

O NOVO CÓDIGO CIVIL, A EMPRESA E O DIREITO ECONÔMICO

Washington Peluso Albino DE SOUZA*

Sumário: 1.A Empresa no Novo Código Civil Brasileiro. 1.1. Empresa e Sociedade Empresária. 1.2. Proposta de revisita ao tema. 2. Código Civil X Código Comercial: revisão? Separação? 2.1. Direito da empresa. 3. Empresa. 3.1. Visão dos economistas. 3.2. Visão dos juristas. 3.3. Estabelecimento .4. Empresário. 5. A contribuição de Ripert. 6. A obra de Michel Despax. 7. A empresa e o Direito dos Negócios (droit des affaires). 8. Cerca de meio século após. 9. Mercado. 10. A empresa e o Direito Econômico. 11. A empresa e o Direito Econômico Brasileiro. 12. Conclusão

1. A Empresa no Novo Código Civil Brasileiro

Muitos e diferentes são os comentários referentes ao Novo Código Civil Brasileiro, que surgem a partir da sua vigência. Certamente merecerão destaque especial aqueles que marcam a opção pela unificação do Direito Civil com o Direito Comercial, motivo de longos e profundos debates travados pela inteligência jurídica ocidental, lá se vai nada menos de um século. A opção da separação dos Códigos, assumida por Clovis Bevilacqua para o Código Civil de 1916, em oposto ao “Projeto pela união”, de Teixeira de Freitas, jamais deixou de receber, seja apoio, seja oposição nas discussões teóricas, tanto no meio jurídico brasileiro, quanto no de outros países.

* Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Presidente da Fundação Brasileira de Direito Econômico.

Na esteira destas considerações, o Novo Código Civil abre espaço às discussões em interface também com o Direito Econômico, especialmente ao introduzir, dentre outros, o que intitula “Do Direito de Empresa” (Livro II, Artigos 966 e seguintes).

Faltou ao cuidado de conceituar “empresa” para efeito da lei (o que fez, entretanto, para “empresário”), de vez que se trata de expressão rica em variáveis entendimentos semânticos e ideológicos. O relatório teria mostrado este cuidado, sem que o texto o consignasse, na demonstração da tomada de posição teoricamente conservadora de negar-lhe personalidade.

Substitui o termo *comerciante*, por *empresário*. A este último, entretanto, define como “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (artigo 966). Acrescenta que deixa de ser empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ...“*salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*”. Também não esclarece o significado deste último, que permite indagações não menos numerosas.

Diremos, pois, para penetrar na temática proposta, que parece adotada a posição da *empresa “como atividade econômica”*, como **objeto**, e não como **sujeito** da relação jurídica, posição conservadora dos privatistas, especialmente dos comercialistas, porém não tão tranquilamente aceita nos arraiais da teoria e da doutrina, conforme veremos mais adiante.

1.1. Empresa e Sociedade Empresária

Aliás, suscita dúvida se pode ser identificada ao tratar da “sociedade” (Tit.II, Arts.981 e 982), a “sociedade empresária” incluindo-a no mesmo âmbito do contrato celebrado “*pelos pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*”. Introduz novo ente na relação jurídico-

econômica, ao reconhecer como **empresária a sociedade** que *tem por objeto o exercício da atividade econômica própria do empresário sujeito a registro*. E acrescenta: *“Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa”* (Art.982.Parágrafo único).

Indaga-se se não seria correto, neste caso, considerar-se a “sociedade por ações” como “sociedade empresária”, com as mesmas propriedades do empresário e, portanto, como **sujeito** da relação na prática da atividade econômica, visto que *atuaria independentemente do seu objeto?*

1.2. Proposta de revisita ao tema

Como se percebe, o conceito de empresa está a reclamar revisita a partir da ótica do Direito Econômico, de vez que o exercício da atividade econômica extrapola os rígidos e teóricos limites das relações privadas para, ao contrário, concretizar-se no **Mercado**, onde assume a condição de “medida de política econômica”. O tradicional e rígido contraste entre o **privado e o público** mais uma vez se anula na presença do empresário em sua atividade econômica no universo mercadológico.

Diante deste quadro, parece-nos indispensável a reanálise de alguns elementos incluídos no novo Código, destacando-se os decorrentes da linha unionista entre Direito Comercial e Direito Civil, ora adotada, e que requer consideração também pelo Direito Econômico, bem como os conceitos de **empresa, estabelecimento, empresário e mercado**.

2. Código Civil X Código Comercial: revisão? Separação?

Para melhor tratamento do problema, portanto, parece-nos útil retomar o dado histórico sobre a unificação ou a separação do Direito Civil e do Direito Comercial, das suas origens até ao ponto em que se passa a preocupar com o chamado “Direito da Empresa”. Nada melhor para isto do

que recorrermos à clareza de linguagem e de exposição científica do saudoso, e por todos os títulos brilhante, Professor João Eunápio Borges¹, cerca de meio século antes da atual unificação consagrada no Novo Código Civil Brasileiro.

Retoma a posição de Teixeira de Freitas como precursor do unionismo, na exposição ao Governo, datada de 20 de setembro de 1857, quando sugeria “a composição de dois Códigos, um Código Geral e um Código Civil compreendendo toda a matéria civil e comercial, porque: “não há tipo para esta arbitrária separação de leis a que deu-se o nome de direito comercial ou código comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benefícios, podem ser comerciais ou não-comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência”

Como se sabe, duas e contraditórias foram as posições de Vivante, sobre a reforma do Código Comercial Italiano. E 1892, pela unificação, com argumentos de que “nem a ciência, nem a lei lograram distinguir com nitidez a linha de separação entre os dois campos, do direito civil e do direito comercial, separação artificiosa contra a qual se rebelava a unidade essencial da vida econômica e, como toda questão de limites, cheia de dúvidas, de dificuldades e de perigos”. Na sua conversão em 1919, declarava que a Comissão havia examinado a oportunidade da fusão, “mas o estado de maturidade dos dois ramos é extremamente diverso...a diferente velocidade com que se elabora o conteúdo destes dois códigos provavelmente oporá sempre um grande obstáculo à unificação”. Procura justificar esta mudança de posição, reconhecendo acerto da unificação nas manifestações científicas e didáticas, porém encontrava razões para a autonomia na “função cosmopolita do comércio, especialmente do grande comércio, e no diverso espírito que anima o especulador e o homem da economia rural e doméstica, conservadores de suas tradições”.

1 Borges, João Eunápio Curso de Direito Comercial Terrestre, 1ª edição, 1959, Forense, Rio, páginas 77 a 114.

O primeiro Vivante teria inspirado Rocco. Buscando outra solução, Jean Van Ryn, professor em Bruxelas, embora sem conceituá-lo, teria sugerido o “Direito Econômico” para atender à extensão que realmente lhe convém e para definir as suas noções fundamentais. Hamel tomaria o direito comercial como o “direito dos negócios” (*droit des affaires*), ou o direito das atividades econômicas, enquanto Jean Limpens adiantaria que com a unificação o legislador teria banido de seus códigos, fontes múltiplas de incertezas e de conflitos. Ripert afirmaria que o Código de Comercio deveria desaparecer, à falta de um princípio de coerência e de orgânica unidade de suas normas.

2.1. Direito da empresa

Destaca-se a posição do jurista francês Jean Escarra. Considerando o avanço do intervencionismo do Estado na vida privada, afirmou que o “direito comercial distanciara-se de suas características de celeridade, simplicidade e ausência de formalismo. Perdendo dia a dia o seu caráter contratual, tende a ser um direito institucional no qual se multiplicam as disposições de ordem pública, de sorte que a menor operação desencadeia um complicado sistema de intervenções administrativas, de restrições e de interdições de toda ordem”. Em decorrência, o problema da unificação toma direção inesperada e se verifica, não a “fusão do direito civil e do direito comercial, mas a absorção do direito comercial pelo direito público”. Assim, aceita a autonomia do direito comercial, mas é contra a sua codificação, opinando que seria melhor, possivelmente, “que se introduzam no Código Civil revisto, certas regras de princípio contidas no atual código de comercio...”

