca. Como afirmam Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, “empresa é espécie da unidade de produção coletiva”. Tal produção coletiva, sendo os redatores do anteprojeto que originou a Lei nº 6.404, de 1976, se referem a bens econômicos destinados a venda ao mercado, sendo que os riscos desta negociação cabem ao empresário (LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 53). Percebem-se várias palavras da Economia em tais afirmações, como bens econômicos, mercado, riscos e a própria empresa.

Tão intrínseca relação entre Direito e Economia fez com que autores tratassem a noção econômica de empresa juntamente à noção jurídica. Alfredo Rocco, sob a égide dos atos de comércio, já mencionava opiniões que assim se colocavam:

Segundo uma primeira opinião, que se pode considerar dominante, o conceito de empresa do artigo 3º coincidiria, substancialmente, com o conceito econômico de empresa.

Seria, pois, comercial, para o artigo 3º, todo ato que se referisse à organização dos vários fatores da produção. Assim, realmente, segundo esta opinião, o elemento econômico da empresa viria a achar-se, não só nos atos qualificados como empresas pelo código comercial, mas ainda em outros atos enumerados no mesmo artigo 3º, como nas operações bancárias e nos seguros.

Segundo uma outra opinião, o conceito, digamos jurídico, de empresa corresponde ao conceito de empresa na econômica política, pelo que toca a algumas das categorias de empresas enumeradas no artigo 3º. Mas pelo que toca a outras, e especialmente quanto às empresas de fornecimento, às de agências e de negócios, faltar-lhes-ia o elemento econômico da empresa, como organização dos fatores da produção. Querendo, por isso dar um conceito unitário de empresa, segundo o artigo 3º, não haveria outro caminho a seguir que não fosse o de considerar a empresa um complexo de negócios, tendo por base uma organização única, e agrupando-se estes negócios em torno de um único organismo econômico.

Traço característico da empresa seria o exercício de uma atividade complexa e, portanto, uma repetição de certos atos singulares que se refletiria subjetivamente na intenção de alguém se dedicar com estabilidade e continuamente à prática de uma série de negócios do mesmo gênero. (ROCCO, 2003, p. 206-208).

Entretanto, Rocco não concordava com as referidas opiniões, fundamentando sua discordância em três argumentos principais: (i) o elemento econômico da empresa não se encontra nos atos qualificados pelo código italiano, mas em todos os atos de comércio; (ii) existem empresas no sentido econômico e não no jurídico; e (iii) não é todo ato complexo que se pode considerar empresa (ROCCO, 2003, p. 210).

Percebem-se, assim, divergências de pensamento já naquela época. Apenas para não deixar passar esses argumentos sem qualquer comentário, torna-se necessário lembrar que, das divergências apresentadas, a primeira delas já se exauriu com a migração da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa. A terceira divergência tinha, e ainda hoje tem, todo o sentido de ser, já que determinadas atividades, apesar de complexas, não compõem atividades empresárias. Por fim, o aspecto do conceito econômico de empresa que abarca o jurídico merece mais comentários.

Marcelo Andrade Féres entende que “a acepção jurídica ‘empresa’ deve ser vista como a atividade econômica organizada para o fim de produção de bens e serviços” (FÉRES, 2004, p. 53). Wald assume a relação entre Economia e Direito ao afirmar o seguinte:

Sendo a empresa uma realidade econômica, a grande problemática enfrentada pelos juristas foi e continua sendo especificar um conceito que determine os elementos e que os traduzam em termos jurídicos, permitindo discipliná-los com segurança, de forma coerente e em busca de soluções para as questões decorrentes, garantindo a proteção dos interesses das partes e da sociedade. (WALD, 2005, p. 27).

Várias são as tentativas e diversas são as críticas às tentativas apresentadas, como o faz Wille Duarte Costa ao assim se posicionar:

É preciso entender que empresa é atividade, pura e simplesmente. Sendo atividade, nunca poderá ser sujeito de Direito, mas tal absurdo o Código Civil nos mostra e demonstra, pela falta de conhecimento e cuidado de seus elaboradores. No entanto, inventaram a teoria da empresa, que nada explica e se resume numa grandiosa bobagem. Enquanto RUY DE SOUZA nos ensinou que a empresa, ao fugir do conceito econômico, não passa de uma atividade econômica destinada à produção de bens ou de serviços para o mercado, prendendo-se ao Direito Comercial, os elaboradores do Código não conseguiram enxergar a empresa. Alegaram que o Código Civil ‘adotou a teoria da empresa’. Dos absurdos contidos nas dezesseis (16) vezes que a palavra empresa foi empregada e mencionada no Código Civil, em cinco (5) ela é referida como sujeito de direito e em onze (11) como objeto de direito. Afinal, empresa como atividade que é nunca pode ser sujeito de direito. (COSTA, 2006, p. 293).

Seguindo no mesmo entendimento de empresa como atividade, pode-se citar Newton de Lucca²³ e Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro²⁴. Veja-se, também, Fran Martins, ao explicar que:

Nos tempos atuais, o exercício das atividades comerciais é realizado através das empresas, ficando essas no entanto, subordinadas ao empresário comercial (chefe da empresa, ou, na concepção clássica do Direito, comerciante) que delas faz parte. O empresário pode ser uma pessoa física (empresário individual, corresponde ao comerciante individual do Direito tradicional) ou uma pessoa jurídica (sociedade comercial). (MARTINS, 2007, p. 15).

Ainda considerando a empresa como atividade, ninguém mais que Tullio Ascarelli, que sustenta o seguinte:

A atividade definida no art. 2082, exercida profissionalmente, pode chamar-se empresa, e recorreremos em diversas ocasiões a este termo com tal significado. Assim, entretanto, separamo-nos que uma ampla corrente que considera como empresa a organização criada pelo empresário ou conjunto das relações jurídicas que arrancam da empresa com independência do mesmo empresário. (ASCARELLI, 2007, p. 388).

²³ “A empresa não existe, mas se exerce. Ela é tão-somente o exercício que o empresário faz do estabelecimento” (DE LUCCA, 2009, p. 35).

²⁴ “Cada vez mais se sedimenta o entendimento de que a empresa nada mais é senão a atividade desenvolvida pelo empresário, sujeito de direito. É a materialização da iniciativa criadora do empresário, da projeção patrimonial de seu trabalho de organização dos distintos fatores produtivos. Repita-se, empresa é a atividade desenvolvida pelo empresário.” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 56).

Marcia Mallmann Lippert, por sua vez, complementa o conceito explicando que “empresa significa os fatores de produção organizados e postos em atividade pelo empresário ou pela sociedade empresária, por meio do estabelecimento” (LIPPERT, 2003, p. 136). No mesmo sentido, a empresa é a organização dos fatores de produção para a satisfação de necessidades alheias (HENTZ, 2003, p. 31), exercida de forma repetida e organizada (GOMES, 2007, p. 8).

Alberto Asquini enxerga mais longe, vendo não só a união perfeita entre Economia e Direito, como também a necessidade de se interpretar a empresa de forma variável e de acordo com a acepção econômica mais adequada à situação de interesse, informando que:

Afirmar, porém, que a noção de empresa entrou no novo Código Civil com um determinado significado econômico, não quer dizer que a noção econômica de empresa seja imediatamente utilizável como noção jurídica. [...] Traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete [...]. Mas, defronte ao direito o fenômeno econômico de empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem, o intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico de empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico. (ASQUINI, 1996, p. 113)

O professor italiano Asquini inspirou vários textos e vários aprofundamentos no estudo, como o professor mineiro Eduardo Goulart Pimenta, que, levando o tema mais para o lado econômico na caracterização poliédrica, assim se posiciona:

A empresa é, tanto para a Economia quanto para o Direito, um fenômeno que está longe de encontrar uma única apreensão. Ao contrário, a empresa se revela, tanto aos economistas quanto – e talvez principalmente – aos juristas, um fenômeno essencialmente poliédrico, ou seja, apto a ser observado e analisado sob diferentes pontos de vista conforme o aspecto dela ao qual se dê maior relevância sem que, entretanto, uma aproximação seja necessariamente incompatível com outras. (PIMENTA, 2003, p. 55).

No mesmo sentido, Arnold Wald complementa:

A moderna doutrina italiana liderada por ALBERTO ASQUINI admite que a empresa é um fenômeno poliédrico compreendendo quatro facetas que são as seguintes: a) a subjetiva, equiparando-a ao empresário; b) a funcional, como atividade desenvolvida para alcançar determinadas finalidades; c) a patrimonial, ou seja, a empresa concebida como universalidade de bens, constituindo a chamada azienda e finalmente d) como instituição, ensejando uma espécie de parceria entre empresários e seus colaboradores. (WALD, 2005, p. 38).

De fato, Alberto Asquini apresenta as quatro facetas mencionadas por Arnoldo Wald e tantos outros, caracterizando, pois, a noção poliédrica de empresa.

Segundo Maria Cristina Zucchi, a compreensão de Asquini para o conceito de empresa como sendo um fenômeno econômico poliédrico, o qual teria, sob o aspecto jurídico, diversas definições, de acordo com os diferentes perfis pelo qual o fenômeno econômico seria encarado, consistiria na razão da ausência de definição legislativa (ZUCCHI, 2004, p. 21).

De todo o exposto, o que se percebe é que, de fato, há tantas opiniões divergentes, que não é possível afirmar a existência de um conceito para *empresa*. Foi em razão de tantas divergências²⁵ que Jorge Lobo afirmou que “qualquer estudo, por mais desprezioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final” (LOBO, 2002, p. 30).

Como visto, dentre as divergentes opiniões, tem-se a empresa como atividade, organização, função econômica, ou mesmo, multifacetária, quando abrangeria em seus diversos conceitos os demais. Não se pode olvidar o trabalho desenvolvido por Waldirio Bulgarelli, que apresenta as mais variadas posições e críticas sobre as caracterizações de empresa, inclusive como instituição, afirmando que:

Em conclusão, a empresa, in se e per se considerata não pode ser concebida como instituição. Ela può dar luogo a uma instituição, mas não se confunde e não se exaure nesta última. A empresa pode gerar uma organização ou um organismo, mas não se confunde com ele. (BULGARELLI, 1985, p. 119).

Praticamente uníssona, entretanto, a presença do trinômio empresa, empresário e estabelecimento. O professor Ruy de Souza explica parte desta diferenciação da seguinte forma:

Admitido, pois, que empresa e empresário são noções distintas, se bem que umbilicalmente indissociáveis, não se deverá supor que em todas as circunstâncias o empresário seja o chefe da empresa. Ou melhor, que a chefia da empresa corresponda ao fornecedor do capital, para se dar ao chefe a categoria de empresário. Se na empresa individual o empresário é, a um só tempo, proprietário e diretor da exploração, o mesmo não ocorre em uma empresa plurilateral, uma sociedade de pessoas ou de capitais, na qual os proprietários são as pessoas ou os acionistas, emprestadores de capital ou de trabalho, mas o chefe da empresa poderá ser o que menos capital ou menos trabalho empresta. O empresário, então, neste último caso, é

²⁵ Maria Helena Diniz ensina que: “[...] aí os três fatores formadores da empresa: a) profissionalidade ou habitualidade no exercício de negócios que visem a produção, a circulação de bens ou a prestação de serviços; b) economicidade, ou seja, escopo de lucro ou de um resultado econômico-financeiro ou social; e c) organização ou estrutura estável desta atividade” (DINIZ, 2011, p. 45).

a própria sociedade, que juridicamente representa a empresa. (SOUZA, 1959, p. 227).

Feitas tais exposições, por bem será compreender a empresa como o exercício, pelo empresário, da atividade econômica organizada por meio de estabelecimento. Ou, como bem explicado por Rubens Requião, empresa se constitui na organização dos fatores da produção, posta a funcionar, pelo empresário. Não se deve, de toda forma, descartar a hipótese poliédrica levantada por Asquini.

Inclusive, tal hipótese serviria para identificar a natureza jurídica da empresa sob três prismas distintos: (i) a de sujeito de direito, quando se enxergar empresa pelo perfil subjetivo (empresário), o que se pode verificar, por exemplo, na utilização legislativa dos artigos 2^o26e27 e 448²⁸ da CLT e nos artigos 931²⁹ e 978³⁰ do Código Civil de 2002; (ii) a de objeto de direito, quando se referir ao estabelecimento; e (iii) a de fato, quando se referir à atividade desempenhada (LIPPERT, 2003, p. 137), o que pode ser percebido por vários artigos do Código Civil de 2002, como o 1.085³¹, o 1.155³², o 1.172³³, o 1.178³⁴ e o 1.184³⁵.

Enquanto sujeito de direito, a empresa sofre crítica ferrenha e acintosa por grande parte da doutrina, podendo-se citar Wille Duarte Costa, Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro,³⁶

²⁶ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (BRASIL, 1941).

²⁷ Mauricio Godinho Delgado se posiciona corretamente quanto ao entendimento da natureza jurídica da empresa explicando que: “Na verdade, empregador não é a empresa – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento” (DELGADO, 2011, p. 390).

²⁸ “Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.” (BRASIL, 1941).

²⁹ “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” (BRASIL, 2002).

³⁰ “Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.” (BRASIL, 2002).

³¹ “Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.” (BRASIL, 2002).

³² “Art. 1.155. Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa.” (BRASIL, 2002).

³³ “Art. 1.172. Considera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência.” (BRASIL, 2002).

³⁴ “Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.” (*Idem, ibidem*).

³⁵ “Art. 1.184. No Diário serão lançadas, com individualização, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.” (BRASIL, 2002).

³⁶ Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro assim entendem: “Enquanto a sociedade é o sujeito de direito, a empresa é objeto de direito, ou seja, a empresa, ao contrário da sociedade, não tem personalidade jurídica, não é pessoa jurídica” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 57).

assim como Rubens Requião, sendo que, por sua vez, os três últimos entendem ser empresa objeto de direito, assim se posicionando Requião:

No direito brasileiro não se pode falar em personificação da empresa, sendo ela encarada como simples objeto de direito. [...] Parece-nos todavia, que a atividade pode constituir objeto de direito, posta sob tutela jurídica. Nessas condições, percebemos a empresa como objeto de direito. (REQUIÃO, 2003, p. 60).

Contrapondo os argumentos de Requião, o professor Ricardo Negão se posiciona como sendo a empresa uma abstração jurídica equiparada a fato jurídico:

A empresa, portanto, considerada como atividade exercida pelo empresário, como já se considerou acima, não é nem sujeito, nem objeto de direito. Ela não existe como pessoa (sujeito de direitos), tampouco como objeto de direito, porque é a própria atividade de alguém – pessoa natural (empresário) ou jurídica (sociedade empresária). Sua concepção é, pois, abstrata e corresponde ao conceito de fatos jurídicos, ou exercício de negócios jurídicos qualificados (atividade econômica organizada, com fim próprio, lícito). (NEGRÃO, 2003, p. 58.)

De fato, compreender empresa como sujeito de direito não faz sentido, uma vez que são sujeitos de direito as pessoas físicas ou jurídicas. Consiste, por sua vez, o estabelecimento, terceiro ponto do elo do trinômio empresa, empresário e estabelecimento, o objeto de direito, que pode fazer parte de negociações por meio do *trespasse*.

Segundo Gladston Mamede:

A empresa é um bem coletivo apropriável: universalidade de fato (*universitas facti*) e de direito (*universitas iuris*), incluindo contratos e mesmo aspectos intangíveis, a exemplo de uma história, uma cultura interna, rotinas, um relacionamento com a comunidade, imagem e nome públicos, relacionamento interno de seu pessoal, etc. (MAMEDE, 2007, p. 8).

Não parece, portanto, adequado considerar empresa nem objeto, nem sujeito de direito. Até porque, ensina o jurista italiano Alfredo Rocco, são sujeitos das relações comerciais os comerciantes e os não comerciantes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas; são objetos de direito as coisas móveis e imóveis, as coisas simples e complexas, dentre as quais se inclui o estabelecimento, as coisas corpóreas ou incorpóreas, as fungíveis ou infungíveis, dentre outros (ROCCO, 2003, p. 285). Ora, salvo se interpretada a empresa conforme perfis de Asquini, não se poderá afirmar ser a empresa sujeito ou objeto de direito, como já exposto.

Há, ainda, aqueles que compreendem a empresa como fato jurídico, explicando Waldirio Bulgarelli que:

Outras teorias consideram a empresa como fato e dizem respeito à situação jurídica que deriva do empresário; situação configurada genericamente como qualidade jurídica, e também como status (em sentido técnico) ou mais especificamente como direito subjetivo da empresa (9. Nicollò). A colocação dessas opiniões como fato é legitimada pela ideia que na relação fato-efeito podem subsistir efeitos (agrupáveis sob a denominação genérica de situação, status, qualidade, etc.) que à sua volta se apresentam como fatos em relação aos efeitos ulteriores (Rubino, Falzea, Pugliatti, Frosini). Esta ideia aplicada ao tema de empresa significa que deu fato ou de um conjunto de fatos brota uma situação jurídica, um status, uma qualidade de empresário ou um direito subjetivo de empresa. (BULGARELLI, 1985, p. 122).

Por exclusão, portanto, não se compreende a empresa nem como objeto nem como pessoa de direito, sendo mais adequado considerá-la fato jurídico.

4 O EMPRESÁRIO

Apesar de conceituar empresário parecer tarefa fácil, já que o artigo 966 traz de forma clara as características de empresário, apenas parece. Basta a leitura de vários autores distintos para se perceber que a maioria deles opta por explicar cada uma das características apresentadas pelo artigo 966 a apresentar um conceito do empresário.

Tal dificuldade em conceituar empresário ocorre por diversas razões, podendo-se citar (i) o (in)devido uso popular; (ii) o aspecto econômico do empresário; (iii) a dificuldade de se conceituar algo que não deveria ter conceito rígido; dentre outras hipóteses que poderiam ser citadas, mas que não vêm ao caso.

A legislação, que poderia, em tese, pôr fim à dificuldade conceitual, não o fez, conforme se vislumbra pelo artigo 966 do Código Civil de 2002, que assim determina:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para 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. (BRASIL, 2002).

Dos aspectos anteriormente mencionados, (i) o (in)devido uso popular decorre de um condicionamento que se inicia na infância dos brasileiros. Leigos que são, em sua maioria, confundem a pessoa conhecida com a sociedade empresária da qual detém quotas ou ações. É por esta razão que pessoas como Sílvio Santos, Abílio Diniz e Samuel Klein são chamados de empresários, enquanto, em verdade são (ou foram) sócios das sociedades que ajudaram a construir e pelas quais fizeram fortuna e se fizeram famosos (SBT, Pão de Açúcar e Casas Bahia, respectivamente).

Outras vezes, quando do preenchimento de formulários ou quando questionados qual a profissão, os sócios de determinadas sociedades se autodenominam empresários. Não é raro ver uma criança perguntar para a outra “qual a profissão do seu pai?”, e o garoto responder “é empresário”. Obviamente, em algumas situações, realmente há a figura do empresário. Mas, na grande maioria das vezes, o que se vê é o equívoco aqui comumente mencionado, confundindo-se sócio com empresário e empresa com sociedade empresária.

A prática usual provoca confusões que não acontecem com frequência em outros ramos do Direito. O assassino é aquele que mata. O empregado é aquela pessoa física que presta serviços, de maneira pessoal, subordinada, remunerada e com habitualidade para o

empregador. Não há dúvidas. Mas o empresário possui uma caracterização popular diferente da jurídica.

Até mesmo os dicionários causam confusão misturando os conceitos jurídicos com os populares, como o famoso Aurélio que atribui ao empresário (1999, p. 742) a condição de responsável de uma empresa, ou o Michaelis, para o qual o empresário (2009) consiste numa pessoa que se estabelece com uma empresa ou indústria, tomando a seu cargo a execução de um trabalho.

Quanto ao (ii) aspecto econômico, a dificuldade também se mostra compreensível. Arnaldo Wald, citando Francesco Galgano, afirma que a definição italiana de empresário foi resultado de uma técnica legislativa na qual se pretendia que “as formas jurídicas correspondessem substancialmente ao substrato econômico do fenômeno” (WALD, 2005, p. 38). Por sua vez, Tullio Ascarelli afirma que, “entre os institutos do direito privado, são justamente os institutos do direito comercial os que se apresentam mais relacionados com o desenvolvimento econômico” (ASCARELLI, 2005, p. 30). Paula Forgioni, por sua vez, menciona que conceitos econômicos são ensinados nas escolas jurídicas tradicionais há séculos (FORGIONI, 2005, p. 243).

Os títulos de créditos, a falência, a recuperação judicial, o empresário, a empresa são tópicos típicos do Direito Empresarial. Todos têm, mais ou menos marcantes, características e repercussões econômicas.

Em relação ao empresário, um dos aspectos que o caracteriza, como será trabalhado à frente, é o lucro. Conceito eminentemente econômico e que, somado às demais características, diferencia o empresário do não empresário.

Além disso, apesar de haver atividades econômicas que têm presentes todos os demais requisitos para caracterização como empresárias, algumas atividades não são consideradas como tais em razão do disposto no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil de 2002. Por ele, qualquer pessoa física ou jurídica que exerça atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, não estará exercendo uma atividade empresária (PIMENTA, 2003, p. 55). A discussão da razoabilidade ou não desta exclusão é exatamente o tópico nodal deste trabalho.

O terceiro aspecto consiste (iii) na dificuldade de se conceituar algo que deveria ter um conceito com pouco de flexibilidade. Paula Forgioni ensina que maior segurança jurídica significa mais eficiência. Isso ocorre quando “agentes econômicos podem calcular, isto é, razoavelmente prever o resultado de seu comportamento e o daqueles com quem se relacionam” (FORGIONI, 2005, p. 243).

Sobretudo num cenário capitalista competitivo, o empresário precisa ter conhecimento real de todas suas despesas, inclusive conseguir calcular com certa precisão os custos de transação³⁷, consistentes nas despesas necessárias para a realização das negociações (FLORENZANO, 2004, p. 41). Insegurança jurídica ou legislativa aumenta tais custos e dificulta o desempenho empresarial. Exatamente em decorrência de estabilidade econômica e política, tais custos são mais fáceis de serem calculados em países desenvolvidos, facilitando ainda mais investimentos. Por tal razão, a segurança jurídica mostra-se essencial num universo capitalista, para se iniciar ou se manter um ciclo de investimentos. No mesmo sentido, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, que explica o seguinte:

Estabilidade e segurança jurídica são dois requisitos para o funcionamento do mercado, imprescindíveis na realização de negócios. A presença de riscos significativos prejudica ou, até mesmo, impede a realização de operações. No primeiro caso podem aumentar de forma significativa os custos de transação, penalizando-se os operadores do mercado. No segundo caso tais custos tornam-se tão elevados que negócios não serão realizados. (VERÇOSA, 2014, p. 132).

Conceituar pode auxiliar a alcançar a segurança jurídica pretendida, uma vez que se evitam interpretações díspares. Entretanto a conceituação pura e simples às vezes limita a compreensão de determinada matéria e, em outros momentos, restringe a utilização prática do que se pretende conceituar.

Cesare Vivante, em sua obra “Trattato di Diritto Commerciale”, Volume 1, começa o capítulo I (Os comerciantes) do Livro II (As pessoas), intitulando-o “Quem é comerciante” (VIVANTE, 1902, p. 143-145, tradução livre)³⁸. Porém, em vez de tratar do conceito do comerciante, como o título sugere, discorre sobre as características necessárias para que alguém possa ser considerado comerciante. Ao explicar sobre empresa, opta por trazer novamente as características do comerciante, deixando claro que é este quem exerce aquela, afirmando que não é concebível uma empresa sem um comerciante. Vivante também é citado por Jorge Lobo, que afirma que o autor italiano empresta o conceito econômico para conceituar empresa no aspecto jurídico, tal como outros autores por ele citados o fazem (LOBO, 2002, p. 31).

