

O CONCEITO DE EMPRESA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL – Algumas idéias.

Marcelo Moscoliato

(Artigo publicado no livro *Temas de dissertação em concursos públicos da magistratura federal* (coord. Sérgio Gonini Benício), São Paulo: Editora Federal, 2006)

Resumo: O objetivo deste trabalho é trazer à discussão alguns aspectos do conceito de empresa no Novo Código Civil Brasileiro, a Lei Ordinária 10.406¹, de 10 de Janeiro de 2002. Como o legislador não definiu o que é empresa, limitando-se a definir o que é empresário, agora cabe à jurisprudência definir os elementos daquela.

Sumário: 1- Introdução. 2- Como era antes do NCC? Onde estão os atos do comércio? 3- A teoria da empresa ou o NCC e o seu art. 966 – Solucionado o problema? 4- E o § único do art. 966 do CC? 5- Empresa: três exemplos na jurisprudência recente 6- Conclusões.

Palavras-chave: Novo Código Civil – Empresa – Empresário – Atos do Comércio – Elementos econômicos da empresa – Teoria da firma – Linguagem vaga na legislação – Jurisprudência.

¹ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

Para pensar:

“That the word "minority" is critical in both constitutional law and corporate law is not mere lexical coincidence. Much of life is affected by one's minority or nonminority status. On my reinterpretation, corporate law offers the same insight as critical scholarship: Law must take into account relations of domination and subordination. Corporate law already does this. Equal protection jurisprudence, at least as currently promulgated by the Supreme Court, denies it. But if there is to be a kind of grand unifying theory of corporate and constitutional law, it will turn on this insight about power.”

Anupam Chander, Professor of Law, University of California, Davis, School of Law 113 Yale L.J. 119

1- Introdução

O objetivo deste trabalho é trazer à discussão alguns aspectos do conceito de empresa no Novo Código Civil Brasileiro, a Lei Ordinária 10.406², de 10 de Janeiro de 2002. Esta lei ordinária, expressamente, revogou³ a primeira parte do Código Comercial⁴, justamente aquela que regulava o comércio em geral.

A segunda parte do referido Código Comercial, pertinente ao comércio marítimo, com mais de 300 artigos, continua em vigor, cheia de revogações tácitas e expressas a desafiarem o estudante do Direito Comercial.

A definição de empresário e de empresa a partir do Código Civil e os desafios à compreensão destas noções são muito relevantes ao Direito Comercial, em especial, para dar contornos ao indivíduo ou à pessoa jurídica que, a partir da definição, poderão gozar de benefícios.

2- Como era antes do NCC? Onde estão os atos do comércio?

Pode-se dizer que, antes, imperava a incerteza quanto à noção de comerciante⁵. Por óbvio, havia exceções, como era o caso, por exemplo, dos banqueiros⁶, típicos comerciantes, a despeito de serem prestadores de serviços, e das empresas organizadas como

² Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

³ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002 – artigo 2.045.

⁴ BRASIL. Lei n. 556, de 25 de Junho de 1.850.

⁵ BRASIL. Código Comercial Brasileiro (Lei n. 556, de 25 de Junho de 1.850), art. 4º.

⁶ BRASIL. Código Comercial Brasileiro (Lei n. 556, de 25 de Junho de 1.850), art. 119: “São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco”. Sobre as operações de banco, vide o art. 17 da Lei 4.595/1964.

sociedades anônimas⁷, sempre tidas como comerciantes.

A definição de comerciante sempre deixou traumas aos estudantes de Direito. Não poucos perderam horas de sono tentando entender os motivos pelos quais um padeiro poderia ser comerciante mas um grande plantador de trigo, um agricultor, não. O padeiro podia pedir concordata. O fazendeiro não.

Por sinal, no âmbito jurisprudencial destacava-se, v.g., o REsp n. 24.902-MG⁸, do STJ, como espelho da orientação predominante, segundo a qual o direito positivo ainda não tinha conferido ao produtor rural o *status* de comerciante e, usando, dentre outros, os ensinamentos de Fran Martins, afirmava que a tradição conserva fora do âmbito do Direito Comercial os atos relativos aos imóveis e à indústria agrícola, embora reconheça que não se justifica tal exclusão, pois, como diz, o agricultor que planta, colhe e vende os seus produtos está, na realidade, praticando operação especulativa, e o faz profissionalmente.

No mesmo julgado, como razão de decidir, destacava-se a promoção do Ministério Público Federal no sentido de que naquele panorama jurídico, *o binômio Empresário Rural/Concordata Preventiva submete-se a este regramento conclusivo, didaticamente enunciado no parecer de Osmar Brina Corrêa Lima (revista Ciência Jurídica, BH, vol. 20, ag. 1988, p. 225-33), multicitado no acórdão, a saber: “a) a empresa é objeto, e não sujeito de direitos; b) o empresário-pessoa natural ou jurídica – pode ser civil ou mercantil; c) o empresário rural exerce atividade civil típica; d) a falência e a concordata aplicam-se privativa e exclusivamente a comerciante; e) a concordata preventiva não é um favor do juiz, mas um benefício legal do Estado; f) o juiz não pode conceder o benefício da concordata preventiva ao*

⁷ BRASIL. Lei 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, Diário Oficial da União, de 17 de Dezembro de 1976; art. 2º, § 1º.