Tal receituário parece ter sido acolhido pela Comissão encarregada do Novo Código Civil Brasileiro de 2002 em vários dos seus institutos, especialmente no Direito das Obrigações e na introdução do Direito de Empresa. À época da publicação do seu “Curso”, porém, João Eunápio Borges, após analisar em profundidade os argumentos de Escarra, dizia

que se poderia duvidar das convicções autonomistas do jurista francês ao sugerir que as duas Comissões revisoras do Código Comercial e do Código Civil daquele País trabalhassem de acordo a fim de reduzir uma posição obsoleta, harmonizando a legislação civil e a legislação comercial em todos os pontos desejáveis dessa harmonização. Lembra que depois de um século e meio de estudos e de debates, de polêmicas e perplexidades, o presidente da Comissão concluiu melancolicamente que “a dificuldade está em se encontrar o verdadeiro critério da comercialidade : *especulação? Circulação? Mediação? Empresa?*”

Eis-nos mais uma vez diante do problema da *empresa*. Escarra era favorável ao direito comercial como o *direito das empresas*. Considerava relativamente fácil a definição econômica e social da empresa, não sabendo, porém, com que elementos se poderia caracterizá-la juridicamente. De qualquer modo, *o Novo Direito Comercial seria o Direito da Empresa*.

Entretanto, Escarra pergunta : *que é a empresa ?*

Se não dá a resposta, a indicação foi buscada pelo professor mineiro em Alberto Asquini, para quem “seu conceito e sua definição jurídica constituem novo pomo de discórdia, centro de novas divergências e a construção de sua teoria será – para os que fazem dela a linha divisória entre direito civil e direito comercial – a principal tarefa da ciência jurídica mercantil”.

Levado o tema da elaboração do conceito de empresa em extensão ao direito comercial, no IV Congresso Jurídico Nacional, em S.Paulo, em 1955, afirma João Eunápio Borges que se “evidenciaram as incertezas, flutuações e vacilações que cercam o conceito de empresa, sobre o qual se pretende erguer o novo edifício do direito comercial”.

Esta parece continuar sendo a posição de prestigiosos comercialistas no Brasil e alhures, de certo modo ainda parcialmente presente no Novo

Código Civil de 2.002, enquanto, diferentemente, a empresa já é juridicamente reconhecida como “sujeito de direito” por diversos ramos de direito que, livres de compromissos com “valores envelhecidos”, como os chamara o Professor de Bruxelas, Jean Van Ryn, atendem à realidade da sociedade em seu dinamismo natural.

3. Empresa

O Novo Código sugere o tratamento deste tema em termos científicos atualizados. Embora se possa buscar diferença entre direito **da empresa** e não **de empresa**, pela ótica do Direito Comercial, julgamos mais apropriado tratá-lo pelo prisma do Direito Econômico. Não escapou esta peculiaridade à esclarecida visão dos autores de uma das primeiras obras publicadas de comentários ao Novo Código Civil, levada a efeito pelos ilustres Professores José Costa Loures e Maria Lourdes Dolabela Guimarães².

Não menos significativa, porém, é a discussão entre os conceitos **jurídico** e **econômico** de **empresa**. Arrasta-se pelo campo doutrinário como de difícil solução, procurando os autores buscar indicadores de entendimento ao classificarem :

- juridicamente, as empresas, em privadas e públicas, sendo individuais, societárias e cooperativas, as primeiras; ambas a partir da natureza jurídica dos seus detentores.
- economicamente, a partir da sua dimensão, desde as pequenas às grandes, de acordo com a sua estrutura.

A própria noção de empresa evolui a partir da empresa privada, do tipo capitalista que lhe é intrínseco, porém que passa de uma formação atomística para configuração mais ampla. Quando se verifica a intervenção do Estado no domínio econômico, também a empresa passa a absorver

² Código Civil Brasileiro, Editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 2003, p.420.

características públicas. Esta evolução coincide com as modificações na ideologia capitalista liberal originária, marchando para modelos socializantes.

Numa explicação desta evolução conceitual, B.Nogaro encontra três fases em obra publicada em meados do século passado : a correspondente ao capitalismo liberal, até os fins do Séc.XIX; a do capitalismo monopolizador, a partir da ultima década desse século, e o capitalismo mitigado, com a atuação do Estado chegando até as formas de economia dirigida. Já nas décadas finais do Século XX, além da Empresa Pública e das Sociedades de Economia Mista, outros organismos surgem marcando a presença direta ou indireta do Estado na atividade econômica e dando novos elementos para a conceituação da empresa. Esta se agiganta, ultrapassa os limites nacionais, passando a multinacionais, ou expandindo-se ainda mais, assumem expressão global, oferecendo novos desafios à caracterização da sua natureza jurídica.

Razões fundadas em pontos de vista teóricos levam-nos a compreender o modo de conceituá-la.

3.1. Visão dos economistas

O raciocínio clássico desenvolvido na área econômica afirmava que três eram os elementos ou fatores da produção : natureza, trabalho e capital. Para obter o produto visado pela atividade econômica, teriam que ser reunidos, exigindo a presença de quem o fizesse. Surge, então o *empresário* com esta missão. Nesta atividade, tanto poderia possuir todos, ou algum desses fatores, porém na própria medida em que destina o produto à troca, caracteriza-se a sua “comercialidade” com a necessidade da remuneração para garantir a continuidade da produção. O capital era o fator que permitia adquirir os demais e, por isto, registra-se o período em que o “empresário” se confunde com o “capitalista”. Levado o produto à troca, à comercialização, configura-se o *mercado* e com ele o *risco* do preço obtido satisfazer, ou não,

o dispêndio para a produção. As idéias de *lucro ou resultado positivo e prejuízo ou resultado negativo*, passam a motivar a atividade produtiva na empresa capitalista. O empresário move-se, pois, na busca do lucro.

No *mercado*, trava-se a disputa entre “ofertantes” e “procurantes” do produto, configurando-se a *concorrência*, coincidente com a filosofia da luta pela vida, predominante no Século XIX e que teve em Darwin um destacado representante³.

A ideologia liberal, então predominante, não admitia a presença do Estado. Por longo tempo, os economistas assim conceberam o processo de produção, desde a obra clássica de Jean- Baptiste Say⁴.

Na obra de Alfred Marshall, 1892⁵, entretanto, surge a “organização” como um elemento reunido aos três anteriores. Estava estabelecida uma nova visão que nos levaria a rever o conceito anterior de empresa, visto como esta era a função do empresário, que não se pode confundir com a própria atividade que pratica. Uma primeira idéia de dissociação entre empresa e empresário, que mais tarde seria trabalhada em profundidade, especialmente por Despax, como veremos, apresentava-se na direção da “personalização da empresa”.

Os economistas passaram a adotar a definição de empresa dada por François Perroux como “uma organização da produção na qual se combinam os preços dos diversos fatores da produção⁶...”. Passam, então, a se preocupar com o que denominam “órgãos de produção”. Jean Marchal é claro ao dizer que não basta dispor de trabalho, de bens naturais e capital “no sentido técnico das palavras”, sendo preciso que estes elementos sejam

3 G-L.Campion, apud Dicionário de Ciências Económicas, J.Romeuf, Editorial Labor S.A. 1966 páginas 394, 395.

4 *Traité d'Économie Politique*, Huitième Édition, Paris, 1876, pagina 80 “Chapitre V, Comment se joignent l'industrie, les capitaux et les agents naturels pour produire”.

5 *Elements of Economics*, 1 Book IV, “The Agents of Production. Land, Labour, Capital and Organization, 1^o volume, Macmillan and Co. Limited, 1949, pagina 85, - 1^a edition 1892.

6 *Cours d'Économie Politique*, François Perroux.

coordenados de modo a obter o efeito de satisfação das necessidades humanas. E especifica : “dans la société contemporaine, les organes qui ont pour mission de combiner les facteurs de production sont de types diverses: entreprises privées, exploitations artisanales et paysannes, cooperatives, exploitations publiques”. A empresa está relacionada como “órgão” que tem por missão combinar os fatores da produção, portanto não se confundindo com eles⁷.

3.2. Visão dos juristas

Assim, considerada a empresa pelos economistas, passemos em revista a posição dos juristas.

A começar pelo Direito Civil, vemos que “na definição que o artigo do Novo Código Civil dá ao empresário se acha implícita a de empresa, assim expressa pelo Professor Miguel Reale: “a unidade econômica de produção ou a circulação de bens ou serviços⁸”

Jean Carbonier⁹ dela se ocupa, ao estudar a “personalidade moral e outras situações de aparência análoga à empresa nas “comunidades”, dando como exemplo especialmente a empresa industrial como comunidade de trabalho, onde todos, empresário e salarizados fazem convergir seus esforços para fins comuns, superiores aos interesses individuais. Não a enquadra nas “unidades econômicas”, onde situa o “fundo de comércio”.

