

A TEORIA DA EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Moema Augusta SOARES DE CASTRO*

Sumário: 1. Introdução. 2. Etimologia da expressão empresa. 3. Empresa. 3.1 Evolução conceitual. 3.2 Conceito econômico de empresa. 3.3 Conceito jurídico. 3.4 Diferenças terminológicas existentes entre empresa, associação, sociedade, estabelecimento empresarial, firma ou razão social. 4. A teoria da empresa no direito brasileiro. 5. Atividades econômicas empresariais e não-empresariais. 6. Sociedades simples e sociedades empresárias 7. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

O novo Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que já está em pleno vigor, unifica o direito obrigacional brasileiro e consagra definitivamente a teoria da empresa, o que impõe, por conseguinte, mudanças consideráveis ao clássico Direito Comercial.

A primeira delas é a que se refere à nomenclatura: devemos utilizar a expressão empresário em substituição àquela anteriormente usada, comerciante, que, por sua vez, substituiu a antiga, mercador.

Significa, quando pouco, a aceitação de mudanças, que supostamente vieram para ficar, não se questionando aqui e agora, as correntes doutrinárias favoráveis ou contrárias a respeito da temática.

* Profª Adjunta de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Comercial.

Nós, particularmente, já nos adaptamos inteiramente ao novo termo, até porque no decorrer do semestre letivo somos levados a utilizá-la tão constantemente que o esforço é mínimo.

Os italianos há muito já a utilizam: *imprenditori*, e nós, a exemplo deles, a incorporamos no texto do Código Civil de 2002.

Portanto, o que iremos focar neste despretensioso artigo, além da mudança de nomenclatura, será a abordagem do novo diploma no que se refere à figura da empresa, do empresário (individual e coletivo), das diferenças terminológicas existentes entre as expressões empresa, sociedade, estabelecimento, companhia, firma ou razão social e a introdução da sociedade simples no universo jurídico brasileiro. Iremos tentar desfazer alguns equívocos constantes a respeito dos temas enfocados, a princípio incompreendidos por alguns profissionais do direito, e, principalmente, por aqueles pouco afeitos à linguagem e técnicas jurídicas.

2. Etimologia da expressão empresa

Na língua italiana – *impresa* – significa aquilo que se empreende. A palavra implica a idéia de dinamismo, de contínua movimentação e de riscos.

Derivada do latim *prehensus*, de *prehendere* (empreender, praticar), possui o sentido de empreendimento ou cometimento intentado para a realização de um objetivo, conforme nos relata Plácido e Silva.¹

Do vocábulo forma-se o verbo *empresar*, traduzido por produzir, financiar, participar como empresário ou produtor.

Assim, a etimologia da palavra revela um dos seus elementos subjetivos naturais: o empreendedor, o autor do cometimento empresário.

1 Silva, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: 2001, p.303.

Para Ripert, as palavras empresa e empresário pertencem à língua corrente. O uso lhes deu sentido diferente. A primeira é usada para designar toda atividade orientada para certo fim; a segunda, para qualificar a pessoa (natural ou jurídica) que, profissionalmente, executa certos trabalhos.²

Catharino noticia que, no Secular Novo Dicionário, de Constâncio, consta:

cousa que se empreende, tentativa arriscada, difícil, especulação mercantil.

A palavra possui acepções diversas, mas ao mesmo tempo muito próximas a uma ligação histórica, especialmente ao período mercantilista e às grandes viagens, nas quais o fator risco era preponderante. Representavam uma indicação de mudança – *status*, mediante as riquezas conquistadas. O risco no empreendimento, isto é, na *empresa*, tinha como prêmio, se bem sucedido, o direito à fortuna e ao lucro.³

Não entraremos aqui na polêmica a respeito dos diversos significados jurídico ou econômico atribuídos à empresa, mesmo porque não é o enfoque por nós desejado, e que se restringe ao Código Civil de 2002.

Todavia, não podemos deixar de mencionar algumas posições doutrinárias acerca do assunto. Primeiro, porque é bastante sedutora a temática. Segundo, porque para o entendimento a que pretendemos chegar, convém sejam examinados os temas fundamentais do direito empresarial: a teoria da empresa, sua introdução no direito brasileiro e a distinção entre sociedades simples e empresárias.

3. Empresa

Não é possível falar-se em empresa no sentido atual entre os povos primitivos.

2 Ripert, Georges. Aspectos jurídicos do capitalismo moderno. São Paulo: Freitas Bastos, 1947, p. 276.

3 Souza, Washington Peluso Albino de. Direito econômico e economia política. Belo Horizonte: Edit. UFMG, 1970/71, v. 2, p. 121.

Mesmo na fase de indústria doméstica ou de família, considerada como a primeira fase de produção nos períodos históricos, não havia empresa no sentido moderno.

3.1 Evolução conceitual

É na fase de produção artesanal, que se manifesta o primeiro germe da empresa.

