



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

TEREZA CRISTINA LIRA DE ABRANTES

**ABORDAGEM CRÍTICA DO CONCEITO DE EMPRESÁRIO NO
DIREITO BRASILEIRO**

**SOUSA - PB
2007**

TEREZA CRISTINA LIRA DE ABRANTES

**ABORDAGEM CRÍTICA DO CONCEITO DE EMPRESÁRIO NO
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^a. Esp. Monízia Pereira Nóbrega.

**SOUSA - PB
2007**



A161a Abrantes, Tereza Cristina Lira de.
Abordagem crítica do conceito de empresário no Direito Brasileiro. / Tereza Cristina Lira de Abrantes. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

46 f.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito Comercial. 2. Direito das empresas. 3. Empresário – conceito de. 4. Código Civil Brasileiro - Empresário. I. Nóbrega, Monnizia Pereira. II. Título.

CDU: 347.7(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Tereza Cristina Lira de Abrantes

ABORDAGEM CRÍTICA DO CONCEITO DE EMPRESÁRIO NO DIREITO
BRASILEIRO

Aprovada em: 10 de dezembro de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega – UFCG
Professora Orientadora

Profa. Esp. Maria de Lourdes Mesquita – UFCG
Professor(a)

Vanina Oliveira Ferreira de Sousa – UFCG
Professor(a)

Dedico

Aos meus queridos pais, Francisco Neto e Terezinha, grandes incentivadores para que eu pudesse vencer mais essa batalha.

Ao meu esposo, Allan, que, em momentos de temor, fez-me acreditar que eu poderia vencer.

Essa vitória é nossa!

Agradeço, primeiramente, ao Senhor Deus, Dono de todas as coisas, por me colocar no Caminho Reto e me sustentar em Seus braços de Pai, acrescentando-me forças para que eu não desistisse, em momento algum, do meu sonho. A Ti, Senhor, sou grata pela bondade e pela misericórdia que me seguiram durante toda a vida.

Aos meus pais, pelo amor e dedicação incomparáveis, razão de eu superar todas as barreiras surgidas na minha vida e, hoje, poder olhar para trás com a sensação de dever cumprido, não perdendo de vista os objetivos que almejo alcançar.

A meu esposo, Allan, pela compreensão dos momentos subtraídos do nosso convívio, em favor de uma causa há muito sonhada.

À minha orientadora, Monnizia Nóbrega, que me orientou não apenas para a consecução desse trabalho, mas me deixou lições para vida, ao não permitir que eu desistisse e parasse diante de alguns obstáculos.

“Sempre haverá outra chance para sanar os seus erros, inclusive os sérios. Fracasso não é cair, mas ficar em baixo.”

Mary Piekford

“A bênção do Senhor é que enriquece; e não acrescenta dores.”

Provérbios 10:22

RESUMO

O comércio surgiu como uma forma do ser humano conseguir para si aquilo que não dispunha diante de suas necessidades, assim, durante sua evolução deixou de ser representado pela troca de produtos para uma permuta entre o produto e a moeda. Após ganhar uma estrutura organizada, o comerciante passou a ser regido por normas disciplinadoras pelo Estado. Surgiu, então, o Direito Comercial como o conjunto de normas que regulam os atos comerciais e as atividades dos comerciantes, abrangendo as leis que o definem e os atos dos poderes públicos, usos e costumes praticados pelos que exercem a atividade comercial, ainda não regulados. O presente trabalho se baseia em um estudo histórico-crítico acerca das teorias do comércio, acompanhadas da visão da empresa e seu entendimento jurídico-doutrinário, culminando no posicionamento da norma e da doutrina, acerca do empresário, analisando a evolução do conceito desse coordenador da empresa. Observa-se que a norma pátria tem a tradição de seguir as teorias européias, sendo que num primeiro momento, em 1850, adotou-se a concepção francesa, e agora, através da lei civilista de 2002, seguiu a teoria italiana. Assim, o desenvolvimento desta pesquisa estende-se desde a evolução do direito comercial, via teorias estruturais do comércio, até a conceituação do empresário. Por sua vez tem no Código Civil Brasileiro a definição de quem vem a ser o empresário, e logo em seguida, a própria norma diz quem não pode sê-lo. Percebe-se, ao final, que o legislador pátrio peca ao encarar com timidez tais conceituações, pois não traz à tona o que, de fato, define o empresário. Conduz-se, assim, à seguinte problematização: O Código Civil de 2002 abordou, precisamente, o conceito do empresário, delineando suas características de forma incontroversa? Tendo como hipótese: Não, ponderando que as peculiaridades do executor dos atos comerciais (o empresário) não foram tratadas de forma cristalina no dispositivo legal pertinente, gerando discussões sobre seu entendimento, sobretudo no que diz respeito ao aspecto da organização.

Palavras-chave: Empresário. Definição Legal. Controvérsia.

ABSTRACT

Trade emerged as a form of human being to achieve what you did not have before your needs, so during its evolution ceased to be represented by the exchange of goods for an exchange between the product and currency. After winning an organized structure, the trader is now governed by disciplinary rules by the state. There, then, the Commercial Law as the set of rules governing the actions and activities of commercial traders, covering the laws that define and the acts of public authorities, practices and customs practiced by performing a commercial activity, not yet regulated. This work is based on a historical-critical study on the theories of trade, with the vision of the company and its legal and doctrinal understanding, culminating in the position of the standard doctrine and, on the entrepreneur, analyzing the evolution of the concept of coordinator of company. It is observed that the standard country has a tradition of following the European theories, which in a first time, in 1850, adopted the design is French, and now, by law civil of 2002, followed the Italian theory. Thus, the development of this search extends from the development of commercial law, via structural theories of trade, to the concept of the entrepreneur. In turn is the Brazilian Civil Code the definition of who is to be the entrepreneur, and soon then, the very standard applies who may not be so. See, in the end, that the legislature national sins to face with such timidity Definitions therefore not bring afloat which, in fact, defines the entrepreneur. It leads itself at the following problematize: The Civil Code of 2002 approached, precisely, the concept of the entrepreneur, outlining their characteristics so uncontroversial? With the hypothesis: No, considering that the peculiarities of the executor of commercial acts (the manager) were not treated in crystalline form in the relevant legal provisions, generating discussions about your understanding, especially as regards the aspect of the organization.

Keywords: Entrepreneur. Legal Definition. Controversy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMÉRCIO E DO DIREITO COMERCIAL	11
1.1 Surgimento do Comércio.....	11
1.2 Evolução Histórica do Direito Comercial	13
1.3 O Direito Comercial como o Direito das Empresas	19
CAPÍTULO 2 DA EMPRESA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PROBLEMA DE SUA CONCEITUAÇÃO	23
2.1 Desenvolvimento do Conceito Jurídico de Empresa	23
2.2 O Conceito de Empresa nos Direitos Francês e Italiano.....	25
2.3 Abordagem do Conceito de Empresa no Brasil	27
CAPÍTULO 3 DA CONCEITUAÇÃO DO EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA LACUNA DEIXADA PELA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	32
3.1 Qualificação do Comerciante no Direito Comercial Brasileiro de 1850	32
3.2 Caracterização do Empresário no Código Civil Brasileiro	36
3.3 Abordagem Crítica sobre o Conceito de Empresário Definido no Código Civil de 2002	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O surgimento e a ampliação do comércio foram fatores decisivos para o próprio desenvolvimento da humanidade. O alargamento desse conceito foi objeto de estudo de diversos doutrinadores no decorrer dos períodos da História. À procura de consolidar um conceito que servisse de base para as relações comerciais em seu sentido genérico, o legislador mundial tratou de formular preceitos legais que instrumentassem as atividades mercantis de ferramentas necessárias ao cumprimento do seu correlato papel.