Tal posição, se adotada pelos nossos juristas, leva à permanência de aplicar o conceito econômico ao raciocínio jurídico.

Não corresponde, este procedimento, com a insatisfação revelada em obras do meado do século passado, de Georges Ripert¹⁰ e de Michel

7 Jean Marchal Cours d'Économie Politique, Librairie de Medicis, Paris, pagina 424.

8 Exposição de motivos, p.13. José Costa Loures e Maria Lourdes Dolabela, ob, cit. pág.419.

9 Jean Carbonier, “Droit Civil”, Vol.1, pg.75. Presses Universitaires de France. Paris, 1955.

10 “Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno”, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio, 1947

Despax¹¹. Ambos insurgiram-se contra as posições reinantes entre os juristas, indicando novos rumos quase nunca seguidos pelo conservantismo privatista, como adiante se verá.

3.3. Estabelecimento

Também o conceito de estabelecimento é tomado da Economia. Para esta, enquanto a empresa é **uma unidade econômica**, o estabelecimento é **uma unidade técnica**.

A diferença é da maior importância porque o estabelecimento compõe a empresa, levando à fácil compreensão das fusões e concentrações quando o número de empresas diminui, enquanto o de estabelecimentos aumenta. Na fusão de dois Bancos, por exemplo, cada um com 50 estabelecimentos, passa-se a um Banco com 100 estabelecimentos.

O novo Código deu os procedimentos legais necessários para a prática do estabelecimento, nas Disposições Gerais, começando pela sua definição como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

A definição é mais completa do que a oferecida pelos economistas franceses que seguem a definição oficial segundo a qual “um estabelecimento é a reunião de duas ou mais pessoas trabalhando em conjunto, de maneira habitual, em um lugar determinado, sob a direção de um ou mais representantes de uma mesma razão social¹²”. Note-se a ênfase dada aos bens, pela definição brasileira e às pessoas, pela francesa.

4. Empresário

Na seqüência do raciocínio sobre a empresa, tal como vem sendo conduzido, somos levados a conceituar economicamente o **empresário**.

11 “L'Entreprise et le Droit”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957

12 Henri Guitton, Paul Reboud

Vimos como é tratado no Artigo 966 do Novo Código, abrangendo área mais ampla do que a do “comerciante”, por absorver também a produção. Os demais elementos caracterizadores são de natureza estritamente jurídica, referindo-se a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis como prévia condição para o exercício de sua atividade e a ampliação também do sentido da expressão **mercantil**.

Completa-se esta caracterização com a definição legal de sua **capacidade**

Voltando ao conceito econômico, vemos que na seqüência histórica o empresário era confundido com o capitalista. Assim era considerado pelo menos até J.B.Say. Posteriormente, afastou-se dessa ligação e passou a ser o encarregado de reunir os fatores da produção da trilogia clássica recursos naturais, trabalho e capital. Desta forma, pode possuir parte daqueles fatores, como também nenhum deles. Sua função é a de reuni-los, ainda que os adquirindo parcial ou totalmente. É apresentado como o “agente essencial do mecanismo econômico¹³”, como “órgão essencial do mecanismo econômico¹⁴”, como elemento constitutivo da empresa¹⁵.

Duas são as suas principais funções, a técnica, referente à produção material dos bens, e a função econômica, presa à satisfação das necessidades dos consumidores que transacionam com a empresa, ao mesmo tempo em que a esta garantindo os resultados almejados.

Com as transformações sociais e tecnológicas, especialmente nas grandes empresas, e sobretudo nas sociedades anônimas, estas funções podem ser delegadas a elementos estranhos até mesmo aos quadros de acionistas e que as executam como profissionais especializados, constituindo a classe dos chamados “executivos”, restando a condição de

13 H.Guitton, *Economie Politique*, Tome premier, Dalloz 1956, Paris, página 287

14 P.Reboud, *Precis d'Économie Politique*, Dalloz, 1939, Tome Premier, Paris, página 199

15 Jean Marshal, ob. cit. página 426.

empresários, aos acionistas e aos proprietários da empresa comprometidos com os riscos dos negócios, com os lucros ou os prejuízos.

Vê-se, portanto, como a figura do empresário já não é mais a tradicional. Contribuindo, de certa forma, para outra caracterização, J.Schumpeter¹⁶ considera-o como o agente que realiza “combinações novas”, outorgando-lhe função de garantir o progresso pela renovação permanente do próprio modelo capitalista. Atribui-lhe a renovação das técnicas de fabricação, a introdução de novos métodos, a revelação de novos mercados, a identificação de novas fontes de matérias primas, enfim, a configuração de nova organização da produção, ou seja do dinamismo da empresa.

Concomitante com essa desvinculação pessoal do proprietário da empresa, ou seja aquele empresário que segundo Perroux como tal se caracteriza pelo risco assumido, desenvolve-se o conceito de **capacidade empresarial**. Aqueles autores que a ela se referem atribuem-lhe, na linha de Marshall, a condição de “fator de produção”. Separam-se as funções de investidores, que aplicam os capitais e correm o risco, dos que se “especializam na operação e administração da empresa... Ao primeiro grupo chama-se “capitalistas”; ao segundo grupo, “gerentes” ou “administradores”. Ambos desempenham “funções de empresários¹⁷”.

O Novo Código segue a linha clássica de ligar a condição de empresário à participação do capital, segundo o Artigo 968, III.

5. A contribuição de Ripert

Estamos em busca dos antecedentes do tratamento jurídico da *empresa* antes de chegar ao problema da sua conceituação atual. Neste propósito, nada mais significativo do que a contribuição do grande jurista francês de incontestável prestígio na cultura jurídica mundial e cuja palavra,

¹⁶ J.Schumpeter, *Théorie de l'Évolution Economique*, Dalloz, 1935.

¹⁷ Humreit Hunt Kinter, “Economia – princípios e problemas” - Editora Fundo de Cultura, Rio, 1962, página 77

se não ofereceu a solução por todos procurada, teve a virtude de desmontar todo o arcabouço de resistências que se ocultavam na aceitação conformada da impossível satisfação. Ao contrário, atacou pontos que se afirmaram como temas de estudo aprofundado dando o sabor do desafio científico ao seu enfrentamento.

Ripert aborda o tema em sua obra “Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno”, cuja tradução brasileira, datada de 1947 é prefaciada por Phildelfo de Azevedo. Situa o tema a partir da página 276, Capítulo VI, sob o título “A Empresa Capitalista”.

Abre o Capítulo sob a afirmativa contundente, porém que definia o estágio do direito francês: *“não temos o direito da empresa. É preciso criá-lo. É inútil falar de transformação da economia se não se chega a formular as regras que a assegurarão. O capitalismo não se preocupa com esse direito novo. O direito comum lhe basta”*.

Propõe que se examine o que chama de “a seca precisão do jurista”. Afirma que “na pretensão de se reformar a *empresa* seria preciso começar pela definição de *empresa e empresário*. Estas palavras pertencem à linguagem corrente, têm recebido sentidos diferentes pelo uso. A primeira sendo usada para designar toda atividade orientada para certo fim, e a segunda para qualificar o homem que profissionalmente executa certos trabalhos”.

Para o autor, as definições da economia política são tão variadas e dispersas que “a imprecisão do termo autoriza definições pessoais”. Chamada “unidade econômica” revela apenas o “intuito de não se confundir com a exploração”, que tem significado técnico, e com o “estabelecimento”, que não é senão um dos seus elementos”. Alinhando definições de economistas, diz que lhes falta a noção jurídica. A empresa só é nomeada nas disciplinas que escapam às concepções tradicionais. E cita o direito fiscal, o direito trabalhista, o direito temporário de guerra. Mesmo assim, daí

não decorre uma definição jurídica, “pois o legislador usa o termo quando lhe é cômodo fazê-lo, sem se preocupar em empregá-lo no mesmo sentido.