³⁷ Ronald Coase afirma que: “Without the concept of transaction costs, which is largely absent from current economic theory, it is my contention that it is impossible to understand the working of the economic system, to analyze many of its problems in a useful way, or to have a basis for determining policy” (COASE, 1988, p. 6).

³⁸ No original: “Libro II. Le persone. Capitolo I. I commercianti. §15. – **Chi è commerciante. 97. Si acquista la qualità di commerciante per virtù della legge coll’esercizio abituale di atti obbiettivi di commercio.**”.(VIVANTE, 1902, p. 143, grifo nosso).

Percebe-se, portanto, a necessidade de se atentar para dois itens de destaque no presente trabalho: (i) conceituação em Direito Empresarial não é tarefa fácil; e (ii) o aspecto econômico tem extrema influência no Direito Empresarial. Estes destaques fazem-se imperiosos, pois muitas das vezes optar-se-á por não conceituar e se utilizará da influência econômica em alguns momentos deste trabalho.

Como não poderia deixar de ser, claro em suas palavras Vinícius José Marques Gontijo, ao explicar que “a compreensão da empresa também deve se dar de maneira tipológica e não conceitual, complementando que o raciocínio tipológico se faz a partir da verificação de certos atributos, ditos essenciais, mas que podem sofrer pequenas variações” (GONTIJO, 2004, p. 153).

A busca por uma conceituação precisa é comum na *civil law* e encontra força desde o seu surgimento. Entretanto o Direito Comercial sofre mutação constante. É que o empresário, na busca inequívoca pelo lucro, utiliza de sua necessária criatividade para apresentar novos serviços ou produtos ou para adaptar os produtos e serviços já existentes. A inovação é inerente ao fenômeno regulado pelo Direito Empresarial, o qual, inclusive, possui um sub-ramo muito importante relacionado à proteção das marcas e patentes.

De um lado, há uma criatividade notável e quase um heroísmo por parte dos empresários para criar e desenvolver seus negócios numa competitividade burocrática, cara e corruptível como a brasileira. De outro lado, há um processo legislativo lento e, muitas vezes, incoerente com as realidades corporativas.

A conceituação, portanto, sobretudo se apresentada legalmente, pode assegurar a segurança jurídica tão pregada e buscada pelos comercialistas, e, ao mesmo tempo, impedir que os empresários sejam protegidos pelo desenvolvimento de novas ideias.

O Direito Comercial deve unir as duas preocupações simultaneamente. Dar segurança jurídica ao mesmo tempo que permite e estimula o desenvolvimento de novas ideias. O desafio é grande, talvez inalcançável, mas sem dúvida, utilizar a estratégia sugerida por Vinícius Gontijo seja mais interessante do que simplesmente conceituar. A compreensão tipológica pode assegurar estes dois objetivos e, portanto, apesar de em alguns momentos se verificar a conceituação de um ou de outro elemento, no mais das vezes se buscará uma compreensão tipológica.

Vários são os autores³⁹ que preferem apresentar os elementos caracterizadores do empresário. Tullio Ascarelli já mencionava que “o que caracteriza ao empresário é [...] uma

³⁹ Pode-se citar, além dos descritos no texto: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Vinícius José Marques Gontijo e André Luiz Santa Cruz Ramos.

atividade econômica” (ASCARELLI, 2007, p. 178). Da mesma forma já fazia Fran Martins em relação aos comerciantes ao trabalhar com os “sistemas caracterizadores da qualidade de comerciantes” (MARTINS, 2007, p. 84). Seguindo a mesma linha de raciocínio, podem-se citar Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro, que assim explicam:

É empresário ‘quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’. Ao decompor tal conceito legal, temos que: a) o empresário deve desenvolver seu ofício mediante uma atividade, um desenrolar de atos praticados repetidas vezes, e não através de um único ato isolado que não se prolonga no tempo; b) esta atividade deve ser de natureza econômica, ou seja, deve ser criadora de riqueza, seja mediante a produção de bens ou serviços; c) a atividade deve ser organizada, ou seja, o empresário deverá utilizar-se de forma planejada dos meios de produção (bens naturais, capital, trabalho e tecnologia), com o objetivo de buscar o lucro; d) deve estar presente também a profissionalidade, que consiste na habitualidade da atividade e em seu intento de lucro; e e) a atividade deve estar voltada para a produção o ou circulação de bens ou serviços destinados a abastecer o mercado, não sendo considerado empresário aquele que desenvolve uma determinada atividade para o seu próprio consumo. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 60).

Alexandre Bueno Cateb explica empresário da seguinte forma:

Deve-se ter em mente que a atividade empresária se caracteriza pelo exercício de: a) uma atividade; b) econômica; c) profissionalmente exercida; d) de forma organizada; e) destinada a atingir o mercado; f) com finalidade lucrativa; e g) lícita. (CATEB, 2009).

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar alguns autores que preferem conceituar o empresário^{40e41}, como Arnoldo Wald, para o qual “conclui-se, que o empresário, portanto, constitui o sujeito de direitos e obrigações relacionado com a atividade desenvolvida pela organização dos meios de produção” (WALD, 2005, p. 40). Da mesma forma Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para quem o empresário “é a pessoa natural que faz do exercício da atividade econômica sua profissão” (GONÇALVES NETO, 2014, p. 71). Também Marcelo Andrade Féres, para quem “o empresário é entendido, juridicamente, como o sujeito de direito que exerce a empresa. São empresários as pessoas naturais ou jurídicas (sociedades) exercentes dessa atividade econômica qualificada” (FÉRES, 2004, p. 52).

Marcia Mallmann Lippert opta por incluir risco no conceito, definindo empresário como “toda pessoa física ou toda sociedade que exerce profissionalmente uma atividade, por

⁴⁰ “Empresário, o profissional que pratica, em nome próprio, habitual e organizadamente, atos ou negócios jurídicos lícitos de conteúdo econômico, com intuito de lucro.” (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 21).

⁴¹ “Nos termos do CC, empresário é aquele que exerce a empresa (entendendo-se por esta uma atividade econômica organizada), podendo ser, para fins práticos e mantidas as devidas proporções doutrinárias, considerado o sucedâneo do antigo comerciante.” (GOMES, 2007, p. 9).

meio da organização dos fatores de produção (mão-de-obra e capital) em atividade, e desde que tenha assumido o risco do empreendimento” (LIPPERT, 2003, p. 141-142).

Sobre o risco, também é interessante lembrar os dizeres de Rubens Requião:

Dois elementos fundamentais – destacam geralmente os autores – servem para caracterizar a figura do empresário: a iniciativa e o risco. O poder de iniciativa pertence-lhe exclusivamente: cabe-lhe, com efeito, determinar o destino da empresa e o ritmo de sua atividade. (REQUIÃO, 2003, p. 77).

Entretanto, um dos melhores autores a abordar o tema risco é Romano Cristiano, que afirma o seguinte:

Pois, se é verdade que a palavra “empresa” não se refere a todos os tipos de atividade humana [...], também não pode haver dúvida a respeito do seguinte: em sentido geral, a característica fundamental (portanto – note-se – não única) de toda e qualquer empresa é a existência de atividade contendo risco em grau relevante. Melhor dizendo: onde há empresa há risco; ou, caso se prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de dano notável ou perda de algo importante. (CRISTIANO, 2007, p. 94).

Valendo dizer que, se empresário é quem exerce a atividade e é o sujeito de direito, assume o empresário o risco em nome da empresa. O insucesso, seja ele decorrente de qual causa for, recairá sobre o empresário, tratado neste tópico. É interessante lembrar que no caso das atividades exclusivamente intelectuais, tal risco também se mostra presente, com o agravante de que, em algumas hipóteses, como na advocacia, o risco é pessoal e ilimitado do advogado prestador de serviço, consoante disposição legal vigente⁴².

Fundada em tais considerações e com vistas na legislação e na doutrina, se poderia conceituar empresário *como sendo toda pessoa que tendo organizado, por sua conta e risco, os fatores de produção, os exerce de forma profissional para pôr no mercado bens ou serviços no intuito de lucro*. Toda feita, pensando na inexistência legal de um conceito claro e inequívoco, mas na presença de elementos identificadores de qualquer empresário, seja ele pessoa física ou jurídica (GONTIJO, 2005, p. 154), torna-se importante avaliar um a um tais elementos caracterizadores.

⁴² Art. 17 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (BRASIL, 1994).

5 FATORES CARACTERIZADORES DO EMPRESÁRIO

5.1 Exercício

O artigo 966 do Código Civil se inicia da seguinte forma: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada”. A doutrina, em sua maioria, aloca o termo *exerce* como se fosse uma extensão da expressão *atividade econômica*, explicando o significado da expressão: *exerce atividade econômica*.

É interessante que *exercer* seja tratado como uma característica autônoma em relação à atividade econômica, pois serve para caracterizar todos os demais requisitos qualificadores do empresário.

Observe-se o ensinamento de Rubens Requião:

Vimos que uma constante da doutrina a respeito da conceituação da empresa é situá-la como o exercício de uma atividade (art. 966 do Cód. Civ.). É da ação intencional (elemento abstrato) do empresário em exercitar a atividade econômica que surge a empresa. [...] Se todos os seus elementos estiverem organizados, mas não se efetivar o exercício dessa organização, não se pode falar em empresa. (REQUIÃO, 2003, p. 59).

Assim, se a pessoa é profissional, mas não exerce o profissionalismo, não é empresário. Se o intuito é uma atividade econômica, mas queda-se inerte, não há a figura do empresário. Se a ideia é circular bens ou serviços, mas não os faz circular, também não há o empresário. Percebe-se, pois, que o exercício deve ser tratado como uma característica autônoma (mas necessariamente cumulativa) de todas as demais.

Além disso, na melhor técnica legislativa não há palavras inúteis. Exercer tem sua origem na palavra latina *exercere* e significa atualmente preencher, representar os deveres, as funções ou obrigações inerentes a um cargo, trabalho ou título; desempenhar ou cumprir; pôr em ação, praticar ou mesmo, dedicar-se (EXERCER, 2009). Significa que o empresário deve efetivamente pôr em ação suas atividades. Assim, para ser considerado empresário, deve a pessoa física ou jurídica efetivamente exercer a atividade que lhe é inerente.

Esta compreensão é corroborada por várias menções constantes do próprio Código Civil e de outras leis esparsas. No Código Civil, o artigo 967, por exemplo, menciona a obrigatoriedade de inscrição antes do *início* (do exercício) *das atividades*. Somente as pessoas que tenham pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidas podem *praticar* atividades econômicas, conforme menciona o artigo 972 do mesmo diploma. Os impedidos

responderão pessoalmente pelas atividades próprias do empresário que *desenvolverem*, como determina o artigo 973, também do Código Civil.

Entretanto, nenhum artigo demonstra de forma mais perfeita a necessidade da prática da atividade do que o artigo 48 da Lei nº 11.101 de 2005 ao possibilitar apenas aos empresários que *atuem há pelo menos 2 anos* o pedido de recuperação judicial (BRASIL, 2005).

Ora, o empresário deve exercer, praticar a atividade, caso contrário, não poderá ser assim denominado. O exercício se manifesta através das obrigações e direitos contraídos. O exercício real e prático se mostra obrigatório e necessário para a caracterização do empresário.

O autor italiano Cesare Vivante dá relevância ao tema *exercício* e explica que não importa que o exercício do comércio se dê pessoalmente ou por meio de representante, mas é necessário que o comerciante assuma, perante terceiros, os direitos e obrigações decorrentes do exercício de seu negócio, acrescentando que a vontade de ser um comerciante não pode substituir o exercício efetivo do comércio (VIVANTE, 1902, p. 144 e 150).

Alberto Asquini também dá destaque à característica *exercer* explicando que “empresário é (a) ‘quem exerce’, isto é, o sujeito de direito (pessoa física ou jurídica, pessoa jurídica privada ou pública) que exerce em nome próprio” (ASQUINI, 1996, p. 114).

O *exercer* mencionado no artigo 966 consiste exatamente nesta assunção, direta ou indireta, mas sempre em nome próprio, de direitos e obrigações perante terceiros. Não é empresário quem não exerce este encargo de criar direitos e obrigações e se responsabilizar perante terceiros. O risco inerente ao empresário decorrerá, inclusive, desse exercício. Ora, não havendo atividade, não há qualquer tipo de risco sendo assumido e, portanto, não haverá atividade empresária.

Dar maior importância a este termo serve inclusive para facilitar a correta utilização do termo empresário. Ou seja, poderá reduzir a utilização (in)devida da palavra empresário. Não é o nome do Sílvio Santos, do Abílio Diniz ou do Samuel Klein que aparece no cupom fiscal de um produto vendido, numa carteira de trabalho de um empregado ou na guia de um tributo; mas dos empresários que *exercem* as atividades que constituem o objeto social de cada uma das sociedades empresárias que tornaram essas pessoas físicas famosas.

João Eunápio Borges, na vigência do Código Comercial, conceituava comerciante como “(1) a pessoa física que **exerce** profissionalmente o comércio; (2) a sociedade mercantil, isto é, constituída para **prática** do comércio; (3) a sociedade por ações, qualquer que seja o seu objeto – comercial ou civil” (BORGES, 1964, p. 118, grifo nosso).

Também é de boa feita lembrar as palavras de Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro: “não é necessária para que se caracterize a figura do comerciante ou empresário, bastando que ocorra o exercício profissional da atividade empresarial, na medida em que não é a referida matrícula que o qualifica, mas sim a atividade que desempenha” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 59).

Compreender a expressão *exercer* como um dos elementos caracterizadores do empresário pode ter, ainda, o condão de afastar dúvidas quanto à necessidade de registro ou não para uma pessoa (física ou jurídica) ser considerada empresária. É empresário quem exerce e não necessariamente quem está registrado. “Assim, pelo Direito brasileiro, nem a matrícula, nem a inscrição da firma são indispensáveis para a caracterização do comerciante”, conforme já explicava Gastão Macedo (1959, p. 32).

O Código Civil, no já citado artigo 967, menciona que “é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade” (BRASIL, 2002). A leitura conjunta dos artigos 966 e 967 deixa claro tratar-se o registro de uma característica de regularidade e não do empresário. Enquanto o artigo 966 traz as características do empresário, o artigo 967 traz o requisito de regularidade. Essa diferença pode ser percebida inclusive na Lei nº 11.101, de 2005, cujo artigo 1º indica a matéria regulada pela lei (recuperação judicial, recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária). Por sua vez, o artigo 48 da lei falimentar explica que apenas o devedor que exerça regularmente suas atividades poderá requerer a recuperação judicial. Assim, apenas o empresário regular, registrado poderá fazer essa requisição, enquanto qualquer empresário, regular ou não, pode ter sua falência decretada.

Desta feita, todo empresário deve exercer uma atividade⁴³ (acrescido das demais características que serão aqui tratadas) e, para ser regular, deve fazê-lo apenas após o devido registro. Trazendo novamente os ensinamentos de Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro:

[...] Atualmente a matrícula nos ‘Tribunais do Comércio’, que hoje equivalem às Juntas Comerciais, não é necessária para que se caracterize a figura do comerciante ou empresário, bastando que ocorra o exercício profissional da atividade empresarial, na medida em que não é a referida matrícula que o qualifica, mas sim a atividade que desempenha. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 59).

Assim, considera-se empresário quem exerce a atividade econômica (acrescido das demais características apresentadas neste trabalho), mas considera-se regular o empresário ou a

⁴³ O tópico atividade será melhor explicado em tópico específico, podendo aqui ser compreendido como simplesmente um conjunto de atos concatenados para determinado fim.

sociedade cujos atos constitutivos se encontram devidamente registrados no órgão competente e cujas demais obrigações legais se encontram devidamente respeitadas.

José Xavier Carvalho de Mendonça ensina que o “registro reveste *fides publica* e cria uma presunção do conhecimento dos atos inscritos, arquivados ou registrados, e ainda da sua veracidade”, lembrando, como consequência, do princípio da publicidade dos registros públicos (MENDONÇA, 2000, p. 392).

A publicidade⁴⁴ dada pelo registro possui grande importância (ASCARELLI, 2007, p. 313), sendo considerada por Arnaldo Wald (2005, p. 49) e Waldirio Bulgarelli (2000, p. 119) como a sua função básica. Mas o registro possui outras finalidades, como Silvio de Salvo Venosa explica:

Para o legislador, portanto, os registros públicos têm a finalidade de conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos atinentes à matéria tratada no §1º do artigo citado.

O registro público, quer para os atos que a lei tem como obrigatórios, quer para os atos que a lei tem como facultativamente registráveis, além destas finalidades interpretadas pela própria lei, tem em mira, na grande maioria dos casos, a formalidade de oponibilidade a terceiros. Determinados atos, constantes dos registros, presumem-se, *de iure*, conhecidos de todos. São oponíveis *erga omnes*. (VENOSA, 2004, p. 201).

Apesar de o trecho transcrito se referir à Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), as finalidades legais e interpretativas apresentadas por Venosa também se aplicam aos registros mercantis. Isso porque o registro público empresarial é regulado pela Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, e tem como finalidades principais *dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis* (BRASIL, 1994), acrescido por óbvio, do cadastro de tais empresas, sejam elas nacionais ou estrangeiras, mantendo atualizadas as informações; bem como a inscrição da matrícula e cancelamento dos agentes auxiliares do comércio⁴⁵.

As sociedades também carecem de arquivamento, conforme consta no artigo 998 do Código Civil. Entretanto a inscrição deve ocorrer até 30 dias da constituição da sociedade. Referido artigo se aplica, também, aos demais tipos societários constantes do Código Civil.

⁴⁴ O artigo 1.154 do Código Civil demonstra bem a ideia da publicidade, sobretudo a impossibilidade de oponibilidade parcial a terceiro antes do registro (BRASIL, 2002).

⁴⁵ O Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, que regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, repete em seu artigo 1º as mesmas finalidades tratadas pela Lei (BRASIL, 1996).

Conforme disposto no artigo 1.150 do Código, tanto o empresário quanto as sociedades empresárias terão seus atos registrados nas Juntas Comerciais, enquanto as sociedades de natureza simples estarão sujeitas ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Seja em qual cartório for, o órgão incumbido do registro verificará a regularidade das publicações sociais (artigo 1.152), bem como, antes do registro, confirmará a autenticidade e a legitimidade dos signatários dos requerimentos e fiscalizará a observância das prescrições legais concernentes aos atos ou documentos apresentados (artigo 1.153). Rubens Requião explica que a “função não é jurisdicional, pois as Juntas possuem apenas competência para o exame formal destes atos” (REQUIÃO, 2003, p. 114).

A responsabilidade por conferir a natureza da atividade é do requerente. Não é papel do cartório a verificação da natureza da atividade desenvolvida, como já mencionado, restringindo-se as verificações aos pontos de formalidade já mencionados.

Mostram-se interessantes, nesse aspecto, os comentários de Arnaldo Wald:

Assim, considerando que ao Cartório de Registro não cabe interpretar a lei de forma a classificar a sociedade como empresária ou simples, mas somente verificar o cumprimento das formalidades exigidas em lei, adotou o novo Código Civil a Teoria da Asserção, em razão da qual cabe aos sócios da sociedade que postula o registro, declarar, no ato constitutivo, se a sociedade é uma sociedade simples ou empresária, em razão do modo como exerce a atividade econômica ou da presença do elemento de empresa. (WALD, 2005, p. 781).

A teoria da asserção apresentada por Wald tem sua maior aplicação no Direito Processual Civil e não no Direito Empresarial. Mas a proposta tem sua razão de ser e sua lógica. Asserção significa afirmação. Portanto, consiste na teoria da afirmação.

No Direito Processual Civil, os juízes levam em consideração as afirmações contidas na petição inicial para fins de avaliação das condições de ação. O Ministro Moura Ribeiro, em 1º de dezembro de 2015, no Recurso Especial 1550544/SP, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidiu que:

As condições da ação, dentre elas o interesse processual, definem-se da narrativa formulada inicial, não da análise do mérito da demanda (teoria da asserção), razão pela qual não cabe ao julgador, na fase postulatória, aprofundar-se em seu exame. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Complementando tal entendimento, Daniel Amorim Assumpção Neves ensina que:

Em síntese conclusiva, o que interessa para fins da existência das condições da ação para a teoria da asserção é a mera alegação do autor, admitindo-se provisoriamente que o autor está dizendo a verdade. Se o autor alega ser o possuidor numa ação

possessória, já basta para considera-lo parte legítima, sendo a análise da veracidade ou não dessa alegação relegada ao juízo de mérito. (NEVES, 2010, p. 84).

Por óbvio, há posicionamentos como o de Humberto Theodoro Júnior⁴⁶, mas o assunto aqui tratado se refere ao registro empresarial. Assim, em suma, percebe-se que a teoria da asserção se aplica perfeitamente ao registro empresarial, uma vez que não cabe ao cartório pôr em dúvida as afirmações feitas pelo requerente. Deverá ele proceder ao registro na forma solicitada, independentemente da natureza das atividades, se atendidos os critérios mínimos e formais requeridos para a solicitação.

Da mesma forma como cabe ao juiz acreditar nas afirmações iniciais, cabe ao titular do cartório acreditar nas afirmações dos requerentes de registro. Na verdade, esta afirmação se faz apenas no sentido exemplificativo, pois o cartório não tem sequer atribuição de acreditar ou não. Tem apenas a obrigação de proceder ao registro. Além disso, enquanto no processo civil eventual divergência poderia provocar uma sentença de rejeição do pedido do autor (NEVES, 2010, p. 84), num registro societário, eventual divergência poderia caracterizar a irregularidade do registro.

A teoria da asserção serve, inclusive, para dar respaldo à análise da natureza dos atos registrais: se constitutivos ou declaratórios. O registro de atos societários tem natureza declaratória. Em primeiro lugar porque, como já visto, o registro não é uma das características do empresário e, por consequência, da sociedade empresária. Recorde-se que o empresário é aquele que *exerce* a atividade, e que o registro é apenas um dos requisitos para ele esteja regular.

No caso de uma sociedade, o registro atribuirá a ela personalidade jurídica, mas somente após reconhecer sua existência. Assim, será também declaratória sua natureza, por mais que represente a constituição de uma nova pessoa jurídica.

Assim, superada a necessidade do registro como critério de regularidade, o exercer a atividade mostra-se como a primeira característica do empresário. Deve ser uma pessoa (física ou jurídica) proativa, que atua de fato, que se responsabiliza pelas atividades realizadas assumindo as obrigações e os riscos dela inerentes, mas, por outro lado, que usufrua, também, dos direitos, dos louros. O exercício regular pressupõe, contudo, prévio registro nos cartórios de Registro Público de Empresas Mercantis.

⁴⁶ “Ora, para se formar um juízo sobre tais condições, a análise do magistrado não se dará no plano do processo, mas sim no plano do direito material. Vale dizer: será em função da relação substancial que se definirá, ainda em tese, se autor e réu são as pessoas que nela ocupam os polos ativo e passivo; se a medida processual requerida é, nas circunstâncias da inicial, necessária ou não para evitar uma lesão do possível direito material do autor; e se a providência reclamada é ou não possível, segundo os padrões genéricos ou abstratos do ordenamento jurídico.” (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 37).

Percebe-se que também exercem as atividades que lhes são inerentes as pessoas físicas ou jurídicas cujo objeto social consista exclusivamente em atividades intelectuais. Responsabilizam-se, estes profissionais, por todos os riscos inerentes à atividade, com o agravante de que o profissional prestador do serviço responderá solidariamente com a sociedade contratada.