O Direito Comercial Brasileiro seguiu, inicialmente, a teoria do Direito Francês, culminando na promulgação do Código Comercial de 1850, o qual adotou a Teoria dos Atos do Comércio. Tal teoria foi suplantada pela proposição italiana, a Teoria da Empresa, finalmente adotada pelo legislador pátrio no Código Civil de 2002, que unificou os Direitos Comercial e Civil. A chamada Teoria da Empresa abrangeu diversos conceitos, que vão desde os atos de comércio, aos executores de tais atos, ou seja, o antigo comerciante e o moderno empresário.

Constatadas as tentativas infrutíferas de definição dos conceitos de empresa e empresário, por parte dos legisladores, mais precisamente pelo legislador brasileiro, verificou-se a necessidade de análise mais aprofundada sobre o tema em pauta, sopesando as diversas definições doutrinárias que se propuseram no afã de apaziguá-lo.

Destarte, os objetivos do atual trabalho são: o estudo da evolução histórica do Direito Comercial, com vistas a entender o seu desenvolvimento no decorrer da história humana; o exame das Teorias dos Atos do Comércio e da Empresa; a análise do conceito de comerciante, e do empresário, consoante as doutrina e

legislação modernas; comprovar a inexistência de um conceito jurídico preciso do termo empresário, com suporte nos posicionamentos doutrinários analisados.

Para o alcance de tal escopo, adequam-se a utilização dos métodos bibliográfico – com vista à leitura, fichamento e emprego do referencial teórico posto – e o exegético-jurídico – apropriado ao conhecimento dos preceitos legais pertinentes ao assunto.

O presente trabalho monográfico obedece à estrutura a seguir delineada: no primeiro capítulo realizar-se-á análise histórica, do ponto de vista teórico, da evolução do comércio e do Direito Comercial, bem como de suas conseqüências ao universo jurídico atual; o segundo capítulo tratará do desenvolvimento histórico-jurídico do conceito de empresa, abordando aspectos como abstração e concretização do termo e, finalmente, no último capítulo, serão abordados tópicos concernentes ao empresário, em especial, crítica ao embaraço do legislador pátrio ao aventurar-se em defini-lo.

Propõe-se, pela ratificação do problema e da hipótese previamente sugeridos, controverter o que segue: O Código Civil de 2002 abordou, precisamente, o conceito do empresário, delineando suas características de forma incontroversa? Não, ponderando que as peculiaridades do executor dos atos comerciais (o empresário) não foram tratadas de forma cristalina no dispositivo legal pertinente, gerando discussões sobre seu entendimento, sobretudo no que diz respeito ao aspecto da organização.

Ademais, a pesquisa científica comprovará que o Código Civil Brasileiro foi omissivo, se não tímido, na tentativa de conceituação do empresário, constatando que tal supressão acarreta prejuízo aos diretamente envolvidos com a atividade comercial.

CAPÍTULO 1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMÉRCIO E DO DIREITO COMERCIAL

O estudo do Direito Comercial, como ciência jurídica reguladora da atividade econômica, e essa como a matriz de relações fundamentais determinantes das estruturas política e jurídica de uma sociedade, se faz mister na medida em que é crescente a transformação das relações de produção e circulação de bens e serviços. Em todas as fases da história humana, foi nítida a necessidade de regulamentação da atividade mercantil, a qual se estabeleceu como elemento permanente nos sistemas jurídicos, desde os tempos antigos, passando pela Idade Média e chegando aos dias atuais.

1.1 Surgimento do Comércio

No início das civilizações, cada grupo social buscava formas de bastar-se a si mesmos, através da produção de material de que tivessem necessidade, utilizando-se do que poderiam obter sem esforços da natureza, como forma de garantir a sua sobrevivência. Assim eram conseguidos alimentos, armas rudimentares e utensílios, por exemplo. Com o passar dos tempos, e em decorrência do crescimento das populações, tal sistema mostrou-se insuficiente, dando lugar a outro, o qual consistia na troca de bens excedentes ou supérfluos para determinados grupos, mas muito necessários a outros, pelo que esses possuíam e de que não precisavam, no entanto, úteis aos primeiros. Essa troca de mercadorias foi importante e melhorou a vida de muitos agrupamentos humanos, apesar de ainda

não suficiente. Dessa forma, surgiram algumas dificuldades, nem sempre o que era excedente a um grupo era necessário a outro, que podia dispor de bens indispensáveis àqueles, gerando a partir de tal fato um desequilíbrio nas relações de troca.

Surgiu, então, uma inovadora forma de troca de bens: a moeda, a qual poderia ser uma mercadoria qualquer, estipulada em função de um valor a ela agregado e que possibilitava a permuta por qualquer outra mercadoria, tornando-se, assim, um parâmetro para as trocas. Originalmente a moeda era representada por um bem qualquer: gado ou alguns metais raros. Com a experiência, a mercadoria-padrão passou a ser determinada, com valor intrínseco e sucessivamente substituída por outras de maior valor (cobre, ouro, prata). Sobre tal evolução, explica Fran Martins (2005, p. 02) que:

[...] até se chegar, nos dias atuais, a pensar em substituí-la por um valor não intrínseco, mas fictício, dependendo de certos fatores de garantia do Estado emissor. Essa garantia pode ter por fundamento a riqueza potencial do Estado emissor e não a existência, em espécie, de certa quantidade de metais, em depósito, equivalente ao valor atribuído às moedas emitidas.

Com o aparecimento da moeda, surgiu uma atividade, caracterizada pela troca de quantidades de mercadorias, de diversas qualidades, por moedas. A essa atividade de venda, por parte do que dispunha do estoque de mercadorias, e compra, pelos que dela necessitavam e trocavam por moeda, deu-se o nome de comércio, o qual tem como núcleo os intermediários, pessoas que adquirem dos produtores os bens e os colocam à disposição dos consumidores, sempre os trocando por dinheiro, sendo a prestação de serviços uma extensão de tais

atividades. As pessoas que serviam de prestadoras de serviços ou intermediárias entre produtores e consumidores, procurando auferir lucros, deu-se e ainda se dá o nome de comerciantes ou mercadores.

Aponta-se, ainda, como característica da atividade comercial, a especulação, uma vez que o intermediário do comércio sempre visa a vender por mais o que adquiriu por menos. Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 03) explica que a atividade dos comerciantes pode ser vista como a de articular os fatores de produção, que no sistema capitalista são quatro: capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia. Segundo o mesmo autor, as organizações em que se produzem os bens e serviços úteis à vida humana são resultado da ação dos empresários (conceito atual), ou seja, nascem do aporte de capital, compra de insumos, contratação de mão-de-obra e desenvolvimento ou aquisição de tecnologia que realizam.

1.2 Evolução Histórica do Direito Comercial

As operações de lucro, muito crescentes no decorrer do tempo e do espaço, passaram, também, a ser alvo de controle pelo Estado, o qual, como Poder Público, tem a finalidade precípua de manter o equilíbrio social, impedindo a prática de atos prejudiciais aos interesses das comunidades, como, por exemplo, uma margem exorbitante de lucros, em detrimento do crescimento econômico dos que necessitassem das mercadorias. Por outro lado, a intervenção do Estado nas atividades comerciais deu-se por conta das contribuições dos indivíduos através de importâncias pagas pelas atividades por eles desenvolvidas (tributos, impostos e taxas). De início, tal interferência tinha o único objetivo de receber os impostos dos

comerciantes, os quais estabeleciam as suas próprias regras de regulamento da profissão.

A interferência estatal se fez sentir com mais intensidade quando o Estado passou a estabelecer normas limitativas ou mesmo impeditivas das atividades comerciais de forma soberana, utilizando-se para tanto, de leis, decretos, regulamentos e normas especiais.