Cuidando da noção, afirmou que a “empresa ficou escondida sob a propriedade. Até aqui o direito não julgou útil pô-la em evidência porque a propriedade lhe bastava”. Baseado na afirmativa de que uma civilização avançada permite construções abstratas, lembra o direito de propriedade sem a necessidade de especificar o seu objeto, tal como na hipótese em que o proprietário da usina tem um direito que lhe garante a posse privativa da mesma, sem considerar o uso que lhe dará. Pelo contrato em que o proprietário não explora por si, já se verifica a separação entre a propriedade e a exploração. A sociedade por ações esclarece bem a situação, quando é criada visando a exploração. Como pessoa moral criada para explorar a propriedade, não é senão o meio de realizar a exploração, é uma “propriedade afetada”. Forçada a realizar o objetivo para o qual foram aplicados os bens que a compõem, Ripert afirma que “a empresa domina a propriedade”.

A exploração neste caso requer o concurso de pessoas de capacidades para atividades diferentes, com contratos diferentes, e esse trabalho exigido pela exploração “constitui uma prestação à empresa, comparável à prestação do capital”. Por sua vez “aquele que reúne sob sua direção propriedades afetadas a certos fins e homens dispostos a trabalhar para estes, cria um agrupamento que não poderia deixar indiferente o poder político”.

Esta conotação política de Ripert dá a imagem correta da empresa, incluindo-a fatalmente na realidade social, política e econômica, com a distinção entre propriedade e empresa.

Restará, porém, a necessidade de distinguir a noção jurídica na empresa capitalista, cujo patrimônio é a propriedade privada. Mostra que o princípio clássico da unidade patrimonial não permite esta separação, opondo-se, portanto, ao reconhecimento da empresa.

Afirma que para contornar tal situação, recorreu-se à noção de *universalidade*.

Como não se podia admitir *universalidade jurídica* na empresa pois para tanto seria suposto um passivo onerando exclusivamente o ativo, falou-se de uma *universalidade de fato*, que Ripert repudiou por não se dever contentar com o fato quando se procura o direito.

Passa, então, a descrever o modo pelo qual o direito chega até à empresa. Quando se trate de pessoa natural, não há meio de isolar a empresa no conjunto do patrimônio. Ao contrário, na sociedade comercial, e na sua própria constituição cria-se o patrimônio independente. Assim, uma sociedade pode ter uma ou mais empresas diferentes. Varias outras hipóteses são alinhadas, como a sustentação da empresa na hipótese de falência para manter a exploração ou restaurá-la, apesar do desfalecimento do devedor; a cessão do contrato de trabalho concluído pelo cedente, ao cessionário da empresa e assim por diante¹⁸. Salientando que a atenção do legislador volta-se mais para as empresas que operam junto ao grande público, como bancos e empresas de seguro, afirma que o “direito francês tem o sentimento da existência da empresa mas não chega ainda a apreendê-la se não na aplicação de certas regras especiais”.

O direito privado não percebe o significado da empresa como fazem outros ramos como o direito fiscal. O direito do trabalho cuidou da situação do empregado na empresa e vê na empresa “uma sociedade organizada de caráter hierárquico”, segundo A. Roust e P. Durand. Examina mais uma vez as definições dos economistas, mesmo a de Truchy, para quem “é uma unidade econômica e jurídica na qual são agrupados fatores humanos e materiais da atividade econômica”, afirma que eles se contagiam com as mesmas porque não têm encargo de elaborar regras jurídicas. “A idéia de

18 Ob. Cit. p.282

agrupamento e de coordenação lhes parece clara. Mas o direito, ao menos o direito clássico, não conhece senão dois meios de coordenar forças: a sociedade ou a locação. Foi sobre essas regras civis que se criou a empresa capitalista¹⁹. A *colaboração* não encontra lugar no repertório das categorias jurídicas. Conclui, desta forma, que o direito francês tal como se manifestava, não conhecia a empresa, apenas justapunha contratos. O capitalismo não sentiu necessidade disto, pois lhe basta autorizar a obter a direção da empresa, sem criar uma *instituição* nova na qual se opere a fusão dos elementos da empresa.

E termina dizendo que a “*instituição* é uma expressão da moda, mas que continua vaga, porque foi criada por oposição à idéia de contrato e não oferece caracteres positivos bem certos”.

6. A obra de Michel Despax

A inclusão da obra deste jurista francês no presente trabalho justifica-se por haver oferecido, há cerca de meio século, o tratamento do tema “empresa”, da maneira que a evolução dos fatos vem confirmando e como atualmente colabora de modo significativo com o Direito Econômico, como um dos modernos ramos do Direito, correspondentes aos valores da sociedade atual, e que incorpora a “empresa” como “sujeito” dos atos que o caracterizam.

Procurando esclarecer a relação entre os conceitos econômico e jurídico de empresa e a nova conceituação desta última ante o direito correspondente à evolução social do após Segunda Guerra Mundial, tornou-se referência teórica e clássica a obra de Michel Despax “*L’Entreprise et le Droit*”²⁰, tese premiada pela Universidade de Toulouse e pelo Ministério da Educação Nacional da França. Com respeitabilidade científica que se

19 Ob. cit. p.288.

20 Michel Despax, “*L’Entreprise et le Droit*”. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1957

confirmaria no decorrer da evolução social que sucedeu à sua publicação, o autor aprofunda-se no tratamento do assunto em sede de Direito Comercial, porém atingindo visão ampla de interesse para o Direito Civil e outros ramos do Direito, sendo que veremos como do mesmo vamos extrair valioso elemento, especialmente para o Direito Econômico.

As restrições e as aceitações às suas proposições desde logo se revelaram, alegando o autor que se os juristas franceses, à época, continuavam menosprezando a importância da “empresa”, o mesmo não se dava na Itália e na Alemanha.

O ponto central da sua tese situa-se na *dissociação* entre **empresário e empresa**.

Apresenta a **empresa** como “*um sujeito de direito em nascimento*” (*naissant*), argumentando que as “*instituições jurídicas não se desenvolvem de um só golpe, embora se trate de empresário, de indivíduo ou da sociedade*”²¹.

Publicado em 1957, como primeira obra de uma Biblioteca de Direito Privado, apresenta prefácio de Gabriel Marty, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Toulouse, no qual, após afirmar que “o desenvolvimento da noção jurídica da empresa constituiu um exemplo particularmente significativo”, termina por dizer que a leitura daquela obra revelava “o mérito certo de um trabalho de qualidade sobre um assunto tão atual quanto delicado, e no qual o autor prova os seus dons jurídicos com maestria já comprovada”.

Despax mostra, na “Introdução”, como se cogitou do tema após a obra de Ripert, “Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno”, de 1946, onde é desenvolvido o estudo da empresa, e em 1947, quando a Association

21 Ob. cit. p.377ss

Henri Capitan, também se dedicou ao seu estudo, com relatório de Paul Durand. Alonga o trabalho com análise da legislação comparada, especialmente da Itália e da Alemanha. Registra posições contrárias, como as de Julliot de la Morandière, que considerava inútil aceitar a noção de empresa como “novidade no arsenal jurídico”, bastando as noções clássicas de sociedade e de contrato; para Picard, a noção de “fundo de comércio” já era satisfatória; Esmein e Sola Lanijares a consideraram não só inútil, como perigosa; Lyon-Caen considerou a “noção de empresa uma mistificação consciente ou inconsciente que tende a atenuar as lutas sociais e fazer esquecer os assalariados dos seus verdadeiros interesses; M. Clemens salientou o seu caráter equivocado; Vedel afirmou que os seus contornos não são claros para penetrar o mundo jurídico; P. Durand encontrou na empresa todos os traços distintivos das universalidades de fato, enquanto e MM. Hamel e Lagarde, ao contrário, negaram esta universalidade, afirmando que “as universalidades jurídicas constituem agrupamentos de bens e de direitos, enquanto a empresa, ao contrário, é um agrupamento de pessoas e a um tal agrupamento repugna a idéia de universalidade jurídica”.

Retratado o ambiente da época, com posições favoráveis, como a do consagrado Ripert, e contrárias, como a de não menos respeitáveis juristas, Despax analisa o tema por todos os ângulos e procura desfazer os pontos contrários defendendo a sua tese da “dissociação da empresa e do empresário” e da “autonomia da empresa como sujeito de direito”. Passado mais de meio século, ainda cabe a discussão ante as resistências daqueles que se conservam nos princípios do velho Código Comercial, presos aos “atos de comércio”, por um lado, e aqueles que aceitam o sentido social da moderna empresa com a sua autonomia, especialmente quando passa a figurar ativamente na política econômica, ou seja, no “mercado”, com ou sem a intervenção do Estado, como se verifica no Direito Econômico. Ripert e Despax a consideram em face de ramos do Direito tradicionalmente considerados como Privados, e que são convidados a se atualizarem com os avanços sociais.