Inicialmente, o artesão trabalhava sob encomenda dos clientes, que lhes proporcionavam a matéria-prima. Depois de algum tempo, as encomendas passaram a ser feitas por uma só pessoa, o intermediário, que assumia o risco de vender a produção nas feiras.

Em uma fase posterior, o artesão passou a produzir diretamente para o mercado, surgindo a oficina artesanal ou pequena empresa artesã, embrião da empresa moderna, uma vez que o artesão passou a assumir o risco de obter o lucro, finalidade da atividade produtiva.

A partir de então, a empresa desenvolveu-se lentamente e foi somente no século XVIII, já em pleno capitalismo industrial que completou o seu processo evolutivo.

Nos dias atuais, podemos dizer que encontramos a empresa na fase do capitalismo de grupos, caracterizada pela dissociação entre a propriedade passiva e a ativa (gestão).

Isso não quer dizer, que não coexistam pacificamente os dois modelos: o antigo, em cuja base vamos encontrar o empreendedor inteiramente identificado com o próprio empreendimento. Vale dizer, empresário individual, pessoa física, que dirige e praticamente executa ao mesmo tempo todas as atividades inerentes ao seu negócio. Ele faz tudo sozinho. No seu negócio as propriedades passiva e ativa estão associadas.

O outro modelo, relativo a grandes empresas e a grupos de empresas, reflete a dissociação entre a propriedade passiva e a ativa. Isto é, os acionistas, os donos do capital não são os dirigentes do empreendimento. A gestão das grandes empresas é delegada aos *managers*, profissionais que as administram.

No sentido figurado podemos comparar os dois modelos a dois meios de transportes, um antigo e próprio para o ambiente e a finalidade a que se destina, que é o carro de boi; e o outro, super dinâmico e ultra moderno, que é o avião Concorde, que apesar de ser excessivamente rápido, exige toda uma tecnologia e pista de pouso própria, e cuja finalidade é específica, embora por problemas outros esteja praticamente prestes a sair de circulação.

Ambos cumprem a finalidade proposta por cada um, mas de maneira inteiramente diferente.

Uma outra idéia que podemos tomar emprestada para explicarmos o convívio dos dois modelos é a da circulação sanguínea do corpo humano. Se compararmos o centro da circulação, o coração, à grande empresa, poderemos verificar que, sem os pequeninos vasos periféricos, o sangue não fluiria para as pontas dos membros superiores e inferiores. Nesse sentido é que aparecem a importância dos empresários individuais e das pequenas empresas: sem eles a circulação econômica não seria possível. Teríamos fatalmente a necrose da periferia dos membros inferiores, imagem figurada que podemos transportar para a circulação da economia.

3.2 Conceito econômico de empresa

Não há dúvida acerca do conceito econômico (unitário) de empresa: é o exercício da atividade econômica organizada para a produção de bens e de serviços para o mercado. Conceito, inclusive, utilizado pelo legislador italiano de 1942 e pelo brasileiro de 2002.

A idéia da empresa como organização dos fatores da produção é a mais difundida na doutrina, a ponto de falar-se na determinação pacífica do conceito econômico de empresa a partir desse marco.

A concepção de empresa como organização dos fatores de produção ajudou a desvincular o seu conceito da idéia de centro de combinação destes fatores, ou seja, de estabelecimento.

Hoje é pacífica a diferença entre empresa e estabelecimento, considerando-se a primeira como unidade econômica, e o segundo como unidade técnica. O estabelecimento é o instrumento de que se vale o empresário (individual ou coletivo) para o exercício da atividade econômica. Assim, uma empresa pode contar com mais de um estabelecimento.

3.3 Conceito jurídico

A confusão entre os autores a respeito do conceito jurídico de empresa era revelada pelo tratamento dado a ela no passado: *cefaléia dos comercialistas, ente fantasmagórico, abstração, e centauro jurídico*, algo que assombrava toda a construção clássica do direito.

Todas essas dificuldades acabaram por levar alguns estudiosos a tentar afastar esta questão através da negação da possibilidade ou da necessidade de ser a empresa considerada como categoria jurídica.

Se o fato econômico existe, pouco importa se é difícil ou não a sua correspondente regulação jurídica, mas é certo que esta não pode faltar.

É evidente que cada ramo do direito regulamenta o fato econômico empresa mediante as regras e os princípios próprios, mas nem por isso sua unidade deixa de impor-se à realidade da vida.

Também não importa se os estudiosos não chegam a um acordo sobre valer-se ou não do conceito econômico para o jurídico. Vale dizer, se

procura apartar-se os conceitos econômicos e jurídicos de empresa; ou se defende a adoção pura e simples da noção econômica da empresa ao campo do direito. O que importa é não se perder de vista o fato econômico empresa, regulando-o juridicamente para que sua atuação possa ajustar-se aos interesses sociais.