Assim, surgiu o Direito Comercial como o conjunto de normas que regulam os atos comerciais e as atividades dos comerciantes, abrangendo as leis que os definem e outros atos dos poderes públicos, usos e costumes praticados pelos que exercem a atividade comercial, ainda não regulados, além de atos que são praticados por pessoas não-comerciantes ou atos que são da esfera do Direito, mas que se acham no Direito Comercial por serem praticados em função da atividade mercantil. O Direito Comercial, assim como a produção e a circulação de bens e serviços, conheceu diversas etapas no processo de desenvolvimento humano e sempre teve a preocupação de caminhar ao lado da realidade, suportando importantes modificações na mesma proporção em que os sucessivos quadros econômicos se transformaram. Enfatiza Waldo Fazzio (2003, p. 28) que:

A intermediação na troca de bens é o estágio preambular do Direito Comercial, em que já se pode identificar uma atividade profissional organizada promotora da circulação de bens, com fito de lucro. São as primeiras normações criadas para dirimir os conflitos de interesses resultantes daquela atividade.

Importantes e decisivas foram as fases da evolução do Direito Regulador das Atividades Comerciais. Na mais remota antigüidade não se encontram

informações precisas sobre o Direito Comercial. Os fenícios praticaram o comércio em larga escala, no entanto, não dispunham de normas ou regras específicas que tratassem da atividade comercial. Simultaneamente à evolução do comércio marítimo é que surgiram usos e costumes que passaram a reger as relações entre os comerciantes. As conhecidas leis ródias, da ilha de Rodas, foram adotadas em todo o território romano. Os usos e costumes constituíam leis particulares de cada cidade, as quais celebravam entre si tratados sobre regras a serem seguidas em suas transações comerciais. Quando esses tratados não eram cumpridos pelas cidades que os tivessem aceitado, as outras tomavam medidas de represália contra os mercadores.

Em Roma, pode-se afirmar que não houve um Direito especial que tratasse das relações mercantis, pois as regras que existiam eram incorporadas ao Direito Comum dos cidadãos. Havia um comércio praticado pelos banqueiros e cambistas, que possuíam livros específicos para registro de suas transações. A aristocracia romana não aceitava bem o desenvolvimento do comércio marítimo, pois considerava que tal atividade não era digna de um cidadão romano. É certo que nesse período foram maturadas normas que mais tarde serviriam de base para o Direito Comercial na Idade Média. Sobre o assunto, Fran Martins (2005, p. 06) assevera que:

Deve-se, igualmente, assinalar que algumas normas e institutos do Direito Comercial tiveram sua origem em procedimento do Direito Romano. Assim, o desapontamento dos bens do comerciante falido foi modelado na *cessio bonorum* dos romanos, procedimento segundo o qual o devedor insolvente era desapossado de todos os seus bens pelo Estado, que os vendia em hasta pública.

É, portanto, na Idade Média que se dá a verdadeira origem do Direito Comercial, entendido aqui como o conjunto de normas jurídicas, diferentes do Direito Civil, que regulariam de maneira mais direta e eficaz a atividade dos comerciantes. Nesse momento da História, o comércio marítimo desenvolveu-se no Mediterrâneo, e as cidades costeiras transformaram-se em centros comerciais poderosos. Os senhores feudais deixaram suas terras em busca da cidade e as mercadorias passaram a circular com mais liberdade, transportadas por navios que traziam junto com elas a novidade de gêneros exóticos e desconhecidos. Nesse contexto de tamanho crescimento econômico, o comércio achou espaço para sua expansão e definição, contando, ainda, com as Cruzadas para a circulação de mercadorias também por terra.

Foi nesse período histórico que os comerciantes passaram a se unir através das corporações de mercadores, espécie de organização de classe, as quais eram enriquecidas de recursos, provenientes da própria atividade comercial organizada, que facilitaram sua autonomia perante alguns centros comerciais, como as poderosas Veneza e Florença, por exemplo. Preceitua Rubens Requião (2003, p. 10) que:

É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juizes designados pelas corporações, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes. Diante da precariedade do direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário, de fato, que os comerciantes organizados criassem entre si um *direito costumeiro*, aplicado internamente na corporação por juizes eleitos pelas suas assembléias: era o *juízo consular*, ao qual tanto se deve a sistematização das regras de mercado.

Nessa etapa, pode-se observar um Direito a serviço do comerciante, pois como bem disposto pelo autor acima citado, tratou-se de um período estritamente subjetivista do Direito Comercial, considerando que esse passou a voltar-se para o lado corporativista e profissional da atividade comercial. Surgiram, então, as primeiras codificações do Direito Comercial, através dos Estatutos das Cidades, os quais podem ser caracterizados como normas especiais que tratavam de assuntos importantes, como o contrato de fretamento e as avarias, a carga e a descarga de mercadorias e outros. Exemplos de tais Estatutos são *Capitulares Nauticum*, de Veneza, o *Consulado do Mar*, de Barcelona e o *Tabla Amalfitana*, de Amálfi, todos tratando do Direito Marítimo. Nessa fase histórica tomaram corpo os principais contratos comerciais, como o de transporte, comissão, sociedades, seguro marítimo e outros, e apareceram as primeiras regras escritas de Direito Mercantil, separadas do Direito Civil, com o qual mantinha-se unificado, conforme acontecia em Roma. O Direito Comercial passara nesse momento a ser aplicado aos comerciantes por uma jurisdição especial reconhecida pelo Estado, os cônsules.

Na Idade Média, o Estado aceitava as regras de Direito Mercantil, ainda que as não tivesse imposto. Os primeiros corpos legais que apareceram traçando normas específicas da atividade comercial foram as Ordenanças Francesas, baixadas por Luís XIV, as quais, segundo Fran Martins (2005, p. 10), apresentavam-se da seguinte forma:

A primeira dessas Ordenanças, de março de 1673, dividida em 12 títulos e 122 artigos, se referia ao comércio terrestre, regulando as atividades dos negociantes, mercadores, aprendizes, agentes de banco e corretores, livros de comércio, sociedade, letra de câmbio, notas promissórias, prisão por dívidas, moratórias, caução de bens, falências, bancarrotas, jurisdição comercial.

Na França, ainda, foi promulgado por Napoleão o primeiro Código Comercial, em 15 de setembro de 1807, entrando em vigor a partir de 1º de janeiro de 1808. O referido código não inovou significativamente em matéria de Direito Comercial, mantendo em sua estrutura quase tudo o que dispunham as Ordenanças de Comércio Terrestre, de 1673, e da Marinha, de 1681, apesar de ter grande influência nas legislações, como o Código do Haiti, de 1820 e o italiano, de 1865, por exemplo. Assim como o francês, os demais códigos sofreram constantes modificações, em virtude das periódicas inovações surgidas no Direito Comercial.

No Brasil, a história do Direito Comercial remonta à condição do país como colônia de Portugal. As relações jurídicas da nova parte do Império eram pautadas pela legislação da metrópole, imperando, portanto, as Ordenações Filipinas. No momento histórico em que a família imperial refugiou-se no Brasil, surgiu a necessidade de evolução da condição de colônia, com a conseqüente organização da Corte, iniciando-se um Direito de natureza mais econômica do que comercial. Nesse período, destaca-se o alvará de 12 de outubro de 1808, que cria o Banco do Brasil e da Real Junta de Comércio.