Ao trazer a contribuição de Despax ao esclarecimento de tão fundamental tema, passaremos em revista, ainda que de modo apenas informativo, alguns dos capítulos de seu livro, com o simples intuito de que o leitor se coloque dentro da problemática com a introdução do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro, envolvendo elementos de Direito Comercial, Direito Civil e Direito Econômico, e participe ou acompanhe as manifestações que certamente surgirão a respeito, e que despertarão o convite ao seu mais aprofundado estudo.

O autor entrega-se inicialmente a considerar “a própria empresa em relação à pessoa do empresário, visto que durante longo espaço de tempo este permaneceu sozinho na cena jurídica, não sendo confiada à empresa, pelo direito, qualquer existência própria.” Assim como, de modo geral, nos Códigos Comerciais mais antigos e na doutrina correspondente, e no Código Comercial Francês, que o autor toma para exame, ela não teria passado de simples elemento do patrimônio do empresário, sem qualquer diferença de regime jurídico em relação aos demais elementos deste. Diz: “A empresa e o empresário são confundidos, aquela estando ‘englobada’ na personalidade deste, não tendo existência jurídica distinta do empresário”. Entretanto, pela importância dos recursos materiais que utiliza e pelo numeroso pessoal que emprega, torna-se, do ponto de vista social e econômico, “organismo de uma coesão tal que sua elevação à vida jurídica vai pouco a pouco se efetivando. A confusão primitiva entre o “empresário” e a “empresa” vai sendo enfraquecida por um irresistível movimento de dissociação entre uma e outra, que pouco a pouco vai “arrancar”(arracher) a empresa, do empresário, e lhe dar uma existência jurídica própria²².”

A seguir, desenvolve o trabalho, dedicando a Primeira Parte ao “Fenômeno da Dissociação entre o Empresário e a Empresa”, e a Segunda Parte ao “Estudo da Empresa Considerada em sí Mesma”.

22 Ob. cit. p.13

Na Primeira Parte trata da “Autonomia da Empresa em relação ao interesse individual”; “Dissociação entre Empresa e Empresário em Direito Comercial”; “Tentativa de dissociação entre Empresa e Empresário na Teoria do Comerciante”, na qual aponta a dificuldade de distinção entre “empresa comercial” e “empresa civil”; “As manifestações da autonomia da ‘empresa comercial’ em relação à pessoa do comerciante”; “Dificuldades da dissociação entre a empresa e o empresário e suas primeiras manifestações em Direito Civil”; “As primeiras manifestações de dissociação entre a empresa e o empresário no Direito Civil Moderno”; “Autonomia da Empresa em relação à empresa societária”; “Empresa como entidade autônoma”; “Empresa nas operações de nacionalização”; “Empresa no Tratado da União Européia do Carvão”; “Empresa no Direito Penal”; “Empresa no Direito Fiscal”; “Interesse da Empresa em face do interesse do Empresário”; “Interesse da Empresa e interesse do Empresário na gestão social da empresa”.

Na Segunda Parte do livro, ao abordar a empresa em si mesma, cuida da “Estrutura da Empresa”, do seu “Funcionamento”, terminando pelo “Ensaio de qualificação jurídica da Empresa”.

Penetremos, ainda que sucintamente, os argumentos de Despax, tendo em vista a sua consonância com a evolução dos fatos em diversos ramos do Direito atual.

Afirma ter partido do conceito econômico para o tratamento jurídico da empresa, como de hábito entre os juristas, porém, logo se viu envolvido por uma avalanche de definições econômicas nem sempre coincidentes entre as mesmas. O consagrado economista François Perroux, que tinha a sua própria definição, incumbira-se de elaborar uma lista mostrando como eram diferentes e dificilmente comparáveis entre si, sendo levado a situá-las em duas concepções: uma, a concepção “restritiva”, que reserva o termo “empresa” à empresa capitalista, essencialmente caracterizada pelo emprego de trabalho alheio e pelo móvel lucrativo que inspira a sua atividade; outra, a

concepção “extensiva”, adotada por M.Truchy e M.James, que a considera como “universalidade econômica e jurídica na qual são agrupados e coordenados os fatores materiais e humanos da atividade econômica”.

Despax adota a concepção “extensiva” de M.James. Destaca a aproximação crescente na apreciação do caráter da empresa privada e da empresa pública, afirmando que “não se torna arbitrário dizer que a empresa privada se ‘publicisa’ cada vez mais.”

Diante de tal confusão nos conceitos, propõe-se a procurar solução partindo do fenômeno da dissociação entre empresário e empresa, para chegar ao tratamento da empresa em si. Afirma que a sua noção começa a ser cuidada no Direito Comercial, começando de modo tímido e aí se desenvolvendo, mas de modo diferente do ocorrido com o Direito Civil, onde se verificou certa “imparcialidade”, explicável pela importância que aí oferece o grande primitivismo clássico da unidade do patrimônio que, embora de certa maneira, também começava a esmaecer-se.

Analisa, então, o termo em diferentes ramos do Direito e procura identificar essa “dissociação” no Direito Comercial, de início na “Teoria da Comercialidade” e, depois, nas manifestações da autonomia da empresa em relação à pessoa do comerciante. Cuida dos “atos de comércio”, no Código Comercial, que mal faz “entrevêr” a noção de empresa, o que já fôra denunciado por Escarra, pelo fato de o Código não ter tirado qualquer consequência jurídica além da repetição de certos “atos de comércio” criados pelo comerciante. Afirma que só mais recentemente a atenção dos juristas acreditou ali existir um critério de “comercialidade” que tinham, até então, procurado em vão. E argumenta que na teoria clássica da “comercialidade” é a pessoa do comerciante, ou são os atos que ele pratica, que estão em primeiro plano. Afirma que este sistema não satisfaz, pois leva a um círculo vicioso: o ato de comércio ser praticado pelo comerciante, e se reconhecer o comerciante pelo fato de praticar o ato de comércio. Daí decorre a idéia de

se fazer abstração do próprio comerciante e dos atos por ele praticados, para se atribuir tal função unicamente à empresa comercial, dela dissociando o comerciante que se acha à sua frente e registrando que uma parte desta dissociação já havia sido incorporada pela doutrina, ainda que sob a forma de tentativas.

Buscando as raízes históricas do Código de Comércio, vai à tradição das Corporações de Ofício, que a Revolução Francesa procurou abolir, onde o ofício de comerciante tinha caráter “subjetivo”, que fazia do Direito Comercial o Direito dos Comerciantes, passando a instaurar-se o sistema “objetivo”, no qual o Direito Comercial seria apenas o Direito dos Atos de Comércio. Porém, a Teoria da Comercialidade exigia a enumeração desses atos de comércio, o que se mostrou impraticável. A colaboração do pensamento jurídico então foi dada no sentido de se introduzir o conceito de “circulação”, especialmente por Thaler, com o fato “compra-e-venda” envolvendo produtor e consumidor em operações comerciais, embora não fossem incluídas atividades econômicas importantes como as industriais, de especulação, a mão de obra e outras. Assim, a idéia de circulação mostrava-se limitada.

O critério do “ato de comércio” tornava-se inexpressivo, pois se deveria procurar um ato abstraído daquele que o pratica. Esta foi a posição de Ripert, para quem existem muitos atos jurídicos que são utilizados, tanto na vida comercial como na vida civil, e somos obrigados a observá-los pelos “fins” e não pelo “objeto”, ou pela “forma”. Abandonada a “comercialidade”, no Direito Comercial, torna-se necessário definir o comerciante, repetindo-se a mesma dificuldade verificada com a morte da Corporação de Ofício.

Passa, então, à “profissionalização”, e a realização da sucessão de atos de comércio não pode mais ser concebida sem que uma organização preestabelecida sirva de suporte à atividade assim praticada. Esta **“organização é a empresa**, que vai então servir de critério à “comercialidade”.