Asquini defende a segunda corrente, segundo a qual o direito deve partir da idéia econômica da empresa, procurando regular sua existência e seu funcionamento através de princípios puramente jurídicos. E, acrescenta que o conceito de empresa corresponde a um fenômeno poliédrico, que não tem um só aspecto jurídico, mas diversos perfis, considerando-se os diferentes elementos que o interagem. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o perfil pelo qual o fenômeno econômico é examinado:

a) perfil funcional ou dinâmico - analisada sob esse perfil, a empresa é considerada como atividade empresária, aquela particular força em movimento que é a atividade empresária dirigida a um determinado fim produtivo.

b) perfil patrimonial e objetivo - esse perfil revela a vertente puramente patrimonial, confundindo-a com o patrimônio e o estabelecimento (este pode ser entendido com o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa: unidade técnica, que já mencionamos anteriormente).

c) perfil corporativo - a empresa é considerada como um núcleo social organizado, formado pelo empresário e por seus colaboradores, o que nos leva a enquadrá-la como instituição (baseada sobre a relação de hierarquia e de cooperação entre os seus membros em função de uma finalidade comum).

d) perfil subjetivo - sob esse perfil a palavra empresa é considerada como sinônima de empresário, confundindo-se os termos em benefício do segundo, de tal forma que a empresa é o próprio empresário.⁴

4 Asquini, Albert, Profili dell'Impresa. Rivista del diritto commercial, Milano. 41, 1943, p.1/20.

A visão multifacetária da empresa, segundo Asquini, recebeu apoio da doutrina. O exemplo de Sylvio Marcondes é referência nacional:

*A tese de Asquini, hoje generalizadamente acolhida, é de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico, porque a lei ora a trata como uma, ora, como outra.*⁵

Todavia, dos quatro perfis delineados por Asquini, segundo Fábio Ulhoa,⁶ apenas o funcional realmente corresponde a um conceito jurídico próprio. Concentraram-se, com efeito, os autores no perfil funcional como sendo o conceito jurídico mais apropriado para a empresa.

Francesco Ferrara, todavia, discorda de Asquini no sentido de serem somente três os perfis, eis que não há no Código Civil italiano nenhuma norma que expresse, com segurança, a utilização da palavra empresa no sentido de organização de pessoal.⁷

Como destaca Waldírio Bulgarelli o perfil que mais se notabilizou foi o da atividade econômica organizada, sobre o qual se assenta a teoria jurídica da empresa, deduzida do conceito de empresário e estreitamente vinculada à de estabelecimento.⁸

Assim, considerando-se os conceitos legais próprios para empresário e estabelecimento, segundo os termos dos arts. 966 e 1.142 do Código Civil de 2002, a única alternativa viável é entender a empresa como atividade.

Esclareça-se, com base na posição defendida por Oscar Barreto Filho⁹, a distinção entre as figuras citadas: o empresário é sujeito de direito, a empresa é a atividade por ele organizada e desenvolvida mediante o

5 Marcondes, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 7/8.

6 Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. I. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 19.

7 Cf. *La teoria giuridica dell'azienda*. Firenze, Casa Editrice dell Dott. Carlo Cya, 1948, p. 78/9.

8 Bulgarelli, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 142.

9 Barreto filho, Oscar. *A teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 115.

instrumento adequado que é o estabelecimento, noções que iremos desenvolver um pouco mais a seguir.

3.4 Diferenças terminológicas existentes entre empresa, associação, sociedade, estabelecimento empresarial, firma ou razão social

Empresa - É figura jurídica distinta de sociedade. Quem detém a personalidade jurídica é a sociedade, roupagem jurídica com que se veste a empresa coletiva, segundo Requião¹⁰.

Para o Prof. Washington Albino¹¹ a empresa é um organismo, um ente capaz de praticar a ação econômica, não se confundindo com esta. É sujeito do ato econômico e deve ser sujeito do ato jurídico, embora o direito positivo de alguns países, incluindo o Brasil, não o adote como tal. Para Michel Despax¹², a empresa é sujeito de direito nascente. Para Requião¹³ a empresa é objeto de direito. Ela constitui um organismo econômico, que combina os fatores capital e trabalho, para a produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado, que em síntese representa o exercício de uma atividade.

O sujeito dessa atividade é o empresário individual ou o empresário coletivo, que se apresenta perante o mundo jurídico mediante a figura da sociedade empresária.

Além disso pode haver sociedade empresária sem empresa. Duas pessoas, por exemplo, juntam seus esforços, formam o contrato social, e o registram na Junta Comercial. Eis a sociedade, e, enquanto permanecer inativa, a empresa não surgirá.