5.2 Profissionalismo

A segunda característica trazida pelo artigo 966 do Código Civil consiste no profissionalismo, que, segundo a doutrina, pode significar: organização, fins de lucro ou habitualidade. Algumas vezes de forma entrelaçada, outras não.

Inicialmente, cabe destacar que o profissionalismo tratado no artigo 966 nada tem a ver com as profissões regulamentadas, tais como a medicina, a engenharia, ou a odontologia, dentre outras; tampouco com aquelas não regulamentadas, como a fotografia, a radiologia, ou mesmo profissões como motorista, pedreiro ou qualquer outra.

Profissionalismo tem sua origem na palavra profissão, que, por sua vez, advém do latim *professione*. Consistia no efeito de professar um ofício, uma arte ou uma ciência. Apesar disso, reitera-se, nada tem a ver com profissão regulamentada (PROFISSIONALISMO, 1999, p. 1644).

A primeira acepção do termo profissionalismo pode ser encontrada em Fran Martins, para o qual o empresário “se instala, registra firma ou nome comercial, contrata empregados, estabelece escrita própria para a anotação de suas atividades. Em uma palavra, o comerciante se organiza [...]” (MARTINS, 2007, p. 85). Nesse mesmo sentido, o Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto complementa que “é suposta uma organização, a sugerir a existência de uma estrutura e de um planejamento, ainda que mínimos” (GONÇALVES NETO, 2014, p. 71).

Percebe-se, portanto, que, nessa primeira acepção, o profissionalismo se assemelha à organização dos fatores de produção.

Há, também, autores como Waldirio Bulgarelli, para o qual profissionalismo consiste na organização para fins lucrativos, já que se pode observar que “é evidente que a profissão assim exercida impõe a organização de fatores de produção voltada para o mercado com objetivo lucrativo, portanto, com a criação da empresa” (BULGARELLI, 2000, p. 88).

Noutra vertente acerca do assunto, Tullio Ascarelli ensina que “profissionalidade supõe também propósito lucrativo” na atividade empresarial (ASCARELLI, 2005, p. 43).

Explica que não se trata de lucro num ato individual. Caso uma construtora venda um carro de sua frota por um valor mais alto do que pagou por ele, auferirá lucro. Nesse caso, tendo em vista que o lucro se deu apenas num ato, não haveria profissionalismo. Situação diferente ocorre quando a construtora comercializa os apartamentos que construiu. Terá, sem dúvida, objetivo de lucro. Mas na atividade como um todo e não exclusivamente num ato. Tanto assim que nada impede que a construtora faça promoções de lançamento e assuma prejuízo nas primeiras vendas, em prol de lucro na venda de todos os apartamentos daquele empreendimento.

Não há dúvida quanto à pertinência e acerto de todas estas opiniões. Entretanto elas foram manifestadas⁴⁷ em momento anterior ao Código Civil atual. De 2002 para cá, com a inclusão da expressão atividade econômica, com a qual o lucro mais se compatibiliza, não parece adequado considerar profissionalismo como a atividade lucrativa.

Parece mais apropriada a corrente que entende pela habitualidade no trabalho ou na atuação. O lucro e a organização podem decorrer de um maior profissionalismo. Na repetição das atividades, o empresário se prepara para realizá-las de forma mais eficiente, reduzindo custos e aumentando sua margem de lucro. Trata-se da prática ou aplicação de metodologia profissional, em contraponto ao amadorismo.

Profissionalismo parece referir-se, pós-Código Civil de 2002, à habitualidade que pode decorrer do conhecimento na área de atuação, à expertise em desenvolver determinada atividade. Em saber fazer. Há muito mais relação com a habitualidade do que com o diploma, com a prática do que com a teoria. O profissionalismo consiste na habitualidade do desenvolvimento da atividade (WALD, 2005)⁴⁸ e é um contraponto ao amadorismo (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 71). Nesse sentido, Waldemar Martins Ferreira explicava, sob a égide do paradigma anterior ao vigente, que “basta o exercício permanente e estável da atividade intermediária mercantil. Por ela constitui-se o hábito. Decorre dele, como meio de vida do agente, o profissionalismo, de que deflui a qualidade de comerciante” (FERREIRA, 1951, p. 144).

⁴⁷ Alfredo de Assis Gonçalves Neto menciona que: “É preciso que tal atividade seja exercida com habitualidade, em caráter profissional, ficando afastados do conceito, destarte, aqueles que a exercem com amadorismo, por puro diletantismo ou em caráter eventual” (GONÇALVES NETO, ano 2014, p. 71). Quando menciona o caráter lucrativo, apoia-se no mestre italiano Tullio Ascarelli, cujos ensinamentos deram-se, indubitavelmente, antes de 2002.

⁴⁸ Fran Martins explica que: “A prática de um ato esporádico de compra para revenda não é, por si só, capaz de dar à pessoa que o realiza o caráter de comerciante. Necessário é que a profissão da pessoa consista na prática repetida de atos de modo permanente, dirigidos esses atos para a realização de um certo objetivo” (MARTINS, 2007, p. 85).

Arnoldo Wald segue a mesma linha e explica que:

Ao exigir que a atividade seja desenvolvida profissionalmente, o legislador procura afastar o caráter empresarial dos atos praticados ocasionalmente, ainda que relacionados com a troca ou a produção. O elemento ‘profissionalismo’ relaciona-se com a habitualidade do desenvolvimento da atividade. Este elemento tem caráter objetivo e é considerado como um atributo da atividade e não mais do sujeito que a exerce. (WALD, 2005, p. 41).

Alguém que vende seu veículo de passeio o faz com amadorismo. Uma concessionária que vende veículo o faz com profissionalismo. Um vendedor de carros vende um veículo de maneira profissional, enquanto uma construtora vende um dos carros de sua frota de maneira amadora. O profissionalismo se refere à prática de alguma(s) atividade(s) específica de maneira não amadora. Prática tem origem no vocábulo grego *práxis* que significa costume (MONTORO, 2008, p. 94). Ou seja, profissionalismo consiste no costume em se realizar algo⁴⁹. É perceptível que uma pessoa, mesmo sendo profissional numa atividade, não o é em outra. O profissionalismo estará presente naquelas atividades em que houver a habitualidade e que não forem esporádicas ou amadoras. Ou, conforme ensina Gastão Macedo, é preciso que da atividade seja feita a profissão habitual e “que o exerça com ânimo definitivo e não esporadicamente. A prática acidental de atos de comércio não acarreta a qualidade de comerciante a quem os pratica” (MACEDO, 1959, p. 38).

Romano Cristiano explica que:

A segunda característica da atividade comercial é ser ela profissional, isto é, dotada da qualidade da habitualidade. Qualquer ato econômico isolado, mesmo que venha a configurar, perfeitamente, típica intermediação lucrativa de capital, no âmbito de normal relação de troca, será sempre como aquela andorinha única que não consegue fazer verão: nunca poderá ser ato de comércio. (CRISTIANO, 1995, p. 24).

Gladston Mamede acresce que a prática não decorre de um ou outro ato, mas de uma “sucessão contínua de ações para realizar o objeto professado (sua profissão, o motivo para o qual se constituiu a empresa)” (MAMEDE, 2007, p. 5).

Rubens Requião, por sua vez, entende que profissão é “a atividade pela qual o indivíduo obtém seus meios de vida crescendo que não é necessário que dela obtenha todos os recursos, pois é admissível a acumulação de atividades”, e refutando completamente o termo habitualidade, assim explicando:

⁴⁹ Nesse sentido, Cesare Vivante explica que: “[...] si esercita la professione abituale di commerciante quando si cerca una fonte stabile di guadagni in una serie continuata di affari commerciali, che saranno per lo più della medesima specie. Non basta qualche atto di commercio isolato, accidentale per formare un commerciante” (VIVANTE, 1902, p. 149).

O adjetivo habitual não acresce nada ao sentido da palavra profissão; seria um erro, por exemplo, deduzir que é necessário, para a aquisição da qualidade de comerciante, uma repetição de atos de comércio suficientemente importante e prolongada, opinião de alguns inconciliável com aquela, geralmente admitida, na qual um comerciante adquire essa qualidade desde quando inicia sua atividade. (REQUIÃO; 2003, p. 80).

Ora, o indivíduo somente obtém seus meios de vida de uma atividade se o faz com habitualidade, ressalvado se a remuneração por apenas um ato for grande o suficiente para permitir que dela sobreviva por anos ou décadas. Ocorre que, desse modo, não haveria atividade, mas apenas ato econômico, o que também a desqualificaria como empresária.

Maria Helena Diniz defende a habitualidade, acrescentando a pessoalidade e o monopólio de informações:

Requer, ainda, o Código Civil, art. 966, que a atividade econômica organizada seja exercida com profissionalismo ou de forma habitual. Profissionalidade requer: a) habitualidade ou prática continuada de uma série de atos empresariais; b) pessoalidade, ou melhor, contratação de empregados para a produção e circulação de bens e serviços em nome do empregador; e c) monopólio de informações pelo empresário sobre condições de uso, qualidade do material ou serviços, defeitos de fabricação, riscos etc. (DINIZ, 2011, p. 15).

É importante destacar que por habitualidade pode se entender aquelas atividades de temporada (WALD, 2005). Os hotéis que funcionam apenas no verão ou nos feriados, as estações de esqui que funcionam apenas no inverno, ou mesmo atividades desenvolvidas apenas durante períodos festivos ou eventos desportivos.

Há determinadas atividades, como a corretagem de navios, cujas negociações podem se estender por anos. Numa situação hipotética em que um navio seja comercializado a cada 4 anos, não se pode dizer se tratar de habitual. Mas é, sem dúvida alguma, profissional. O conhecimento técnico tem que ser enorme, tanto em relação ao produto vendido quanto em relação às técnicas de negociação de tão específico produto.

Portanto, deve-se entender como profissional aquela atividade desenvolvida de maneira habitual, mesmo que por temporada. Tal situação também se aplica à atividade intelectual que ocorre com habitualidade.

5.3 Atividade econômica

A terceira característica constante do Código Civil informa que empresário exerce uma atividade econômica, compreendida pela doutrina como sendo a produção de riquezas ou a geração de lucros.

O mestre italiano Alberto Asquini trata atividade econômica e organização como uma só característica, informando que consiste numa “atividade empresarial (organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio) que implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco técnico e econômico correlato” (ASQUINI, 1996, p. 114).

Tullio Ascarelli, por sua vez, explica que *o termo* econômico “se refere a uma atividade criadora de riquezas e por isso de bens” (ASCARELLI, 2007, p. 194). No mesmo sentido, Arnoldo Wald acrescenta que, além da circulação de riquezas, a empresa está relacionada ao princípio da economicidade⁵⁰ (WALD, 1932, p. 42). Vinícius José Marques Gontijo, por sua vez, ensina que a busca do empresário enquanto no exercício de sua empresa é pelo lucro (GONTIJO, 2005, p. 155).

Seja a circulação de riquezas ou o lucro, novamente se percebe a proximidade desta característica com a economia⁵¹. A intrínseca relação entre Direito e Economia não é recente. Aliás, desde as antigas escolas de Direito Comercial, como bem citado por Paula Forgioni (FORGIONI, 2005, p. 243), Economia e Direito se misturam. Assim, apesar da necessidade de conceitos próprios para que uma ciência seja considerada autônoma, no Direito Comercial, os conceitos econômicos geralmente tangenciaram ou mesmo moldaram os jurídicos. Não é à toa que Eduardo Goulart Pimenta menciona que:

A empresa talvez seja o objeto de estudo e regramento que mais aproxime Direito e Economia. Isto porque se trata de uma categoria cujos contornos foram inicialmente ensaiados pelos economistas, que dela se valem para entender e explicar a forma pela qual a sociedade se dedica a produzir e distribuir os bens e serviços de que necessita ou deseja. (PIMENTA, 2003, p. 55).

⁵⁰ Por tal princípio, a receita da atividade deve ser suficiente para cobrir as despesas.

⁵¹ Adam Smith explica que “[...] a palavra Economica deriva de duas palavras gregas: oikos, “casa”, e nomia, “administração, organização, controle”. Economia, por conseguinte, é administração da casa. Gosto mais desta definição do que da que é dada pelos dicionários, que dizem que Economia é a ciência relativa à criação e distribuição de riqueza e ao consumo de bens e serviços. Gosto mais porque a Economia não é de fato uma ciência, não importa o que digam os dicionários. Se fosse uma ciência perfeita, poderíamos chamar os economistas, entregar-lhes os problemas e pedir as soluções na quarta-feira” (SMITH, 1981, p. 25).

A circulação de riquezas consiste na criação e/ou na transferência de bens ou serviços entre partes diversas. Os bens produzidos para si não interessam ao Direito Comercial. Observe que os serviços domésticos, como o conserto de um chuveiro, o assentamento de um piso, ou a instalação de uma televisão nada têm de circulação de riquezas, se realizados pelo próprio titular e para usufruto próprio ou de sua família. Entretanto, se o chuveiro é consertado por uma sociedade especializada, o assentamento do piso por uma construtora e a instalação do televisor por provedora de TV a cabo, houve circulação de riquezas, eis que de um lado o morador foi beneficiado, enquanto de outro houve a remuneração dos serviços prestados. Nas primeiras hipóteses, nenhum interesse há para o Direito Empresarial, enquanto nas subsequentes, naturalmente se presentes as demais características, haverá atividade empresária.

É importante compreender que, quando se fala em circulação de riquezas, não se deve entender apenas o deslocamento da riqueza entre mãos diversas, mas também, a criação de novas riquezas. Tal diferença é importante por dois aspectos principais: (i) o prático, (a) no qual se percebe interferência na maneira de se ver um empresário e (b) na implicação econômica propriamente dita⁵²; e (ii) o aspecto teórico, que facilita a compreensão de que lucro está implícito na característica *atividade econômica*.

Quanto ao primeiro aspecto, ao se falar de transferência de renda, a primeira impressão é que haveria apenas acumulação de capital, na qual a renda do “mais desfavorecido” se acumularia nas mãos do capitalista⁵³. Enxerga-se, portanto, o empresário como um usurpador, alguém que está no mundo para explorar.

Karl Marx afirma que o “capitalista que produz a mais valia, isto é, que extrai diretamente dos trabalhadores trabalho não pago, materializando-o em mercadorias, é quem primeiro se apropria dessa mais valia, mas não é o último proprietário dela” (MARX, 1982, p. 658). Sendo que os demais proprietários seriam os outros capitalistas que exercem diversas atividades na produção coletiva. Trata-se de uma visão na qual o trabalhador apenas é explorado pelo ambicioso empreendedor.

⁵² “A confusão dos lucros de caráter pecuniário – lucros decorrentes da transferência de renda – com lucros decorrentes da transferência de renda – com os lucros originados do acréscimo de renda dos investimentos, traz, como consequência, um clima prejudicial ao desenvolvimento econômico. Cria antagonismos, levanta obstáculos à iniciativa empresarial e, por não separar o joio do trigo, é nociva até na econômica socialista, onde a integral eliminação do lucro acarreta dificuldades de consistência ao equilíbrio entre a procura e a oferta de bens de consumo” (BULHÕES, 1969, p. 32).

⁵³ Como faz referência Karl Marx (1982).

Além disso, se não há criação de novas riquezas, não há novos investimentos. Portanto, não há crescimento econômico. Karl Marx, ao tratar de acumulação de riquezas, assim se expressa:

A conversão de uma soma de dinheiro em meios de produção e força de trabalho é o primeiro passo dado por uma quantidade de valor que vai exercer a função de capital. Essa conversão ocorre no mercado, na esfera da circulação. O segundo passo, o processo de produção, consiste em transformar os meios de produção em mercadoria cujo valor ultrapassa o dos seus elementos componentes, contendo, portanto, o capital que foi desembolsado acrescido de uma mais valia. A seguir essas mercadorias têm, por sua vez, de ser lançadas na esfera da circulação. Importa vendê-las, realizar seu valor em dinheiro, e converter de novo esse dinheiro em capital, repetindo continuamente as mesmas operações. Esse movimento circular que se realiza sempre através das mesmas fases sucessivas constitui a circulação de capital. (MARX, 1982, p. 657).

Assim, enquanto haveria apenas a circulação do capital, através da exploração da mais valia, para Octávio Gouvêa de Bulhões não, que explica:

Karl Marx, que soube compreender o extraordinário avanço da expansão econômica, considerou o lucro de maneira retrógrada. Contemplou admirado o panorama do progresso, mas, em suas reflexões, regrediu para o 'lucro-confisco'. Nivelou o valor do produto aos valores componentes da produção, o que impediu de reconhecer a formação de uma receita adicional. Ao fixar sua análise, tornou-a incompatível com o desenvolvimento. (BULHÕES, 1969, p. 33).

Apenas a circulação de riquezas não permite o desenvolvimento. O lucro não advém da diferença de valores entre produto e meio de produção, mas também do investimento. A eficiência decorre de inovações alcançadas por meio de investimentos, que aumentam a produção e reduzem os custos, gerando maior produtividade e, por consequência, lucro (BULHÕES, 1969, p. 34). Na verdade, a circulação de riquezas indicada por Marx é apenas isso mesmo: circulação de riquezas. O desenvolvimento ocorre quando a sobra do capital é investida em melhorias de eficiência (seja para produzir mais com o mesmo, ou produzir o mesmo em menor tempo ou menor custo) para gerar mais lucro.

Não é coincidência o fato de que a percepção da criação de novas riquezas, através do lucro, tenha ocorrido concomitantemente ao período de maior desenvolvimento econômico, científico e tecnológico da humanidade⁵⁴. Esquecendo-se do passado remoto, nos vinte e um séculos que se seguiram a Cristo, apenas nos três últimos houve investimentos

⁵⁴ Thomas Piketty entende que o desenvolvimento econômico tem ligação direta com o crescimento populacional, lembrando que a natureza do capital se transformou completamente, passando no século XVIII de um capital fundiário a um imobiliário, industrial e financeiro no século XXI (PIKETTY, 2014).

sistemáticos decorrentes da noção de renda adicionada (lucro decorrente do acréscimo de renda) (BULHÕES, 1969, p. 31)⁵⁵.

Destaca-se, durante estes séculos, o período das corporações de ofício, no qual não havia o conceito de investimento. A religião moderava a ganância e orientava uma economia fraca e pouco desenvolvida.⁵⁶ As corporações de ofício restringiam a entrada de novos associados e proibiam não associados de praticarem os atos a ela vinculados. Mantinham, dessa forma, o preço no patamar desejável. Mesma coisa acontecia com o lucro.

A Revolução Industrial, por sua vez, “parece ter exacerbado o conflito entre o capital e o trabalho, talvez por terem surgido formas de produção mais intensivas no uso de capital (máquinas, recursos naturais, etc.) do que no passado” (PIKETTY, 2014, p. 45). A existência de reservas de carvão mineral, minério de ferro e excesso de mão de obra nas cidades inglesas, acrescido de disponibilidade de capital⁵⁷ por parte da burguesia, sustentaram a transição entre o artesanato e a produção mecanizada em série, e encerrou a transição entre feudalismo e capitalismo, que se tornou o sistema vigente.

Após a Revolução Industrial, a relação entre lucro e Direito Empresarial ganha maior destaque no capitalismo moderno. Até mesmo na legislação brasileira vigente, há destaque para a palavra lucro. Na Constituição Federal, ela é citada 5 vezes⁵⁸, enquanto no Código Civil são 25 citações⁵⁹, não havendo qualquer dúvida quanto à sua importância jurídica.

Assim, adotar-se-á a ideia de que a expressão *atividade econômica* no Código Civil de 2002 se refere não à simples circulação de riquezas, mas à criação das mesmas, na forma de lucro. A simples circulação de riquezas não promove o desenvolvimento e andaria em direção diametralmente oposta à ideia de empresário. O empresário, por sua natureza, é

⁵⁵ Octávio Gouvêa de Bulhões cita duas fontes para fundamentar sua afirmação: o Manifesto Comunista de 1848 e a Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, opostas entre si nas premissas e conclusões, mas comuns no falso pressuposto de o lucro decorrer do confisco da remuneração do trabalho (BULHÕES, 1969, p. 31).

⁵⁶ “Durante a Idade Média, a ética imposta pela religião incumbiu-se de moderar a ganância e reprimir a especulação. Foi esse o marco de orientação econômica, em uma economia de escassos meios produtivos. À medida, porém, que se intensificava o comércio, com o desenvolvimento do mercantilismo, a disciplina religiosa perdia eficácia. O mercantilismo ampliava a área do comércio e dava início à industrialização, sem chegar, porém, a minorar a escassez. Havia espírito empresarial; estupenda era a coragem dos navegantes; notável a intuição financeira dos empreendimentos; indiscutível a maestria nas artes e ofícios. Desconhecia-se, porém, a técnica do aumento da capacidade produtiva. Ignorava-se o processo de produção em massa para o consumo em massa. Não se vislumbrava a lucratividade pela expansão econômica. Ao contrário, as limitações eram a garantia do êxito dos empreendimentos. Os comerciantes do transporte marítimo empenhavam-se pela preservação dos monopólios e os industriais, em cada país, pleiteavam a proibição das exportações de matérias-primas e o impedimento da importação dos produtos manufaturados, na simultânea operação pecuniária de baratear a compra e encarecer a venda.” (BULHÕES, 1969, p. 27).

⁵⁷ Para Thomas Piketty, capital é definido “como o conjunto de ativos não humanos que podem ser adquiridos, vendidos e comprados em algum mercado” (PIKETTY, 2014, p. 51).

⁵⁸ Artigos 7º, XI; 72, III; 172; 173, § 4º; 195, I, c. (BRASIL, 1988).

⁵⁹ Artigos 206, § 3º, VI; 403; 623; 696; 881; 949; 950; 952; 997; 1006; 1007 (2 vezes); 1008; 1017; 1026; 1027; 1049; 1059; 1170; 1187; 1189; 2004, § 2º (BRASIL, 2002).

empreendedor, inovador. Não poderia ele inovar se não pudesse arcar com os custos dessa inovação. E tais inovações dependem de investimentos, que são custeados pelo lucro, pela riqueza gerada.

Ademais, tal compreensão ajuda a perceber também que não é um ou outro ato que terá o condão de classificar uma pessoa como empresária. A lei traz a expressão *atividade* levando a crer se tratar de uma sequência de atos.

A atividade, tal qual o *exercício*⁶⁰, mostra um grau de constância em sua prática. A execução de um simples ato não caracteriza o empresário. Não se trata de um ato puro e simples, mas de uma atividade. O ato “se reveste da conotação de exaurimento, de completude ou de resultado” (VERÇOSA, 2014, p. 116), enquanto a atividade se caracteriza pela prática reiterada de alguns atos para a realização de um objetivo. Para Sérgio Botrel:

[...] A atividade constitui uma verdadeira rede de relações jurídicas (ou “rede contratual”, como preferem os estudiosos da análise econômica do Direito) tendo como característica a concatenação dos atos desenvolvidos. E nessa ordem de ideias sobressai a codependência dos atos que compõem a atividade, o que tem como consequência o fato de que a invalidação de um ato poderá contaminar outros, de modo a demonstrar a existência de um efeito contágio. Daí não ser possível avaliar a juridicidade dos atos que compõem a atividade do mesmo modo como se examina a legalidade de atos isoladamente considerados. (BOTREL, 2009, p. 5).

Um simples ato não interessa à caracterização do empresário⁶¹. Seu caráter de exaurimento nele mesmo não traria o movimento circular mencionado por Marx. Também não permitiria o investimento na melhoria da eficiência.

Ademais, o simples ato poderia gerar, quando muito, o lucro especulativo. Aquele oportunista, que não gera poupança, nem acréscimo de renda.