Diante deste novo conceito de “comercialidade”, o direito liberta-se definitivamente do problema da finalidade do ato e põe em destaque a comercialidade sobre o dado tangível e objetivo da “organização” de forma comercial, com abstração de toda referência à pessoa do comerciante. Só é decisivo o elemento da “forma”. A organização da empresa em forma comercial determina sua ligação ao Direito Comercial. Em lugar do velho Direito Comercial dos atos de comercio ou das relações entre comerciantes, substitui-se por um Direito reservado às empresas. Comerciante é só aquele que explora a empresa. Esta é a posição dos partidários da empresa pelo critério da comercialidade. Já existe uma dissociação entre empresa e empresário com fundamento na tentativa de distinção entre as noções de profissão e de empresa. É a posição de Ripert e outros.

Porém, Despax dela discorda, pois havia demonstrado que a noção de profissão comercial é incapaz de resolver satisfatoriamente o problema da comercialidade. Passa a estudar os laços que unem a “profissão” à “empresa”. A “profissão” não exige uma organização material para o seu exercício. Na “empresa”, ela é essencial, pois em sua falta o empresário não se afirma como tal. Examina os fracassos das tentativas de dissociação, pois para definir a “profissão comercial” pela noção de “empresa” e tomar esta pelo critério de comercialidade, devem ser reunidas todas as profissões comerciais sob a forma de empresas e um interesse que distinguisse as empresas comerciais, das demais. Analisa a própria distinção entre “empresa comercial” e “empresa civil”. Alega que Escarra e Rault destacam no emprego da mão de obra, a constituição do aprovisionamento, a existência de um “magasin” de venda, a compra a crédito de estoques importantes de matéria prima. Porém, afirma que haveria uma longa citação destes elementos, sem que se chegasse a uma caracterização precisa.

Despax conclui, então, que “é a caracterização da empresa que desempenha o papel essencial. Uma dissociação entre empresa e empresário

é, então, possível. Se, antes, a empresa não se revelou distinta do comerciante, somente quando este transfere a sua empresa a outrem é que aparece em toda a sua originalidade a situação particular da mesma: créditos, dividas contratadas pelo comerciante continuam, presas à empresa. Afirma que “empresa não é somente um conjunto patrimonial estático, é um organismo dinâmico”. Para se manter e prosperar necessita concluir contratos e negócios. Nas transmissões verifica-se a possibilidade de a empresa possuir um “passivo próprio”, com as dividas passadas aos sucessores.

Tratando da “empresa autônoma”, Despax a analisa nas operações de nacionalização, no Direito Penal e no Direito Fiscal. Diz que nas suas incursões encontrou três tendências à admissão da autonomia da empresa: nos ramos mais antigos, a mesma não chega a se revelar porque se prendem aos efeitos dos princípios clássicos que lhes constituem barreira difícil de ser vencida; em relação ao empresário individual, está bastante marcado no Direito Comercial; acontece muito menos no Direito Civil.

No caso de “empresa societária”, esta manifesta-se igualmente à sociedade, sem todavia chegar a uma completa dissociação em relação ao empresário. Esta dissociação foi encontrada nas operações de nacionalização, em Tratados e em certos textos do Direito Penal que rompiam com princípios clássicos.

Confessa que seria em vão dissimular que a tendência à autonomia da empresa seja sempre subjacente nas manifestações claras. Assim, o Direito Fiscal constitui um excepcional exemplo, pois de maneira geral admite a autonomia da empresa em relação aos empregados e impõe o seu comando, sem temê-los.

A empresa parece essencialmente caracterizada pela distinção entre o seu patrimônio e o do empresário e pela distinção entre o seu interesse e

o do empresário. “Na sociedade” empresária, o verdadeiro empresário é a coletividade de acionistas, o que dificulta a idéia de o conjunto de acionistas ser contra o interesse da empresa.

Algumas especificidades assinaladas na obra de Despax permitem tratar a empresa por ângulos que interessam à sua análise jurídica. Assim, o tratamento da empresa como “órgão autônomo” há de se refletir em sua conceituação jurídica. A empresa como “produto do mercado”, marca-lhe definitivamente a condição econômica a ser considerada pelo Direito. Quanto à empresa tomada como “célula social”, afirma que enquanto em Economia Política o elemento trabalho não é, no seio da empresa, senão um fator de produção, a diferença de ótica é total em direito. Aí, o elemento trabalho não é mais considerado como um simples fator da produção, mas como o núcleo de uma célula social que, estreitamente ligada à célula econômica, forma a empresa. Na medida em que o empresário se separa de sua empresa, por um movimento paralelo, mas inverso, os trabalhadores, antes ligados diretamente ao empresário, deste se separam para ligarem-se à empresa. A célula econômica que constitui a empresa, tende a se superpor à célula social constituída pela comunidade de trabalhadores que participam da obra de produção da empresa. Toda evolução moderna tende a “soldar” cada vez mais estreitamente estas duas células.

O autor destaca, ainda, o “Princípio da Hierarquia”, como fundamento da organização da empresa, que deve sempre ter à frente um chefe único dotado de poderes correspondentes, e órgãos de cooperação entre o capital e o trabalho, bem como órgãos de decisão e de controle em matéria econômica, de decisão ou de co-decisão em matéria social.

Indica como constantes do funcionamento da empresa: o interesse do empresário, que influi nas decisões desta última, apesar da dissociação; a busca do equilíbrio interno entre os diferentes interesses postos em jogo pelo funcionamento da empresa; do equilíbrio entre os interesses da empresa

e os interesses individuais; do equilíbrio entre os interesses da empresa e o dos empregados; do equilíbrio na aplicação da empresa à concepção funcional de serviço público, às empresas privadas submetidas a prévia autorização para funcionamento, bem como às demais, com essa mesma função.

No tocante às discussões sobre a natureza jurídica e as funções da empresa, Despax apresenta farta indicação, da qual extraímos para o seu posterior aproveitamento em Direito Econômico, as seguintes:

- a diferença entre “sociedade” – “associação” – “organização” e “empresa”.
- Função social da empresa – assumindo a verdadeira função social, devendo ser evitado o erro de confundí-la com um agrupamento de interesse extra-patrimonial próximo da associação.
- Segundo Ripert, é preciso não confundir “direito da sociedade” com “direito da empresa”.
- Despax considerava, à época da publicação de sua obra, a empresa como um “direito nascente”.

A afirmativa deve ser revista diante da realidade que se lhe seguiu, ou seja, após cerca de meio século, durante o qual verificaram-se e continuam a se verificarem as mais profundas e avançadas conquistas tecnológicas e sociais que a humanidade vem conhecendo e às quais o Direito não pode manter-se alheio.

7. A empresa e o Direito dos Negócios (droit des affaires)

Não se pode deixar sem registro na evolução do conceito de empresa por aqueles que a tratam segundo os princípios do Direito dos Negócios (Droit des Affaires). Estudando-o em obra sob este título²³ os autores

23 Droit des Affaires, René e Jean Savatier, Jean Menif Leloup, Editions Sirey, Paris, 4^a edition, 1974

começam o primeiro capítulo alegando a dificuldade de integrar no direito uma concepção de origem econômica e afirmam que “um jurista fica embaraçado quando fala de empresa. Esta confunde o jurista porque é primeiro uma noção econômica. Constitui uma unidade econômica²⁴. Repetem a pergunta: que é a empresa?

E apontam três sentidos jurídicos da palavra “empresa”: é um “ato”; ou um “bem”, ou uma “semi-pessoa moral”, um “sujeito aparente de direitos e obrigações”.

Daí para diante, passam a analisá-la como:

- “ato isolado”, correspondente a uma das formas de “aluguel de obra”, que o Código de Comércio chamava de “contrato de empresa”, versando sobre trabalho. Seria o embrião de uma unidade econômica de produção.
- confundida com um “bem-universalidade”. Seria centralizada sobre os bens com vistas a uma certa produção. O exemplo dado é a proibição do esfacelamento de uma dada “exploração”, por partilha de herdeiros. Constitui um conjunto de bens formando um “bem global”, por estarem ligados uns aos outros. É uma concepção materialista da empresa.
- Empresa personalizada – Esta unidade econômica da produção não se limita ao equipamento, mas repousa também sobre a “equipe”. Nota-se aí o “comité de empresa”

Cuidam da criação da empresa, afirmando que esta constitui uma “sociedade” e que o Código Comercial Francês faz dessa criação um “ato de comércio”, sendo um “ato jurídico inicial” do qual decorreriam vários outros.