10 Requião, Rubens. Curso de direito comercial. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 328/9.

11 Souza, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. Belo Hte.: Fundação de Direito Econômico, 1977, p. 14.

12 Despax, Michel. L'entreprises et le droit. Paris: L.G.D.I, 1957, p. 414.

13 Requião, Rubens. Op. cit., p. 60.

Associação - O Código Comercial de 1850 usou essa expressão como sinônima de sociedade empresária. Os usos e costumes ligados à prática mercantil, segundo Requião,¹⁴ consagraram, no sentido indicado, o emprego do vocábulo. Mas, já no art. 22 do Código Civil, de 1916, e no art. 53 do Código de 2002, encontramos o emprego da palavra associação para designar entidade de fim não-econômico, contrapondo-se à sociedade simples e à sociedade empresária.

Sociedade - é a entidade constituída por duas ou mais pessoas, com objetivos econômicos. Segundo o art. 981 do Código Civil de 2002, *celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*

A sociedade é sujeito de direito. É a sociedade que é detentora da personalidade jurídica, que adquire a categoria de pessoa jurídica.

Pela teoria da realidade técnica, reconhece-se a existência de entes criados pela vontade do homem, os quais operam no mundo jurídico adquirindo e exercendo direitos, contraindo obrigações, seja pela declaração de vontade, seja pela imposição da lei. Sua vontade é distinta da vontade individual dos membros componentes, seu patrimônio é diverso do patrimônio dos seus membros; sua capacidade, limitada à consecução de seus fins. Enfim, as pessoas jurídicas existem no mundo do direito como seres dotados do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas: têm vida própria.¹⁵

Companhia - o Código Comercial de 1850 destinou o uso dessa expressão para nomear as sociedades anônimas, na formação da denominação das mesmas, permitido o seu uso antepondo-se ao restante do nome. Exemplo: Companhia de Tecidos Santanense. No entendimento comum do comércio, por natural inclinação, reserva-se a menção companhia para a sociedade anônima, e sociedade para os outros tipos de sociedades comerciais.

14 Idem, p. 328.

15 Monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil. 1º vol. São Paulo: Saraiva, p. 100.

O Decreto nº 916/1890 permite o emprego da palavra companhia para a formação da razão social da sociedade em comandita simples e da sociedade em nome coletivo. Ex: Mendes, Soares & Cia./ Silva, Melo e Santos & Cia.

Firma ou razão social - é o nome pelo qual o comerciante ou a sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes, de acordo com o Decreto nº 916/ 1890. Firma não é sinônimo de sociedade. É o nome ou combinação de nomes dos sócios *ilimitadamente* responsáveis acrescidos ou não, das expressões & *Companhia*. Sócios **limitadamente** responsáveis não terão seus nomes empregados na formação do nome comercial, exceção da sociedade limitada, que em decorrência do art. 1.158 do CC/2002, pode usar firma ou razão social ou denominação, evidentemente que seguidos da expressão limitada, grafada por extenso ou abreviadamente.

Estabelecimento empresarial - é o instrumento do exercício da atividade do empresário individual ou coletivo, a unidade técnica de atuação desse empresário. Segundo o Código italiano é o complexo de bens (corpóreos e incorpóreos) organizados pelo empresário, para o exercício da atividade empresarial. Segundo o art. 1.142 do Código Civil de 2002, considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

REPRESENTAÇÃO JURÍDICA DE UMA EMPRESA

PERSONALIDADE DA PESSOA NATURAL (FÍSICA)	PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA
EMPRESÁRIO INDIVIDUAL	SOCIEDADE EMPRESÁRIA

4. A teoria da empresa no Código Civil de 2002

Seguindo o exemplo do Código Civil italiano, o legislador brasileiro não define empresa, mas sim empresário:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Da definição destacamos as noções de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços.

Profissionalismo - o mercador poderoso da Fenícia e de Cartago, passando pelo burguês da Idade Média, que se projeta no *manager* ou *business-man* de hoje, chamado por Walter Álvares, de príncipe da indústria, sempre foi e é uma categoria profissional que opera, atua e dinamiza a matéria de comércio.¹⁶

Vivante¹⁷ destaca os dois elementos fundamentais que caracterizam a figura do empresário: a iniciativa e o risco. É devido à atividade do empresário que é obtida a composição da organização dos fatores de produção. Partindo exatamente dessa organização é que haverá a circulação de bens ou de serviços para o mercado.

A noção de profissionalidade impõe a de habitualidade. Quem pratica atividade econômica de forma esporádica não pode ser considerado empresário. Um outro aspecto da expressão profissional, segundo Fábio Ulhoa¹⁸, é a pessoalidade. Quem exercita a atividade de empresário deve contratar empregados, que produzirão ou circularão bens ou serviços em nome do empregador. E o mais importante da noção é o do monopólio das informações detidos pelo empresário sobre o produto ou serviço objeto de

16 Álvares, Walter Tolentino. Curso de direito comercial. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979, p. 96.