⁸ BRASIL. STJ, 3ª Turma. REsp n. 24.902-MG, Autos n. 1992/0017988-6. Banco Itaú S.A. vs. Edson Alves Pereira. Rel. Ministro Waldemar Zveiter. DJU-I de 02.05.1994.

não comerciante sob pena de, infringindo a lei, substituir-se ao legislador, agredindo frontalmente preceitos constitucionais expressos e explícitos”⁹.

As mesmas idéias aplicadas ao empresário rural também serviram ao empresário e à empresa civil prestadores de serviços como, por exemplo, é o caso das imobiliárias e, também, dos estabelecimentos hospitalares¹⁰.

Na doutrina e na jurisprudência, os atos do comércio, deste modo, serviram à identificação do comerciante.

Segundo Fran Martins¹¹, muito embora reconhecendo as desvantagens dessa orientação, por requerer, *a priori*, o conhecimento da figura jurídica do comerciante e do que sejam atos de comércio, nós a adotamos para evitar uma discussão mais demorada do assunto.

Para Daniel Carneiro Machado¹², a dificuldade da teoria dos atos do comércio é justamente estabelecer o conceito científico destes atos. Não existe um critério certo e lógico para defini-los, o que gera situações anacrônicas e incompatíveis com a conjuntura da economia moderna, na medida em que exclui determinadas atividades econômicas do campo de incidência das normas comerciais.

⁹ BRASIL. STJ, 3ª Turma. REsp n. 24.902-MG, Autos n. 1992/0017988-6. Banco Itaú S.A. vs. Edson Alves Pereira. Rel. Ministro Waldemar Zveiter. DJU-I de 02.05.1994.

¹⁰ Veja, por exemplo: BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 555.624-PB; Autos n. 2003/0067417-9. Rel. Ministro Franciulli Neto, j. 19.02.2004. RSTJ 184/196; BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 250.277-PR; Autos n. 2000/0021367-5. Rel. Ministro Franciulli Neto, j. 07.03.2002, DJU-I de 07.06.2004, p. 178; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. EInf n. 150.330-4/2-01. Patrimônio Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. vs. Amilton Gomes de Brito. Rel. Desembargador Assumpção Neves; j. 21.05.2001; BRASIL. TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado. ACív n. 81.437-4/1. Tempra Park Estacionamento S/C Ltda. vs. Joaquim Eduardo Brock Pinto. Rel. Desembargador Erbeta Filho; j. 26.05.1988; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. ACív n. 295.218-4/8-00. Centro de Treinamento Tecnobody S/C Ltda. vs. João Cláudio Pereira de Alencastro Guimarães e Companhia. Rel. Desembargador Luiz Ambra; j. 10.11.2004; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. ACív n. 262.721/4/7. Instituto Campinas de Diagnósticos S/C Ltda. vs. Cristo Rei Saúde Assistência Médica S/C Ltda. Rel. Desembargador Sílvio Marques Neto.

¹¹ MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 56.

¹² MACHADO, Daniel C. O novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa. Revista de Direito Privado – 15 (Julho-Setembro 2003). São Paulo: Editora RT, 2003; p. 11.

Como os atos do comércio não foram definidos no Código Comercial ou em outro diploma mercantil, fomos todos direcionados à leitura do art. 19¹³ do Regulamento n. 737, de 25 de Novembro de 1850 que, em cinco parágrafos, definiu o que se considerava mercancia para efeito de competência jurisdicional ao Tribunal do Comércio. Este dispositivo legal, com força de lei, foi invocado por décadas para a compreensão da definição de comerciante, mesmo anos e anos depois da sua revogação pelo Decreto 2.662, de Outubro de 1875. A partir daí, o rol do art. 19 do Regulamento 737/1850 restou como mero indicativo para a definição da atividade mercantil, perdendo a sua força legal imperativa¹⁴.

Portanto, em suma, por mais de 150 anos, a despeito dos reclamos da doutrina, coube à jurisprudência, principalmente, fixar os limites para a compreensão do que significava comerciante para o Direito Comercial. Onde estão os atos do comércio? Na jurisprudência!¹⁵

¹³ “Art. 19 - Considera-se mercancia:

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

§ 2º As operações de câmbio, banco e corretagem.

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

§ 4º Os seguros, fretamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo.

§ 5º A armação e expedição de navios”.

¹⁴ BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial, volume 1: 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2003, p.29.