24 Ob. cit. p. 182

8. Cerca de meio século após

Não vemos como acoimar de “modernismo” ou de “pós-modernismo” o tratamento da empresa como “sujeito” de Direito Econômico. O que se deve lastimar é uma resistência que atinge os extremos do preconceito, de parte de privatistas arraigados.

Despax, como vimos, havia trabalhado o fato histórico mostrando que a continuidade do tratamento do Direito Comercial pelo “ato de comercio” e pelo comerciante, como seu “sujeito”, não passava de uma sobrevivência das Corporações de Ofício, vindas do regime feudal, em choque com o conceito de “Contrato” consagrado na “sociedade civil” imposta pela Revolução Francesa, que abolira aquelas Corporações. A insistência em sua continuidade no Novo Regime gerou toda a discussão doutrinária que os teóricos alimentavam e, ainda hoje, em boa parte insistem em fazê-lo. Ripert percebera o fato antes, e passara a exigir o reconhecimento de um “Direito da Empresa”, o qual, por retirar o dono individual do comando da atividade, não seria baseado no próprio capitalista.

A realidade se impunha, entretanto, em todas estas análises revelando que o ponto central não se colocava na “atividade”, mas no “poder” de executá-la. Por isto, sempre teve destaque a posição do “trabalho” como um dos fatores da produção, vale dizer, um dos componentes da atividade, que pela sua expressão no conjunto lutava por não se submeter incondicionalmente ao capital. É uma luta política em relação ao poder.

Na legislação brasileira, vimos consagrado este quadro já em 1943, pelo Decreto-lei 5.452, (Consolidação das Leis do Trabalho), que em seu artigo 3º dispõe: “*considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que assumindo os “riscos” da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*”.

Não obstante a clareza do texto, é de extasiar o esforço jurisprudencial e doutrinário, aliás bem sucedido, para a interpretação, no sentido de anular-lhe a regra, reconduzindo-a para o território privatista, apesar da força da realidade que confirma os seus valores autênticos, impondo-se nas convenções salariais, na criação do fundo de garantia, no seguro desemprego e em outras manifestações não menos eloqüentes.

O mesmo sentido de afirmativa da **empresa** no comando da atividade econômica ia sendo confirmado na medida em que fatos novos se revelavam na realidade e na vida do direito, tais como a “desconsideração da personalidade jurídica da sociedade por abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, ou encerramento, ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração”, constante de artigo 28 da Lei 8.078/90, (Código do Consumidor), e absorvida pelo Artigo 18 da Lei 8.884/94. Personalidade jurídica da “sociedade” ou da “empresa”? Ora, se é admitida a “desconsideração da personalidade”, certamente é porque foi “considerada” como “sujeito”, e não se pode anular esta hipótese com a simples alegação de que o nosso Direito não admite tal “personalidade” da empresa. Esta alegação torna-se falsa diante do tratamento da empresa por legislação que como vimos a admite, expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho, na lei de Reforma Agrária, no Direito Tributário, na lei Penal, e em tantos outros que vão conquistando autonomia na medida das exigências do progresso social e tecnológico, e para os quais a relação contratual privada perde sentido, mas especialmente na Constituição Federal de 1988 (artigos 170, 173 e 174).

É de ser registrada a aceitação mais facilitada da dissociação ante estas restrições, quando se trata de **empresa pública**, como se a presença do Estado, só por si, mudasse as circunstâncias.

Se um dado salientado pelos estudiosos da questão, como vimos, prende-se ao **poder**, no exercício da atividade econômica, e para tanto registra-se a evolução no sentido de retirá-lo da determinação individual, ainda que em relação ao capital, e submetê-lo a entidade com personalidade própria, vimos que esta é a **empresa**.

A própria atividade econômica no modelo capitalista, desenvolve-se no **mercado**, sendo este o cenário em que a empresa deve ser considerada.

9. Mercado

Longe está a simplicidade da idéia de **mercado** como mero ponto de encontro entre os elementos que oferecem e os que procuram mercadorias, serviços ou quaisquer outros bens com valor de troca.

O comportamento desses elementos corresponde aos “valores” por sua vez ligados aos “interesses ou às “necessidades” de cada um. Na ideologia liberal, está sediado na idéia de “luta”, à qual se chamou “concorrência”, baseada na “autonomia da vontade” e, portanto, na “liberdade” predominante no Século XIX e, como tal inspiradora do contrato, de natureza individualista e burguesa, tal como expressa no Código de Napoleão. A busca de “equilíbrio” na transação, exprime o ideal de “igualdade”.

Norbert Reich²⁵, um dos mais esclarecidos estudiosos do mercado, o considera como fenômeno sócioeconômico fundamental da sociedade capitalista burguesa e de seu direito, ao considerá-lo como um “*processo de socialização*”²⁶, enquanto na “formulação teórica clássica do pensamento de Adam Smith, o mercado se apresenta como *um processo de interação entre sujeitos privados*”.

25 MERCADO Y DERECHO, Editorial Ariel, Barcelona, Espanha, 1985.

26 Ob. cit. p.25

Diremos que em torno deste detalhe situa-se a argumentação daqueles privatistas que buscavam definir um direito da empresa no próprio capitalismo, como Ripert que a politisava ou a “publicisava”, submetendo-a a interesses coletivos, especialmente na medida em que se manifestava o fenômeno da intervenção do Estado na atividade econômica.

Justamente esta nova realidade do mercado é que os privatistas arraigados tudo fazem para repelir, enquanto se aplicam a elaborar princípios que com a mesma não condizem.

Por outro lado, atribuindo “personalidade jurídica à empresa” vamos compreender esse fenômeno na sua integridade. Medidas como “concentração”, “fusão”, “integração” ultrapassam os limites privados da legislação que determina o seu “modo de efetuar”, para projetar-se na política econômica do “modo de agir” para o domínio do mercado pelo monopólio, pelas posições dominantes, pelos expedientes que a regulamentação jurídica terá de definir como “uso” ou como ‘abuso’ do poder econômico posto em prática, quer pela empresa nacional, quer pela multinacional, nas suas variadas formas.

Diante deste quadro realista, nem há como aceitar diferença fundamental entre Direito Privado e Direito Público, outro ponto de resistência preconceituosa que cede lugar à “função social da propriedade”, constitucionalmente consagrada, de há muito pela Constituição e só agora absorvida no Novo Código Civil.

Tantos outros argumentos poderiam ser trazidos, não fossem as limitações de um artigo a respeito.

10. A empresa e o Direito Econômico

Não se pode negar o sem número de dúvidas e objeções antepostas ao próprio Direito Econômico no decorrer histórico da sua autonomia como

disciplina jurídica. Começando pela sua negação como tal, chegando até à generalização simplista pela qual todo direito seria econômico bastando para tanto que a norma jurídica tivesse por conteúdo ato ou fato econômico, foram anos seguidos de discussões, debates, congressos e os mais diversos modos de considerá-lo.

Por isto mesmo, vamos encontrar no seu arsenal, contribuições que vão desde as de Üg, na Suíça, considerando-o como Direito da Empresa, nesta incluindo e absorvendo as disciplinas que dela tratassem; como a de Siburú, que na Argentina o iria aproximar do Direito Comercial; ou como aqueles que desde o Século XVIII davam primazia à sua nomenclatura como tal; os que o tomavam como um direito circunstancial, “de guerra”; ou aqueles outros que, seguindo ideologias predominantes em suas épocas ou buscadas em escaninhos filosóficos, acabavam desembocando no estuário das correntes interessadas em sua identificação e conseqüente conceituação

Um dado, porém, é da maior importância para a conceituação jurídica da empresa pelo Direito Econômico: sendo de natureza econômica o conteúdo de sua norma, subordina o conceito econômico de empresa para este ramo do direito, e tal aproximação certamente facilitará o entendimento procurado, pois lhe dará a valoração jurídica. Transporta o seu sentido econômico para o campo dos valores jurídicos, comprometendo-a com a busca da justiça. No campo do Direito Econômico, pelo caminho da prática e da política econômica, chega aos objetivos pretendidos, não só de natureza econômica, mas econômico-social, muito além de se encerrar apenas na legalização dos negócios.

Exemplo convincente pode ser retirado da empresa multinacional. Em cada país pode atuar por meio de “sociedades” organizadas de acordo com a respectiva legislação comercial, porém enquanto “empresa” não se registra em nenhum deles, mas conduz as políticas econômicas, que ali deverão ser seguidas. Se deixar de interessar-lhe, encerra as atividades de

“sociedade”, mas como empresa continua funcionando, geralmente sem uma sede real e legalmente localizada. De certo modo, os “conglomerados” procuram aproveitar-se desse modelo.