17 Vivante, Cesare. Trattato di diritto commerciale. Milano: Francesco Vallardi, 1923, v. 1.

18 Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

sua empresa, principalmente se considera o âmbito das relações de consumo: condições de uso, qualidade, insumos empregados, defeitos de fabricação, riscos potenciais à saúde ou vida dos consumidores.¹⁹

Nessa primeira etapa, o Código parte da pessoa natural do empresário, o chamado individual. Todavia, a partir dessa definição podemos conceituar o gênero empresário, como sendo de duas espécies: a pessoa física ou jurídica que exerce profissionalmente (com habitualidade e escopo de lucro) atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Assim, há duas espécies de empresário: o individual e o coletivo, que é exercido mediante utilização da figura da pessoa jurídica da sociedade empresária.

Portanto, não há que se fazer confusão entre o empresário individual e a pessoa do sócio da sociedade, comumente chamado pela mídia, equivocadamente, como empresário. Quem é empresário coletivo é a sociedade empresária e não o seu sócio, chamado por Fábio Ulhoa²⁰, mui propriamente, como empreendedor ou investidor.

Atividade - outra confusão muito comum é utilizar-se a expressão empresa como sujeito de direito: a empresa requereu concordata, quando na realidade quem é o sujeito ativo processual é a sociedade empresária. É a sociedade que requer a dilação do prazo de pagamento. A empresa, enquanto atividade, não se confunde com o sujeito de direito que a explora, nesse caso, o empresário coletivo.

É comum, também, uma pessoa referir-se ao local em que a atividade é exercida como empresa: depois do expediente, passe lá na empresa para irmos juntos ao cinema. Está empregando o conceito de modo equivocado, utilizando o de estabelecimento empresarial.

19 Idem, p. 12.

20 Idem, p. 20.

Por último, também é equivocado o uso da expressão como sinônimo de sociedade. Não se deve dizer fulano e beltrano abriram uma empresa, mas sim eles contrataram uma sociedade.²¹

A expressão empresa é utilizada de forma correta quando for sinônima de empreendimento. Então, quando alguém se utiliza da expressão para avaliar a possibilidade de possível insucesso: muito arriscada a empresa, está adequada, considerando-se que está se referindo à atividade.²²

Econômica – a atividade da empresa é econômica quando gera lucro para aquela pessoa (natural ou jurídica) que a explora. Na opinião de Fábio Ulhoa, o lucro pode ser o fim ou o meio para alcançar outras finalidades. E cita o exemplo de escolas ou universidades religiosas que podem ter objetivos não lucrativos, como difusão de valores ou criação de postos de emprego para os seus sacerdotes. Chama a atenção para o fato de que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade, e, por isso, o valor das mensalidades deve superar o das despesas, mesmo nesses estabelecimentos.

Organizada – significa dizer que os fatores da produção devem estar organizados pelo empresário: capital, trabalho alheio, insumos, tecnologia (não necessariamente a de ponta, mas a de amplos conhecimentos do negócio explorado)²³, investimentos em marketing, desenvolvimento de técnicas de administração, com a contratação de profissionais que o ajudem a executar tais tarefas, desenvolvimento de uma marca que o distinga, utilização da figura do título do estabelecimento, que o fará conhecido pelo público, avaliação, investimento e desenvolvimento do ponto em que se estabelecerá.²⁴ Sem alguns desses fatores não há organização.

21 Idem, p. 12.

22 Idem, p. 13

23 Coelho, Fábio Ulhoa. Manual cit., p. 13.

24 Campinho, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.40.

Por último, em relação aos elementos que compõem o conceito de empresa estão a produção de bens: a fabricação de produtos ou mercadorias em massa (toda grande indústria é, por definição, empresarial); a produção de prestação de serviços: banco, seguradora, hospital, escola, estacionamento, provedor de acesso à internet, etc.; a circulação de bens: a atividade de intermediação mercantil típica em sua manifestação originária (o produtor leva o bem ao consumidor); e circulação de serviços: a intermediação da prestação de serviços, como por exemplo, a agência de turismo que monta um pacote de viagens, embora não preste os serviços de transporte aéreo, traslados e hospedagem, coloca-os em circulação²⁵.

5. Atividades econômicas empresariais e não empresariais

O conceito legal de empresário não engloba todas as atividades econômicas. Há atividades econômicas que não são consideradas, pelo legislador do Código Civil de 2002, como empresariais.

A primeira atividade econômica considerada não-empresarial é a explorada por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. O Código Civil de 2002 tipifica como tais os profissionais intelectuais, os empresários rurais não registrados na Junta Comercial e as cooperativas.

O contador, por exemplo, que presta serviços diretamente ao empresário individual ou coletivo, mesmo que o faça profissionalmente (com intuito lucrativo e habitualidade), não é considerado como empresário, segundo os termos do parágrafo único do art. 966 do Código Civil:

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.

²⁵ Idem, p. 14.