¹⁵ Veja, por exemplo: BRASIL. STF, 2ª Turma. REEx n. 22.590-BA. João Crisóstomo Peixoto vs. Fazenda do Estado da Bahia. Rel. Ministro Lafayette de Andrada, j. 27.04.1954. Embargos no mesmo REEx, Ministro Afrânio Antônio da Costa, j. 10.08.1956; BRASIL. STF, 2ª Turma. REEx n. 31.705-MG. Fazenda do Estado de Minas Gerais vs. Saba Sohuary. Rel. Ministro Ribeiro da Costa, j. 07.08.1956; BRASIL. STF, 1ª Turma. REEx n. 47.507-SP. Viação Cometa S/A vs. Fazenda do Estado de São Paulo. Rel. Ministro Ary Franco, j. 12.07.1962; BRASIL. STF, 1ª Turma. RHC n. 53.502-PR. Sérgio A. Pamplona vs. TFR. Rel. Ministro Antônio Neder, j. 20.06.1973; BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 555.624-PB; Autos n. 2003/0067417-9. Rel. Ministro Franciulli Neto, j. 19.02.2004. RSTJ 184/196; BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 250.277-PR; Autos n. 2000/0021367-5. Rel. Ministro Franciulli Neto, j. 07.03.2002, DJU-I de 07.06.2004, p. 178; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. EInf n. 150.330-4/2-01. Patrimônio Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. vs. Amilton Gomes de Brito. Rel. Desembargador Assumpção Neves; j. 21.05.2001; BRASIL. TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado. ACív n. 81.437-4/1. Tempira Park Estacionamento S/C Ltda. vs. Joaquim Eduardo Brock Pinto. Rel. Desembargador Erbeta Filho; j. 26.05.1988; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. ACív n. 295.218-4/8-00. Centro de Treinamento Tecnobody S/C Ltda. vs. João Cláudio Pereira de Alencastro Guimarães e Companhia. Rel. Desembargador Luiz Ambra; j. 10.11.2004; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de

3- A teoria da empresa ou o NCC e o seu art. 966 – Solucionado o problema?

O Novo Código Civil, doravante denominado neste texto apenas pelo acrônimo CC, foi instituído por lei ordinária, no caso a Lei 10.406/2002 que teve *vacatio legis* de um ano (art. 2.044).

Logo no início, foi muito festejado pela doutrina. O começo de um novo tempo. Ou, seria melhor dizer, o começo de um novo tempo de problemas a serem solucionados.

No *caput* do seu artigo 966, o CC contém a regra: - *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

Ao comentar o dispositivo, Ricardo Fiuza, um dos grandes condutores do CC pelos canais do Congresso Nacional para a sua aprovação, afirma que o conceito de empresário expresso no art. 966 do Código Civil reproduz, fielmente, a definição do Código Civil italiano de 1942 (art. 2.082)¹⁶. Para o mesmo autor, o conceito de empresário não se restringe mais, apenas, às pessoas que exerçam atividades comerciais ou mercantis. Segundo Fiuza, o novo Código Civil eliminou e unificou a divisão anterior existente entre empresário civil e empresário comercial¹⁷.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães¹⁸ observa que, à semelhança do modelo italiano, faz o CC brasileiro, prendendo-se, na disciplina da empresa, à figura do

Direito Privado. ACív n. 262.721/4/7. Instituto Campinas de Diagnósticos S/C Ltda. vs. Cristo Rei Saúde Assistência Médica S/C Ltda. Rel. Desembargador Sílvio Marques Neto

¹⁶ FIUZA, Ricardo (coord.). Novo Código Civil Comentado; 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2004; p. 885.

¹⁷ FIUZA, Ricardo (coord.). Novo Código Civil Comentado; 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2004; p. 885.

¹⁸ LEÃES, Luiz G. P. B. A disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem – 21 (Julho-Setembro 2003). São Paulo: Editora RT, 2003; p. 48-63.

empresário (perfil subjetivo), ao estabelecimento (perfil objetivo), e à atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços exercida profissionalmente pelo empresário (perfil funcional).

Portanto, conforme o caput do art. 966 do CC, não se enfrenta grande dificuldade à compreensão do que é um empresário para o mesmo CC. A habitualidade profissional e a organização do empreendimento em busca do ganho econômico não são novidades ao nosso sistema jurídico, uma vez que sempre serviram à noção dos atos do comércio e ao regime comercial anterior. Eram comerciantes os que exercitavam atos de comércio, de modo profissional, ou seja, repetidamente, com intuito de lucro, sendo também regidos pela lei mercantil outros atos reputados como comerciais, ainda que não fossem praticados profissionalmente pelos comerciantes¹⁹.

Celso Marcelo de Oliveira²⁰ ensina que o empresário, pessoa física ou jurídica, é o sujeito de direitos que organiza a empresa e assume o risco do empreendimento, com profissionalidade.

No tocante ao agropecuarista, o CC no seu art. 971²¹ quase abandonou a postura paternalista histórica do Direito Civil brasileiro ao prever que: *“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 disposição, em suma, diz que o agropecuarista que exercer principalmente²² e “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção

¹⁹ MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 70.

²⁰ OLIVEIRA, C.M. Manual de Direito Empresarial. São Paulo: IOB Thomson, 2005; p.250.

²¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

²² “Fazendeiros de final de semana” estão excluídos? Não há justificativa plausível para esta exclusão, uma vez que o reconhecimento como empresário é benéfico.

ou a circulação de bens ou de serviços”²³, poderá, querendo, pedir a sua inscrição numa Junta Comercial, como pessoa física (firma individual) ou jurídica (sociedade empresária), para ser reconhecido como empresário. Ou, em outras palavras, o empresário rural somente será empresário se quiser.

Quanto à empresa, não o empresário, permanece válida, ainda, a antiga lição, reproduzida por Osmar Brina Corrêa Lima, no sentido de que a empresa é objeto, e não sujeito de direitos²⁴. E mais, no tocante ao “direito de empresa”, Tereza Cristina G. Pantoja²⁵ aponta que as referidas palavras se reportam a conceitos econômicos ainda não estatuídos com clareza no Direito positivo. Em outras palavras, o empresário, ao contrário da empresa, encontra definição na lei, no *caput* do art. 966, CC.

No contexto do CC, o conceito de empresa ainda está sendo construído.

Este ponto ganha grande relevância porque o art. 966 do CC tem um parágrafo único. Outrossim, porque há vantagens no reconhecimento como empresário. Por exemplo, como ensina Celso Marcelo de Oliveira, o sistema adotado em nossa nova Lei Falimentar é restritivo, ou seja, de aplicação do instituto do procedimento falimentar e de recuperação judicial e extrajudicial somente ao devedor empresário²⁶. E mais, o sistema de registro e proteção ao nome empresarial pode ser nacional, ao contrário do sistema de proteção ao nome da sociedade simples²⁷. A responsabilidade civil pode ser limitada na sociedade

²³ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002; art. 966.

²⁴ BRASIL. STJ, 3ª Turma. REsp n. 24.902-MG, Autos n. 1992/0017988-6. Banco Itaú S.A. vs. Edson Alves Pereira. Rel. Ministro Waldemar Zveiter. DJU-I de 02.05.1994.

²⁵ PANTOJA, Teresa C. G. Anotações sobre as pessoas jurídicas, em TEPEDIDO, G. (Coord.): - A parte geral do novo Código Civil. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

²⁶ OLIVEIRA, C.M. Comentários à nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thomson, 2005; p. 90.

²⁷ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002; art. 1.166, § único (Veja a Lei 8.934/1994).

empresária, ao contrário das dúvidas a respeito da sociedade simples²⁸.

Dada a relevância dos direitos concedidos ao empresário e à sua atividade, a empresa, é fundamental compreender o conceito de empresa à luz do novo Código Civil.

4- E o § único do art. 966 do CC?

O parágrafo único do artigo 966 do CC contém a seguinte regra: - “*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*”²⁹.

Talvez a melhor opção fosse não ser paternalista e não ter esta regra, para aplicar unicamente o *caput* do art. 966 do CC a todos os empreendedores brasileiros, uma vez que o CC e a legislação especial concedem muitos benefícios ao empresário.

Mais benefícios, ainda, são concedidos quando se tratar do micro ou do pequeno empresário³⁰.

A afirmação no sentido de que não é correto impor a todos os empreendedores as mesmas obrigações impostas aos empresários (registro na Junta Comercial, escrituração de livros e balanços), não leva em consideração as diferenças, reconhecidas na lei, entre empresários de grande porte, médio porte, pequeno porte e o microempresário³¹, bem como

²⁸ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002; art. 997, VIII, em confronto com o art. 1.023.

²⁹ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

³⁰ Veja o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte: BRASIL. BRASIL. Lei 9.841, de 05 de Outubro de 1999, Diário Oficial da União, de 06 de Outubro de 1999.

³¹ BRASIL. BRASIL. Lei 9.841, de 05 de Outubro de 1999, Diário Oficial da União, de 06 de Outubro de 1999.

o grande número de obrigações impostas a todos os empreendedores, sejam eles pessoas físicas ou não, sejam eles reconhecidos como empresários ou não. São exemplos de obrigações não-empresariais que tornam burocrática e difícil a vida do empreendedor brasileiro os inúmeros registros, inscrições e livros exigidos como obrigações tributárias, obrigações previdenciárias, obrigações trabalhistas, obrigações sanitárias, obrigações ambientais; sejam todas ou quaisquer delas de ordem municipal, estadual ou federal.

Mas a verdade é que o art. 966 do CC tem um parágrafo único em vigor.