Com Império recém-formado, havia a necessidade de afirmação de sua soberania e, por conseguinte, a criação de um Direito próprio, condizente com o seu desenvolvimento e, após morosa tramitação e acurados debates nas duas Casas Legislativas, foi sancionada a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, a qual promulgava o Código Comercial Brasileiro, que teve como fontes os códigos francês de 1807, espanhol de 1829 e português de 1833. À promulgação seguiu-se a regulamentação no mesmo ano de 1850, através do Regulamento nº 737. Da teoria à prática. O Código Comercial passou a sofrer diversas mudanças, como a extinção dos

Tribunais do Comércio, pela Lei nº 2.662/1875, quando se unificou o processo judicial; as sociedades anônimas de desprenderam do controle do Estado, em 1882, podendo ser livremente constituídas. Modificações importantes ocorreram na área de direito falimentar, como, por exemplo, o projeto do Decreto nº 2.024/1908.

No início do século XX, já se tornou aparente a necessidade de revisão do Código Comercial. Anteprojetos, como os de 1912, de Inglez de Sousa e de 1949, de Florêncio de Abreu, foram elaborados na tentativa de aperfeiçoamento da legislação vigente. Tentou-se, ainda, a elaboração de um Código de Obrigações, encaminhado ao Congresso Nacional durante o governo de Castello Branco, tendo sido retirado pelo mesmo governo e entregue para o estudo por parte de juristas. Resultado de tal estudo foi a composição do Anteprojeto do Código Civil, unificado, publicado pelo Diário Oficial da União, em de 07 de agosto de 1972, transformado na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil, no qual encontra-se o chamado Direito de Empresa, que regulamenta em seus dispositivos as atividades empresariais.

1.3 O Direito Comercial como o Direito das Empresas

O Direito Comercial, no decorrer de sua evolução histórica, teve como fulcro, em dado momento, a figura do comerciante, organizado em suas ligas e corporações (conceito subjetivista). Essa é a chamada Teoria do Direito Comercial como Direito do Comerciante, a qual ficou ultrapassada, considerando o fato de o Direito Comercial não ser apenas o conjunto de normas reguladoras das atividades dos comerciantes. Fran Martins (2005, p. 25) concorda que:

A noção de um direito que somente se relacione com os comerciantes discrepa da tônica que segmenta amplamente a unificação das obrigações civis e comerciais, donde se mostra nada consentâneo com a técnica moderna empresarial.

Procurou, então, o Direito Comercial compreender os atos acessórios praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão (penhor, mandato) e alguns institutos que, antes de maneira bem primitiva ligados ao comércio, depois se libertaram do mesmo, tornando-se autônomos, como a letra de câmbio, por exemplo. Como consequência da Revolução Francesa, os comerciantes, que anteriormente constituíam uma classe poderosa que gozava de prerrogativas especiais, perderam os privilégios decorrentes de regras jurídicas antes não estendidas à coletividade. O Código Comercial francês de 1807 declarou serem comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual, e elencou os atos que por sua natureza caracterizavam a profissão comercial, além dos atos considerados comerciais, ainda que aqueles que o praticassem não fossem comerciantes.

Desse modo, o Direito Comercial passou a ser aplicado aos atos de comércio (conceito objetivista), e a essa proposição deu-se o nome de Teoria do Direito Comercial como Direito dos Atos do Comércio. Tal teoria não se adaptou à realidade, pois a caracterização do comerciante ficou a depender da prática habitual de certos atos de comércio e, assim, nem todas as pessoas que praticassem atos de comércio seriam comerciantes. Conforme o autor acima citado, o critério para conceituar o Direito Comercial como o que ampara os atos de comércio não pode ser aceito, considerando que os atos de comércio carecem de uma caracterização científica.

Modernamente, cresce a corrente que considera o Direito Comercial como o Direito que regula a atividade das empresas. Na Alemanha foi dado o primeiro passo para a edificação do Direito Comercial moderno sob o conceito de empresa e, no Código Comercial de 1897, restabeleceu-se e modernizou-se o conceito subjetivista, pois definia tal diploma que atos de comércio são todos os atos de um comerciante que sejam relacionados à sua atividade comercial. Diante disso, tornou-se evidente que tanto os atos do comércio, como o próprio comerciante, só adquirem importância diante do Direito Comercial quando façam menção a uma empresa.

Nesse aspecto, surge na Itália, em 1942, um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares, alargando-se o fulcro do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem ao mesmo regime de normas aplicáveis às atividades comerciais. Esse novo regime de disposição normativa das atividades ligadas ao comércio foi chamado de Teoria da Empresa, oportunidade em que o Direito Comercial passou a regular de forma específica a produção e a circulação de bens ou serviços.

Em face dessa nova definição, extinguiu-se a figura isolada do ato de comércio, como também desaparece o conceito do comerciante, fazendo surgir a empresa mercantil, e o Direito Comercial passa a ser o Direito das Empresas Comerciais. De fato, essas regras jurídicas constituem um Direito novo, no entanto, entende-se que não se trata de um Direito novo, mas de novas formas assumidas pelo Direito Comercial para melhor abranger as normas que regulam as relações mercantis.

Várias críticas, contudo, são feitas a essa nova teoria, ponderando o fato de que o conceito de empresa, no sentido jurídico não foi definido, existindo uma omissão mesmo nos ordenamentos jurídicos mais modernos, como o Código Civil

Italiano, que toma a empresa como centro do sistema. No entanto, não é apenas a falta do conceito de empresa que atua contra as proposições doutrinária e legal da Teoria da Empresa, outros fatores contribuem para que o Direito Comercial não seja identificado perfeitamente como o Direito das Empresas, pois há empresas, como as agrícolas, que tradicionalmente são afastadas do Direito Comercial, além dos títulos de crédito, que são comerciais, mas fogem ao âmbito das empresas.

CAPÍTULO 2 DA EMPRESA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PROBLEMA DE SUA CONCEITUAÇÃO

O Estado Brasileiro, desde 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, determinou como fundamento básico da República Federativa, o Estado Democrático de Direito, o que denota que a base da organização federal consubstancia-se no ordenamento jurídico determinante da organização social.

Assim, o ordenamento jurídico deve nortear a existência e formalização das empresas, que, por sua vez, devem ser organizadas sob o princípio da legalidade.

2.1 Desenvolvimento do Conceito Jurídico de Empresa

Com o desenvolvimento do comércio no século XIX, a conseqüente evolução da sociedade européia, desenvolveu-se a teoria da empresa, porém, expandindo-se com mais veemência no âmbito da economia, através dos estudiosos desta ciência. Assim, organismos econômicos de produção de bens e serviços – as empresas – para os mercados, não são o reflexo de atividades acidentais ou improvisadas, mas de atividades especializadas e profissionais.

Nesse contexto, segundo Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 47), “a empresa não é um sujeito de direitos e obrigações. É uma atividade e, como tal, pode ser desenvolvida pelo empresário unipessoal ou pela sociedade empresária”.

Isso posto, conforme os ensinamentos de Rubens Requião (2003, p. 49), pode-se entender que é a empresa organismo econômico, que se concretiza na organização dos fatores de produção e que se propõe à satisfação das

necessidades alheias, e, mais precisamente, das exigências do mercado geral. Vê-se com isso que o conceito de empresa parte de princípios econômicos e jurídicos, sendo assim, o seu conceito jurídico se assenta em seu conceito econômico; haja vista ser a empresa uma combinação de elementos pessoais e reais, cuja função consiste em um resultado econômico de intento especulativo do próprio empresário.

Existe, dessa forma, a necessidade de se entender, que a disciplina jurídica da empresa é a disciplina da atividade do empresário, e a tutela jurídica da empresa é a tutela jurídica dessa atividade, pois o prisma do Direito Comercial, a empresa, na acepção jurídica, significa uma atividade exercida pelo empresário.