Numa situação prática, a construtora que pretende vender um de seus veículos pode obter lucro na venda se uma oportunidade ocorrer. O normal é que o desgaste no uso e a perda de valor do veículo gerem perda financeira para a construtora em relação ao valor inicialmente pago. Esse prejuízo é absorvível pela construtora, pois não é o seu negócio principal. Foi apenas um ato. Entretanto, se houver lucro na negociação daquele veículo, não será o resultado aplicado na melhoria da eficiência de comercialização de veículos. Quando muito, na atividade principal da construtora.

⁶⁰ Tratado no tópico “Exercer” do presente trabalho.

⁶¹ Wille Duarte Costa entende que: “não nos colocamos em posição rígida, dogmática, para admitirmos a figura do empresário tão somente quando praticasse atos econômicos em massa, em série, de modo habitual. Mesmo que assim não seja, valerá tão somente a intenção, o desejo, o propósito do indivíduo que se organizou e se preparou para o exercício da atividade escolhida” (DUARTE, 2006, p. 300).

Essa mesma construtora, entretanto, aplica seus recursos na construção de um prédio de apartamentos. Verifica os custos envolvidos (matéria-prima, mão de obra, tributos, *marketing*, dentre outros), acresce o valor que pretende auferir de lucro e vende os produtos. Este saldo adicional será utilizado para implementação de novas técnicas para que as próximas obras sejam mais eficientes, ou, simplesmente, retornem como lucro ao empresário. Houve um ciclo, um conjunto de atos complexos e organizados. Há uma atividade sequenciada com intuito lucrativo.

Há que se lembrar, entretanto, que nem sempre a atividade propiciará lucro. Infelizmente, pode ocorrer resultado negativo, o que não se espera dos negócios desenvolvidos, mas que se mostra extremamente comum. O fato de não se alcançar lucro não descaracteriza a atividade empresária.

O objetivo do empresário é o lucro. O resultado do empresário pode ser lucro ou prejuízo. Ou, nas palavras de Alexandre Bueno Cateb o “lucro não é essencial para a caracterização da atividade empresária. A busca pelo lucro sim” (CATEB, 2009).

Além disso, é necessário verificar a destinação do lucro para melhor caracterização da expressão atividade econômica. O exercício da atividade pode ser um fim em si mesmo ou o meio de se alcançar o objetivo. O objetivo de qualquer atividade empresarial é o lucro, como já mencionado. Assim, quando o lucro for exclusivamente revertido para a própria atividade, ele será um meio de mantê-la ativa; por outro lado, quando o lucro for distribuído entre os seus sócios, verifica-se tratar do objetivo final da atividade econômica.

É que determinadas associações, sejam religiosas ou esportivas, ou de qualquer natureza, em alguns momentos praticam atividades econômicas, para seu próprio sustento, como uma livraria de uma casa religiosa, um comércio de acessórios de um clube ou a venda de ingressos de uma agremiação poliesportiva, por exemplo. O lucro auferido nestas atividades não será distribuído entre os sócios. Ao contrário, será revertido para a própria associação, para sua manutenção.

Partindo deste pressuposto, nada impede que o lucro integral de determinada atividade seja reinvestido nela mesma. Entretanto, quando o reinvestimento tiver como fito a melhoria da eficiência para aumentar ainda mais a lucratividade, estar-se-á diante de uma atividade tipicamente empresária. É que, nesta hipótese, o objetivo final, a finalidade será o lucro (espera-se que em maior quantidade do que antes, em razão dos investimentos realizados). Já nas atividades em que há reversão integral do lucro para a entidade, seu intuito

não será melhorar a eficiência, mas prover sua própria sobrevivência. Aqui, o princípio da economicidade mencionado por Arnaldo Wald⁶² se aplicaria de maneira mais precisa.

Trazendo o tema nodal deste trabalho à pauta novamente, percebe-se que as atividades intelectuais realizam atividade econômica, no sentido de se visar e de se reinvestir o lucro de maneira a fomentar seu aumento. Não poderia, portanto, ser este um fator de exclusão das atividades intelectuais do conceito de empresário.

5.4 Organização

Continuando a avaliação dos elementos caracterizadores do empresário, torna-se necessário compreender o termo *organização*. É que as atividades exercidas pelos empresários devem ser profissionais, econômicas e organizadas, segundo o artigo 966 do Código Civil. É exatamente a organização, segundo Tullio Ascarelli (2007, p. 210), que diferencia o trabalhador autônomo do empresário.

Explicar organização também não é tarefa fácil. Há diferentes compreensões sobre o tema e poucas são as vezes em que há perfeita sintonia entre os diversos autores. Para o italiano Ascarelli, organização se constitui ou no conjunto de bens organizados, ou a organização do trabalho alheio, ou do conjunto de bens e de trabalho alheio⁶³.

Eduardo Goulart Pimenta entende que a união da mão de obra e dos conhecimentos tecnológicos existentes aos recursos naturais e financeiros disponíveis permite a otimização e transformação dos recursos, desde que organizados. Apenas a combinação harmônica de tais fatores, destinados à produção ou circulação de bens ou prestação de serviços, consistiria numa verdadeira organização apta a caracterizar o empresário (PIMENTA, 2003, p. 55).

Já Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro explicam que organização consiste na utilização planejada dos meios de produção (capital, mão de obra, tecnologia e matéria-prima) com a finalidade de lucro (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 61), enquanto Alfredo de Assis Gonçalves Neto complementa informando a necessidade, além do planejamento, de uma estrutura, ainda que mínima, suficiente para demonstrar a existência de uma empresa (GONÇALVES NETO, 2014, p. 71).

⁶² Por tal princípio, a receita da atividade deve ser suficiente para cobrir as despesas.

⁶³ Tullio Ascarelli assim se expressa: “[...] a organização pode existir ainda independentemente de um conjunto de bem e portanto, de uma fazenda; pode ser certamente de bens e de trabalho alheio, ou de uma das duas coisas; pode resultar do mesmo destino de meios financeiros para o exercício da atividade” (ASCARELLI, 2007, p. 210).

Por sua vez, Arnaldo Wald explica que:

Para a produção de bens e serviços pela empresa, o capital e o trabalho devem ser utilizados de forma coordenada. [...]

Esta característica da organização de elementos relacionados com a produção ou a circulação de riquezas tem aplicação inequívoca na grande empresa, mas se aplica com menor rigor à pequena e, em especial, a certas empresas de tecnologia. De fato, esta assertiva fica demonstrada com o exemplo de uma pequena empresa de reparos de máquinas desenvolvidas por um técnico, que sozinho vai às residências para a prestação de serviços ou, ainda, em uma empresa de internet, na qual há apenas técnico em computação e a máquina atendendo ao público. Nestas hipóteses, é rudimentar, reduzida, ou até inexistente a organização entre capital e serviços.

Na doutrina italiana, JAEGER e DENOZZA afirmam que está perdendo terreno a exigência da organização como elemento essencial para a configuração da empresa, pois o conteúdo extremamente amplo implica na inexistência de efetividade para selecionar o que se caracteriza como tal. Para demonstrar o raciocínio, os autores mencionam que a organização de trabalho não pode ser tida como essencial, pois muitas vezes há substituição de trabalhadores por máquinas e, esta troca não descaracteriza a empresa. (WALD, 2005, p. 43).

Tão interessante quanto perceber as diversas interpretações em relação ao termo organização mencionado no Código Civil, é perceber que todas podem ser concebidas como corretas. Caso a legislação houvesse dado uma definição fixa, tal liberdade de interpretação não seria possível, como também não seria possível adaptar a compreensão do termo ao longo dos anos e das mudanças ocorridas.

Já foram mencionados neste trabalho dois aspectos interessantes sobre o empresário: (i) a capacidade (e necessidade) de inovar constante; e (ii) a busca incessante pelo lucro, através da melhoria da eficiência. A união desses dois aspectos provoca uma necessária evolução interpretativa na qual *organização* deve se adaptar a uma sociedade tecnológica e competitiva.

A inovação constante se apresenta no desenvolvimento de novos serviços, de novos produtos ou de transformação dos produtos e/ou serviços existentes. Alguns deles associados à tecnologia e outros não. O mercado cibernético cresce constantemente, e tecnologias são inventadas e apresentadas com a mesma velocidade com que produtos se tornam obsoletos e inúteis. O tempo de duração de mercado de produtos tem se tornado cada vez menor, enchendo museus com peças recentes.

Algumas previsões decorrentes do avanço tecnológico se mostraram apenas míticas. Em março de 2010, a Revista Superinteressante publicava matéria na qual previa o fim do livro de papel (VERSIGNASSI, 2010). Entre 2010 e 2013, entretanto, a produção de papel teve um crescimento médio anual aproximado de 5,4% (cinco vírgula quatro por cento)

segundo relatório mensal da Associação Brasileira de Celulose e Papel (BRACELPA, 2014). Crescimento bem superior ao da economia brasileira. Já a previsão de que as máquinas substituiriam os seres humanos não se confirmou. No Brasil, enquanto a população crescia a média de 1,1% (um vírgula um por cento) (IBGE, 2011) ao ano, o número de empregos com carteira assinada crescia 2,7% (dois vírgula sete por cento) (IBGE, 2013). Perceptível que, mesmo com o avanço tecnológico, houve também o aumento no número de empregados.

Por sua vez, a busca pelo lucro transforma a eficiência em uma necessidade empresarial. Buscam-se maneiras mais fáceis e baratas de se fazer a mesma coisa. O comércio eletrônico⁶⁴ é uma delas. Substituem-se, em parte, as lojas físicas e os vendedores por sítios eletrônicos e por profissionais de logística. Em tese, estes são mais baratos que aqueles. Todavia, substitui-se em parte, porque a prática tem mostrado que as lojas físicas não deixam de existir. Na verdade, o que ocorre é uma complementariedade na qual lojas físicas e virtuais conjuntamente buscam um mercado consumidor maior, tanto no aspecto territorial quanto temporal, com um custo mais adequado.

A forma de organização do empresário evoluiu, acompanhando o desenvolvimento econômico, tecnológico e social. Outrora, bastava ao empresário organizar os bens, capital, tecnologia e mão de obra.

Assim era o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem, “a empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia” (COELHO, 2004, p. 13).

Esta visão clássica de organização dos fatores de produção talvez, como já mencionado, não encontre guarida nas estruturas organizacionais atuais, onde algumas vezes há mão de obra, capital e tecnologia; outras, tecnologia e capital; outras, mão de obra, insumos e tecnologia. Enfim, as atividades atuais dependem de flexibilidade e, como mencionado, a organização dos meios necessários à realização da atividade é que vão promover a subsunção à característica legal.

Na atualidade, a organização possui maior flexibilidade quanto aos fatores de produção. Não se trata de ter ou não empregado, ter ou não estabelecimento físico, ter ou não bens. Organização consiste na estruturação dos meios necessários ao empresário para realização do seu objeto social tendo como finalidade o lucro.

⁶⁴ Para Rúbia Carneiro Neves e Ana Caroline Faria Guimarães, “o comércio eletrônico consiste no conjunto de transações comerciais realizadas por meio de um computador, podendo abarcar a venda de produtos ou a prestação de serviços que ocorrem através do meio virtual” (NEVES; GUIMARÃES, 2016).

Por estruturação dos meios necessários se compreende a aquisição dos materiais necessários, sejam eles ativos imobilizados ou matéria-prima; a contratação de pessoal, quando for o caso; a estruturação dos meios de comunicação (computadores, telefones, internet) tão necessários na atualidade; a montagem de unidade física ou virtual, de acordo com o negócio principal; a contratação de instituições financeiras para as movimentações financeiras de entrada e saída das receitas e despesas; o planejamento e execução de marketing; o estudo de mercado para adoção das melhores práticas comerciais; dentre outros.

Certo é que autônomos podem ter, em menor escala, alguma ou algumas destas formas de estruturação, mas se diferenciam pela ausência da adequada articulação no exercício da atividade. As coisas acontecem no imprevisto e não de forma planejada. Tal diferenciação se mostra complicada de ser vislumbrada quando se comparam os microempresários e os autônomos mais experientes.

Nesse sentido, lembra Otávio Vieira Barbi que o ambulante e uma loja de departamentos possuem organização na medida que convém a cada um, questionando o entendimento de que a contratação de mão de obra seria o diferencial, ao citar o exemplo de uma indústria totalmente mecanizada (BARBI, 2007, p. 31). Assim, consolida seu parecer no sentido de que o que “distingue a organização empresarial daquela comum, ou não empresarial, é seu efeito de multiplicar a capacidade produtiva do agente” (BARBI, 2007, p. 32). Inclusive, trabalha de forma específica sobre o tema do presente trabalho afirmando o seguinte:

Assim, será considerado empresário no Direito brasileiro quem organiza atividade econômica de qualquer natureza, até mesmo científica, literária ou artística, desde que, nesse caso, a organização da atividade para multiplicação da capacidade de produção individual prevaleça sobre o exercício da profissão de natureza intelectual (elemento de empresa preponderante). E será empresária aquela sociedade que busca cumprir seu objeto social organizada sob a forma empresarial, que lhe permitirá multiplicar produção para aumentar receita (art. 982, Código Civil). (BARBI, 2007, p. 33).

Vinícius José Marques Gontijo, por sua vez, menciona que, dentre outros aspectos, integram a organização constante do Código Civil o registro, a identificação por nome (GONTIJO, 2005, p. 156).

Maria Helena Diniz inclui a organização dos bens imateriais na característica tratada neste tópico, ao assim se posicionar:

É a atividade organizada por haver nela a articulação de quatro fatores de produção ou circulação de bens e serviços: capital (recurso financeiro), mão de obra

(trabalhadores), insumos (materiais) e tecnologia. A empresa pressupõe, portanto, uma estrutura, um conjunto organizado, uma organização composta de um complexo de bens materiais ou imateriais (estabelecimento), o capital, o trabalho de terceiros (empregados), a coordenação desses fatores pelo empresário individual ou sociedade empresária e a atividade produtiva, ou seja, esse complexo de valores em movimento. (DINIZ, 2011, p. 15).

Vale destacar, entretanto, que são poucos os trabalhos que se aprofundaram tanto no tema quanto Romano Cristiano. Buscando interpretações de diferentes fontes, o autor cita a organização (i) como sendo a estruturação de forma ordenada e funcional, ou (ii) a alocação de diversos elementos em conexão entre si, com intuito de se alcançar determinado fim. Lembra inclusive que a organização mencionada não pode ser compreendida como a entidade jurídica ou moral de estrutura complexa. Mas, apesar de se poder discorrer sobre as menções do professor paulista, é de se transcrever o seguinte trecho de sua obra:

Tomo a liberdade de fazer notar – no âmbito das definições da primeira pesquisa, parte final – a extrema felicidade do exemplo referente ao automóvel, que é algo organizado, portanto organismo, mas cujos órgãos podem ser acionados por um único ser humano. Pois bem, a empresa econômica pode tranquilamente ser comparada ao automóvel, pois sua existência independe, por completo, do número de seres humanos que a organizaram e a fazem funcionar. Tal significa que poderá haver autêntica empresa mesmo em presença tão somente do empresário. Aliás, convém não perder de vista que merece o título de organizador não apenas aquele que cria e coordena órgãos, mas também aquele que cria e coordena funções: tudo depende do grau ou do estágio da organização, em seu processo evolutivo. Por outro lado, se determinada estrutura organizada se compõe somente de funções, não é impossível que todas elas, em razão de sua correlação e interdependência, sejam acionadas por um único ser humano, sem que com isso fique descaracterizada a atividade exercida. (CRISTIANO, 2007, p. 119).

Assim, na tônica do referido autor, a organização de mão de obra deixa de ter importância para a caracterização do empresário, como já mencionado neste trabalho. Entretanto, de grande relevo e importância para Romano Cristiano é o capital. Afirma ele que “toda atividade organizacional [...] não poderia existir se não existisse, antes de qualquer outra coisa, o capital separado; pois é justamente este que torna possível, antes provoca, o surgimento da organização empresarial”, acrescentando que a atividade empresarial finda por se tornar um “mero desdobramento da ideia de utilização de capital” (CRISTIANO, 2007, p. 121).

A organização como capital deve ser entendida com restrições. Há infinidade de grandes negócios que nasceram do “zero” e se transformaram em estruturas multimilionárias.

O capital inicial foi tão insignificante que não poderia sequer servir para tal compreensão⁶⁵. Mas, de fato, a importância do capital pode ser considerada como parte da organização.

Romano Cristiano, de maneira muito perspicaz, lembra que, numa clínica médica moderna, o médico não procura mais saber o histórico do paciente. Sobretudo em razão de baixos valores pagos por planos de saúde, os atendimentos são extremamente céleres, preocupando-se aquele profissional, num primeiro momento, apenas em saber quais exames serão solicitados. Após, numa segunda consulta, igualmente rápida, o médico analisa os resultados e sugere, quando é o caso, os remédios e providências que o paciente tomará. Observe que isso é o que ocorre na grande maioria das clínicas de pequeno porte. Não se está mencionando hospital. A forma do atendimento passa a levar muito mais em conta o valor do atendimento do que a pessoa do paciente ou do médico. Isso indica uma sobreposição clara do capital sobre a pessoa. Relação empresarial típica.

Assim, diante de tudo que foi exposto, a organização deverá ser compreendida como a aplicação do capital para a estruturação dos meios de produção necessários ao desenvolvimento da atividade por parte do empresário.

5.5 Produção ou circulação de bens ou serviços

Outra característica do empresário é a necessidade de que desenvolva ele a produção ou circulação de bens ou serviços. Sem dúvida, a inclusão desta expressão no artigo 966 do Código Civil supriu qualquer dúvida quanto à adoção da teoria da empresa pela legislação brasileira.

A produção de bens e a circulação de serviços inclui aqueles que produzem riquezas, além dos comerciantes, que promovem a intermediação de mercadorias⁶⁶. Assim, houve uma abrangência bem superior àquela de outrora, na qual apenas os comerciantes se sujeitavam à legislação comercial. Desde 2002, os prestadores de serviços, com algumas ressalvas do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, podem ser considerados empresários.

Como em outros momentos já foi mencionado, o interesse do Direito Empresarial está na relação profissional com terceiros e não nas atividades para consumo ou utilização

⁶⁵ Otávio Vieira Barbi ensina que: “O sucesso do empreendimento tende a tornar distante no tempo aquela cifra inicial, suficiente à época da formação da sociedade, mas por vezes insignificante diante de seu crescimento patrimonial” (BARBI, 2007, p. 8).

⁶⁶ Nesse sentido, Arnoldo Wald (2005).

próprias. Não interessam ao Direito Empresarial as atividades desenvolvidas para o núcleo familiar ou pessoal. É necessário que o produto ou serviço seja destinado ao mercado^{67e68}.

Para Vivante, o comerciante deve se fazer conhecer através do exercício profissional dos atos objetos do comércio (VIVANTE, 1902, p. 151). Ora, o conhecimento do seu exercício se dá perante terceiros e não consigo mesmo. A regra, portanto, é a mesma do empresário: os serviços e produtos devem ser disponibilizados a terceiros.

Wille Duarte Costa ensina que “cada indivíduo procura a satisfação de suas necessidades quase sempre com bens pertencentes a outro indivíduo, que lhe são escassos, o resultado desse comportamento implica na prática de atos econômicos” (COSTA, 2006, p. 300). Repete-se, portanto, a necessidade de haver uma satisfação de terceiros e não pessoal para que se caracterize a relação empresarial.

Tullio Ascarelli explica que “o titular da atividade deve ser distinto do destinatário último do produto, isto é, sua atividade deve ir dirigida a satisfazer necessidades alheias” (ASCARELLI, 2007, p. 197). O mercado deve, de fato, existir, pois se assim não for, o ciclo econômico se encerrará no próprio indivíduo, não promovendo a esperada circulação de riquezas (ASCARELLI, 2007, p. 197).

O mercado, por sua vez, pode ser amplo como o da venda de pipoca ou pizza, ou restrito como a comercialização de joias de altíssimo valor. Pode ser raro, como o de navios petroleiros, ou mesmo direcionado, como artigos religiosos. Respeitadas as restrições de discriminação, nada impede a produção de bens direcionados a determinado público. Até mesmo algo produzido de forma exclusiva pode ser considerado atividade empresarial, como, por exemplo, o relógio Piaget Emperador Temple, fabricado pela Piaget em versão única e comercializada por US\$3,3 milhões de dólares.

Nesse aspecto, a diferenciação entre necessidade e desejo, lembrada por Wille Duarte Costa, se mostra interessante. Nos dias de tempo corrido como os atuais, todos necessitam de

⁶⁷ Nesse sentido, Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro (2015).

⁶⁸ Para Haroldo Verçosa: “A existência do mercado – na verdade, de múltiplos “mercados” – é necessariamente ligada ao regime de produção, circulação e consumo de massa, no qual os institutos de Direito Comum revelam-se inadequados para a solução das controvérsias dali emergentes. A maneira pela qual os negócios passam a ser desenvolvidos na economia moderna não é diferente somente pela quantidade e pela velocidade com que se realizam, mas isto também se reflete na “qualidade” da atividade negocial, como resultado da adoção de novos mecanismos jurídicos capazes de dar segurança e certeza às partes quanto à realização dos seus interesses. Em razão disto, surgiram novos contratos (criados a partir de contratos já existentes), novos títulos de crédito e novos valores mobiliários (os chamados “recebíveis”, entre outros), novas técnicas de negociação (tais como a securitização de títulos). Os efeitos econômicos e jurídicos das operações nos mercados revelam-se no campo da concorrência entre os agentes produtores e distribuidores, de um lado, e nos dos consumidores, de outro, como faces de uma mesma moeda, tornando-se necessária, quase invariavelmente, nos diversos ordenamentos jurídicos a intervenção do legislador como meio para a correção de rumos” (VERÇOSA, 2014, p. 128).

um aparelho que lhes mostre as horas, podendo ser um relógio, um celular ou outro equipamento qualquer. Mas se é relógio, o modelo e a marca a serem comprados se transformam em desejo. Ninguém precisa de um relógio Piaget Imperador Temple coberto por mais de 450 diamantes e com dois mostradores de horário. Algumas poucas pessoas do mundo o desejam. Assim, o que vai determinar num primeiro momento é a necessidade de um bem ou serviço e num segundo, o desejo e a capacidade financeira do indivíduo de adquirir aquele bem ou de ter aquele serviço prestado. Costa ensina que “satisfazer às necessidades, além dos aspectos biológicos e vitais, tem o sentido de atender ao sujeito do ato, naquilo de que é privado, de que é carente” (COSTA, 2006, p. 300). Isso explica como objetos ou bens que não têm a menor relação com a sobrevivência humana tornam-se indispensáveis. Veja-se o caso do telefone celular. Na década de 1990, ele inexistia e a humanidade vivia normalmente sem qualquer tipo de problema. Na virada do século, já estava mais disseminado, mas ainda completamente dispensável. Na atualidade, entretanto, com tantas funções e opções, o aparelho de celular se transformou mais num item de entretenimento do que de telefonia e tornou-se praticamente indispensável, despertando nas pessoas desejo quanto àqueles modelos mais caros e mais completos.

A necessidade leva o empresário a escolher seu mercado, e a satisfação o leva a escolher seu público. Há, dessa forma, vários fabricantes de veículos. Todos escolheram o mercado automotivo. Porém, há fabricantes de luxo, como Ferrari, Lamborghini e Porsche, que escolheram o público de milionários. Outras, como Mercedes-Benz, BMW, Lexus, que escolheram o de ricos e, outras, como Fiat, Volkswagen e Chevrolet, que optaram pelo público em geral. A necessidade levará as pessoas a adquirirem veículos. A satisfação as levará a escolher as marcas, com base em vários fatores distintos.