A respeito, é perfeita a lição de Tereza Cristina G. Pantoja³² no sentido de que este parágrafo único está em contradição com o *caput* do mesmo dispositivo porque, embora em seu *caput* se procure estipular uma caracterização que junte a *habitualidade* e a *dependência econômica* – expressas pelo uso do advérbio *profissionalmente* – à utilização dos elementos que na teoria econômica definem a empresa, seu parágrafo único atordoadamente reitera, na definição, o termo que se pretende definir. E o que ainda é mais sinistro: reitera-o, para excepcioná-lo!³³

Thiago Martins de Oliveira³⁴, ao comentar o parágrafo único do art. 966 do CC, observa que todas as atividades nele mencionadas são voltadas para a prestação de serviços e que há dificuldades em determinar em qual ponto se atinge o necessário grau de organização de mão-de-obra para que se fale em empresa. Referido autor, fundado em lição de Fábio Ulhôa Coelho³⁵, propõe que o elemento de empresa mencionado no dispositivo nada mais

³² PANTOJA, Teresa C. G. Anotações sobre as pessoas jurídicas, em TEPEDIDO, G. (Coord.): - A parte geral do novo Código Civil. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

³³ PANTOJA, Teresa C. G. Anotações sobre as pessoas jurídicas, em TEPEDIDO, G. (Coord.): - A parte geral do novo Código Civil. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

³⁴ OLIVEIRA, T. M. Do elemento de empresa e sua aplicação na distinção das sociedades simples e empresárias. Repertório de Jurisprudência IOB, Vol. III, nº 09/2005 (Civil, Processual, Penal e Comercial). São Paulo: IOB, Maio de 2005; p. 279 (3/22.605).

³⁵ COELHO, F. U. O Direito Comercial e o Código Civil de 2002; em FILOMENO, J.G.B. (coord.): O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; p. 153-158.

é do que a abstração do sócio, ou do empresário individual, do exercício da atividade empresária. Em outras palavras, quando o prestador de serviços passa a organizar os fatores de produção e deixa de prestar os serviços pessoalmente, ele passa a ser empresário.

Mas, este conceito não soluciona um problema. Especificamente aquele pertinente aos profissionais liberais que, a despeito de organizarem os fatores de produção nos seus estabelecimentos, prosseguem prestando os seus serviços pessoalmente.

Como não há definição de empresa no CC, para entender quais são os seus elementos e aplicar o parágrafo único do seu art. 966 existe uma grande dificuldade pois, à luz do dispositivo, “*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*”³⁶. Desta forma, como saber, por exemplo, em que momento histórico um médico, um pesquisador, um escritor ou um artista plástico deixou de exercer uma mera profissão intelectual para ser um empresário³⁷, titular de vários direitos e algumas obrigações expressas na lei.

³⁶ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

³⁷ Veja no Jornal da Associação Nacional dos Procuradores da República nº 24, de Dezembro de 2003 <<http://www.anpr.org.br/noticias/jornal/jornal23/jornal001decima.pdf>>, visitado em 04.12.2005. Do autor: “PPMANÉ” [“1) A quem se aplicam as regras de Direito Comercial? Antes do CC, elas eram aplicadas para aqueles que praticassem atos do comércio previstos em um Regulamento do Império sobre a competência do Tribunal do Comércio, o Regulamento 737 (vulgo Boeing), também conhecido como o CPC da época, revogado desde o início da República. O PPMANÉ criava a possibilidade de afirmar que, a despeito de revogado, o Regulamento Boeing era o único a explicar a situação dos atos do comércio para o entendimento do comerciante. Com o CC a coisa mudou. O art. 966, no *caput*, agora define o empresário. Não a empresa. Tudo claro? Não. O PPMANÉ serve para o § único do dispositivo, cujo texto é: “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”. Com base nesta redação e em especial a sua última parte, para tentar entender, me perguntei se o nosso Ministro da Cultura, Gilberto Gil, um grande artista, é ou não é empresário? Como não achei a resposta, evolui para o estágio literário: e o Paulo Coelho? Como a coisa ficou complicada, nem considerei um profissional intelectual de natureza científica. Resolvi, então, usar os elementos emprestados da Economia, já que o Direito não me supriu, para definir a empresa e entender o empresário no CC. Depois de tudo isto, o mesmo PPMANÉ me levou à conclusão de que ainda não há um sistema estável para a definição do comerciante ou empresário, a despeito do fato de uma primeira leitura do *caput* do art. 966 do CC indicar o contrário.”]

Tereza Cristina G. Pantoja³⁸ oferece uma pista valiosa, ao indicar que uma sugestão seria a de primeiro reconhecermos quais são, pela teoria econômica, os famosos elementos de empresa. Classicamente são: capital, trabalho, inteligência aplicada ou tecnologia, organização e insumos.

Portanto, presentes todos estes elementos e a vontade do profissional intelectual no sentido de agir como empresário (art. 966 do CC), para explorá-los como sua profissão habitual, estaremos diante de um empresário. O problema está em que isto somente se fará presente no dia-a-dia e à luz do caso concreto, já que os responsáveis pelo CC não quiseram, não puderam ou não souberam definir o que é uma empresa e quais são os seus elementos para o próprio CC.

José Maria Rocha Filho³⁹, acerca do problema, anota que a exemplo do que ocorreu em 1850, quando da elaboração do Código Comercial, oportunidade em que se preferiu não conceituar “ato de comércio”, também em 2002 nosso Legislativo teve receio de definir “empresa” e optou por dizer o que é “empresário” e “sociedade empresária”. Perdeu-se excelente oportunidade, além de se ter criado aquelas dificuldades.