Como se percebe, a visão moderna de empresário culminou no conceito de empresa e sua formulação tem origem na legislação italiana de 1942, que fez desaparecer o Código Comercial e unificando-o ao Código Civil na parte referente ao Direito Obrigacional, pois como bem explica Ricardo Negrão (2003, p. 39), o conceito de empresa conduziu ao chamado sistema de empresarialidade, onde se caracteriza como empresário não mais aquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas o que pratica atividade definida em lei como empresarial. Isto posto, pode-se visualizar a noção inicial de empresa, sob a ótica economista, com cunho especulativo, e funcionamento organizado.

Nessa conjuntura, alguns doutrinadores formularam conceitos de empresa, na tentativa de preencher a lacuna deixada pela legislação vigente. Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 47), preleciona que “a empresa não é um sujeito de direitos e obrigações. É uma atividade e, como tal, pode ser desenvolvida pelo empresário unipessoal ou pela sociedade empresária”.

Conforme visto ao norte, o núcleo do legislador ao tratar da Teoria dos Atos do Comércio, qualificando a pessoa (natural ou jurídica) como comerciante, prede-

se à prática reiterada de atos considerados comerciais, enquanto na Teoria da Empresa, o enfoque da distinção é deslocado para a figura da própria empresa.

2.2 O Conceito de Empresa nos Direitos Francês e Italiano

As escolas francesa e italiana sempre divergiram nos entendimentos de suas doutrinas, haja posto a tradição vinda da França em defender a Teoria dos Atos do Comércio e a escola italiana adotar a Teoria da Empresa, seguindo cada uma um rumo diferente.

O Código Francês de 1807 trouxe consigo a idéia de empresa, elencando entre o rol dos atos de comércio todas as empresas de manufatura, de comissão, agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos. A partir de então, os comercialistas franceses começaram a buscar um conceito de empresa, o que não progrediu, tendo em vista que o conceito de empresa era desenvolvido em torno da idéia de prática de atos de comércio em massa.

Estudos realizados em 1947 elucidaram a noção jurídica de empresa, considerando comerciante aquele que é chefe de uma empresa, coletiva ou individual, organizada para determinado fim lucrativo. A tendência dos autores modernos é a de dissociar a noção de empresário da noção de empresa, fonte de incertezas que cercam a noção jurídica da empresa, pois, com efeito, o Direito considera a empresa como uma entidade autônoma distinta da pessoa do empresário, e, em certos casos, até mesmo opõe o interesse desta ao interesse daquele.

Os juristas italianos foram os que mais se dedicaram ao estudo do conceito de empresa. Quando da reforma do Direito Privado Italiano, que culminou no Código unificado de 1942, a empresa foi elevada a centro do sistema, pensamento derivado do imperativo político do regime fascista dominante. A figura do comerciante representava uma imagem tradicional do mundo capitalista, por isso foi proscrita do novo diploma. Rubens Requião (2003, p. 54) comenta:

Daí por que a empresa, no seu ordenamento corporativo, foi alçada como elemento fundamental das relações jurídicas e econômicas, tendo o Conselho de Ministros, na fase de estudos do projeto da codificação, por proposta do Min. Dino Grandi, louvado a orientação, afirmando: "As razões históricas que justificam a autonomia do Código de Comércio deviam considerar-se superadas pelo ordenamento corporativo fascista, pois o caráter profissional, um dos fatores originários do direito comercial, deixa de ser uma característica especial desse direito, desde que o fascismo enquadra totalitariamente, na organização corporativa, a economia nacional".

Foi, porém, malograda a tentativa dos fascistas em construir um conceito legal para a empresa, uma vez que o código não lhe definiu, mas explicitou resultar a sua noção da definição de empresário. Os juristas passaram a formular, segundo o novo sistema jurídico instituído, o conceito de empresa, observando os sentidos subjetivo e objetivo que a constituem.

Tiveram grande influência para os referidos estudos, a definição do conceito de empresa como um fenômeno poliédrico, onde devem ser observados os aspectos jurídicos da empresa econômica. Assim, vislumbra-se a empresa sob quatro perfis, a saber: a) perfil subjetivo, segundo o qual a empresa deve ser vista como o empresário; b) perfil funcional, que vê a empresa como atividade empreendedora; c)

perfil objetivo ou patrimonial, que vislumbra a empresa como estabelecimento e d) perfil corporativo, o qual identifica a empresa como instituição.

Conforme comenta o autor acima citado, houve vários debates entre os autores italianos sobre a definição do conceito de empresa, chegando-se à conclusão de que a empresa supõe uma organização por meio da qual se exercita a atividade; todavia, o conceito de empresa não tem, na realidade, relevância jurídica, pois os efeitos da empresa não são, se não efeitos a cargo do sujeito que a exercita, isto é, do empresário.

2.3 Abordagem do Conceito de Empresa no Brasil

Nesse capítulo já foram apontadas diversas conceituações de empresa, variando do antigo entendimento econômico do termo empresa, até as definições dadas pelo Direito Comparado. É facilmente perceptível, conforme será visto adiante, a indefinição jurídica acerca do tema, pois em nenhum momento, o legislador brasileiro ousou de maneira satisfatória para que pudesse trazer à tona o citado tema, apaziguando definitivamente as celeumas existentes.

O Regulamento nº 737 de 1850, ao enumerar os atos de comércio, incluiu as empresas, dando início no campo do Direito Comercial pátrio aos trabalhos de sua conceituação. Rubens Requião (2003, p. 56) comenta que:

É evidente que o legislador, ao incluir as empresas entre os atos, como figurativas ou componentes da mercancia, usou da expressão, tal como Escarra anotou no direito francês, como repetição de atos praticados a título

profissional. Aliás, nesse sentido é conhecida a preleção de Inglez de Souza: "por empresa devemos entender uma repetição de atos, uma organização de serviços, em que se explore o trabalho alheio, material ou intelectual. A intromissão, se dá, aqui, entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado desse trabalho, com o intuito de lucro".

Esse conceito de empresa não mais serve para ser utilizado hoje, pois, a empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade. Ainda assim, o tema em pauta torna-se impreciso, pois o Direito Comercial pátrio vem se preocupando com a sua forma de definição, concluindo-se que há inexistência de componentes jurídicos, que combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa, ou que, considerada a constância do substrato econômico, inexistente um conceito de empresa como categoria jurídica.

Diante dos motivos expostos, percebe-se que a dificuldade em se defender ou conceituar o que seja empresa decorre de sua própria natureza jurídica, pois uns a consideram como mero objeto de direito, uma verdadeira abstração sem vida própria, e outros a consideram como sujeito de direito, tendo vida independente da vontade de seus sócios.

O entendimento que trata da abstratividade da empresa, é fielmente definido por Rubens Requião (2003, p. 59), pois segundo ele é preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma abstração e que para muitos tal afirmativa parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material visível. Daí por que o conceito de empresa se

firma na idéia de que é ela o exercício de atividade produtiva, e assim do exercício de uma atividade não se tem senão uma idéia abstrata.

O motivo determinante da dificuldade em conceituar a empresa é o variado número de significados para o termo em pauta, em especial, à confusão feita no dia-a-dia pelos leigos, haja posto, o entendimento popular confundir a empresa com o estabelecimento comercial, este sim, possuidor de uma conceituação concreta, conforme preleciona Fazzio Júnior (2003, p. 93), "estabelecimento comercial designa o exemplo de meios idôneos, materiais ou imateriais pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio". Entende-se, ainda, por estabelecimento comercial a reunião dos bens necessários ao desenvolvimento da atividade econômica do empresário, portanto, faz parte da concretização e não da abstratividade da empresa. Assim, é comum verificar, no cotidiano, empresários fazendo referência ao seu estabelecimento comercial ou sociedade empresarial como "minha empresa", prejudicando a compreensão. Sobre esse juízo, Ricardo Negrão (2003, 40) ratifica:

A expressão empresa é utilizada, no dia-a-dia, com uma variedade numerosa de significados, que vão desde o sentido de organização, passando pela noção de estabelecimento e chegando, de certa forma, à sociedade comercial, o que, como alude Waldirio Bulgarelli, não contribui para a certeza e segurança característica do ordenamento jurídico.