Natalino Irti, citado por Verçosa, define o mercado como “unidade jurídica das relações de escambo, em relação a um dado bem ou a uma categoria de bens, sendo o lugar artificial que a lei constrói, governa, orienta e controla”, entendendo que não há mercado fora da decisão política e da escolha legislativa (IRTI *apud* VERÇOSA, 2014, p. 129).

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa explica que:

Duas funções básicas são exercidas pelo mercado: (i) é o lugar (em sentido bastante largo) no qual o empresário exerce sua atividade; tanto um lugar físico precisamente determinado (as Bolsas de Valores) quanto uma região mais ampla e, até mesmo, nenhum lugar determinável, como ocorre com as operações hoje realizadas via Internet; e (ii) é a estrutura social, econômica e jurídica que, no seu conjunto, permite ao empresário realizar sua atividade, facilitando o encontro dos operadores e a celebração de contratos. (VERÇOSA, 2014, p. 130).

O mercado como estrutura social, econômica e jurídica que é sugere que os bens ou serviços disponibilizados pelo empresário e tratados pelo artigo 966 sejam aqueles com certa escassez, necessários⁶⁹ e que devem servir à circulação ou distribuição.

Por circulação compreende-se a transferência econômica ou física dos bens ou serviços entre proprietários ou beneficiários diversos. Implica uma transferência de titularidade, um transporte ou uma prestação de serviços. Como não poderia deixar de ser, o comércio está presente na interpretação relativa à circulação.

Por produção pode-se compreender a criação, fabricação, industrialização, construção ou transformação. Aqui se enquadra a construção de um prédio, a fabricação de um avião ou mesmo o engarrafamento de água mineral.

Assim, o empresário deverá pôr a circular no mercado bens ou serviços, produzidos por ele ou por terceiros, de forma profissional, com fito lucrativo.

⁶⁹ Necessidade não só biológica ou vital, mas psicológica.

6 AQUELES QUE NÃO SÃO CONSIDERADOS EMPRESÁRIOS

Afirmar de maneira peremptória que empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços é um equívoco. Equívoco porque a interpretação deve compreender o disposto no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, do qual estão excluídas as atividades intelectuais. Há no referido dispositivo legal exceções à caracterização do empresário, sendo 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” (BRASIL, 2002).

Empresário, já se viu no presente trabalho, é aquele que exerce a empresa. E, conforme ensina Marcia Mallmann Lippert:

A empresa não é nem civil nem comercial; a empresa pode ser de aviação, de intermediação de venda de cosméticos, pode ser de qualquer atividade. Portanto, também parece impróprio chamar de comercial ou mercantil uma empresa, uma vez que o conceito de empresa sucedeu, sobrepôs-se ao de atos de comércio (LIPPERT, 2003, p. 146).

Além disso, Eduardo Goulart Pimenta lembra que, em razão do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, “determinadas atividades econômicas, embora organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços e com nítido intuito lucrativo, estão apartadas da ideia de empresa consagrada pela legislação brasileira” (PIMENTA, 2003, p. 55).

José Edwaldo Tavares Borba ensina que:

O Código Civil (art. 966, § único) exclui, da condição de empresário, ainda que exercendo o seu mister de forma organizada, todos aqueles que se dedicam a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. São os chamados profissionais liberais, cujas atividades, por força de uma tradição que as considera qualitativamente distintas da atividade econômica ordinária (‘diversa valoración social’), representariam sempre um trabalho pessoal, salvo quando constituam (art. 966, § único) elemento da empresa.

A empresa produz. O intelectual cria, e assim a sua criação, por ser uma emanção do espírito, não seria assimilável aos chamados processos produtivos. (BORBA, 2008; p. 18).

Percebe-se, portanto, que o empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, desde que a atividade não seja intelectual, de natureza artística, literária ou científica, e, caso seja, que se constitua num dos elementos de empresa.

A tônica gira, então, em torno da compreensão de dois aspectos: (i) a razão pela qual o legislador optou por excluir as atividades intelectuais da caracterização de empresário; e (ii) o que vem a ser elemento de empresa.

Pois bem, tais aspectos constam do parágrafo único e, portanto, estão intrinsecamente ligados ao *caput* do artigo 966. Sabe-se que o conteúdo dos parágrafos está ou deveria estar diametralmente ligado ao disposto no *caput*.

No caso em análise, o *caput* do artigo 966 do Código Civil considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Nada trata de profissão intelectual no *caput*, mas tão somente no parágrafo único. Assim, se, na prática, não estiverem presentes todas as características do empresário tipificadas no *caput* do artigo 966 do Código Civil, não poderá se caracterizar a atividade intelectual como empresária. Nesse caso, a impossibilidade da caracterização de empresário não decorrerá do disposto no parágrafo único, mas da incompletude quanto aos elementos contidos no *caput*.

De acordo com esse ponto de vista⁷⁰, se a profissão intelectual não for organizada, não será considerada atividade empresária por não se subsumir ao *caput* do artigo 966. Também não será atividade empresária a intelectual, mesmo quando organizada, em razão do disposto no parágrafo único do próprio artigo 966 do Código Civil.

Um chef de cozinha que prepara comida para seus amigos não pode ser considerado empresário por ser desorganizado e não ter intuito lucrativo. Já aquele que monta um restaurante e adota todas as providências necessárias para buscar o lucro poderá ser considerado empresário. Um cientista que desenvolve pesquisas amadoras sobre determinado assunto não será empresário, por lhe faltarem organização e profissionalismo. Tampouco o cientista que busca, em equipe e numa estrutura laboratorial, a cura de grave doença será considerado empresário⁷¹, por se tratar de atividade intelectual, de natureza científica.

Exatamente por tal razão, Alfredo Assis Gonçalves Neto conclui que “não é empresário quem exerce atividade intelectual por qualquer meio, organizadamente ou não, sob forma empresarial ou não, em caráter profissional ou não, qualquer que seja o volume, intensidade ou quantidade de sua produção” (GONÇALVES NETO, 2014, p. 72). No mesmo

⁷⁰ Tal ponto de vista é adotado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que entende que a atividade intelectual exclusivamente intelectual não será atividade empresária: Segundo ele: “Em primeira conclusão, portanto, não é empresário quem exerce atividade intelectual por qualquer meio, organizadamente ou não, sob forma empresarial ou não, em caráter profissional ou não, qualquer que seja o volume, intensidade ou quantidade de sua produção” (GONÇALVES NETO, 2014, p. 72).

⁷¹ Nesse mesmo posicionamento, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, já citado, ao compreender que, segundo a legislação atual, jamais será atividade empresária aquela que for exclusivamente intelectual.

sentido, o Enunciado 193 das Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: “Art. 966: O exercício das atividades de natureza **exclusivamente** intelectual está excluído do conceito de empresa” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 42, grifo nosso). Ressalva-se que tais posicionamentos levam em consideração a interpretação da atual legislação brasileira. Entretanto as características empresariais se mostram presentes em várias atividades exclusivamente intelectuais, sendo exatamente esta a temática do presente trabalho. Não obstante a legislação atual faça com que a compreensão aqui indicada esteja correta, do ponto de vista jurídico, não deveria ser uma realidade.

Conforme visto, portanto, as afirmações de que as atividades intelectuais não são consideradas empresárias por falta de organização merecem, com todo o respeito, as devidas críticas⁷². É que, se não for organizada, nenhuma atividade, intelectual ou não, poderá ser considerada atividade empresarial. Nesse mesmo sentido, Tullio Ascarelli afirma que “não é uma pretendida constante falta de organização a que leva a excluir a quem exerce profissões intelectuais do âmbito dos empresários” (ASCARELLI, 2017, p. 203).

O que definirá a exclusão ou não de uma determinada atividade da esfera empresarial não será, portanto, se ela é organizada ou não, se há auxiliares ou não, mas única e exclusivamente seu objeto. Caso o objeto seja exclusivamente intelectual, não há que se falar em atividade empresarial. Por sua vez, se não for intelectual, ou se o for, mas fizer parte do elemento de empresa⁷³, daí sim, será empresarial.

Superado este ponto, torna-se importante, inclusive para facilitar a compreensão do tema, a leitura da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil de 2002:

24. Como já foi ponderado, do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos:

- 1) Do pequeno empresário, caracterizado pela natureza artesanal da atividade, ou a predominância do trabalho próprio, ou de familiares, em relação ao capital.
- 2) Dos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária, ou artística, ainda que se organizem para tal fim.
- 3) Do empresário rural, ao qual, porém, se faculta a inscrição no Registro das Empresas, para se subordinar às normas que regem a atividade empresarial como tal.

⁷² Defendem esta hipótese, por exemplo, os professores André Luiz Santa Cruz Ramos (2012, p. 212), Maria Helena Diniz (2011, p. 672) e Fábio Bellote Gomes (2007, p. 10), dentre outros.

⁷³ Elemento de empresa será devidamente explicado no momento oportuno, neste mesmo capítulo.

- 4) Da sociedade simples, cujo escopo é a realização de operações econômicas de natureza não empresarial. Como tal, não se vincula ao Registro das Empresas, mas sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Note-se, outrossim, que uma atividade de fins econômicos, mas não empresária, não se subordina às normas relativas ao ‘empresário’, ainda que se constitua segundo uma das fontes previstas para a ‘sociedade empresária’, salvo se por ações.

Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou o resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são ‘os titulares da empresa’.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante acepção dominante na doutrina, ‘a unidade econômica de produção’, ou ‘a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços’. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais ‘estabelecimentos’, os quais são complexos de bens ou ‘bens coletivos’ que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de per si, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Destarte o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ‘ato de comércio’, é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de ‘fundo de comércio’ cede lugar à de ‘estabelecimento’. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de ‘fundo de comércio’ é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, ‘que é o corpo de um organismo vivo’, ‘todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção’ (‘La Théorie des Obligations’ Paris, 1967, pag. 124).

Disciplina especial recebem, no Projeto, os ‘titulares da empresa’, que podem ser tanto uma pessoa física (o empresário) como uma pessoa jurídica (a sociedade empresária).

Fixados esses pressupostos para a disciplina de todos os tipos de sociedade, fica superada de vez a categoria imprópria, ora vigente, de ‘sociedade civil de fins econômicos’, pois, no âmbito do Código Civil unificado, são civis tanto as associações como as sociedades, qualquer que seja a forma destas. Distinguem-se apenas as sociedades em simples ou empresárias, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício.

25. [...] bastará [...] para ter-se uma ideia geral do Anteprojeto salientar mais os seguintes pontos:

[...]

c) Com a instituição da sociedade simples, cria-se um modelo jurídico capaz de dar abrigo ao amplo espectro das atividades de fins econômicos não empresariais, com disposições de valor supletivo para todos os tipos de sociedade. (SENADO FEDERAL, 2005, p. 45-47).

Ao analisar a Exposição de Motivos e as discussões que se sucederam, verifica-se a grande divergência que o tema suscitou.

Quando o anteprojeto ainda tramitava no Congresso Nacional, o Deputado Tancredo Neves, que tomou como fundamento os argumentos apresentados pelo professor Egberto

Lacerda Teixeira (PASSOS; LIMA, 2012, p. 382), por meio da Emenda nº 557, pretendia a supressão da parte final do parágrafo único do artigo 1003 (que corresponderia ao atual 966): “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Com tal exclusão, a exceção da exceção não mais existiria e as atividades intelectuais jamais⁷⁴ se caracterizariam como atividades empresárias. Nesta hipótese, não haveria discussão quanto ao elemento de empresa, e as atividades intelectuais não se submeteriam às regras comerciais.

Em parecer parcial, seguido pelo parecer final do Deputado Ernani Satyro, que determinou a rejeição da emenda, o Deputado Geraldo Guedes explicou que:

[...] O parágrafo único considera a situação de quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, declarando que não são empresários, ainda mesmo exercendo tal profissão com o concurso de auxiliares e colaboradores. É o caso, por exemplo, dos médicos, engenheiros e advogados ou outras entidades que congregam profissionais liberais **cuja atividade desenvolvida é de natureza pessoal**. Mas, se o exercício dessa profissão constituir **elemento da empresa, ou seja, uma atividade organizada, adequadamente a consecução de fins econômicos**, não há porque deixar de se reconhecer que se trata, na espécie, de empresário. Eu penso que é muito melhor, sempre, explicitar do que omitir. O dispositivo tem em vista esclarecer, explicitar, não deixar dúvidas, advertir para que ninguém se engane, julgando-se beneficiado pela conceituação incompleta de uma relação jurídica. Meu parecer é no sentido de se rejeitar a emenda. (PASSOS; LIMA, 2012, p. 383, grifos nossos).

Referida discussão legislativa traz à baila ao menos um fundamento para excluir as atividades intelectuais da atividade empresarial, qual seja, a natureza pessoal do trabalho.

Para Tullio Ascarelli, as profissões intelectuais possuem uma valoração social relativa à natureza do serviço prestado; segundo ele, “a esta valoração social concorrem princípios jurídicos diversos dos gerais das atividades empresariais e se refletem na disciplina particular das diversas profissões”. Ascarelli explica que tais profissões possuem normas específicas, ligadas ao decoro profissional, que vetam práticas concorrenciais típicas das atividades comerciais. De fato, legislações de várias profissões regulamentadas contêm impedimento ou restrição à publicidade e propaganda, como a advocacia⁷⁵, a medicina⁷⁶ e a odontologia⁷⁷. Para o autor italiano, portanto, é a valorização social do trabalho intelectual que o exclui das atividades empresariais (ASCARELLI, 2007, p. 200-201).

⁷⁴ Salvo na adoção do tipo societário Sociedade Anônima.

⁷⁵ Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2000).

⁷⁶ Resolução nº 1.974/2011 do Conselho Federal de Medicina (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2011).

⁷⁷ Código de Ética Odontológica do Conselho Federal de Odontologia, aprovado pela Resolução CFO-118/2012 (CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA, 2012).

Há, por sua vez, autores que justificam a exclusão das atividades intelectuais com base na ética empresarial. Neste sentido, Gontijo explica que “o nosso legislador entendeu que aqueles que exercem [...] atividades intelectuais ainda não absorveram o ‘estado de espírito’, ou seja, a ética empresarial e, dessa feita, devem estar excluídos da compreensão de empresários” (GONTIJO, 2004, p. 158).

Segundo Requião, *a figura do comerciante se impregnou de um profundo ressaibo exclusivista, egocêntrico resultado do individualismo que marcou historicamente o direito comercial*. Entretanto, tendo em vista o conceito social atual da empresa, teria o empresário perdido tais características. Agora, o empresário não é mais um ser egoísta, isolado dos interesses gerais da comunidade. O empresário tem ciência de que tem papel fundamental na sociedade, não obstante, tenha como primeiro objetivo o lucro (REQUIÃO, 2003, p. 76). Tal posicionamento encontra guarida numa tendência social do código civil de 2002, mas principalmente da Constituição da República de 1988⁷⁸.

Wille Duarte Costa entende que no caso dos artistas e profissionais liberais “toda criação de bens ou serviços resulta do empenho individual e nasce na própria mente do seu criador, sem interferência exterior dos fatores de produção” (COSTA, 2006, p. 298).

Também é possível identificar autores que explicam a exclusão das atividades intelectuais da caracterização do empresário na simples opção legislativa. Para Verçosa não há qualquer diferença em relação à organização, à finalidade lucrativa, e nem mesmo em relação às atividades reservadas ao empresário (VERÇOSA, 2014, p. 135).

Dentre as justificativas para exclusão das atividades intelectuais da classificação do empresário, aquela cuja compreensão se prende ao trabalho pessoal não parece ser a mais adequada. Pode-se entender este trabalho pessoal de várias formas, sendo as que encontram respaldo doutrinário (i) no fato de o serviço nascer na mente de seu criador (ou trabalho pessoal); (ii) a busca por aquele profissional específico; ou (iii) a impossibilidade de se produzir em série determinado serviço ou bem.

De fato, o trabalho do advogado, do médico, do escultor ou do cientista encontra-se em suas respectivas cabeças ou em suas mentes. O que diferencia um profissional brilhante de um comum é a capacidade de criação de soluções adequadas fundadas na técnica. Assim, o

⁷⁸ Sérgio Botrel ensina que: “De fato, o antagonismo de interesses daqueles envolvidos direta ou indiretamente com a atividade empresarial é algo natural, sendo certo que essa constatação deu ensejo ao surgimento da utilização do ‘interesse da empresa’ como técnica de conciliação dos interesses em conflito, impondo limites à coordenação da empresa pelo empresário, em especial por enxergar no exercício da empresa não só um direito subjetivo, mas um verdadeiro poder. E o que diferencia este daquele é que o detentor do poder deve respeitar e, em certa medida, contribuir para a concretização de outros interesses (direitos) quando da busca de realização dos seus. Por isso, há desvio do poder do empresário quando ele desconsidera o ‘interesse da empresa’.” (BOTREL, 2009, p. 52).

advogado obtém uma solução para um cliente, para a qual outros profissionais ainda não tinham atentado. O médico descobre a doença que um paciente tem, sendo que vários outros não a tinham identificado. O artista faz um trabalho de forma inovadora.

Entretanto, o simples argumento de que a solução estava na mente daquele profissional não diferencia as atividades intelectuais. Ele é o mesmo para transformar um chef de cozinha num badalado criador de receitas, um mecânico que identifica e consegue corrigir um problema que vários outros não haviam solucionado, um professor que identifica uma maneira mais fácil de seus alunos compreenderem o tema, um piloto de avião que consegue evitar turbulências. Todos estes exemplos são soluções encontradas na mente de uma pessoa específica. Mas umas atividades são empresariais e as outras não.

Até mesmo Tullio Asquini utilizava-se deste argumento para excluir as atividades intelectuais, afirmando que “não é, tampouco, empresário, quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal, seja de caráter material, seja de caráter intelectual” (ASQUINI, 1996, p. 114). Observe, entretanto, que para tal exclusão do caráter empresarial o trabalho deveria ser **exclusivamente** pessoal. Exclusivamente significa pessoal, único, privativo. Assim, apenas o trabalho individual é exclusivamente pessoal. Sendo trabalho individual, não haverá organização e se assemelhará ao trabalho autônomo. Daí a razão de não ser empresarial, novamente não parece ser a intelectualidade, mas a falta dos outros requisitos e características.

A busca pelo profissional específico também não parece justificativa aceitável. Ao escolher entre dois bares perto de casa, provavelmente o cliente irá naquele no qual possui mais ou alguma afinidade com o dono do bar ou com os garçons. Mas não deixará de comer sua comida favorita, servida no restaurante ao lado, por conta disso. No que toca às profissões intelectuais ocorre o mesmo. Assim, dentre dois advogados, o cliente buscará aquele com o qual tem maior afinidade. Mas não titubeará em trocar caso a diferença na cobrança dos honorários seja razoável. Entre dois médicos, observará primeiramente aquele que possui plano de saúde. Se não tiver, provavelmente irá no mais próximo de casa. Em relação à arte, adquirirá determinada escultura ou quadro não por ser amigo do escultor ou do pintor, mas pela fama do mesmo e/ou pelo preço e apreço pela obra.

Mas observe que a busca pela pessoa encontra guarida não no profissional, mas no porte da atividade. Seja ela intelectual ou não, o cliente buscará o atendimento pessoal caso a estrutura seja pequena o suficiente para assim exigir ou de acordo com o nível de proximidade que se tem de alguém. Ao trocar os pneus de um carro, talvez o cliente compre na loja do amigo. Alguns afirmarão que o bem (pneu) é apenas comercializado pelo amigo. Entretanto,

várias são as obras de arte numa galeria que se encontram em igual patamar. No caso das pinturas, é possível comprar a original por determinado valor ou as gravuras, que consistem em réplicas da verdadeira assinada no verso pelo pintor, em determinada quantidade, sendo que, quanto menos réplicas houver, maior será o valor da gravura. Ora, parece que a obra de arte, tal qual o pneu, quase alcançou o nível da fungibilidade. Não há, portanto, diferença real.

Aliás, o exemplo da pintura joga por terra o fundamento de que não é possível o trabalho em escala quando se refere à atividade intelectual. O mesmo se pode afirmar da advocacia. Ora, infelizmente, no mundo do “copiar” e “colar”, cada vez se cria menos e se copia mais. O absurdo chega a ser tão grande que advogados copiam teses de colegas que constam em autos processuais, pois não tiveram a capacidade técnica nem moral de desenvolver por conta própria alguma tese. No caso médico, há exemplos como as cirurgias a laser nos olhos, em que se operam pacientes a cada 10 minutos, num literal processo produtivo. Por outro lado, há produtos de luxo, cuja fabricação limita-se a 10, 20, 50 produtos para o mundo inteiro.

A afirmativa de que a atividade intelectual não é organizada e por isso não se considera empresária é, apesar de uma das mais utilizadas, a de menor razão de ser. Como já mencionado no trabalho, se a atividade não é organizada, não importa se é ou não intelectual, ela simplesmente não é empresária. A organização é requisito básico da conceituação de empresário.

O argumento da valorização profissional também não parece adequado. Não há mais glamour na advocacia, na medicina ou na engenharia como outrora. No mundo capitalista, são mais valorizadas as profissões que dão retorno financeiro, o que varia conforme o tempo, sendo que algumas atividades têm períodos cíclicos muito claros, como a engenharia, cuja remuneração quase sempre se liga ao período econômico do país. Além disso, excluir o direito à recuperação judicial, por exemplo, não parece que tenha valorização, mas punição.

Ética ou estado de espírito do empresário tampouco parece mais ter consonância com a atualidade. Além disso, para que se justificasse a exclusão com base na ética, teria esta que ter uma valorização, sendo melhor ou pior que outra, ou alguma atividade deveria ter mais ética do que outra. Diferenciar e generalizar, ao mesmo tempo, uma profissão com mais ou menos ética certamente encontrará problemas sérios de aplicabilidade.

Nenhuma dessas justificativas parece capaz de realmente fundamentar a exclusão de tais atividades do conceito de empresário. De toda forma, há que se compreender que a legislação atual, justificada ou não, exclui as atividades intelectuais da caracterização de

empresário, salvo quando constituir elemento de empresa. Resta exatamente nesta última expressão o segundo tópico que merece cautela na análise deste capítulo.

Não é possível se referir ao elemento de empresa sem mencionar o Direito italiano. Inspiração do regramento brasileiro sobre empresário, a tratativa daquela legislação se mostrou mais completa e clara do que a tupiniquim, o que, quiçá, teria evitado grande parte das discussões ocorridas no Brasil.

O Código Civil Italiano (ITÁLIA, 1942), ao ser traduzido para o português transmite a sensação de que o legislador brasileiro não só buscou a inspiração italiana, mas aqui transcreveu as regras peninsulares. A tradução livre do artigo 2082 é a seguinte: “Art. 2082. Empreendedor. É empreendedor quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada a fim de produzir ou trocar bens ou serviços”⁷⁹.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 966 também teve inspiração na legislação italiana e foi praticamente copiado. Entretanto um leve deslize, proposital ou não, afetou seu perfeito entendimento e gerou grande parte das discussões existentes quanto à compreensão do termo *elemento de empresa*. A tradução livre do artigo 2238 do Código Civil Italiano consiste no seguinte: “Se o exercício da profissão constitui elemento de uma atividade organizada em forma de empresa, se aplicam também as disposições do Título II”⁸⁰.

O parágrafo único do artigo 966, não custa repetir, tem a seguinte disposição: 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. Este último trecho foi inspirado no artigo 2238 da legislação italiana.

Observe que, enquanto o texto brasileiro possui apenas a expressão *elemento de empresa*, o italiano indica elemento de uma atividade *organizada* em forma de empresa. A expressão *organizada em forma de empresa* poderia ter solucionado grande parte das divergências doutrinárias não fosse outro problema grave na absorção daquele Direito pelo brasileiro.