O que o legislador quis dizer com esse parágrafo único? Ainda que os profissionais intelectuais tenham a colaboração de empregados não será considerado empresário somente por este fator: possuir o concurso de auxiliares. O profissional intelectual que não conta com o concurso de auxiliares ou de colaboradores jamais poderá ser considerado como empresário. Ele só será considerado empresário se tiver organizado os fatores de produção, os elementos de empresa já aludidos, repita-se: capital, mão-de-obra alheia, insumos, tecnologia²⁶, investimentos em marketing, desenvolvimento de técnicas de administração, com a contratação de profissionais que o ajudem a executar tais tarefas, desenvolvimento de uma marca que o distinga, utilização da figura do título do estabelecimento, que o fará conhecido pelo público, avaliação, investimento e desenvolvimento do ponto em que se estabelecerá.²⁷

Conforme demonstrou Wille Duarte Costa, no exercício da profissão intelectual, o profissional liberal utiliza predominantemente o conhecimento adquirido durante sua formação escolar. Pode, eventualmente, utilizar-se de materiais. Todavia, no exercício de suas atividades, o profissional intelectual não transfere ao cliente a sua técnica e a sua habilidade, mas este apenas obtém o resultado delas.²⁸

Profissional intelectual - há uma exceção prevista no parágrafo único do citado art. 966, na qual o profissional intelectual se enquadra no conceito de empresário. Trata-se da hipótese em que o exercício da profissão constitui elemento de empresa, ou seja, sempre que o profissional intelectual dedicar-se mais à atividade típica de empresário (organização dos fatores de produção) do que propriamente à função científica, literária ou artística.

26 Coelho, Fábio Ulhoa, Manual cit., p. 13.

27 Campinho, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

28 Costa, Wille Duarte. A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural. Belo Hte: Faculdade de Direito da UFMG, Tese de Doutorado, 1994, p. 121-2.

Sérgio Campinho cita o exemplo da atividade profissional de alta costura. Se o objeto da sociedade limita-se à concepção de moldes e modelos de vestuários, será ela uma sociedade simples, pois há o desenvolvimento de profissão intelectual de natureza artística. Todavia, se além da concepção e desenho do modelo, o objeto engloba a confecção desse modelo, com a efetivação da venda do produto final ao público consumidor em estabelecimentos conhecidos como lojas de grifes, trata-se de sociedade empresária, eis que o exercício da atividade intelectual artística constitui elemento de empresa.

O referido autor cita outros exemplos, como as sociedades dedicadas à construção civil, nas quais a atividade profissional intelectual é exercida como elemento de empresa, e, portanto, considerada como sociedades empresárias. Ressalte-se que tais sociedades, desde a Lei nº 4.068/62, já eram consideradas mercantis.

Outras referências de sociedades empresárias destacadas por Campinho são: sociedades cujo objeto seja a exploração de espetáculos públicos (cinemas e teatros), indústrias cinematográficas, sociedades de editoração, “empresas jornalísticas”, eis que em todas elas o exercício da profissão intelectual é elemento de empresa.²⁹

Fábio Ulhoa cita o exemplo do escultor que tem um auxiliar para exercer funções operacionais, tais como, atender telefones e clientes, ir ao banco, fazer moldes, limpar o ateliê: obviamente ele, escultor, não é empresário, apesar de ter colaborador. Todavia, se as esculturas com sua assinatura são reproduzidas independentemente de sua intervenção pessoal direta, se imprime celeridade à produção, se contrata vários empregados, tornar-se-á, juridicamente, empresário,³⁰ eis que há elemento de empresa.

29 Campinho, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 41.

30 Coelho, Fábio Ulhoa. Manual, cit. p. 17.

Empresário rural – no Brasil as atividades rurais são exercidas sob duas formas: a primeira, baseada na agricultura familiar, explorada pelo dono da terra, auxiliado por parentes e alguns empregados, numa economia praticamente de subsistência e numa área relativamente pequena; e, a segunda, baseada na agroindústria, organização empresarial, composta por numerosos empregados, assalariados, com cultivo especializado e em grande extensão de área.

Considerando-se a existência fática dessa situação o legislador reservou a norma do art. 971, no sentido de permitir ao empresário rural (pessoa natural ou jurídica) a faculdade de requerer a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis de sua respectiva sede. Se ele assim proceder estará juridicamente equiparado ao empresário, para todos os efeitos legais, como por exemplo, requerer concordata e ter sua falência decretada. Vejamos o inteiro teor do mencionado artigo:

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

A conclusão, portanto, é uma vez inscrito na Junta Comercial o empresário rural submeter-se-á às normas do Direito Comercial. Porém, aquele empresário rural que explora atividade rural do tipo familiar e que não queira inscrever-se no Registro das Empresas, não será considerado empresário e seu regime será o do Direito Civil. O mesmo raciocínio aplica-se para as atividades rurais exercidas mediante a utilização de sociedade, que será simples, e como tal, deverá ser registrada no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Cooperativas – geralmente as cooperativas dedicam-se às mesmas atividades dos empresários e apesar de exercerem atividade econômica organizada, com profissionalismo, produzindo ou circulando bens ou serviços, não se submetem ao regime jurídico comercial por expressa disposição do legislador, desde a edição da Lei nº 5.764/71. O parágrafo único do art. 982 do Código Civil reiterou tal posição:

Art. 982. 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.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, as cooperativas.