Destarte, se de um lado político-econômico a empresa é uma realidade, do jurídico é uma abstração, porquanto, reconhecida como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens componentes da atividade, a relação entre a

pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma entidade abstrata, devendo-se, na verdade, ligá-la à pessoa do titular, isto é, ao empresário.

O Código Civil de 2002 reporta ao termo empresa sem defini-lo ou diferenciá-lo, porém, na tentativa de melhor transmitir seus conceitos jurídico e econômico, a doutrina tratou de classificar a empresa segundo alguns fatores, quais sejam: a) pela personalidade jurídica do empresário, onde se verifica a empresa personificada (sendo aquela devidamente registrada na Junta Comercial) e a empresa não personificada (aquela que não registro perante a Junta Comercial); b) pelo número de empresários, constatando-se o empresário individual quando a empresa é organizada e colocada em funcionamento por conta e risco de uma única pessoa, e a sociedade empresarial, que é a empresa ativada por pessoa jurídica; c) pela atividade, onde se tem a empresa civil, que é aquela exercente de atividade diferente da empresarial, e empresa comercial, a qual exerce atividade própria de empresário; e d) conforme a estrutura, verificando-se a empresa pública, que é a atividade exercida por um órgão público, sendo estabelecida por lei, para a execução de atividade econômica atribuída ao governo, fornecendo o patrimônio e administrando, sem fim de lucro, e a empresa privada, a qual é resultante da iniciativa de particulares, que são empresários comerciais ou civis fornecedores do patrimônio, que a administram, com o fim de lucro e empresa de economia mista, ativada por iniciativa de um órgão público, juntamente com particulares, que compõem uma sociedade designada de sociedade anônima de economia mista, criada por lei, após autorização do poder legislativo, e administrada pelo órgão público, sócio majoritário.

Sobre a omissão dos legisladores na definição do conceito de empresa, Rubens Requião (2003, p. 58) comenta que:

Como se vê, colocou-se o eminente jurista nacional em posição empírica, preocupado apenas com os aspectos práticos, relegando o prisma científico da análise da empresa. O estudo da matéria é incoercível entre nós, malgrado a fragilidade de nossa organização empresarial.

A comissão de professores que elaborou o projeto do Código Civil se deixou dominar pelo acanhamento e pela perplexidade dos juristas italianos de 1942 e evitou definir a empresa, adotando o mesmo critério do código italiano, conceituando apenas o empresário. A falta de definição legislativa apontada deriva da diversidade das definições de empresa, segundo a multiplicidade de perfis do fenômeno econômico. Parte da divergência decorre do aparente desaparecimento do secular direito comercial, que teria perdido o seu caráter especial ante o ordenamento jurídico mais abrangente do Direito Civil. Anota-se, por fim, que, diante da omissão legislativa histórica, a doutrina passou a assumir o seu papel de explicar a norma e seu o entendimento determinante consubstancia-se na idéia abstrata de empresa.

CAPÍTULO 3 DA CONCEITUAÇÃO DO EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA LACUNA DEIXADA PELA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Dentre tantas inovações incrementadas pelo Código Civil de 2002, chama a atenção o sepultamento da imagem do comerciante e o reconhecimento legal da figura do empresário.

O comércio e os atos reputados comerciais sucumbem diante da noção que o recente ordenamento jurídico civil oferece acerca da atividade do empresário, tornando o protagonismo do Direito Comercial fragilizado pela ascensão do Direito de Empresa.

3.1 Qualificação do Comerciante no Direito Comercial Brasileiro de 1850

Conforme já revelado no decorrer da presente pesquisa, os comerciantes surgiram seguidos à origem do comércio e já eram caracterizados como as pessoas que serviam de prestadoras de serviços ou intermediárias entre produtores e consumidores, as quais procuravam auferir lucros.

No campo do Direito Comercial, tanto o comerciante como o ato de comércio que ele profissionalmente praticava constituíam conceitos de direito positivo, dessa forma, a definição legal de comerciante, a qual foi mais largamente difundida pelo art. 1º do Código francês de 1807, o qual reputava como comerciantes aqueles que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual.

Como se pôde constatar, para se chegar à compreensão do conceito de comerciante se fez necessário descer à análise preliminar do que seriam atos de comércio. Pelo fato de o conceito desses atos ser eminentemente legal, a noção de comerciante era decorrente, por conseguinte, da própria lei, assim, foi sobre o conceito legal de atos de comércio que o Código francês edificou o conceito de comerciante ao norte descrito. Diante disso, para tal dispositivo legal, praticava o comerciante, atos de comércio, mas, a simples prática desses atos não o caracteriza como tal, pois podiam eles ser exercitados por quem não o fosse. Dessa forma, como exemplifica Rubens Requião (2003, p. 79) "um funcionário público que esteja proibido por lei de ser comerciante pratica, todavia, ato de comércio quando assina título de crédito referente à compra a prazo que efetue".

Para que houvesse a individualização da figura do comerciante, se fazia necessário majorar a elucidação de que a prática de atos de comércio deveria ser efetuada em massa, isto é, deveria ser ele um profissional dos atos de comércio, conferindo-se, portanto, para a qualificação de comerciante, que alguém profissionalmente exercitasse tais atos. A definição, em consequência, tornara-se válida quando à prática de atos de comércio se era adicionada a característica do profissionalismo de seu exercício, que o Código Francês reforçava com a expressão habitual, ao dizer que é comerciante quem faz do exercício dos atos de comércio profissão freqüente.

O avigoramento da expressão, com o uso do adjetivo habitual, na definição legal francesa, foi severamente criticado, considerando o fato de a palavra habitual ser pura redundância, porque é de natureza a provocar erros. A profissão não se confunde com o hábito, a repetição de atos de comércio independentes um do outro é necessária para criar um hábito, todavia, não uma profissão. Assim, como

exemplifica Rubens Requião (2003, p. 80), não eram comerciantes os particulares que rubricavam usualmente efeitos de comércio, ou que praticassem compras e vendas especulativas de valores de Bolsa, por exemplo. De outra monta, o adjetivo habitual não adicionava nada ao sentido da palavra profissão, seria, portanto, errôneo, por exemplo, deduzir que era necessário, para a aquisição da qualidade de comerciante, uma repetição de atos de comércio satisfatoriamente importante e prolongada, opinião de alguns inconciliável com aquela, geralmente admitida, na qual um comerciante adquiria essa qualidade desde quando iniciava sua atividade. É através dos fatos, destarte, que, atendendo aos pressupostos legais, se classificava alguém como comerciante.

Dessa forma, se fazia necessário indagar se era suficiente a prática de atos de comércio para qualificar alguém como comerciante e, verificada tal prática, dever-se-ia provar que ela configura uma profissão. Tal conclusão induz ao questionamento do que seja profissão. O autor acima citado considerou profissão a atividade pela qual o indivíduo obtém seus meios de vida, não sendo necessário para caracterizá-la a obtenção de todos os recursos, pois seria admissível a acumulação de atividades, fora do âmbito do serviço público. Essas observações ocorrem porque o simples registro de alguém no Registro do Comércio, com firma individual, não cria a profissão e não lhe dá a condição de comerciante. O registro, não é constitutivo, mas simplesmente declaratório da qualidade de comerciante, e, se houver prova de que o inscrito no Registro do Comércio não exercita profissionalmente atos de comércio, não adquire ele a condição de comerciante.