O Direito pátrio uniu num único artigo regras legais que se encontravam em tópicos completamente distintos. No Direito italiano, o empresário é tratado no Título II – Do

⁷⁹ No original: “Art. 2082. Imprenditore. E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)”. (ITÁLIA, 1942).

⁸⁰ No original: “Art. 2238. Se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa, si applicano anche le disposizioni del Titolo II (2082 e seguenti)”. (ITÁLIA, 1942).

trabalho empresarial⁸¹, enquanto o trabalhador intelectual está presente no Título III – Do trabalho autônomo⁸². Percebe-se, portanto, que o trabalho intelectual na Itália, de fato está excluído da caracterização de empresário. Entretanto, lá, se houver organização do trabalho intelectual em forma de empresa, a atividade intelectual passará a ser considerada empresária. A organização do trabalho poderá alterar a natureza da atividade, que passará a ser empresária. Lá, portanto, o que difere o trabalho intelectual da característica empresária é a organização ou não dos fatores de produção.

Talvez tenha sido exatamente em razão disso, que alguns autores brasileiros utilizaram o mesmo fundamento. Todavia, os que o assim fizeram talvez não avaliaram adequadamente a questão e deixaram passar a organização legal desapercibida.

No Brasil, em razão de as disposições terem sido apostas num único artigo, a *organização* deixou de ser o diferencial, conforme já demonstrado, e a necessidade de se caracterizar a diferenciação passou a ser da expressão solitária e incompleta de *elemento de empresa*. Portanto, a soma dos fatores: (i) inadequação legislativa (inclusão de temas distintos num mesmo artigo) e (ii) omissão legislativa (uma atividade organizada em forma de empresa) parecem ter provocado todo o debate jurídico em torno do tema.

Assim, coube à doutrina esclarecer os equívocos legislativos, e assim o fez e faz com louvor, não obstante sejam várias as conceituações diferentes, conforme se verá.

A Professora Mônica Gusmão explica, de maneira sucinta, que “por elemento de empresa se deve entender o efetivo exercício de atividade econômica organizada que reúne capital, trabalho e tecnologia com fim lucrativo” (GUSMÃO, 2003, p. 8).

Newton de Lucca, por sua vez, assim se expressa: “parece, com efeito, que a distinção entre atividade-meio e atividade-fim possa servir de adinículo para a mais adequada caracterização do que venha a ser considerado elemento de empresa” (DE LUCCA, 2009, p. 44).

Fábio Ulhoa Coelho (2004, p. 16) e Sérgio Campinho (2003, p. 40) entendem que a absorção de outras atividades em decorrência da organização, constituem o elemento de empresa.

O grupo de juristas presentes nas Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V consolidou o entendimento sobre elemento de empresa através do Enunciado 195, da seguinte forma:

⁸¹ No original: “DEL LAVORO NELL'IMPRESA”. (ITÁLIA, 1942).

⁸² No original: “DEL LAVORO AUTONOMO”. (ITÁLIA, 1942).

Art. 966: A expressão ‘elemento de empresa’ demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 40).

Economia e Direito Empresarial são intrinsecamente relacionados, como já mencionado. Empresa é fenômeno econômico⁸³ e, por isso, tem seu fundamento na Economia (COSTA, 2006, p. 292; PIMENTA, 2003, p. 55; ALMEIDA, 1999, p. 211). Assim, não é possível fazer uma análise do conceito de elemento de empresa sem o estudo econômico.

Antes disso, entretanto, verifica-se que, ao se decompor a expressão “elemento de empresa”, têm-se, por óbvio, as palavras *elemento* e *empresa*.

Por elemento deve-se entender, segundo Michaelis, “cada uma das partes integrantes e fundamentais de uma coisa” (ELEMENTO, 2009). Portanto, elemento é uma parte fundamental de um todo. Não havendo fração de partes, não há que se falar em elemento, mas no todo. Para facilitar o entendimento, um apartamento é uma parte de um edifício. Um elemento de um edifício. Mas uma casa já é uma casa e, portanto, não há que se falar em elemento⁸⁴.

Nesse diapasão, José Edwaldo Tavares Borba afirma que “o trabalho intelectual seria um elemento de empresa quando representasse um mero componente, às vezes até o mais importante, do produto ou serviço fornecido pela empresa, mas não esse produto ou serviço em si mesmo” (BORBA, 2008, p. 19). Ora, na situação em que o trabalho intelectual correspondesse a um mero componente, não se teria a aplicação do elemento de empresa. Não se consubstanciaria no objeto social e, portanto, não seria um elemento. A atividade não empresária seria o objeto, contando com a atividade intelectual para alcançá-la.

Assim, só há que se falar em elemento, no caso do parágrafo único do artigo 966, se houver mais de uma atividade desenvolvida. Deve-se observar, portanto, se a atividade será uma só (simples) ou múltipla (complexa), adotando-se, para isso, os ensinamentos de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2014, p. 136).

Aqui, é necessário se trazer novamente o entendimento sobre o significado de empresa já estudado neste trabalho: exercício, pelo empresário, da atividade econômica organizada por meio de estabelecimento. Pois bem, uma vez que o fim do empresário é o

⁸³ O americano Ronald Harry Coase explica, em tradução livre, que: “a aceitação pelos economistas de uma visão da natureza humana tão carente de conteúdo é de uma parte com o seu tratamento de instituições que são fundamentais para o seu trabalho. Estas instituições são a empresa eo mercado, que juntos formam a estrutura institucional do sistema econômico” (COASE, 1988, p. 5).

⁸⁴ Não se pretende discutir o conteúdo de uma casa, depois de um quarto e assim por diante. Pois, se assim for, tudo será dividido em partes até se alcançar a menor partícula conhecida pela ciência.

lucro, organiza ele os meios de produção, através do estabelecimento, para que seu objeto social seja realizado, de forma a alcançar o lucro. De outra forma, pode-se compreender objeto social como a atividade desenvolvida pelo empresário para se alcançar o objetivo final que é o lucro.

Ora, o objeto social, ou fim social⁸⁵, consiste na atividade⁸⁶ exercida pelo empresário. Exemplificando-se, o objeto social (i) de uma construtora geralmente será a comercialização dos apartamentos que constrói; (ii) de um escritório de advocacia geralmente será a prestação de serviços de consultoria ou contencioso jurídico; (iii) de uma indústria farmacêutica será a comercialização dos remédios que desenvolve; (iv) de uma concessionária de veículos será a comercialização de veículos e a prestação de serviços de oficina; (v) de uma imobiliária a intermediação na compra e venda e locações de bens imóveis; e assim por diante.

O objeto social resume-se na atividade escolhida pelo empresário para gerar faturamento, receita⁸⁷. Tal receita permitirá o pagamento das despesas empreendidas nos fatores de produção, o investimento na melhoria da eficiência e, obviamente, o lucro. Ademais, o empresário organiza os meios de produção necessários ao desenvolvimento da atividade referente a seu objeto social. Não há, em condições normais, a menor razão para uma construtora contratar um astronauta, ou hospital adquirir uma britadeira, ou um laboratório adquirir um *software* de gestão hídrica.

Quando a atividade desenvolvida for única, ou simples, não haverá que se falar em elemento, pois não haverá mais que uma parte do todo, sendo, portanto, inaplicável o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. É o caso, por exemplo, da comercialização de veículos, da construção de apartamentos, da consultoria especializada, da prestação de serviços educacionais.

Por outro lado, se o objeto social for constituído por várias atividades diversas, for complexo, aí sim poderá haver a aplicação do parágrafo único do artigo 966. É o caso, por exemplo, da comercialização e aluguel de veículos; de construção e incorporação imobiliária; de consultoria médica e nutricional.

⁸⁵ Para Tullio Ascarelli, o fim social é o elemento que une os sócios em prol do desenvolvimento do negócio, afirmando que: “nos contratos plurilaterais, ao contrário, o escopo em sua precisa configuração em cada caso concreto (por exemplo, constituição de uma sociedade para a compra e venda de livros), é juridicamente relevante. Constitui o elemento “comum”, “unificador” das várias adesões, e concorre para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes” (ASCARELLI, 1969, p. 272).

⁸⁶ Atividade aqui mencionada não se está comparando com aquela para fins de conceituação da empresa.

⁸⁷ Não se pretende neste trabalho discutir conceitos de faturamento ou de receita, devendo, para fins do presente, ser tais palavras entendidas como a entrada de capital para o empresário.

Dessa forma, quando o objeto for simples e exclusivamente intelectual, a atividade será não empresarial. Sendo o objeto complexo e exclusivamente intelectual, a atividade também será não empresarial. Sendo o objeto complexo e misto, contendo atividades intelectuais e não intelectuais, a atividade poderá ou não ser empresária. E, obviamente, sendo o caso de atividades complexas e não intelectuais, haverá atividade empresária.

Assim, restará dúvida apenas nos casos de atividades complexas e que sejam, simultaneamente, intelectuais e não intelectuais.

Nesta hipótese, torna-se importante buscar o aspecto econômico para se alcançar um melhor esclarecimento. Portanto, faz-se a seguinte proposta: quando houver duas ou mais atividades, sendo alguma(s) dela(s) intelectual(is) e outra(s) não, deverá se avaliar qual a origem da fonte de renda que mais se destaca na organização. Caso a atividade que represente maior importância econômica seja a intelectual, não haverá o aspecto empresarial. Por outro lado, caso o objeto que represente a maior fonte de renda não seja a atividade intelectual, configurar-se-á o parágrafo único do artigo 966 e, portanto, haverá atividade empresarial.

Para melhor clarear a proposta, vários casos podem ser citados: um circo itinerante, um circo de renome internacional, um hospital, uma clínica médica, um escritório de advocacia, uma indústria farmacêutica, um escritório de contabilidade, uma construtora etc.

Um circo itinerante⁸⁸ tem na bilheteria sua maior fonte de renda e, portanto, atividade artística. Grande parte da renda de um circo internacional, por sua vez, decorre da venda de direitos de imagem, DVDs, parcerias empresariais, dentre outras⁸⁹. Assim, a multiplicidade das atividades componentes do objeto social e a importância das mesmas fazem com o que a atividade artística seja apenas um dos elementos de empresa, aplicando-se, pois, a exceção contida no final do parágrafo único do artigo 966, tornando a atividade empresária.

Um hospital tem renda advinda dos tratamentos de saúde, mas também de diárias e taxas, comercialização de materiais, além de alimentos, estacionamento, dentre outros⁹⁰. Várias são as atividades e várias as fontes de receitas, sendo que as não intelectuais representam maior importância financeira que as intelectuais. Assim, tal qual exemplo do

⁸⁸ No Brasil, segundo a Revista Educação, estimam-se mais de 500 circos itinerantes (FERNANDES, 2011).

⁸⁹ O Cirque du Soleil, por exemplo, além das atividades artísticas, organiza alguns dos maiores eventos do mundo, tornando-se, também uma produtora. Além disso, aluga e vende produtos variados em suas lojas físicas que acompanham os espetáculos e pela internet, e desenvolve conteúdos de mídia para televisão, filmes e produtores de jogos, tendo faturamento anual estimado em US\$900 milhões de dólares (CIRQUE DE SOLEIL, 2016; OPINIÃO&NOTÍCIA, 2014).

⁹⁰ Segundo matéria publicada na Revista Época, há mais de 4.000 hospitais no país, tendo mais da metade deles fins lucrativos, decorrendo dos materiais sua principal fonte de renda. Segundo a revista, a proporção das fontes de receita dos hospitais consiste na seguinte: 47,9% materiais, 25,1% diárias e taxas, 16,4% exames e terapias e 10,6% outras fontes diversas (SEGATTO, 2014).

circo internacional acima citado, há atividade empresária. Para uma clínica médica, em que não há venda de materiais, nem diárias, a maior parte das receitas consiste nos exames e nas terapias, detendo a atividade intelectual maior importância, sujeitando-se, portanto, ao parágrafo único do artigo 966.

Em um escritório de advocacia e em um de contabilidade, o objeto geralmente se mostra simples⁹¹ e, portanto, não empresarial.

Quanto aos últimos exemplos (indústria farmacêutica e construtora), que costumeiramente são citados em livros do tema, deve-se fazer um destaque.

A indústria farmacêutica depende de seus cientistas internos, que atuam de forma eminentemente organizada para o desenvolvimento de novas fórmulas. Por mais que eles possam ter interesse em receber premiações ou salvar a humanidade, seu trabalho tem o fim inequívoco de lucro. Trata-se, pois, de um trabalho intelectual que poderia levar à crença de se aplicar o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. Ocorre que as indústrias farmacêuticas não vendem ao público geral a fórmula do remédio, mas o produto final. Assim, nenhum faturamento advém diretamente da fórmula elaborada; única e exclusivamente da produção e comercialização do remédio propriamente dito. Não há, portanto, que se falar em elemento de empresa no caso de uma indústria farmacêutica, porque o trabalho intelectual está inserido em uma das etapas do processo produtivo de seu objeto final e, por tal motivo, será sempre uma atividade empresária. Mesmo raciocínio se aplica à construtora, quando há arquiteto interno para elaborar os projetos a serem executados. Não se vende o projeto, produto exclusivo da intelectualidade, mas o apartamento final, resultado do trabalho intelectual acrescido do braçal, do marketing e da equipe de vendas.

Assim, pode-se afirmar que, quando houver trabalho intelectual incorporado ao processo produtivo, mas quando o objeto final não for decorrente exclusivamente do trabalho intelectual, este estará embutido no todo, não sendo considerado um dos elementos da empresa. Simplesmente será uma parte do processo produtivo.

Uma coisa é a venda da fórmula desenvolvida pelos cientistas; outra é a venda dos remédios. Uma coisa é a venda dos projetos elaborados pelos arquitetos; outra é a venda dos apartamentos construídos. Nas primeiras hipóteses, o trabalho intelectual gera a renda da atividade, enquanto nos casos subsequentes a venda de produtos (cujos trabalhos intelectuais apenas fizeram parte do processo produtivo) gera a renda da atividade.

⁹¹ No caso do escritório de advocacia, o artigo 16 da Lei n.º 8.906, de 1994, impede o exercício conjunto a outra atividade e, sobretudo, que apresente forma ou característica mercantil (BRASIL, 1994).

Verifica-se, portanto, o elemento de empresa como sendo uma das atividades desenvolvidas pelo empresário.

7 ESTABELECIMENTO

O artigo 1.142 do Código Civil conceitua estabelecimento como sendo todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. Já foi verificado neste trabalho que o trinômio empresa, empresário e estabelecimento é indissociável. Um não vive sem o outro. Também já foi analisado no presente estudo o conceito de empresa e de empresário (individual ou sociedade, que será tratado a seguir), faltando, entretanto, compreender o que a legislação determina por complexo de bens organizado para o exercício da empresa, para assim, se obter o entendimento sobre estabelecimento.

A compreensão do que é estabelecimento dará suporte à investigação do problema: as atividades intelectuais, assim como as que não são consideradas intelectuais, possuem estabelecimento? Caso positivo, mais uma razão para que não se diferencie uma situação da outra.

Antes de 2002, estabelecimento era conhecido por fundo de comércio, lembrando-se, entretanto, dos ensinamentos de Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Para a maioria dos doutrinadores nacionais, notadamente os mais antigos, as palavras “estabelecimento comercial” e “fundo de comércio” são sinônimas. No entanto, fundo de comércio hodiernamente tem sido empregado com mais frequência para exprimir o “goodwill”, isto é, o aviamento do estabelecimento, que consiste na sua aptidão para produzir bons resultados futuros e que leva em conta diversos fatores e qualidades que o estabelecimento pode apresentar, tornando-o mais valioso do que a simples somatória do valor do conjunto dos bens que o compõem. (GONÇALVES NETO, 2014, p. 614).

Não obstante tal menção, livros anteriores ao Código Civil já mencionavam uma valoração superior do fundo de comércio em relação aos bens individualmente identificados, o que faz com que a diferença mencionada por Gonçalves Neto, apesar de interessante, não seja imprescindível para o desenvolvimento do presente trabalho, razão pela qual se verificará, nas páginas seguintes, fundo de comércio como sinônimo de estabelecimento.

Como uma constante na ciência jurídica, a compreensão da natureza de um instituto jurídico sempre ganha elevada importância. No que toca à natureza jurídica do estabelecimento, é importante perceber que veio ela tomando diferentes concepções ao longo da história.

Anteriormente, ainda sob a denominação, no Brasil, de fundo de comércio, para a teoria da personalidade jurídica do estabelecimento ele era considerado sujeito de direito, cuja

personalidade seria distinta e autônoma da do seu titular. Com o Código Civil atual, tal teoria, que já não tinha força antes, perdeu por completo sua validade. É que o artigo 44 do novo diploma define de maneira precisa quem são as pessoas jurídicas no Brasil. Nesse aspecto, vale lembrar Alfredo Rocco quando menciona que a natureza da personalidade jurídica se liga completamente ao reconhecimento do Estado quanto a esta condição e quanto aos limites desse reconhecimento⁹². Ou seja, não há personalidade jurídica se o Estado assim não reconhece.

A teoria do estabelecimento como patrimônio autônomo, separado do de seu titular, também não encontra mais força nas terras tupiniquins. Para essa teoria, estabelecimento teria natureza de sujeito e, ao mesmo tempo, de objeto de direito. Sujeito de direito, já se viu, é inadmissível na atual conjectura legislativa.

Outra teoria é aquela que entende o estabelecimento como um negócio jurídico, sendo que todos aqueles que mantêm relação com o estabelecimento seriam sujeitos de direito a ele ligados.

Atualmente, a teoria que considera o estabelecimento como sendo uma universalidade de direito é a mais aceita. Até 2002, era considerada uma universalidade de fato, não obstante ainda existirem autores que acolhem essa conceituação, como Fran Martins, ao afirmar que: “a verdade é que o fundo de comércio é uma universalidade de fato, ou seja, um conjunto de coisas distintas, com individualidade própria, que se transformam num todo pela vontade do comerciante” (MARTINS, 2007, p. 414). Entretanto, com a concepção do artigo 1.142, “consagrado está o entendimento doutrinário dominante, no sentido de que o estabelecimento é uma universalidade de bens que passa a ser uma universalidade de direito” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 115).

Tratando-se *azienda* como sentido de fundo de comércio, Ruy de Souza segue a mesma compreensão, ensinando que:

A *azienda* é universalidade, sem dúvida, qualquer que seja o ângulo que dela se aprecie. Definida, em geral, como um complexo de meios ou instrumentos pessoais e reais, organizados por pessoa física ou jurídica para o exercício de uma atividade econômica (produtora ou de intermediação), a fazenda caracteriza-se pela coesão de bens, coisas corporais e incorporais, com destinação comum, o que dará a ela, inquestionavelmente, a feição de *universitas*. (SOUZA, 1959, p. 233).

⁹² No original: “Dal punto di vista positivo la ricerca há forse maggiore importanza. Ed há maggiore importanza perchè, qualunque siano le idee che si possano professare sopra l’intima natura dele persone giuridiche, questo è certo ad ogni modo: che esse non possono sussistere se non per il riconoscimento da parte dello Stato, ed entro i limiti del riconoscimento medesimo” (ROCCO, 1898, p. 51).

Compreendido como universalidade⁹³, o estabelecimento se apresenta como instrumento do empresário (função instrumental) para que este venha a atingir seu objetivo, permitindo a produção ou circulação de bens (funcional), tendo em vista que é uma estrutura dinâmica (ASCARELLI, 2007, p. 347).

Por estruturação dinâmica compreende-se a variabilidade dos bens que compõem o estabelecimento. Assim, um bem que se mostra imprescindível para a realização do objeto pode se tornar, em outro momento, totalmente inútil, podendo ocorrer sua desincorporação ao estabelecimento, sem que qualquer dos dois (estabelecimento ou bem) perca suas qualidades.

Nesse sentido, ensina o mestre italiano que:

Está composta dos bens diversos (móveis ou imóveis, materiais e imateriais); cada um destes conserva sua individualidade; segue submetida a própria lei de circulação [...]; por isso se deverá recorrer para cada bem às normas que foram dispostas para sua circulação, já se trate de transferência isolada, [...] (ASCARELLI, 2007, p. 346).

Mesma conclusão tem Fábio Ulhoa Coelho, ao lembrar que “o estabelecimento empresarial, como um bem do patrimônio do empresário, não se confunde, assim, com os bens que o compõem” (COELHO, 2004, p. 58).

O estabelecimento agrega bens materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos. É exatamente este complexo organizado de bens que dá destaque ao estabelecimento e lhe atribui valor. Os bens individualmente considerados não formam o estabelecimento.

Fran Martins explica, ainda, que:

Há, ainda, autores que julgam ser o elemento primacial do fundo de comércio a clientela ou freguesia, mas a verdade é que a clientela não é elemento do fundo de comércio, mas sim o direito a uma clientela, direito que se obtém pela maneira especial de atende-la, fazendo com que a mesma dê preferência ao comerciante; não se trata desse modo, da clientela em si, pois essa, na realidade, não pertence ao comerciante, estando a ela ligada apenas pela maneira satisfatória com que foi atendido em suas necessidades. (MARTINS, 2007, p. 413).

O empresário arrisca (risco) seu capital ou seus bens para, por meio do estabelecimento, obter o lucro (objetivo final), que somente ocorre quando há clientes. Assim, não há dúvidas de que a principal razão de ser do estabelecimento consiste na atração destes (MARTINS, 2007, p. 411). Sem clientes, nenhuma estrutura montada terá qualquer tipo de

⁹³ Também nesse sentido, José Edwaldo Tavares Borba: “O estabelecimento é considerado, sob o aspecto jurídico, uma universalidade de fato. Sempre que alguns bens são reunidos, formando um conjunto, tem-se uma universalidade. Se essa conjugação decorre de determinação legal, como é o caso da herança, há uma universalidade de direito, que perdura até a efetivação da partilha. Quando a conjugação decorre da vontade do titular, como acontece com uma biblioteca ou uma boiada, há uma universalidade de fato, a qual pode ser desfeita pela vontade do titular” (BORBA, 2008, p. 61).

serventia, sobretudo porque não haverá circulação de riquezas. Clientes fazem qualquer negócio dar certo ou não, sendo sua fidelização necessária, na maioria das vezes.

Tanto isso é verdade que o ponto de comércio tem tratativa especial nas leis de locação imobiliária. Uma loja terá faturamento baixíssimo se instalada em local inadequado. Por outro lado, uma loja, com a mesma estrutura da indicada anteriormente, poderá faturar bastante se localizada em ponto estratégico. Os clientes não pertencem a ninguém, mesmo que existam contratos entre estes e a loja. Entretanto, o estabelecimento, sem dúvida, tem a capacidade de atrair ou afastar clientela, valorizando ou desvalorizando o negócio.

Compreendendo-se estabelecimento como a universalidade de bens organizados para o exercício da atividade, percebe-se que tal conceito se aplica também às atividades eminentemente intelectuais, sem qualquer ressalva. Assim sendo, aplicando-se o conceito de estabelecimento tanto para as atividades intelectuais quanto para as não intelectuais, não há razão, neste tópico, para se diferenciar umas das outras.

8 SOCIEDADES

O empresário, conforme se discutiu neste trabalho, exerce a empresa, através do estabelecimento. Também já se analisou o conceito do trinômio indissociável empresário, empresa e estabelecimento. Empresário, entretanto, pode ser o individual, pessoa física, ou o coletivo, pessoa jurídica.