Rubens Requião⁴⁰ também aponta que a comissão de professores que elaborou o Projeto de Código Civil se deixou dominar pela timidez e perplexidade dos juristas italianos de 1942 e evitou definir a empresa. Adotou o mesmo critério do Código italiano, conceituando apenas o empresário.

É verdade que a legislação esparsa traz, em alguns diplomas, a definição de empresário. Mas, a utilização de conceito emprestado não se dá com impunidade. Observe-se,

³⁸ PANTOJA, Teresa C. G. Anotações sobre as pessoas jurídicas, em TEPEDIDO, G. (Coord.): - A parte geral do novo Código Civil. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

³⁹ ROCHA FILHO, J. M. Curso de Direito Comercial. – 3. ed. ver. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004; p. 58-59.

por exemplo, que a legislação previdenciária⁴¹ inclui dentro da noção de empresa o empreendimento com fim lucrativo ou não e equipara à empresa, inclusive, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, inclusive a religiosa, bem como a missão diplomática e a repartição consular de carreira.

Portanto, novamente, cabe à jurisprudência fixar os contornos para a aplicação do parágrafo único do art. 966 do CC, definindo o que é empresa para o CC e quais são os seus elementos. Isto não é novo e foi praticado por mais de 150 anos para a compreensão dos “atos do comércio” para a aplicação da primeira parte do Código Comercial de 1850.

A respeito da legislação, Lawrence M. Friedman ensina que a linguagem vaga em um estatuto, com efeito, é uma delegação do Congresso para agências inferiores, ou para o Executivo e as Cortes, para os quais ele passa o problema. Tal lei frequentemente ganha tempo, ela atrasa a resolução de um problema, ela age como um compromisso entre os que querem ação direta e específica e aqueles que querem continuar como estão⁴².

Ficar parado ou avançar é a base do problema não enfrentado pelo “legislador” e, agora, cabe, dentre outros, ao Poder Judiciário, à luz do caso concreto, solucionar a questão, como, de fato, fez para dar contornos ao conceito de “ato de comércio”.

Uma luz ao problema pode ser encontrada na teoria econômica da firma.

Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld⁴³ ensinam que a teoria da

⁴⁰ REQUIÃO, R. Curso de Direito Comercial, Vol. 1: 25ª ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003; p. 58.

⁴¹ BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de Julho de 1991, Diário Oficial da União de 25 de Julho de 1991, art. 15. Brasil. Lei n. 8.213, de 24 de Julho de 1991, Diário Oficial da União de 25 de Julho de 1991, art. 14

⁴² FRIEDMAN, L. M. A History of American Law. New York: Simon & Schuster, 1985.

⁴³ PINDYCK, R. S. RUBINFELD, D.L. Microeconomics, 6th Edition. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2004; pags. 5 e 187-189. [In economics, as in other sciences, explanation and prediction are based on theories. Theories are developed to explain observed phenomena in terms of a set of basic rules and assumptions. The theory of the firm, for example, begins with a simple assumption – firms try to maximize their profits. The theory uses this assumption to explain how firms choose the amounts of labor, capital, and raw materials that they use for production and the amount of output they produce. It also explains how these choices depend on the prices of inputs, such as labor, capital, and raw materials, and the prices that firms can receive for their

firma (empresa) começa com uma simples suposição: - as firmas tentam maximizar os seus lucros.

Para a teoria da firma, o primeiro conceito básico é o de empresa ou firma, que abrange um empreendimento de modo geral, que além de atividades industriais e agrícolas também engloba atividades profissionais, técnicas e de serviços⁴⁴. Deve-se, entretanto, entender que a forma de organização da firma não apresenta relevância para a teoria dos preços e, conseqüentemente, para a teoria da produção. Assim, ela tanto pode ser individual como coletiva. A idéia essencial é de que a firma seja uma unidade de produção, que atue racionalmente, procurando maximizar seus resultados relativos a produção e lucro⁴⁵.

5- Empresa: três exemplos na jurisprudência recente

A empresa e os seus elementos têm sido discutidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em três casos recentes, todos da 2ª Turma da Corte, sendo um sobre a incidência de contribuição social para o Sesc e o Senac, outro a respeito da incidência de ISS sobre associação civil sem fim lucrativo e, por último, um sobre a penhora do faturamento de empresa, os Ministros tiveram oportunidade de tratar da empresa nos fundamentos dos acórdãos.

Ao apreciar a situação de uma empresa prestadora de serviços de vigilância e a obrigação ao recolhimento de contribuição social para o Sesc e ao Senac, restou

products. ... No theory, whether in economics, physics, or any other science, is perfectly correct. The usefulness and validity of a theory depend on whether it succeeds in explaining and predicting the set of phenomena that it is intended to explain and predict. Theories, therefore, are continually tested against observation.]

⁴⁴ GREMAUD, A. P. [et al]; organizadores Diva Benevides Pinho, Marco Antônio Sandoval de Vasconcellos. – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003; p. 161.