O Código Comercial Brasileiro, instituído pela Lei 556, de 25 de junho de 1850, adotou a teoria francesa, no entanto, não copiou integralmente a definição de comerciante adotada pelo ordenamento jurídico daquele país, como ocorreu com os

de outras nações. A legislação pátria comercial, à época do citado código, traçou o perfil do comerciante, segundo os elementos que o artigo 4º oferecia, *in verbis*:

Art. 4º. Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que esse Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.

Numa rápida leitura de alguns artigos da legislação comercial de 1850, percebe-se que o código omitiu o significado de mercancia e a definição de comerciante se esgotou na idéia do sujeito que desenvolve a mediação numa relação de troca estabelecida entre produtor e consumidor. Verificada a lacuna deixada pelo legislador, sob influência do Código Francês, foi solucionado o problema da subjetividade limitada ao preceito mediador, através da publicação do Regulamento nº 737, em cujo artigo 19 ofereceu o elenco de atos representativos do significado de mercancia, muitos deles diferentes da primitiva ação mediadora entre produtor e consumidor.

Assim, segundo o artigo do regulamento antes citado, eram considerados atos de comércio: a) a compra e venda ou troca de bem móvel ou semovente, para sua revenda, por atacado ou varejo, industrializado ou não, ou para alugar o seu uso; b) as operações de câmbio, bolsa ou corretagem; c) as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; d) os seguros, fretamentos, riscos; e) quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo e à armação de navios. A partir desse momento, a exemplo do que aconteceu na França, o ordenamento comercial brasileiro deixou de ser um instrumento de comerciantes no exercício da profissão, e se transformou no

Direito de atos especiais, ditos de comércio, a ele submetidos, independentemente de ser ou não o comerciante a pessoa que os realizasse.

O Código Comercial de 1850, e o Código Civil de 1916, que regulavam o direito das empresas mercantis e civis no Brasil até 11 de janeiro de 2003, adotaram, como critério de divisão das empresas, as atividades exercidas por elas, isto é, dispunham que o empreendedor que desejasse atuar por conta própria, ou seja, sem a participação de um ou mais sócios em qualquer ramo de atividade mercantil (indústria e/ou comércio, ainda que também prestasse algum tipo de serviço), deveria constituir uma Firma Individual na Junta Comercial, ou, caso quisesse atuar, exclusivamente, na prestação de serviços em caráter pessoal e com independência, deveria registra-se como autônomo na Prefeitura local. Porém, de acordo com explicações realizadas no Capítulo 1 dessa pesquisa, tais divisões não constituem mais o Direito Comercial moderno, uma vez que o sistema jurídico brasileiro passou a adotar uma nova classificação que não mais se apóia na atividade desenvolvida pela empresa, mas no aspecto econômico de sua atividade, fundamentada na Teoria da Empresa.

3.2 Caracterização do Empresário no Código Civil Brasileiro

Quando foi adotado o sistema que estrutura o Direito Comercial sobre o conceito de empresa e da figura do empresário comercial, não se pretendeu separá-lo do conceito tradicional de comerciante, tendo em vista que a figura do mesmo não desapareceu, pois a ciência e a prática do comércio continuarão a ser exercidas, como vem sendo desde a sua consolidação nos tempos antigos. Para atender à

Teoria da Empresa, na concepção do novo Código Civil brasileiro, a figura do comerciante individual passou a ser a do empresário. Não se pode, em uma época de transição em que progride o direito comercial, deixar de se socorrer à antiga doutrina, sob pena de tornarem seriamente lacunosas estas dissertações.

O empresário é figura central da empresa. Muitos autores não distinguem o empresário comercial da antiga figura do comerciante. Praticamente a figura genérica do empresário comercial coincide hoje com aquela do comerciante conhecida do "velho" direito. Na França ensaiou-se, não há muito, a substituição do conceito de comerciante pelo de chefe de empresa, coletiva ou individual, com finalidade lucrativa. Malogrou, porém, a tentativa, revelando-se a aversão de inúmeros juristas pela nova figura.

Não há dúvida de que o empresário comercial, na linguagem do direito moderno, é o antigo comerciante. Nesse aspecto, portanto, as expressões são sinônimas. Mas é preciso compreender, por outro lado, que a figura do comerciante se impregnou de um profundo exclusivismo, resultante do individualismo que marcou historicamente o Direito Comercial e cujas regras eram expressão dos interesses do sistema capitalista de produção.

O conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, fez com que o empresário comercial não fosse mais o empreendedor egoísta, separado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, todavia consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é, ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da coletividade em que vive. Nesse sentido, mais ideológico do que científico ou jurídico, é que se deve

distinguir o empresário moderno do comerciante antigo, deduzindo-se da noção de empresa, uma mistificação inconsciente, ou consciente, que tende a atenuar a seriedade das lutas sociais, e a fazer esquecer aos assalariados seus verdadeiros interesses. Mister se faz estudar e conhecer o perfil do comerciante antigo ao lado dos novos conceitos sobre o empresário. Não se pode atuar, como os juristas italianos, que, por força das regras do Direito Positivo, tiveram que ultrapassar definitivamente o perfil doutrinário e a nomenclatura de comerciante.

O Código Civil Brasileiro define o empresário no art. 966, que assim o expressa:

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

Parágrafo único. Não é considerado 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.

A partir da interpretação conjunta dos dispositivos antes citados, resta a caracterização de empresário como um profissional, o qual desempenha, portanto, sua atividade de forma habitual, que exerce atividade econômica, aqui entendida como a que produz e faz circular bens ou serviços, visando ao lucro, e que pratica sua atividade de forma organizada, voltada para a circulação de bens e serviços. Portanto, o empresário é a pessoa física ou jurídica, que faz funcionar a empresa, desempenhando atividade econômica, organizada para produzir ou fazer circular bens ou serviços e satisfazer as necessidades alheias.

Para fins do artigo supra, a palavra empresa tem como base de significação um perfil funcional, ou seja, é uma atividade organizada, realizando a produção de bens e serviços, mediante organização de fatores de produção (capital, trabalho, matéria-prima). Tal organização deve ser profissional, portanto, contínua e com intuito de lucro, objetivando meio de vida, atos isolados não são empresariais, ainda que com conteúdo econômico. Essa é a Teoria da Empresa.

Destarte, a noção jurídica de atividade econômica organizada exige o concurso de atividade profissional alheia, não sendo classificado como empresário, à luz do diploma legal cível, o que pratica atividade econômica individualmente. O autor Bruno Mattos e Silva (2007), explica que:

A organização não compreende apenas a contratação de serviços sob regime civil ou trabalhista. Juridicamente, a organização definida no art. 966 é a organização de fatores de produção. Abrange capital e trabalho. O capital compreende o *estabelecimento*, que é o conjunto de bens utilizados pelo empresário na sua atividade econômica (estoque, matéria-prima, dinheiro, marcas, automóveis, computadores etc.).

Não se pode esquecer o parágrafo único acima citado, especialmente destinado aos exercentes de profissão intelectual. Lá está consignado que, de regra, tais profissionais não são considerados empresários, exceto quando o exercício de sua profissão se constituir elemento de empresa. Da forma como está posta a definição, tal elemento de empresa seria, justamente, a conjugação das características delineadas no caput, do artigo 966, assim, o exercente de profissão intelectual que articula sua atividade de forma a estarem presentes todas as características analisadas linhas atrás, será considerado empresário.