11. A empresa e o Direito Econômico Brasileiro

Diferentemente do que se verificou na França, em que a própria Empresa Pública jamais recebeu regulamentação, acabando por perder o seu prestígio com a oscilação ideológica que pendeu para as privatizações, o constituinte brasileiro tomou a empresa, tanto pública como privada, pela sua autonomia destacando-a do empresário, como de certo modo prognosticara Despax. Assim, a tomamos como “sujeito” de direito.

Para chegarmos a esta conclusão apliquemos ou o “Método Analítico Substancial”²⁷, ou a Análise Econômica do Direito²⁸. Verificaremos que o “amalgama” entre o Direito e a Economia configurará a norma jurídica de conteúdo econômico, como no caso da *empresa*. Ao mesmo tempo, na determinação do “objeto” da norma de Direito Econômico, assim compreendida, vamos deparar com a *política econômica*, visto ser este o “objeto” específico deste ramo do Direito. Temos, então, “juridificada” a empresa de natureza econômica originária. Portanto, o objetivo da norma jurídica não se confunde com o seu “sujeito”, ou seja, com aquele que pratica a política econômica. Por isto, em Direito Econômico tomamos a *empresa* como seu *sujeito*, ao lado da pessoa natural e do Estado.

O embasamento da afirmativa de que o direito brasileiro já “personalizou a empresa” e o fez no texto constitucional de 1988 pode ser comprovado especialmente nos dispositivos dos artigos 170, 173, 174.

No artigo 170 garante a livre iniciativa, a propriedade privada e o tratamento favorecido “para as empresas de pequeno porte, “condicionando

27 Vide nosso “Primeiras Linhas de Direito Econômico”, 5ª Edição, Ltr. São Paulo, p.83ss.

28 Richard Posner, “Economic Analysis of Law”, Boston – 1972 – Canadá, Little, Brown and Company

estes “princípios”, e mais os da *função social da propriedade*, aos fundamentos da ordem econômica, ou seja, da política econômica. Esta dirige-se para o alcance da *justiça social*, como expressão do “valor” superior a ser atingido pelo direito.

No art.173, oferece os elementos que configuram a Empresa Pública, mandando que se estabeleça o seu “estatuto” e dispensando para a sua personalização, a exigência de contrato, como de hábito quando se trata a empresa pela ótica privada. Aponta esta modalidade de criação empresarial. O artigo é claro, abrangendo também a sociedade de economia mista, tratada na Lei de Sociedades Anônimas²⁹, e explicita que “*explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*”.

Ao nosso sentir, não deixam dúvidas sobre a prática da atividade pela empresa, a referência a “empresa” quanto ao regime a ser seguido pela empresa pública, ou a sua igualação à empresa privada quanto a privilégios.

No §4º desse mesmo artigo fica incluída a empresa privada na repressão ao abuso do poder econômico, que a Lei 8.884/94 regulamentara e nos oferece a idéia de poder econômico da empresa privada e o seu abuso, em contraposição à concorrência plenamente livre, ou seja, submetendo-a a compromissos sociais definidos pelo Estado.

Mais significativo, ainda, no sentido da personificação da empresa é o disposto no §5º do mesmo artigo Constitucional ao determinar que “*A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e a economia popular*”.

29 Lei 6.404/1976, Artigos 235 a 242

Em nossa opinião, e salvo melhor juízo, temos no texto constitucional de 1988 o tratamento da “empresa personificada”, comprometida com o interesse social (Art.170,III função social da propriedade) e que embora garantida pela propriedade privada e pela livre concorrência (Artigo 170, II e IV) deva ser tratada pelo Código Civil com a indeclinável consideração para com estes princípios constitucionais.

12. Conclusão

Da análise dos trabalhos teóricos que encontravam dificuldades por muitos julgadas intransponíveis para a conceituação jurídica da *empresa*, devido à sua natureza econômica, ousamos concluir que tal dificuldade se desfaz quando o tema é submetido ao Direito Econômico e justamente em virtude da natureza deste. Verifica-se atualmente a desvinculação da empresa ao empresário, idéia predominante no período histórico próximo à extinção das Corporações de Ofício abolidas e substituídas pelos contratos da “sociedade civil”, definida a partir do Código de Napoleão. Entretanto, não se apagara totalmente o espírito corporativo anterior, em que o privatismo jurídico clássico admitia a empresa como “objeto” e não como “sujeito” de direito. Os trabalhos teóricos, especialmente de Ripert e Despax, não só denunciaram a impropriedade desse tratamento como apontaram a necessidade de sua modificação. Com a autonomia do Direito Econômico, a composição de suas normas permitiu tomar-se a empresa como expressão do amalgama economia-direito, pela atribuição do exercício da política econômica como seu “objeto”, assumindo a empresa a posição de “sujeito”. Vários outros ramos do Direito, nas suas especificações, já haviam procedido da mesma maneira.

Por fim, o Direito Brasileiro, especialmente pelo texto constitucional de 1988, acabou por consagrar a personificação jurídica da empresa.

O Novo Código Civil trata o assunto com timidez e adota a técnica de não defini-la, deixando o seu entendimento à interpretação da definição de “empresário”, que oferece, e por sua vez leva ao entendimento de “atividade”, e não de “sujeito”. De qualquer forma, porém, os interpretes e aplicadores do novo Código Civil hão de levar em conta princípios constitucionais que afetarão o seu conceito e que não poderão ser desprezados, nem pelos civilistas, nem pelos comercialistas, pois agora estão reunidos no Código Civil pelo caminho da empresa e da linha de “unificação”, contrária à do Código de 1916 e à do Código Comercial de 1850.

Resumo:

O autor justifica a função da empresa como “sujeito” e não como “objeto” do direito, em discordância com a orientação seguida pelo Novo Código Civil Brasileiro.

Analisa a natureza econômica e jurídica de “empresa” alegando que a dificuldade geralmente apontada por juristas clássicos, não encontra mais guarida nos exemplos das “empresas modernas” detentoras de personalidade jurídica, e procura demonstrar esta nova posição, tanto em “empresas brasileiras”, em nível de legislação infraconstitucional, como especialmente no texto da Constituição Federal de 1988. Recorre a exemplo de “empresas” sem sede localizada, como as multinacionais que, em cada país, atuam como nacionais, por meio de “empresas” ali legalmente oficializadas, porém que na verdade não dispõem de autonomia nem administrativa, nem legal, pois têm o seu comando de fora do país e só ali permanecem, enquanto for do seu interesse.

Considera a importância do Direito Econômico nesta solução, em virtude de a norma deste ramo do Direito, em sendo norma jurídica, ter conteúdo econômico, diferentemente de outros ramos do Direito que tratam da “empresa”. Porém, neste, a finalidade da atividade não se esgota no

contrato de sua constituição, pois vai além, visto que sendo a “política econômica” o conteúdo de sua norma, extrapola para identificar o objetivo dessa política econômica no sentido do “justo”, segundo a ideologia adotada pela Constituição.

Abstract:

The author justifies the function of the “enterprise” as “subject” and not as “object” of the Law in disagreement with the orientation followed by the New Brazilian Civil Code.

The author analyzes the economical and juridical nature of the “enterprise” alleging that the difficulty generally indicated by classical jurists doesn’t find safe keeping anymore in the examples of the “modern enterprises”, bearers of legal personality, and tries to demonstrate this new position, both in “Brazilian enterprises”, in statutes, and especially in the text of Brazilian Federal Constitution of 1988. He refers to the example of the “enterprise” without fixed head-offices, such as the multinationals, which act in every country as national companies through officially legalized “enterprises”, although, in fact, don’t have neither administrative, nor legal autonomy, because they are under foreign control and do only stay in a certain country as long as it is interesting for themselves.

The author considers the importance of Economical Law in this solution due to the dual character of norms in this Law branch, having both juridical and economical content, unlike other branches of Law which deal with the “enterprise”. However, in this one, the purpose of the activity doesn’t wear out in the constitutional contract, because it goes further, being “economic politics” a content of its norm, it exceeds to identify the aim of this economic politics, in the path of the “fair” according to the ideology adopted by the Constitution.