As sociedades continuam, ainda hoje, tendo grande utilização prática em razão da limitação da responsabilidade que poderiam e podem atribuir determinados tipos societários. Até 2011, a pessoa física não poderia, de forma individual, exercer a atividade empresarial sem se responsabilizar integralmente pela atividade econômica. Este grave problema provocava uma série de simulações, sem implicação penal ou de irregularidades, nas quais se atribuía a um parente quaisquer percentuais (baixíssimos, na maioria das vezes) de participação societária, apenas para limitar a responsabilidade.

Com o advento da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, que criou a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), a tendência é que o número de simulações se reduza⁹⁴, apesar das dificuldades e restrições que a EIRELI trouxe consigo.

De toda forma, as sociedades limitadas e as sociedades anônimas permanecem como sendo o grande volume de registros das atividades econômicas em todo o Brasil. A sociedade empresária consubstancia-se na figura do empresário coletivo.

Não poderia, portanto, deixar este trabalho de abordar o empresário coletivo ou a sociedade empresária, de maneira a se aprofundar no tema e permitir maior compreensão de seu conteúdo⁹⁵. Obviamente, como a discussão nodal refere-se à exclusão das atividades intelectuais da conceituação de empresário, também se mostra necessária a avaliação das sociedades simples como espécie de sociedade.

8.1 A pessoa e a personalidade jurídica

A pessoa, como sujeito de direito que é, tem capacidade para o exercício de deveres e obrigações. Na verdade, está estritamente ligada à pessoa a ideia de personalidade, que é

⁹⁴ No estado de São Paulo, segundo a JUCESP, o número de EIRELIs registradas representa 4,29% do total de registros naquele órgão (JUCESP. 2015).

⁹⁵ Apenas para fins práticos, não se preocupará este trabalho com a diferenciação entre associação e sociedade, utilizando-se, para tanto, os ensinamentos de Rubens Requião, para quem associação deve ser utilizada para as entidades sem fins econômicos (REQUIÃO, 2003, p. 356).

exatamente a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações” (DINIZ, 2004, p. 4).

A capacidade natural é aquela advinda do nascimento da pessoa física, sujeita a limitações decorrentes de saúde ou de idade. Mas há, também, aquela capacidade atribuída a pessoas que não são as naturais, criadas pelo ser humano para, em parte, a ele se equipararem. Essas pessoas, por ficção jurídica e, por isso mesmo, chamadas de pessoas jurídicas, “são entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e deveres”, nas palavras do Professor César Fiuza (FIUZA, 2004, p. 137), ou são consideradas o “ente moral ao qual o Direito concedeu personalidade para que possa realizar atos válidos e eficazes no mundo” (MACIEL NETO, 2005, p. 113).

Maria Helena Diniz ensina que:

O fato que dá origem à pessoa jurídica de direito privado é a vontade humana, sem necessidade de qualquer ato administrativo de concessão ou autorização, salvo os casos especiais do Código Civil [...] porém a sua personalidade jurídica permanece em estado potencial, adquirindo status jurídico quando preencher as formalidades ou exigências legais. (DINIZ, 2004, p. 70).

Ocorre o “nascimento” da pessoa jurídica quando se procede ao registro, conforme determina o artigo 45 do Código Civil⁹⁶. Referido registro deve ser feito na Junta Comercial quando se tratar de sociedade empresária, ou no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas quando se referir a sociedades que não exerçam atividades empresárias, consoante o artigo 982 do mesmo *códex*. Explica Fran Martins que:

A sociedade adquire personalidade jurídica, quando efetua o arquivamento dos seus atos constitutivos no registro competente. A partir deste momento, a sociedade separa-se dos sócios, passando a constituir uma pessoa capaz de, em seu próprio nome, exercer direitos e assumir deveres. Diversas consequências brotam da personalidade jurídica das sociedades. (MARTINS, 2007, p. 192).

Constituindo-se para o mundo civil, a sociedade passa a ter autonomia própria e diferente da de seus fundadores. Adquire nome próprio, patrimônio autônomo e nacionalidade diversa. Ou seja, tem existência independente da de seus sócios. Robert Charles Clark lembra um detalhe importante além dessa autonomia: a personalidade atribuída à sociedade uma motivação, um propósito específico e diferente da motivação e propósito dos sócios (CLARK, 1986, p. 2). Ora, a sociedade empresária jamais terá filhos, enquanto os sócios se preocupam

⁹⁶ “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.” (BRASIL, 2002).

com a educação, a saúde, o bem-estar dos seus. A sociedade terá como propósito aumentar as vendas ou construir uma unidade nova. Os sócios terão como propósito comprar uma casa nova ou fazer uma viagem. Algumas vezes, os raciocínios dos sócios poderão ser muito próximos da necessidade da sociedade, como aumentar a margem de lucro, por exemplo. Mas sempre haverá propósito distinto, por mais que a figura do fundador se misture com a figura da sociedade.

Waldemar Martins Ferreira explica assim a autonomia societária em relação aos sócios⁹⁷:

O patrimônio social é, pois, da sociedade. Só, e exclusivamente, dela. E ela, inteiramente distinta de seus sócios, investe-se de poder auto-determinativo, como senhora de seus direitos e escrava de suas obrigações. Movimenta-se livremente. Age. Contrata. Adquire. Onera. Aliena. Tem ádito em juízo, como autora, ré, ou interveniente, para litigar até contra seus próprios sócios, de tal modo que sua personalidade da de todos eles se distingue, marcada e inconfundivelmente. Lícito lhe é, ademais, contribuir para constituírem-se outras pessoas jurídicas de direito privado, na qualidade de sócia, quotista ou acionista, como se pessoa natural fosse. Desenvolvendo sua atividade, expandindo-a dentro das probabilidades de seus recursos creditícios e pecuniários, ela cresce, criando e movimentando a riqueza, como fator econômico e social da mais subida relevância. Sendo-lhe os acontecimentos e os fatos adversos, pode incidir em falência, estendendo-se os seus efeitos aos seus sócios solidários, com ela ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais. (FERREIRA, 1951, p. 226).

Percebe-se, portanto, que a pessoa jurídica, tal qual a física, possui capacidade para a prática dos atos da vida civil. Essa capacidade, no caso das pessoas jurídicas, decorre da personalidade, como bem ensina Maria Helena Diniz:

A capacidade da pessoa jurídica decorre da personalidade que a ordem jurídica lhe reconhece por ocasião de seu registro. Pode exercer todos os direitos subjetivos, não se limitando à esfera patrimonial. Consequentemente tem direito à personalidade (como o direito à identificação, à liberdade, à própria existência, à boa reputação); direitos industriais (CF, art. 5º, XXIX); direitos obrigacionais (de contratar, comprar, vender, alugar etc.); e direitos à sucessão, pois pode adquirir bens causa mortis. (DINIZ, 2004, p. 73).

Tal concepção reforça a caracterização do empresário, já mencionada e explicada, de *exercer (profissionalmente a atividade econômica organizada)*. Ora, constituída e detentora

⁹⁷ Em sentido próximo é tratado por Henry Hansmann e Reinier Kraakman: “L’elemento fondamentale della personalità giuridica (almeno come qui usiamo il termine) consiste nell’autonomia patrimoniale, ossia nella capacità della società di avere un próprio patrimonio distinto dai beni di proprietà di altri soggetti, quali ad esempio coloro che investono in essa, beni che la società non solo può usare o vendere liberamente, ma anche – ciò che è molto più importante – vincolare stabilmente a garanzia dei propri debiti. Altrove abbiamo definito questo vincolo patrimoniale, realizzato tramite la personalità giuridica, come affirmative asset partitioning per enfatizzare il fatto che tale vincolo implica la protezione del patrimonio della società dai creditori dei manager e degli stessi soci” (HANSMANN; KRAAKMAN., 2006, p. 8).

de personalidade jurídica, a sociedade empresária exerce a atividade, e não seus sócios, como já mencionado. Ressalva-se, contudo, as atividades rurais, que, conforme determinado no artigo 984 do Código Civil, passam a ser empresárias apenas quando registradas como tais.

Mesmo nas sociedades não empresárias, são as próprias sociedades que exercem as atividades e não seus sócios. Um escritório de arquitetura, portanto, constituído por cinco sócios e dez empregados, exerce, como sociedade e em nome próprio, a atividade de arquitetura e não seus sócios. Por mais que um ou outro profissional proceda à anotação de responsabilidade técnica, por determinação dos Conselhos Regionais de Arquitetura, é a sociedade com personalidade jurídica que exerce a atividade, obrigando-se à entrega do projeto e fazendo jus à percepção das receitas advindas de sua “venda”.

Importante lembrar que, diferentemente de outros elementos do Direito Empresarial de difícil conceituação, a sociedade possui farto trabalho doutrinário, alterando-se seu entendimento de forma branda, quase sempre apenas na utilização das palavras.

Bem, no que toca ao conceito jurídico, conforme pode ser encontrado em trabalhos de Waldemar Martins Ferreira, a sociedade “é o ajuste por via do qual duas ou mais pessoas põem em comum, permanentemente, seus conhecimentos ou atividades para fim outro que não o da partilha de lucros” (FERREIRA, 1951, p. 211) e de Fran Martins:

Denomina-se sociedade empresária a organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um fim lucrativo. A sociedade pode advir de contrato ou de ato correspondente; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram. (MARTINS, 2007, p. 169).

Brilhante é o conceito, denominado de provisório, apresentado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Penso que, em sentido amplo e com cunho provisório, pode-se dizer que sociedade é um negócio jurídico destinado a constituir um sujeito de direito, distinto daquele ou daqueles que o produziram, com patrimônio e vontade próprios, para atuar na ordem jurídica como novo ente, como um organismo, criado para a realização de uma finalidade econômica específica – ou, mais precisamente, para a prática de atos da vida civil, necessários a preencher os fins econômicos que justificaram sua celebração. (GONÇALVES NETO, 2002, p. 8).

Geralmente, a constituição da sociedade ocorre em dois momentos distintos (apenas para fins teóricos, pois, do ponto de vista real, apenas na oportunidade em que os sócios decidiram pela constituição), sendo o primeiro quando os sócios decidem constituí-la. Há o nascimento da sociedade para seus sócios. E, no segundo momento, quando os sócios levam o

ato constitutivo a registro. Nesta ocasião, há o “nascimento” da sociedade para o mundo jurídico regular, através da nova pessoa jurídica que dali surge. Este tema foi objeto de estudo neste mesmo trabalho quando se falou do registro. Ao não se providenciar o registro, não se deixa de ter uma sociedade. Provavelmente será ela irregular, salvo se a opção for o tipo societário que não permite o registro, como é o caso das sociedades em conta de participação. Assim, a afirmação de que “a sociedade é uma entidade dotada de personalidade jurídica” (BORBA, 2008, p. 27) não parece adequada se analisada isoladamente. Ora, tanto as sociedades em comum, quanto as em conta de participação já citadas não possuem personalidade jurídica, não obstante sejam tipicamente empresárias.

Reforçando esta tese, o autor italiano Tullio Ascarelli explica que:

Essa doutrina, por sua vez, sobrestima, a meu ver, o valor da constituição da pessoa jurídica, o que resulta do fato de ser, ela, constringida a demarcar uma profunda linha de distinção entre as sociedades que são e as que não são pessoas jurídicas. A observação demonstra, porém, que tal distinção, embora muito relevante, não pode assumir esse valor. (ASCARELLI, 1969, p. 261).

Verifica-se, portanto, que a personalidade jurídica não é requisito de existência de uma sociedade.

Continuando os estudos, vale também a explicação dos juristas Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, os quais entendem que o Código Civil traz o conceito de sociedade, sendo que celebram o contrato de sociedade pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981) (LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009).

Em 2002, o Brasil adotou em definitivo, com referido conteúdo legal, a natureza da sociedade como contratual, não obstante tal assunto já tenha sido, anteriormente, tema de calorosos debates, valendo aqui transcrever texto do brilhante Tullio Ascarelli:

Os estudiosos orientaram-se especialmente em duas direções: por um lado, houve teorias modernas que negaram ser, a constituição de uma sociedade (civil e, mais ainda, comercial), um contrato, vendo nela, ao contrário, um ato complexo; por outro lado, a doutrina tradicional continuou a ver, na constituição de uma sociedade, um contrato. Em face da primeira dessas duas correntes, era difícil explicar a aplicação de numerosas normas dos contratos à constituição da sociedade; em face da segunda, ao contrário, difícil era explicar a exclusão, no contrato de sociedade, de algumas normas dos contratos, ou o conflito de algumas destas com óbvias exigências práticas. (ASCARELLI, 1969, p. 256-257).

Vale acrescentar as palavras de Sérgio Botrel, que assim se posiciona quanto ao tema:

Compreendida a natureza contratual da constituição das sociedades é importante atentar para o fato de que assim como ocorre com os demais contratos, não se deve analisar o ato constitutivo de forma isolada, hermética e descontextualizada. É preciso reconhecer que substância, forma e prova do contrato de sociedade não se confundem. A rigor, a substância (o conteúdo) do contrato pode não ser devidamente traduzida por sua forma (o modo como o negócio jurídico se apresenta perante terceiros; isto é, é a sua figura exterior, como dizia Emílio Betti) e muito menos atestada por sua prova.

Desse modo, poderá o contrato de sociedade ser mais ou menos abrangente do que o instrumento de constituição da sociedade – podendo, porém, como ele coincidir em seus exatos termos -, que dá forma ao contrato societário e faz prova (dentre outros meios em direito admitidos) de sua existência, de seus termos e de sua extensão. (BOTREL., 2015, p. 334).

De toda forma, o *códex* nacional enterrou sob pó de cal a questão, estabelecendo a constituição societária por meio de um contrato. E, assim sendo, o Professor César Fiúza ensina que o contrato “é todo acordo de vontades entre pessoas de Direito Privado que, em função de suas necessidades, criam, resguardam, transferem, conservam, modificam ou extinguem direitos e deveres de caráter patrimonial, no dinamismo de uma relação jurídica” (FIUZA, 2004, p. 360).

São, pois, consensuais os contratos de sociedade, uma vez que se “formam exclusivamente pelo acordo de vontades (solo consenso). É claro que todo contrato pressupõe o consentimento. Mas alguns existem para cuja celebração a lei nada mais exige que esse consentimento” (PEREIRA, 2000, p. 35). Ora, se a liberdade de contratar é princípio informador do direito contratual e se a sociedade é negócio jurídico de natureza contratual (LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, p. 53), o consentimento mostra-se como livre expressão da vontade, sendo requisito obrigatório para a formação de uma sociedade (FIUZA, 2004, p. 367).

Ciente de que a sociedade é um contrato, não se deve classificar o contrato social como unilateral ou bilateral. Por unilateral deve-se entender *o contrato que cria obrigações para um só dos contratantes; bilateral aquele que as origina para ambos*. No contrato social, não há obrigação para apenas um dos sócios, como no unilateral⁹⁸, em que há apenas um credor e um devedor. Por outro lado, no contrato “bilateral, cada uma das partes é credora e

⁹⁸ Sérgio Botrel recorda que “[...] o direito brasileiro reconhece a constituição de sociedade também por meio de um negócio jurídico unilateral. É o que ocorre com a subsidiária integral, sociedade anônima que possui como único acionista sociedade brasileira” (BOTREL, 2015, p. 333);

reciprocamente devedora da outra” (PEREIRA, 2000, p. 35). Não há, entretanto, interesses opostos no contrato social, como há num contrato bilateral típico como uma compra e venda.

Na verdade, o contrato de uma sociedade diferencia-se dos demais contratos em três aspectos principais: (i) a pluralidade de partes; (ii) a conjunção dos interesses; e (iii) a desnecessidade, via de regra, da unanimidade.

A pluralidade de partes decorre do fato de que pode compor o quadro societário de uma sociedade um número ilimitado de pessoas, de uma a centenas ou milhares. Uma, nas situações transitórias⁹⁹ ou legalmente estabelecidas¹⁰⁰. E uma imensidade naquelas sociedades de capital aberto, com ações negociadas na bolsa de valores. Nos contratos bilaterais, mesmo nos casos de multiplicidade de contraentes e/ou de contratantes, haverá possibilidade de divisão em dois grupos ou duas partes. Segundo Tullio Ascarelli, “Na sociedade, ao contrário, há a possibilidade de uma verdadeira pluralidade de partes: os cinco, dez ou cem sócios, que podem concorrer na constituição de uma sociedade, representam cinco, dez, cem partes” (ASCARELLI, 1969, p. 267).

A variabilidade do número de sócios e a indivisibilidade em grupos é o que caracteriza a pluralidade. Observe-se, ainda, a existência de contratos bilaterais com várias pessoas, como é o caso de múltiplos compradores ou vendedores de um imóvel, por exemplo. O civilista Caio Mário da Silva Pereira bem explica isso, sendo estas suas palavras:

Cabe indicar, ainda, a figura dos contratos plurilaterais, que são aqueles em que entram mais de duas partes, resultando todas obrigadas. Não se confundem com aqueles em que há simplesmente pluralidade de pessoas, já que, para nós, parte do negócio jurídico tem sentido direcional. A pluralidade das partes, como centros autônomos, ocorre nos casos (como na constituição de uma sociedade) em que vários contratantes emitem suas vontades, cada uma representando seus próprios interesses. O contrato plurilateral produz efeitos que se podem diversificar em relação a cada parte, podendo ser gratuito para uma, oneroso para outra etc. (PEREIRA, 2000, p. 39).

A conjunção de interesses também é fator marcante da sociedade. As partes não possuem interesses, direitos e obrigações opostas, como comumente ocorre. “Cada parte, pois, tem obrigações, não para com “uma” outra, mas para com “todas” as outras; adquire direitos, não para com “uma” outra, mas para com todas as outras” (ASCARELLI, 1969, p. 268).

Ao se observar um contrato bilateral, não se verão interesses direcionados para o mesmo fim. Enquanto um quer comprar, o outro quer vender. Enquanto um quer trabalhar, o

⁹⁹ Nas hipóteses que a lei permite, temporariamente, a existência de apenas um sócio.

¹⁰⁰ Como é o caso da subsidiária integral permitida pela Lei nº 6.404/76 (BRASIL, 1976). Aqui não se fala nas empresas individuais de responsabilidade limitada por não serem, elas, sociedades.

outro quer o serviço feito, pagando por isso. Enquanto um quer viajar, o outro quer dirigir. Os interesses são diametralmente opostos.

Na sociedade, os sócios querem realizar o objeto social, através do estabelecimento, para atingir o lucro e dividir o resultado, entre si, na medida de sua colaboração quantitativa. O interesse imediato quando da constituição da sociedade é o retorno financeiro. Vale lembrar que tanto numa sociedade simples, quanto numa sociedade empresária o objetivo final é o mesmo. Gladston Mamede fala indiretamente sobre este tema da seguinte forma:

É próprio do contrato de sociedade o seu fim econômico, seu objetivo de produzir vantagens que, partilhadas entre os contratantes, serão por eles apropriadas; é distinto, portanto, da associação, pois nessa se visa à produção de riqueza partilhável e apropriável. Essa finalidade – ou objetivo genérico – da contratação pode concretizar-se com qualquer objeto específico, desde que lícito e moral. Há contrato de sociedade quando dois, três ou mais músicos ajustam apresentações conjuntas em casamentos, ou quando dois amigos ajustam vender refrigerantes nas proximidades do Maracanã nas partidas Campeonato de Futebol do Rio de Janeiro; também quando alguns colegas ajustam que organizarão uma festa e repartirão entre si o saldo positivo do evento. Nos exemplos, têm-se contratos de sociedade com objetos distintos, mas todos com a mesma finalidade de produção de uma vantagem econômica que será partilhada e apropriada entre os contratantes. Note-se, ademais, que a contratação pode referir-se a um único evento, como a festa organizada pelos contratantes; a alguns eventos, como as vendas de cada jogo até o final do campeonato; ou mesmo, eventos indefinidos, sem definição prévia, como as apresentações em casamento, enquanto o grupo mantiver sociedade. (MAMEDE, 2007, p. 23).

Os exemplos trazidos à tona pelo professor mineiro refletem sociedades de caráter empresarial e de caráter não empresarial, como a sociedade de músicos. As características da sociedade são exatamente idênticas, seja qual for a natureza dos serviços prestados ou bens vendidos. A natureza empresarial ou não é que pode se transmutar de acordo com o objeto.

A principal dessas características consiste exatamente na convergência dos interesses dos contratantes de uma sociedade, não obstante possa haver, entre os sócios, interesses divergentes.

Por fim, vale lembrar que um contrato somente pode ser alterado se todas as partes assim desejarem. Num contrato de sociedade tal premissa não vale. O mestre italiano Tullio Ascarelli, ao discorrer sobre o contrato de sociedade, menciona que:

Nessa hipótese, vigora, às vezes, a regra da maioria, justamente porque se trata de determinar, através do concurso de mais manifestações de vontade, qual é a vontade da “parte”. É a hipótese do ato colegial, obviamente distinta daquela do contrato. Para verificar esta diferença basta, aliás, observar poder um ato colegial constituir uma manifestação de vontade que, por seu turno, concorrendo com a declaração de vontade da parte contrária, integra um contrato. (ASCARELLI, 1969, p. 259-260).

As três características mencionadas por Ascarelli diferenciam o contrato de uma sociedade de um contrato unilateral ou bilateral. Por tal razão, o autor entendeu por bem desenvolver a tese de que o contrato de uma sociedade seria plurilateral. Repetindo as palavras do professor italiano:

A pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum.

Com efeito, a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior. (ASCARELLI, 1969, p. 273).

Com efeito, tal teoria prevalece no Direito brasileiro atualmente, para não falar do Direito italiano e de outros também. Dessa forma, aceitando-se que a sociedade se forma através de um contrato plurilateral, deve-se partir para a verificação das espécies de sociedade constantes do Código Civil brasileiro.

8.2 Sociedades simples e sociedades empresárias

Estudando-se o texto legal, percebe-se que a sociedade pode ser dividida em espécies¹⁰¹ ou tipos¹⁰², além de poder ser classificada de várias maneiras, dentre as quais personificada ou não, regular ou irregular, de pessoas ou de capital, entre outras.

As classificações das sociedades não importam para o presente trabalho, tampouco os tipos societários, ressalvadas as sociedades anônimas, que por força de lei sempre terão natureza empresária, independentemente de seu objeto. Este será, inclusive, um ponto de discussão.

Tipo societário consiste na formatação jurídica escolhida pelos sócios para regular a relação entre si e com o mercado. É opção dos sócios, dentre as possibilidades legais.

¹⁰¹ Art. 982 do Código Civil (BRASIL, 2002).

¹⁰² Arts. 997 a 1090 do Código Civil (BRASIL, 2002), não se tendo o intuito neste trabalho de estudar as cooperativas.

Também é opção dos sócios a escolha do objeto social, mas, uma vez escolhido, determinará, em princípio, se a atividade será simples ou empresária¹⁰³.

O artigo 982 tem o seguinte teor: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”¹⁰⁴. Vale lembrar que “os fins de qualquer sociedade, seja ela de direito civil ou de direito comercial, devem ser lícitos, possíveis e honestos, sendo considerados ilícitos sempre que ferirem a ordem pública e os bons costumes” (MACEDO, 1959, p. 40). Mas é exatamente em razão do disposto no artigo 982 que Ricardo Negrão assim se posiciona:

Em relação à atividade desenvolvida, as sociedades se classificam em: (1) empresárias, as que exercem atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços; e (2) simples, todas as demais, isto é, as que, embora pratiquem atividade econômica, não desenvolvem o objeto próprio das empresárias (art. 982). (NEGRÃO, 2003, p. 237).

Tal conteúdo deixa claro o fato de que é o objeto que diferencia a sociedade empresária da simples. A empresária terá o mesmo objeto da atividade típica do empresário, e todas as demais serão simples.