Repita-se, portanto, premissa legal básica: as atividades econômicas são classificadas em empresariais ou não-empresariais.

Empresariais são as atividades econômicas organizadas como empresas: se a pessoa natural ou jurídica combina os fatores de produção, considerado por Fábio Ulhoa, como já referido alhures, capital, mão-de-obra alheia, insumos e tecnologia, confere à sua atividade uma organização denominada empresa.

Não-empresariais, por sua vez, são as atividades econômicas exploradas sem a articulação dos fatores de produção. Quando uma pessoa física ou jurídica produz ou circula bens ou serviços (mesmo tendo alguns empregados) sem relevante capital, não adquire nem desenvolve tecnologia ou insumos, falta-lhe empresarialidade.

O exemplo significativo pode ser indicado pela atividade bancária ou securitária: tal exploração é indiscutivelmente exercida por sociedade empresária, eis que a forma do exercício destas atividades pressupõe

necessariamente uma organização, inclusive, dotada de razoável nível de tecnologia, acompanhada de investimentos em marketing, desenvolvimento de marca distintiva, utilização da figura do título de estabelecimento, de aplicação de técnicas de administração por profissionais contratados para esse fim.

6. Sociedades empresárias e sociedades simples

A sociedade simples foi introduzida no direito brasileiro pelo Código Civil de 2002.

Sua origem remonta ao Código de Obrigações suíço do final do século XIX, que influenciou o italiano de 1942, e serviu de inspiração para o legislador brasileiro de 2002, embora com especificidade própria.

Segundo o perfil legislativo brasileiro, à sociedade simples cabe atividades econômicas específicas, por reserva expressa do ordenamento jurídico positivo.

São exemplos de sociedades simples:

As cooperativas, acima referidas.

As sociedades dedicadas à atividade agrícola ou pastoril, anteriormente citadas, que não se inscreverem no Registro Público de Empresas Mercantis: Junta Comercial.

As sociedades de que trata o parágrafo único do art. 966, aquelas ligadas ao exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, por exemplo, médicos, advogados arquitetos, engenheiros, químicos, farmacêuticos, músicos, fotógrafos, artista plástico.

Destaque-se aqui a sociedade de advogados, pela singularidade de seu registro, nos termos da Lei nº 8.906/94: Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil da base territorial respectiva.

Segundo Fábio Ulhoa³¹ a sociedade simples é figura de larga importância porque cumpre três diferentes funções:

Em primeiro lugar, por sua simplicidade e agilidade presta-se às atividades de menor envergadura, como os pequenos negócios, prestadores de serviços que não exploram suas atividades empresarialmente e aos profissionais liberais, como já aludido. As características de simplicidade e agilidade são facilmente verificáveis tendo em vista que admite a integralização na participação societária do sócio em serviços (ao invés de capital, como na limitada), desobriga o cumprimento de formalidades exigidas às sociedades limitadas (como por exemplo a realização de assembléia ou reunião anual de sócios para registrar aprovação de contas), e não restringe a participação de sócios marido e mulher casados em comunhão universal ou separação obrigatória (art. 977). Destaque-se que todas estas facilidades são obtidas com limitação válida da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade (art. 997, VIII) bastando para tanto, que o contrato constitutivo tenha cláusula inserida nesse sentido.

Em segundo lugar serve de modelo genérico para os demais tipos societários contratuais: aplica-se, em caráter subsidiário, à sociedade em nome coletivo, em comandita simples e, em regra, à sociedade limitada. É também a disciplina supletiva das sociedades cooperativas.

Mas, é a terceira função da sociedade simples que é a mais distintiva: além de tipo societário e de modelo geral, ela é, finalmente, uma **categoria** de sociedades.

Como categoria de sociedades, as sociedades simples são definidas legalmente por exclusão. São aquelas que não têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. A atividade típica de empresário não se define por sua natureza, mas pela **forma** com que é

31 Coelho, Fábio Ulhoa. Parecer inédito. São Paulo, agosto de 2003.

explorada. Quando a atividade econômica é explorada de forma organizada, mediante a articulação dos fatores de produção, tem-se uma empresa individual (exercida pelo empresário individual) e, se empresa coletiva (exercida pela pessoa jurídica), uma sociedade empresária.

Se não houver exploração empresarial de certa atividade, se a atividade econômica não for organizada: será sociedade pertencente à categoria de sociedade simples.