3.3 Abordagem Crítica sobre o Conceito de Empresário Definido no Código Civil de 2002

Em substituição ao primitivo Código Comercial de 1850, o Código Civil vigente traz à luz um livro destinado ao Direito de Empresa, que disciplina a existência jurídica do empresário. Apesar de não ser encontrado um conceito preciso, a simples leitura do artigo 966 do citado diploma legal, leva a crer que a empresa corresponde à estrutura organizada, destinada ao exercício da atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços. É dessa forma que o novo Código, ao tempo em que soterra as figuras do comerciante e dos atos do comércio, amplia a abrangência dos agentes aptos a exercerem as atividades empresariais, os empresários.

No entendimento da professora Mônica Gusmão (2005, p. 08):

São requisitos caracterizadores da figura do empresário, (1º) a capacidade para o exercício de atividade empresarial (CC/2002, art. 972), (2º) o efetivo exercício de atividade econômica organizada e (3º) em caráter profissional e habitual (art. 966).

Tal definição serve tanto para o empresário individual quanto para o empresário coletivo (por força do artigo 982, CC), sendo a profissionalização, caracterizada pela atividade de forma habitual. Para Ricardo Negrão (2003, p. 48) “a atividade organizada compreende a organização do trabalho alheio e do capital próprio e alheio”.

No entanto, entende-se que não é imprescindível a utilização de capital alheio para que alguém exerça atividade empresarial, pois pode haver organização mesmo sem a presença de capital de terceiros injetados direta ou indiretamente no negócio, tendo em vista que o simples fato de um sujeito injetar recursos próprios em sua atividade não faz com que o mesmo deixe de ser empresário.

Um aspecto importante a ser analisado é que o artigo em estudo, não atende à necessidade de uma definição satisfatória de empresário, isso pela dificuldade até agora intransponível de se delimitar os contornos da organização como característica essencial do exercício da atividade empresarial, e, por consequência, da definição de empresário.

Existem pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários – conforme determina o parágrafo único, do artigo 966 do Código Civil – são as pessoas que exercem profissão intelectual, pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta o elemento de organização dos fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço.

Sucedese, assim, que as chamadas profissões liberais podem ser exercidas por empresários, desde que organizadas em empresas, sujeitas, outrossim, às particularidades inerentes a cada profissão. O parágrafo único do artigo em tela, ao tratar dos referidos profissionais que não são considerados empresários, exceto quando o exercício de sua profissão se constituir elemento de empresa, tentar excetuar, ou mesmo explicar, o caput, no entanto, por sua prolixidade, leva a pensar

que se torna totalmente dispensável para a qualificação do empresário, pois, se não constitui elemento de empresa, o exercício de profissão intelectual, de naturezas científica, literária ou artística, não se enquadra na definição do caput. De outra parte, se faz necessário destacar que não somente a atividade empresarial poder ser tida como não empresarial. Assim, se não há constituição de elemento de empresa, o exercício de qualquer profissão, mesmo que de natureza comercial, não caracteriza o indivíduo que a exerce como empresário.

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

Fábio Ulhoa Coelho (2007) ensina que a organização, como requisito da caracterização da atividade empresarial está presente quando são articulados pelo sujeito que está à frente do negócio os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. Insuficiente foi a tentativa do respeitado autor em delimitar o referido conceito. Tomando, ainda, o exemplo do médico acima citado,

pode-se imaginar a hipótese de existirem consigo alguns poucos auxiliares (mão-de-obra), tendo injetado capital no seu negócio, seu consultório esteja equipado com tecnologia de ponta e utilize insumos para a prestação dos serviços. Se tal profissional, ainda que articulando todos os fatores de produção mencionados, mantém sua estrutura girando em torno da sua prestação de serviços pessoal, certamente não poderá ser caracterizado como empresário.

Diante da problemática de indefinição do conceito de empresário, torna-se arriscado selecionar esse ou aquele indivíduo como empresário. As Juntas Comerciais, por exemplo, mantêm, indevidamente, pessoas registradas como empresários que não se adequam à definição legal, são indivíduos que exercem o comércio sozinhos, ou exclusivamente com a ajuda de familiares, sem qualquer organização e são mantidos como empresários individuais. Por outro lado, existem profissionais liberais, que exercem individualmente sua atividade, em um escritório ou consultório com diversos empregados e um excelente aparato tecnológico, cujo registro como empresário não tem sido, na prática exigido. Aliás, levando em consideração a tênue linha que separa o profissional intelectual não empresário do empresário, muito difícil será até mesmo a construção de jurisprudência consistente no sentido de definir critérios seguros para determinar a presença ou não da empresarialidade em determinados casos concretos.

Por todo o exposto, pode ser uma solução prática viável para resolver a problemática da caracterização do empresário individual, a fixação, através de lei, de critérios seguros para que o intérprete possa defini-lo sem ter margem de discricionariedade para flexibilizar a definição ao sabor de sua percepção subjetiva de realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos expostos, percebe-se a nítida interferência do Direito Comercial em todas as fases do desenvolvimento das atividades comerciais, ora regulando-as, ora alterando-as. Aduz-se aos demais, o fato de o legislador ter procurado, no decorrer da evolução do Direito Comercial, reunir, em ordenamentos jurídicos próprios, preceitos relativos à atividade modernamente chamada de empresarial.

Destaca-se, também, a tentativa, por parte do legislador brasileiro, de conceituação do empresário, segundo os ditames da mais recente Teoria de Direito Comercial, a da Empresa, a qual considerou empresário como quem exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, excetuando-se da definição o profissional intelectual, de naturezas científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

A despeito das definições supramencionadas, a legislação pátria não logrou êxito ao tentar esboçar o conceito jurídico de empresário, não estipulando legislativamente um limite objetivo, a partir do qual se pudesse considerar os demais indivíduos que exercem individualmente atividade comercial, que não se enquadrassem na posição de profissionais intelectuais ou produtores rurais, como empresários.

Uma mudança em alguns artigos do Código Civil com o objetivo de permitir que, aquele que exerce, individualmente, atividade intelectual, de naturezas artística, literária ou científica, possa optar livremente pelo seu enquadramento como empresário, assim como o é com o produtor rural. Por outro lado, sugere-se que seja

determinado para que os sujeitos, cujo exercício da atividade comercial se dá com auxílio de empregados, sejam caracterizados como empresários, considerando que já existe sedimentado um conceito de empregado no direito trabalhista, do qual poderia lançar mão o Direito Comercial como forma de solucionar a presente problemática. Essa última sugestão é válida no momento em que se percebe que o exercente de atividade negocial (individualmente), o qual não seja rural ou intelectual, hoje não tem como registrar um indivíduo como seu empregado se não possuir inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), para o que, por certo, ser-lhe-á exigido registro na Junta Comercial, caso efetivamente exerça a atividade comercial.

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

Vê-se que o atual ordenamento jurídico cível brasileiro, ao não delimitar as características do empresário, sobretudo a que diz respeito ao aspecto da organização, é omissivo, portanto, ineficaz nesse aspecto. Essa lacuna deixada pela legislação pátria conduz a celeumas doutrinárias e a erros que poderiam ser evitados, caso as sugestões aqui propostas, além de outras nesse trabalho não referidas, fossem adotadas. Tem-se, por conseguinte, a necessidade de se classificar, sem irrefragáveis questionamentos, o exercente da atividade mercantil, sem prejuízo para o próprio Direito Comercial moderno, que estabelece seus princípios e normas com base no conceito atual de empresário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

_____. *Código Comercial, LEI 556 de 25/06/1850*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=229535>>. Acesso em: 15 out. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Parecer elaborado para o Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas*. Disponível em: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/parecerfabio.htm>>. Acesso em: 06. set. 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUSMÃO, Mônica. *Direito empresarial*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Bruno Mattos e. *A teoria da empresa no novo Código Civil e a interpretação do art. 966: os grandes escritórios de advocacia deverão ter registro na Junta Comercial?*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3606>>. Acesso em: 06 set. 2007.