⁴⁵ GREMAUD, A. P. [et al]; organizadores Diva Benevides Pinho, Marco Antônio Sandoval de Vasconcellos. – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003; p. 161.

registrado que, anteriormente, prevalecia o entendimento de que a prestação de serviços de vigilância não era tipicamente comercial. Aplicando uma interpretação atual ao conceito de “estabelecimento comercial”, a 2ª Turma do STJ ressaltou que “aliás, o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a nova figura do empresário, atribuindo a esse conceito uma amplitude muito maior do que a noção de comerciante, limitada àquele que pratica atos de comércio, pois, abarcará atividades econômicas diversas, incluindo-se, dentre elas, pela preponderância do setor nos dias atuais, a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo”⁴⁶.

Em caso pertinente ao faturamento e a penhora, a 2ª Turma do STJ explicou que “o ordenamento jurídico pátrio confere proteção especial ao exercício da empresa – mormente o novo Código Civil, por intermédio do Livro II, com a criação do novo Direito de Empresa –, de sorte que amplia a construção doutrinária moderna acerca de suas características. Cesare Vivante, ao desenvolver a teoria da empresa no direito italiano (cf. Trattato de Diritto Commerciale. 4. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1920) congregou os fatores **natureza, capital, organização, trabalho e risco** como requisitos elementares a qualquer empresa”⁴⁷.

Tratando da incidência de ISS sobre atividade de associação sem fim lucrativo, a 2ª Turma do STJ reconheceu que “o conceito de empresa a ciência jurídica, com alguma recalcitrância, importou-o da ciência econômica”. Outrossim, firmou que “a doutrina italiana, prestigiada pelos mais destacados comercialistas brasileiros, conceitua a empresa como o exercício organizado da atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de

⁴⁶ BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 489.267-SC, Autos n. 2002/0161430-6. Vigilância Serve-Leste Ltda. vs. SESC/PR e outro. Rel. Ministro Franciulli Neto. DJU-I de 04.08.2003.

⁴⁷ BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 594.927-RS, Autos n. 2003/017452-1. Begê Restaurantes de Coletividade Ltda. Vigilância vs. Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Ministro Franciulli Neto. DJU-I de 30.06.2004.

serviços com o propósito de lucro”. E, por fim, concluiu que “o novel Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” e, ao assim proceder, propiciou ao intérprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo **o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços**. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa”⁴⁸.

É certo que aqui foram citados apenas julgados de uma única das turmas do STJ. Entretanto, foram todos julgados à unanimidade e a fixação dos conceitos prossegue em evolução no âmbito de toda a Corte.

Pelo que se lê dos julgados, é possível, desde logo, concluir, dentre outros conceitos, que: a) há distinção entre o antigo comerciante e o atual empresário; b) a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo constitui atividade empresarial; c) o ordenamento jurídico pátrio confere proteção especial ao exercício da empresa; d) os fatores natureza, capital, organização, trabalho e risco são requisitos elementares a qualquer empresa; e) o conceito de empresa foi importado da ciência econômica, pela ciência jurídica; f) é possível inferir o conceito jurídico de empresa como sendo o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços; g) por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa.

⁴⁸ BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 623.367, Autos n. 2004/0006400-3. Município do Rio de Janeiro vs. ECAD. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. DJU-I de 15.06.2004.

6- Conclusões:

a) a definição de empresário e de empresa a partir do Código Civil e os desafios à compreensão destas noções são muito relevantes ao Direito Comercial, em especial, para dar contornos ao indivíduo ou à pessoa jurídica que, a partir da definição, poderão gozar de benefícios;

b) antes do novo Código Civil, como os atos do comércio não foram definidos no Código Comercial ou em outro diploma mercantil, fomos todos direcionados à leitura do art. 19⁴⁹ do Regulamento n. 737, de 25 de Novembro de 1850. Em cinco parágrafos, o art. 19 do referido Regulamento definiu o que se considerava mercancia para efeito de competência jurisdicional ao Tribunal do Comércio. Este dispositivo legal, com força de lei, foi invocado por décadas para a compreensão da definição de comerciante, mesmo anos e anos depois da sua revogação pelo Decreto 2.662, de Outubro de 1875⁵⁰;

c) por mais de 150 anos, coube à jurisprudência, principalmente, fixar os limites para a compreensão do que significava comerciante para o Direito Comercial. Onde estão os atos do comércio? Na jurisprudência!⁵¹

⁴⁹ “Considera-se mercancia:

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

§ 2º - as operações de câmbio, banco e corretagem

⁵⁰ BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial, volume 1: 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 2003, p.29.