A distinção entre sociedade simples e empresária dá-se, portanto, exclusivamente em função da forma com que se exerce a atividade econômica. É esta a regra. Estabelece a lei que os dedicados às atividades intelectuais, de artesanato ou artísticas, bem como as cooperativas sempre se consideram sociedades simples.

Não constitui fator determinante para a classificação da sociedade em empresária ou simples a dimensão da empresa. Em geral, não se consegue explorar atividade econômica de vulto sem a organização empresarial. Mas não há relação necessária entre um e outro fator. A prova dessa assertiva é a constatação de que pequenos negócios podem ser explorados empresarialmente. O decisivo é a forma com que se explora a atividade: com ou sem empresarialidade.

Há somente duas exceções previstas pelo Código Civil que não se submetem à regra assinalada: as sociedades por ações, que serão sempre empresárias, ainda que não explorem seu objeto empresarialmente e as cooperativas, que serão sempre simples, ainda que organizem de forma empresarial seu negócio.

8. Conclusão

Em conclusão, a teoria da empresa não lista um conjunto de atividades econômicas submetidas ao direito comercial. A teoria da empresa qualifica

a atividade econômica em função da forma como é explorada: empresariais ou não-empresariais, atividades exercidas por empresário individual e sociedades empresárias ou por sociedades simples, respectivamente.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVARES, Walter Tolentino. Curso de direito comercial. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

ASQUINI, Albert. Profili dell'Impresa. Rivista del diritto commercial, Milano. 41, 1943.

BARRETO FILHO, Oscar. A teoria do estabelecimento comercial. São Paulo: Saraiva, 1988.

BULGARELLI, Waldírio. A teoria jurídica da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Vol.1. São Paulo, Saraiva, 2002. COSTA, Wille Duarte. A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural. Belo Hte: Faculdade de Direito da UFMG, Tese de Doutorado, 1994.

DESPAX, Michel. L'entreprises et le droit. Paris: L.G.D.I, 1957.

MARCONDES, Sylvio. Questões de direito mercantil. São Paulo: Saraiva, 1977.

MONTEIRO, Wasghington Monteiro de. Curso de direito civil. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1990.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos do capitalismo moderno. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito econômico e economia política. Belo Horizonte: Edit. UFMG, 1970/71, v. 2.

VIVANTE, Cesare. Trattato di diritto commerciale. Milano: Francesco Vallardi, 1923, v. 1.

Resumo

O instigante problema da “empresa” é tratado em linguagem clara no intuito de afastar as razões das dúvidas sobre as diversas vertentes da teoria a respeito.

Tomando o ponto central da temática, percorre os diversos autores sobre a questão da consideração da “empresa” como “sujeito” ou como “objeto”, da atividade econômica. Passando do campo das teorias à posição assumida pelo Novo Código Civil destaca importantes detalhes, como a caracterização da empresa em face do proprietário, visto como o Novo Código Civil não a define, ao passo que, ao contrário o faz com o “empresário”.

Analisa as inovações introduzidas considerando a diferença entre “sociedade” e “empresa”, com destaque para a figura da “sociedade empresária” em face da “sociedade simples”. Aponta como “regra”, que a distinção entre “sociedade simples” e “sociedade empresária” dá-se “exclusivamente em função da forma com que se exerce a atividade econômica”, tomando a letra da lei que exclui dessa condição as “atividades intelectuais, de artesanato, a artística, bem como as cooperativas”.

Conclui pela afirmativa de que “a teoria da empresa não lista um conjunto de atividades econômicas submetidas ao direito comercial”, mas o faz em função da forma como é explorada: empresariais ou não-empresariais

são atividades exercidas por empresário individual e sociedades empresárias, ou sociedade simples, respectivamente.

Abstract:

The instigating problem of the “enterprise” is treated in clear language in order to cast away the motives and doubts about the several developments of this theory.

Taking the main point of the theme, the article goes through several authors’ takes on the question of the “enterprise” as a “subject” or as an “object” of the economical activity. Crossing from the field of theories to the stand taken by the New Civil Code, the study emphasizes important details, such as the characterization of the enterprise in face of its “owner” since the New Civil Code doesn’t define it, whereas on the contrary, it offers a definition of “entrepreneur”.

The essay analyses the innovations introduced by the New Civil Code, considering the difference between “society” and “enterprise”, standing out the figure of the “entrepreneurial society” in face of the “simple society”. The present work points out as a “rule” that the distinction between “simple society” and “entrepreneur society” occurs “exclusively due to the form used to carry out the economical activity”, taking the literality of the law which excludes from that condition “intellectual activities, craftsmanship, artistic activities as well as cooperatives”.

The author concludes with the assertion that “the theory of the enterprise doesn’t list a set of economical activities submitted to Commercial Law”, but it does so in face of the form in which they are explored: entrepreneurial or non-entrepreneurial are activities carried out by individual entrepreneurs and entrepreneurial societies or simple societies, respectively.