A antiga divisão entre as sociedades civis e as sociedades comerciais foi substituída pela atual divisão entre as sociedades empresárias e sociedades simples. Não é a mesma coisa de outrora, nem no conceito nem na abrangência. Mas eventuais dúvidas quanto à subsunção de uma atividade a determinada classe de sociedades permanecem. Nesse sentido, Waldemar Martins Ferreira já dizia que:

Se, por sua essência, nos termos legais, não se distancia a sociedade civil da comercial, confundem-se, por apresentarem-se as duas, muitas vezes, no mundo jurídico, com as mesmas vestes. De onde se infere somente poder-se encontrar no objeto, ou na natureza de suas operações, o critério distintivo: comercial é a que tem por objeto o exercício profissional de atos de comércio. (FERREIRA, 1951, p. 213).

Parece não haver dúvida, dentre os doutrinadores, quanto ao que diferenciava as sociedades civis das comerciais, bem como o que diferencia as atividades simples das

¹⁰³ Obviamente, os sócios podem optar por um tipo societário que lhe determinará a espécie, como o caso das sociedades anônimas, que sempre serão sociedades empresárias, independentemente do objeto. Entretanto, esta é uma exceção à regra.

¹⁰⁴ “Com a nova disciplina legal, as sociedades passaram a dividir-se em dois tipos principais: as sociedades empresárias (limitadas às formas legais, sem deixar espaço à criação de outros tipos pela autonomia privada a não ser os estabelecidos nos arts. 1039 a 1092) e, como denominador comum e supletivo, as sociedades simples (arts. 997 a 1038), inovação que o Código Civil de 2002 trouxe para o nosso direito.” (ZUCCHI, 2004, p. 52).

empresárias. Basta abrir variada gama de livros para se verificar tal pacificação doutrinária. Apenas alguns precisam ser citados¹⁰⁵, destacando-se Sérgio Campinho, que assim se posiciona:

Em função do seu objeto ou da forma societária adotada, as sociedades podem ser de duas espécies: empresária ou simples.

A sociedade empresária é aquela que tem por objeto a exploração habitual de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sempre com o escopo de lucro. Explora, pois, de forma profissional a empresa, resultado da ordenação do trabalho, capital e, porque não, tecnologia.

A sociedades simples, ao revés do que afoitamente se possa pensar, também executa atividade econômica e seus integrantes partilham, entre si, os resultados que venham a ser auferidos. Se assim não o fosse, não seria sociedade. A exploração de atividade econômica e a partilha dos lucros são próprias do conceito sociedade.

A sociedade simples, segundo o perfil legislativo que lhe foi destinado, empreende atividades econômicas específicas. O ordenamento jurídico positivo é quem lhe reserva o objeto. (CAMPINHO, 2003, p. 36).

E a professora gaúcha Marcia Mallmann Lippert, cujo ensinamento é o seguinte:

A caracterização de uma sociedade como simples se dá por exclusão. Parece, no entanto, que a questão ainda deverá ser discutida, pois, para saber se uma sociedade pode ser caracterizada como empresária, de acordo com o novo Código Civil, ela deve exercer suas atividades na forma prevista na lei que define o empresário e, ainda, possuir um estabelecimento. Ser empresário, de acordo com a definição do novo Código Civil, é exercer profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, pelo estabelecimento. Portanto, será simples a sociedade cuja atividade não é profissional, não é organizada e não visa à produção e circulação de bens ou de serviços?! Se, por outro lado, analisarmos o comentário de Miguel Reale citado como nota ao art. 982, percebemos que, para diferenciar os dois tipos de sociedades, devemos concentrar-nos no “ objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício”. (LIPPERT, 2003, p. 144).

Destoam dessa linha Gladston Mamede¹⁰⁶ e Fábio Ulhoa Coelho, sendo que para este último a diferença entre as sociedades simples e empresárias não se encontra no lucro. Por

¹⁰⁵ “Assim, para saber se dada sociedade é simples ou empresária, basta considerar a natureza das operações habituais; se estas tiverem por objeto o exercício de atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços próprias de empresário, sujeito a registro (CC, arts. 982 e 967), a sociedade será empresária; caso contrário, simples, mesmo que adote quaisquer das formas empresariais, como permite o art. 983 do Código Civil, exceto se for anônima, que, por força de lei, será sempre empresária.” (DINIZ, 2004, p. 55).

¹⁰⁶ Também Gladston Mamede, com os seguintes dizeres: “As sociedades, pessoas jurídicas constituídas com finalidade econômica, dividem-se em sociedades simples e sociedades empresárias. Em ambos os casos, tais sociedades têm a atividade negocial como fim genérico de sua existência; a diferença está na estrutura de funcionamento. São consideradas sociedades empresárias aquelas que exerçam profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, nos moldes estudados no Capítulo 1. Já as sociedades simples são aquelas nas quais não se verifica tal organização de bens materiais e

razões óbvias, as sociedades simples também têm intuito lucrativo. Aliás, se assim não fosse, não seria sociedade, mas associação, como já visto. Para Coelho, a diferença entre ambos será a maneira como objeto será explorado. Se inexistir a empresariedade, compreendida por ele como a organização profissional dos meios de produção, a sociedade será simples.

Não é possível concordar com a tese de que o que diferencia a sociedade simples da empresária consiste na organização ou na forma como a atividade é exercida. E as explicações para tal divergência são variadas. É necessário lembrar que, quando a legislação remete as atividades das sociedades empresárias às atividades do empresário sujeito a registro, todas as características do empresário e suas respectivas exclusões devem ser, novamente, avaliadas.

É desnecessário reavaliá-las uma a uma, como já feito nos capítulos anteriores. Mas quanto à organização, vale trazer à tona novamente a questão legislativa e hermenêutica. Não se pode considerar a organização um fator de diferenciação entre as atividades intelectuais (que vão configurar as sociedades simples) e não intelectuais (que vão caracterizar as sociedades empresárias), pois organização é um fator de caracterização do próprio empresário. Isto é, se a atividade não é organizada, não será empresária sob nenhum aspecto. Se for organizada, daí sim, poderá ou não ser empresária.

Aliás, o disposto no artigo 982 para diferenciar as atividades simples das empresárias apenas reforça a tese lá atrás aventada de que apenas o objeto deverá ser observado para diferenciar as atividades que são ou não empresárias.

Acaso houvesse um quadro para melhor esclarecer, haveria na coluna das atividades empresárias (i) o exercício, (ii) o profissionalismo, (iii) a organização, (iv) o fim lucrativo (v) e a circulação de bens ou serviços para o mercado. Na coluna das atividades intelectuais também haveria (i) o exercício, (ii) o profissionalismo, (iii) a organização, (iv) o fim lucrativo, (v) e a circulação de bens ou serviços para o mercado, com um item adicional, que seria (vi) a atividade exclusivamente intelectual. Apenas o sexto item diferenciaria uma atividade da outra.

Essa diferença provoca como consequência o registro em local diverso, isto é, enquanto as sociedades empresárias são registradas nas Juntas Comerciais, as sociedades simples são registradas nos Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas. Também provoca a impossibilidade de aproveitamento da recuperação judicial ou extrajudicial por parte das

imateriais, de procedimentos, como meio para a produção ordenada de riqueza; pelo contrário, nesses casos se verifica trabalho não organizado, autônomo, desempenhado por cada um dos sócios sem conexão maior com a atuação dos demais. É o que se teria, por exemplo, numa sociedade entre três dentistas, cada qual com sua clientela própria; não há empresa". (MAMEDE, 2007, p. 31).

sociedades simples, e, por outro lado, impactos tributários, tendo em vista que as atividades uniprofissionais¹⁰⁷ possuem benefícios tributários diferenciados¹⁰⁸.

¹⁰⁷ “Por aí se deduz que essa forma de sociedade não tem por fim uma atuação, um fim específico consistente na prestação de serviços da especialidade dos seus componentes, mas possibilitar que os profissionais liberais nela reunidos possam exercê-la de modo mais racional e organizado. Bem por isso, não se concebe a sociedade multiprofissional; todos os seus integrantes têm de pertencer à mesma profissão regulamentada, o que significa dizer-se que são uniprofissionais.” (HENTZ, 2003, p. 165).

¹⁰⁸ Como o pagamento de ISS por profissional, em vez de incidência sobre o valor da prestação de serviços. Não se adentrará no mérito tributário neste trabalho, por escapar ao objetivo do mesmo.

9 CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, foram verificadas as características que tornam ou não uma atividade empresária. Foi discutida, com base em doutrina, cada uma das características constantes da legislação pátria em vigor.

De acordo com o que se analisou, pode-se classificar o empresário como sendo: *a pessoa que estrutura os meios de produção necessários para atuar de fato e de maneira habitual, assumindo os riscos e, portanto, responsabilizando-se pelas obrigações e direitos contraídos, com objetivo de lucro, através da circulação de bens ou serviços ao mercado.*

Todas estas características encontram-se presentes na maioria das atividades que são excluídas pelo parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. Basta uma tentativa de alocação das atividades exclusivamente intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, no referido conceito para se verificar o encaixe perfeito.

A título de ilustração, foram apresentados e analisados exemplos, buscando-se diferenciar uma atuação intelectual de uma atuação não intelectual, sendo que, em todos eles estavam presentes a estruturação dos meios de produção necessários (estabelecimento), para atuação (exercício) habitual (profissionalismo), com a assunção dos riscos, para prestação de serviços ao mercado (circulação de bens ou serviços) e distribuição dos lucros (atividade econômica).

Tais atividades têm, portanto, exatamente, as mesmas características de uma construtora ou de uma concessionária. Nem mesmo os argumentos de que as profissões intelectuais possuem uma valoração social relativa ao serviço prestado socorre a diferenciação de tais atividades. Há vários escritórios de advocacia ou clínicas médicas cujo contrato não se dá em razão do titular do estabelecimento, mas em razão do nome que aquela sociedade já conquistou no mercado, equiparando-se, pois, a título de estabelecimento.

Assim, nestas hipóteses, ou mesmo nos casos de contratação em razão de pessoa específica, o cliente está a escolher, comparativamente, uma grife. E paga a mais por ela, pelos serviços dessa pessoa específica.

Grande parte das intenções de compra gira em torno de grife, como já mencionado. De forma geral, o brasileiro quer ter um carro (necessidade), mas alguns querem ter BMW e outros Volkswagen, diferenciando-se entre um e outro, dentre muitos motivos, o desejo do cliente em ter esta ou aquela marca.

Muitas mulheres e homens querem se submeter a cirurgias plásticas. Há muitos cirurgiões e muitas clínicas especializadas, podendo o cliente escolher entre qualquer uma

delas (necessidade psicológica). Entretanto, algumas pessoas preferem contratar com aquelas clínicas ou médicos que possuem mais experiência e mais indicações de outros clientes (desejo), dispendo-se a pagar mais pelo serviço de determinada clínica ou médico.

Os argumentos de que há uma ética específica dos empresários, ou uma valoração moral mais elevada pela sociedade, ou outros tantos, não parecem realmente justificar uma diferenciação, que acaba, ao final das contas, tratando diferentemente o igual. Prejudicando em determinadas hipóteses e ajudando em outras. Mas se a Constituição da República traz o princípio da isonomia, por que não aplicar?

Afirmar que atividades intelectuais extremamente organizadas e com fito eminentemente lucrativo não possam ser consideradas atividades empresárias pelo simples fato de serem intelectuais lembra uma tentativa vã e inútil de tentar tampar o sol com peneira. Seria uma tentativa mais moderna de manter excluídos os empresários do Direito Comercial, pois não praticavam atos de comércio. O costume é adaptativo e, afinal de contas, na prática quotidiana tal diferença não existe.

Faz sentido diferenciar o profissional autônomo do empresário, ou mesmo o pequeno empresário do médio ou do grande. Isso porque tanto o autônomo quanto o pequeno empresário necessitam de tratamento mais simplificado para permanecerem no mercado. Mas no mundo concorrencial da atualidade, aqueles que exercem atividades intelectuais que não se organizam nas mesmas diretrizes de empresas são alijados do mercado.

A inexistente diferença é tão patente que a própria lei reconhece: determina que as sociedades anônimas serão sempre empresárias independentemente do seu objeto (parágrafo único do artigo 982 do Código Civil). Ora, sabe-se que o objeto social é a única característica excludente da classificação do conceito de empresário, conforme já tratado no capítulo adequado. Organização, também já se sabe, não é característica diferenciadora, já que é requisito da condição de empresário. Assim, apenas a escolha de um tipo societário específico transforma uma atividade não empresária em atividade empresária.

Qual condão tem um tipo societário de promover tão forte alteração? É certo que as sociedades anônimas são sempre empresárias. É da natureza das companhias serem empresárias. Mas, numa situação concreta de uma clínica médica que funcione sob o tipo societário de sociedade limitada, mantendo-se o mesmo local, os mesmos médicos, os mesmos profissionais e a mesma forma de trabalho, o mesmo contador e a mesma tributação incidente, ao se transformar o tipo societário de limitada para sociedade anônima, num passe de mágica, transforma-se também a atividade em empresária. Mas ora, nem a atividade, nem o nível de organização, nem qualquer outra coisa se modificou.

No Direito Comercial, há hipóteses em que a forma supera o fato, como nos títulos de crédito, porém o mesmo não se pode dizer do Direito Societário, inclusive no que toca ao próprio empresário. O empresário é assim caracterizado por preencher todos os requisitos fáticos e não por estar registrado, como também já discutido neste trabalho. Assim, se a realidade supera a forma quanto ao registro, também deve superar a forma quanto à classificação do empresário.

A interpretação, portanto, deveria ser extensiva, classificando como empresários aqueles verdadeiros empresários que exercem atividades exclusivamente intelectuais, sejam elas de natureza artística, literária ou científica.

Infelizmente, o Projeto de Lei nº 1572, de 2011, que institui o novo Código Comercial, não apresenta solução para estes problemas. Não se discutindo aqui eventuais alterações ocorridas ou a ocorrer durante a tramitação, segundo o referido projeto (artigo 2º) “empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” sendo que (artigo 3º) “não se considera empresa a atividade de prestação de serviços própria de profissão liberal, assim entendida a regulamentada por lei para cujo exercício é exigida formação superior”.

Na sequência de seu texto, o projeto posiciona-se no sentido de que (artigo 9º) “empresário é quem, sendo pessoa física ou sociedade, está inscrito como tal no Registro Público de Empresas”, complementando que (artigo 13) “não é empresária a pessoa física ou jurídica que explora as atividades relacionadas no artigo 3º deste Código, ainda que conte com concurso de auxiliares ou colaboradores”.

Ora, o atual regramento relativo ao empresário destoa do projeto mencionado em alguns tópicos, mas mantém-se muito próximo da descaracterização de algumas atividades do conceito de empresário.

Observa-se que a tônica de excluir determinadas atividades, mesmo com auxílio de colaboradores permanece. Com pouca diferença, pois não se refere mais à atividade artística ou literária. Apenas à científica, desde que exija, para sua prática, formação superior. Não há qualquer tipo de legislação atual que exija curso superior para exercer atividades artísticas nem literárias, mas o há para atividades médicas, jurídicas, químicas, odontológicas etc.; todas atividades que compõem as ciências humanas ou exatas e que possuem legislação própria.

O que não se entende é a razão de manter referida exclusão da caracterização como empresária, uma vez que, do ponto de vista jurídico, não há qualquer fundamento.

Salvo a disposição expressa no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, não se identificou neste estudo qualquer fundamento que não fosse de ordem moral ou histórica e justificador da dicotomia entre atividade empresarial e intelectual.

As atividades desorganizadas, ou amadoras, ou sem fito lucrativo certamente devem ser excluídas. Porém, em relação as atividades que apresentam todas as características empresariais, tais como o profissionalismo, a organização, o fito lucrativo e a circulação de riquezas, não há, definitivamente, respaldo para sua exclusão do conceito de empresário e, por consequência, de sociedade empresária, mesmo quando exclusivamente intelectuais.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, João Batista Torres. *O seguro no direito brasileiro de acordo com o novo código civil*. Leme, SP: Edijur, 2003.
- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 143, p. 211-229, jul.-set. 1999.
- ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao estudo do direito mercantil*. Sorocaba, SP: Minelli, 2007.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. Sorocaba, SP: Minelli, 2005.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out.-dez. 1996.
- BARBI, Otávio Vieira. *Composição de interesses no aumento de capital das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 11. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar; 2008.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Companhia Forense, 1964.
- BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOTREL, Sérgio. Atos Constitutivos das Sociedades. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 327-358. (Tratado de direito comercial; v. 1).
- BRACELPA. *Dados do Setor*. Associação Brasileira de Celulose e Papel. Mar. 2014. Disponível em: <<http://bracelpa.org.br/bra2/sites/default/files/estatisticas/booklet.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1800.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. *Diário Oficial da União*, 12 jul. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8934.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BULHÕES, Octávio Gouvêa de. *Dois conceitos de lucro*. Rio de Janeiro: Apec Editora S.A., 1969.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 1572/2011*. Institui o Código Comercial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 21 jan. 2016.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da Lei de Sociedades Anônimas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 65, jun. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6150>. Acesso em: 13 nov. 2015.

CIRQUE DU SOLEIL. *Cirque du Soleil at a glance*. Disponível em: <https://static01.cirquedusoleil.com/pt/~/_media/press/PDF/cds/cirque-du-soleil-at-glance.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2015.

CLARK, Robert Charles. *Corporate law*. Cambridge: Aspen Law & Business, 1986.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the Market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

COLLIN, Jim. Prefácio. In: CORREA, Cristiane. *Sonho Grande: Como Jorge Paulo Lemann, Marcel Telles e Beto Sicupira revolucionaram o capitalismo brasileiro e conquistaram o mundo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Coord. Cient. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/at_download/file>. Acesso em: 6 nov. 2015.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento nº 94/2000, de 5 de setembro de 2000. Dispõe sobre a publicidade, a propaganda e a informação da advocacia. *DJ*, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/94-2000/>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.974/2011, de 14 de julho de 2011. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. *DOU*, 19 ago. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1974_2011.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. Código de Ética Odontológica do Conselho Federal de Odontologia, aprovado pela Resolução CFO-118/2012, de 11 de maio de 2012. Revoga o Código de Ética Odontológica aprovado pela Resolução CFO-42/2003 e aprova outro em substituição. *DOU*, 14 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-cfo-118-2012.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

COSTA, Wille Duarte. Empresa e empresário. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 49, p. 237-256, jul.-dez. 2006.

CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: (como interpretar a nova definição)*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE LUCCA, Newton. Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 -Capítulo I - Disposições Preliminares - art. 1º ao 4º. In: CORRÊA-LIM, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio

Mourão (Orgs.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29-72.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELEMENTO. In: DICIONÁRIO Michaelis. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=elemento>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

EMPRESA. In: DICIONÁRIO Michaelis. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=empresa>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

EMPRESÁRIO. In: DICIONÁRIO Michaelis. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=empres%Elrio>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

EMPRESÁRIO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 742.

EXERCER. In: DICIONÁRIO Michaelis. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=exercer>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito comercial: empresário, sociedades comerciais, títulos de crédito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FÉRES, Marcelo Andrade. Empresa e empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37-69.

FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedades: Alguma história e algumas tendências. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 60, p. 70-78, jul.-ago. 2009.

FERNANDES, Tânia. Estrada de Vida. *Revista Educação*, ago. 2011. Disponível em: <<http://revistaeducacao.uol.com.br/textos/157/artigo234771-1.asp>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

FERREIRA, Waldemar Martins. *O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. 3. ed., comemorativa do centenário do Código Comercial do Império do Brasil Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. (Instituições de Direito Comercial; v. 1).

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 2., n. 2. p. 45-64, jan.-jun. 2007.

FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Textonovo, 2004.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XLIV, n. 139, p. 242-256, jul.-set. 2005.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GOMES, Fábio Bellote. *Manual de direito comercial: de acordo com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do Novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 147-161, jan. 2005.

GUSMÃO, Mônica. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *Che cos'è il diritto societario? Diritto societario comparato*. Bologna: Litosei, 2006.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

IBGE. *Censo demográfico 2010: Características da população e dos domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2016.

IBGE. *Pesquisa Mensal de Emprego – Evolução do Emprego com Carteira de Trabalho Assinada – 2003-2012* Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Evolucao_emprego_carteira_trabalho_assinada.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2016.

ITÁLIA. Il Codice Civile Italiano, 16 marzo 1942. Libro Quinto – Del Lavoro. *Gazzetta Ufficiale*, n. 79 del 4 aprile 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib5.htm>. Acesso em: 5 jan. 2015.

JUCESP. Notícias. *Eirelis atingem 4% do total de empresas abertas na Jucesp*. Disponível em: <http://www.institucional.jucesp.sp.gov.br/institucional_noticias_eireli_total.php>. Acesso em: 7 nov. 2015.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no código civil: elemento de unificação do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 40, n. 125, p. 29-40, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACEDO, Gastão A. *Curso de direito comercial*. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

MACHIAVELLI, Nicolò. *O Príncipe*. Tradução Maria Júlia Goldwasser; revisão da tradução Zélia de Almeida Cardoso. 3. ed. totalmente rev. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MACIEL NETO, Pedro Benedito. *Manual de direito comercial*. Campinas, SP: Bookseller, 2005.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. O Direito Romano e suas fases: principais eventos, organização social, política, judiciária e fontes do direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7179>. Acesso em: 15 nov. 2015.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 2. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARX, Karl. Livro Primeiro – O processo de Produção do Capital. In: MARX, Karl. *O capital – crítica da economia política*. Tradução de Reginaldo Sant'Anna relativo à 4ª edição do original de 1890. 7. ed. São Paulo: Difel, 1982. (O capital; v. II).

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas, SP: Bookseller, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

NEVES, Rúbia Carneiro; GUIMARÃES, Ana Caroline Faria. O Estabelecimento Virtual e sua condição de estabelecimento empresarial secundário (Filial). *Publica Direito*, Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=117ffc1acd844e43>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

OBARRIO, Manuel. *Curso de derecho comercial*. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1898. Tomo II.

OPINIÃO&NOTÍCIA. *Cirque du Soleil passa por dificuldades*. 20 fev. 2014. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/economia/cirque-du-soleil-passa-por-dificuldades/>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Tramitação na Câmara dos Deputados: Primeiro Turno. Volume 2. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, p. x-y, jan.-mar. 2003.

PROFISSIONALISMO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1.644.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROCCO, Alfredo. *Le Società Commerciali: in Rapporto al Giudizio Civile* (1898). Torino: Fratelli Bocca, 1898.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Societas com relevância externa e personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 81, n. 30, p. 66-78, jan.-mar. 1991.

SEGATTO, Cristiane. O lado oculto das contas de hospital. *Revista Época*, 28 maio 2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/05/o-lado-oculto-das-bcontas-de-hospitalb.html>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

SENADO FEDERAL. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Novo Código Civil: Exposição de motivos e texto sancionado*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

SMITH, Adam. *Papel moeda*. Rio de Janeiro: Record, 1981.

SOUZA, Ruy de. *O Direito das empresas atualização do direito comercial*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1550544/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira turma. Julgado em: 01.12.2015. Publicado em: *DJE*, 11.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55537243&num_registro=201500708456&data=20151211&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Coleção direito civil; v. 1).

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Teoria geral*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Direito comercial; v. 1).

VERSIGNASSI, Alexandre. O fim do livro de papel. *Revista Superinteressante*, Editora Abril S.A., ed. 276, mar. 2010. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/o-fim-do-livro-de-papel>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

VIVANTE, Cesare. *I commercianti*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editore, 1902. (Trattato di diritto commerciale; v. 1).

WALD, Arnaldo. Do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense 2005. (Comentários ao novo código civil, v. XIV, livro II).

ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de empresa*. São Paulo: Harbra, 2004.