⁵¹ Veja, por exemplo: BRASIL. STF, 2ª Turma. REEx n. 22.590-BA. João Crisóstomo Peixoto vs. Fazenda do Estado da Bahia. Rel. Ministro Lafayette de Andrada, j. 27.04.1954. Embargos no mesmo REEx, Ministro Afrânio Antônio da Costa, j. 10.08.1956; BRASIL. STF, 2ª Turma. REEx n. 31.705-MG. Fazenda do Estado de Minas Gerais vs. Saba Sohuary. Rel. Ministro Ribeiro da Costa, j. 07.08.1956; BRASIL. STF, 1ª Turma. REEx n. 47.507-SP. Viação Cometa S/A vs. Fazenda do Estado de São Paulo. Rel. Ministro Ary Franco, j. 12.07.1962; BRASIL. STF, 1ª Turma. RHC n. 53.502-PR. Sérgio A. Pamplona vs. TFR. Rel. Ministro Antônio Neder, j. 20.06.1973; BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 555.624-PB; Autos n. 2003/0067417-9. Rel. Ministro Franciulli Neto, j. 19.02.2004. RSTJ 184/196; BRASIL. STJ, 2ª Turma. REsp n. 250.277-PR; Autos n. 2000/0021367-5. Rel. Ministro Franciulli Neto, j. 07.03.2002, DJU-I de 07.06.2004, p. 178; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. EInf n. 150.330-4/2-01. Patrimônio Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. vs. Amilton Gomes de Brito. Rel. Desembargador Assumpção Neves; j. 21.05.2001; BRASIL. TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado. ACív n. 81.437-4/1. Tempra Park Estacionamento S/C Ltda. vs. Joaquim Eduardo Brock Pinto. Rel. Desembargador Erbetta Filho; j. 26.05.1988; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado.

d) no contexto do novo Código Civil, o conceito de empresa ainda vai ser construído. A compreensão da empresa e dos seus elementos é extremamente relevante, uma vez que há vantagens no reconhecimento das pessoas, físicas ou jurídicas, como empresárias. Dentre muitos exemplos, são benefícios ao empresário: - a possibilidade de procedimento falimentar e/ou de recuperação judicial e extrajudicial; - o sistema de registro em Junta Comercial e a proteção ao nome empresarial não somente no âmbito estadual⁵²; - a clara delimitação da responsabilidade civil limitada na sociedade empresária, ao contrário das dúvidas a respeito da sociedade simples⁵³;

e) como não há definição de empresa no CC, para entender quais são os seus elementos e aplicar o parágrafo único do seu art. 966 existe uma grande dificuldade pois, à luz do dispositivo, “*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*”⁵⁴;

f) presentes todos os elementos da empresa (capital, trabalho, inteligência aplicada ou tecnologia, organização e insumos) e a vontade do profissional intelectual prestador de serviços no sentido de agir como empresário (art. 966, § único, do CC), no exercício de profissão habitual, estaremos diante de um empresário. O problema está em que isto somente se fará presente no dia-a-dia e à luz do caso concreto, já que os responsáveis pelo CC não quiseram, não puderam ou não souberam definir o que é uma empresa e quais são os seus elementos para o próprio CC;

ACív n. 295.218-4/8-00. Centro de Treinamento TecnoBody S/C Ltda. vs. João Cláudio Pereira de Alencastro Guimarães e Companhia. Rel. Desembargador Luiz Ambra; j. 10.11.2004; BRASIL. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. ACív n. 262.721/4/7. Instituto Campinas de Diagnósticos S/C Ltda. vs. Cristo Rei Saúde Assistência Médica S/C Ltda. Rel. Desembargador Sílvio Marques Neto

⁵² Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002; art. 1.166, § único (Veja a Lei 8.934/1994).

⁵³ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002; art. 997, VIII, em confronto com o art. 1.023.

⁵⁴ Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

g) no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, alguns conceitos começam a ser delineados, como por exemplo: - há distinção entre o antigo comerciante e o atual empresário; - a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo constitui atividade empresarial; - o ordenamento jurídico pátrio confere proteção especial ao exercício da empresa; - os fatores natureza, capital, organização, trabalho e risco são requisitos elementares a qualquer empresa; - o conceito de empresa foi importado da ciência econômica, pela ciência jurídica; - é possível inferir o conceito jurídico de empresa como sendo o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços; - por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa;

h) novamente, cabe à jurisprudência fixar os contornos para a aplicação do parágrafo único do art. 966 do CC, definindo o que é empresa para o CC e quais são os seus elementos. Isto não é novo e foi praticado por mais de 150 anos para a compreensão dos “atos do comércio”. A respeito da legislação, Lawrence M. Friedman ensina que a linguagem vaga em um estatuto é uma delegação do Congresso para agências inferiores, ou para o Executivo e as Cortes, para os quais ele passa o problema. Tal lei frequentemente ganha tempo, ela atrasa a resolução de um problema, ela age como um compromisso entre os que querem ação direta e específica e aqueles que querem continuar como estão⁵⁵. Ficar parado ou avançar é a base do problema não enfrentado pelo “legislador” e, agora, cabe ao Poder Judiciário, à luz do caso concreto, solucionar a questão. Uma luz ao problema pode ser encontrada na teoria econômica da firma.

⁵⁵ FRIEDMAN, L. M. A History of American Law. New York: Simon & Schuster, 1985.